



n.m.s

Santiago, 29 de enero de 2021

OFICIO N° 29-2021

Remite sentencia

**EXCELENTÍSIMO SEÑOR
PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS:**

Remito a V.E. copia de la sentencia dictada por esta Magistratura, en el proceso **Rol N° 9930-20-CPT**, sobre requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputadas y H. Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley de Migración y Extranjería, contenido en el Boletín N° 8.970-06.

Dios guarde a V.E.

Secretaria

**A S.E.
EL PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS
DIEGO PAULSEN KEHR
CONGRESO NACIONAL
VALPARAISO**



2021

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9930-2020

[29 de enero de 2021]

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE
DIVERSAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE LEY DE
MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA, BOLETÍN N° 8.970-06

GRUPO DE HONORABLES DIPUTADAS Y DIPUTADOS DE LA
REPÚBLICA

VISTOS:

Con fecha 14 de diciembre de 2020, 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 de dicha Corporación, han deducido ante esta Magistratura, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política, un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversos preceptos contenidos en el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín N°8.970-06.

Posteriormente, a fojas 2718, con fecha 11 de enero de 2021, y previo al análisis de admisión a trámite del libelo, los requirentes precisan la impugnación respecto de dos disposiciones.



I. TRAMITACIÓN DEL REQUERIMIENTO

El Pleno de esta Magistratura Constitucional, en resolución que rola a fojas 2720, de 12 de enero de 2021, acogió a trámite el requerimiento. Luego, en resolución de igual fecha, a fojas 2730, lo declaró admisible y ordenó ponerlo en conocimiento de S.E. el Presidente de la República, del H. Senado y de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, para que en su calidad de órganos constitucionales interesados y dentro del plazo de cinco días formularan las observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes sobre la materia.

En resolución de fojas 2739, se decretó audiencia pública, recibándose inscripciones a tal efecto en plazo que precluyó el día viernes 15 de enero de 2021, anotándose catorce personas naturales y jurídicas para exponer sobre el conflicto constitucional de autos, celebrándose dicha audiencia el día 18 de enero de 2021. El listado de organizaciones y sus correspondientes expositores fue el siguiente:

Nº	Persona natural o jurídica que solicitó ser oída	Expositor o expositora
1	Asociación por las Libertades Públicas	Claudia Sarmiento Ramírez
2	Cátedra de Racismos y Migraciones Contemporáneas de la Universidad de Chile	María Emilia Tijoux Merino
3	Movimiento de Acción Migrante	Francisco Bustos Bustos
4	Núcleo de Estudios Criminológicos de la Frontera de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Arturo Prat	Daniel Quinteros Rojas
5	Fundación Servicio Jesuita a Migrantes	Tomás Greene Pinochet
6	H. Senadora señora Luz Ebensperger Orrego	José María Hurtado Fernández
7	Fundación Migra Chile	Diego Pérsico Torres
8	Matías Rodríguez Burr	Matías Rodríguez Burr
9	Centro de Estudios Legales y Sociales	Camila Barretto Maia
10	Coordinadora Nacional de Inmigrantes Chile – Comité de Refugiados Peruanos en Chile	Rodolfo Noriega Cardó
11	Partido Unión Demócrata Independiente	Tomás de Tezanos Pinto de la Fuente
12	Red de Universidades por la Infancia de Chile	Isaac Ravetllat Ballesté
13	H. Diputado señor Boris Barrera Moreno	H. Diputado señor Boris Barrera Moreno
14	Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales	Francisca Vargas Rivas

Con fecha 17 de enero de 2021, a fojas 2747, S. E. el Presidente de la República formuló dentro de plazo observaciones de fondo respecto del requerimiento, solicitando su rechazo.

A fojas 3477, el día 18 de enero de 2021, se trajeron los autos en relación, teniendo lugar la vista de la causa en Sesión de Pleno de 19 de enero del mismo año, conforme fue certificado por el relator de la causa.



II. LAS NORMAS IMPUGNADAS

Los requirentes solicitan que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales las siguientes disposiciones del proyecto de ley anotado, que se reproducen ennegrecidas en la siguiente transcripción:

“Boletín N° 8970-06

(...)

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 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.

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.

(...)

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 veinticuatro 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 veinticuatro 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 de 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.

(...)

***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.*

(...)

***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.

(...)

***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.

(...)

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 sesenta 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 tres años.

Los extranjeros que trabajaren sin autorización conforme a lo dispuesto en el inciso primero, no serán sancionados por este hecho en caso de que efectuaren 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.

(...)

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.

(...)

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 seis 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.

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.

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, 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.**

(...)

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, 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.

Los extranjeros privados de libertad conforme al inciso anterior tendrán derecho a:

1. Contactar a familiares, representantes legales, abogados y habilitados en derecho y recibir visitas de los mismos, garantizándose la privacidad de sus comunicaciones y otorgándose las facilidades correspondientes para contactarse telefónicamente con ellos.
2. Ser informado dentro de las primeras dos horas del inicio de la medida y por escrito de los derechos y obligaciones que le asisten de conformidad a la ley, la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, lo que se dispondrá según lo ordene el reglamento, debiendo en todo caso mantener a la vista de los afectados un listado actualizado de los datos de contacto de la Corporación de Asistencia Judicial correspondiente.
3. Recibir tratamiento médico y farmacológico cuando sea necesario, incluyendo en casos graves y justificados el traslado a centros de salud, interrumpiéndose en tal caso el plazo para ejecutar la expulsión, el que se reiniciará a partir de que el afectado sea dado de alta médica.
4. Comunicarse con su representante consular.
5. Solicitar un intérprete, si no habla o entiende el castellano.
6. Recibir por escrito copia de toda la información que corresponda entregarle en su calidad de privado de libertad, conforme al artículo 5.

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.**

(...)



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 129.

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.

(...)

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 segundo del artículo 70.



Artículo 176.- Modificaciones de otras normas.

16. Intercálase en el decreto ley N° 321, de 1925, 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 treinta 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 diez años, deberán cumplir el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.”.

**III. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES SOMETIDOS AL
CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.
ALEGACIONES DE LAS PARTES**

Los requirentes indican que el grupo de disposiciones cuestionadas vulneran la Constitución en sus artículos 1°, 5°, y 19 en sus numerales 1, 2, 3 7, y 26. Explican, como cuestión de hecho para contextualizar los diversos conflictos de constitucionalidad, que no someten a este Tribunal cuestiones de oportunidad o mérito político, sino que sólo defectos de inconstitucionalidad estricta, estimando que el ejercicio de accionar es último recurso cuando han fallado las vías de corrección de los defectos alegados, en virtud del principio de deferencia razonada con la actividad legislativa y la extensa tramitación del proyecto de ley en cuestión.

Señalan que en diversas oportunidades se opusieron a disposiciones que fueron aprobadas, y en cuya virtud operó la discusión política y las potestades del Congreso Nacional. Por el contrario, refieren que los preceptos sobre cuya constitucionalidad de acciona adolecen de vicios que contrarían la Constitución, atentando contra derechos fundamentales de las personas migrantes que se consagran en la Constitución y que no pueden, por ello, considerarse como ejercicio legítimo de la soberanía ni de las potestades del Congreso al que pertenecen.

A fojas 4 se enuncian antecedentes de la tramitación del proyecto de ley.

Señalan que éste comenzó su tramitación en junio de 2013, a través de un mensaje de S.E. el Presidente de la República Sebastián Piñera, cuyo propósito era modernizar la legislación migratoria vigente, teniendo presente que el Decreto Ley N° 1094, de 1975, constituye la regulación más antigua de la región, careciendo de principios orientadores, derechos y deberes de las personas extranjeras, unido, se señaló en el mensaje, a que las categorías migratorias que regula son insuficientes, y



que la institución migratoria es débil, entre otras cuestiones. El proyecto, se agrega, alcanzó a ser discutido en el primer Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, y luego su tramitación se interrumpió durante el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet. Reactivado en el segundo Gobierno del Presidente Piñera, explican que fueron presentadas indicaciones que mantuvieron los lineamientos generales del proyecto original.

Discutido, y luego de que el Senado introdujera enmiendas al proyecto remitido por la Cámara de Diputadas y Diputados, algunas de éstas fueron rechazadas en tercer trámite, constituyéndose Comisión Mixta, en la que se aprobaron seis de diez artículos en discusión. El informe de la Comisión Mixta, explican a fojas 6, fue aprobado por ambas Cámaras del Congreso Nacional. En la discusión refieren que parlamentarios como el H. Senador señor Juan Ignacio Latorre, la H. Senadora señora Yasna Provoste, y las Honorables Diputadas señoras Catalina Pérez, Marisela Santibáñez, precisaron cuestiones de constitucionalidad de las disposiciones en debate. Agregan que, en cuanto a la oportunidad, el requerimiento es presentado de forma previa a que sea despachado por el Congreso Nacional el pertinente oficio de ley al Poder Ejecutivo.

En el capítulo segundo del requerimiento, a fojas 11, los requirentes desarrollan aspectos sustantivos de los problemas de constitucionalidad comunes a todos los preceptos que impugnan, refiriendo que ello entrega un marco general para la discusión. A dicho respecto señalan que los preceptos impugnados manifiestan un enfoque restrictivo y discriminatorio del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas migrantes, institucionalizando la excepcionalidad.

Las normas cuestionadas, agregan, evidencian una forma de diseñar e implementar 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. Una de estas expresiones se plasma en la regulación del derecho a la libre circulación, que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 19 N°7 de la Constitución, que no hace diferencia entre nacionales chilenos y extranjeros.

El enfoque discriminatorio se expresa en el trato que, en general, el legislador ha dado a las personas migrantes debido a su nacionalidad, distinto al que se da a los chilenos en el ejercicio de sus derechos fundamentales. La Constitución 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 libertad de trabajo. 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.

El articulado del proyecto 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.



Así, los preceptos impugnados consagran normas que, respecto a las personas migrantes, suponen un trato excepcional no autorizado por la Constitución en relación con el estatuto jurídico del derecho a la libertad ambulatoria, de los derechos que asisten a las personas privadas de libertad, del derecho a la no discriminación, del derecho a sufragio, de la interdicción a la arbitrariedad, y de la proporcionalidad en materia de actividad sancionatoria de la Administración del Estado.

A lo anterior agregan que los preceptos impugnados consagran espacios de excesiva discrecionalidad administrativa, que se transforma en arbitrariedad, transgrediendo los límites de la reserva legal. La discrecionalidad administrativa entra en tensión con la reserva legal en materia de derechos fundamentales 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 la Constitución.

En dicho acápite, añaden que los preceptos que se cuestiona consagran una visión restrictiva de la libertad ambulatoria, omitiendo aspectos esenciales constitucionalizados en el artículo 19 N° 7, letra a). Su contenido normativo abarca el derecho a ingresar y permanecer en el territorio de la República, el derecho a trasladarse de un lugar a otro dentro de su territorio y el derecho a salir de su territorio. Explican que, en consecuencia, la Constitución no realiza distinción entre nacionales y extranjeros e incluso, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las distinciones de este tipo requieren habilitación constitucional expresa; de lo contrario se considera, en línea, de principio, una categoría sospechosa. La Constitución chilena eleva los estándares internacionales y consagra bajo la naturaleza de derecho fundamental que los extranjeros tienen derecho para ingresar al territorio nacional. A diferencia de los Tratados Internacionales, añaden que 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 y permanecer en el territorio nacional, desplazarse dentro de él y salir de éste.

Por ello, añaden los actores, 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 artículo 19 N° 7, letra a), de la Constitución.

Las restricciones deben ser idóneas, esto es, responder a una finalidad legítima y adecuadas para el fin previsto. 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. De haber otra medida, la regulación no es necesaria y, por ende, inconstitucional.

A fojas 22, en el tercer capítulo del requerimiento, los actores van reseñando las disposiciones cuya constitucionalidad cuestionan, argumentando en cada una de éstas sus antecedentes legislativos e indicando la cuestión de constitucionalidad que, en cada caso, presentarían las impugnaciones.



Dentro de plazo, con fecha 17 de enero de 2021, evacúa traslado S. E. el Presidente de la Republica Sebastián Piñera Echeñique, en presentación suscrita por los señores Ministros del Interior y Seguridad Pública, Rodrigo Delgado, y Secretario General de la Presidencia, Juan José Ossa.

Solicita el rechazo del requerimiento en todas sus partes, en atención a que no se producen los resultados contrarios a la Constitución que señalan los actores. En el primer capítulo el Jefe de Estado analiza el requerimiento deducido y los conflictos que se plantean. Explica que el libelo se construye sobre la base de un supuesto derecho absoluto e irrestricto a inmigrar, rehusando argumentos para analizar la facultad de los Estados para regular en su legislación interna las condiciones bajo las cuales se permite el ingreso y permanencia de extranjeros en su territorio.

Añade, haciéndose desde ya cargo de la alegación en torno a la discrecionalidad que el legislador concede a la autoridad, que ésta no puede constituir un problema de constitucionalidad per se, en la medida que se contengan medios de control de las decisiones que se adopten en ejercicio de sus facultades.

Por ello, señala, no se plantea una cuestión de constitucionalidad y la normativa, en la especie, no vulnera la Constitución.

En el capítulo segundo del traslado, a fojas 2753, el Presidente de la República analiza el proyecto de ley de migraciones en el contexto de una mejora institucional. Explica latamente la normativa en materia migratoria, tratándose de un fenómeno presente en todas las etapas históricas de nuestro país.

Indica que a mediados de la década de los 70 del siglo xx se dictó el DL 1094, en 1975, buscando controles más estrictos en el marco de los conceptos de seguridad nacional y orden público, pretendiendo atraer inversión extranjera. Su reglamento fue dictado en 1984.

Señala que este proyecto es un avance en el reconocimiento y protección de los derechos de los migrantes. Se diseña una nueva institucionalidad que permite que los flujos migratorios sean ordenados, seguros y regulares. Se norma la no criminalización de la inmigración; se recogen avances de nuestro Estado en materia migratoria, como el sistema de protección a los refugiados y la lucha contra la trata de personas; se norma una mejora sustantiva en la institucionalidad y en los instrumentos de políticas públicas; y favorece una migración regular para equiparar la situación jurídica de los extranjeros residentes en Chile con los nacionales.

A fojas 2762, el Jefe de Estado analiza la tramitación legislativa de cada uno de los preceptos impugnados para precisar, a fojas 2800, en el capítulo tercero, que todos se ajustan al marco establecido por las normas constitucionales y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Explica, analizando cuestiones relativas al fenómeno migratorio, que los Estados tienen facultades para regularlo. Es un fenómeno global que exige una especial regulación.

Existe una serie de normas jurídicas, a nivel internacional que restringen, regulan y canalizan la autoridad del Estado en el ámbito de la migración, normas que se encuentran en el sistema universal de protección de los derechos humanos y



en el sistema interamericano. Cita al efecto normativa emanada de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención de Americana sobre Derechos Humanos.

Al mismo tiempo hace referencias a la jurisprudencia de este Tribunal. Indica el Presidente de la República que el análisis se ha efectuado en corolario del Derecho Internacional en armonía con el Derecho Constitucional.

Así, explica el Jefe de Estado, no se reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado ni de residir en él; que el derecho de emigrar de toda persona no supone el deber de los Estados de consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros, no obstante que el deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado en cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Así, el artículo 19 de la constitución, en su titularidad no distingue genéricamente entre extranjeros y chilenos; que el principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para el extranjero salvo expresa habilitación constitucional; y que la Constitución no autorizaría la privación de la libertad de circulación y residencia a extranjeros, garantizando mediante una doble titularidad y sólo se habilita la regulación de algunas dimensiones de su ejercicio.

Por lo anterior, se ha razonado que la Constitución establece el derecho de entrar y salir del territorio a los extranjeros a condición de que se guarden las normas establecidas en las leyes. Por ello, se ha entendido que el derecho de un extranjero para ingresar al país y ejercer plenamente su libertad de circulación y residencia corresponde a aquellos que lo han hecho en forma regular según dispone el derecho internacional, esto es, al extranjero que se encuentra legalmente en nuestro territorio.

Dado lo anterior, argumenta el Presidente de la República a fojas 2810, que no se producen las contravenciones generales a la Constitución que son alegadas en el requerimiento. No se vulnera la igualdad ante la ley. Indica que el proyecto de ley en la preceptiva impugnada cumple con los estándares jurisprudenciales para analizar el examen de racionalidad.

Agrega que no se vulnera el derecho a la seguridad personal y ambulatoria que prevé el artículo 19 N° 7. El derecho a la libre circulación o libertad de locomoción dentro del territorio del país, a establecer y residir, no es absoluto, por cuanto deben respetarse las normas establecidas en la ley y no causar menoscabo, daño o perjuicio a terceros. Bajo esos supuestos, es necesario que un extranjero sea admitido en territorio nacional, esto es, que cumpla con las condiciones establecidas por la ley a dicho efecto en el marco constitucional y siguiendo los estándares internacionales.

Indica que no se vulnera la garantía del contenido esencial de los derechos y no se transgrede la garantía del debido proceso, se añade a fojas 2821. El requerimiento yerra por hacer aplicables los principios penales del debido proceso que reconoce la Constitución, sin distinción alguna, al derecho administrativo. El análisis en sede del debido proceso debe considerar, siguiendo al derecho internacional, cuestiones vinculadas con el cumplimiento normativo de ingreso al país, en la sujeción de los extranjeros a las sanciones que establece el ordenamiento



jurídico en caso de infracciones, y en la facultad de los Estados de expulsar a los extranjeros.

En el traslado el Presidente de la República señala la plena constitucionalidad de cada una de las disposiciones, explicitando todos los antecedentes de su tramitación legislativa, las deliberaciones que hubo en el Congreso Nacional en cada caso, y los antecedentes que permiten configurar la conformidad con la Constitución de las impugnaciones tanto individualmente consideradas, como en su análisis global.

IV. VISTA DE LA CAUSA Y RESOLUCIÓN DEL ASUNTO DE AUTOS

Concluida la tramitación de la causa, y efectuándose la vista de estilo el día martes 19 de enero de 2021, alegaron por las señoras Diputadas y señores Diputados requirentes, el abogado Patricio Zapata Larraín, y por S.E. el Presidente de la República, el abogado Eduardo Cordero Quinzacara, adoptándose acuerdo en Sesión de Pleno de igual fecha.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, invocando el artículo 93 N°3 constitucional un grupo de Diputadas y Diputados, que en su conjunto representan más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la respectiva Cámara, ha recurrido a esta Magistratura Constitucional solicitando se declaren inconstitucionales aquellos preceptos del Proyecto de Ley de Migraciones y Extranjería (Boletín N°8.970-06), que se especifican en la parte expositiva de la sentencia;

SEGUNDO. Que, los reproches de constitucionalidad de las disposiciones citadas se fundamentan, en síntesis, en los siguientes aspectos: (i) los preceptos tendrían un enfoque restrictivo y discriminatorio respecto del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas migrantes; (ii) los preceptos impugnados establecen espacios de excesiva discrecionalidad administrativa, transgrediendo la reserva legal, consagrándose reglas que vulneran los límites a los que debe someterse el legislador y; (iii) consagran una visión restrictiva de la libertad ambulatoria, omitiéndose aspectos esenciales de la garantía constitucional del artículo 19 N° 7 de la Carta Fundamental, no pudiendo el legislador suprimir facultad alguna de las reconocidas constitucionalmente, sino que sólo regular su ejercicio;

TERCERO. Que, las disposiciones constitucionales que en que se basa la acción deducida son los artículos 1°, 5° y 19° en sus numerales 1°, 2°, 3°, 7° y 26°, indicándose que los preceptos censurados vulnerarían estas normas fundamentales, indicándose en cada caso la forma y modo en que se produce el vicio de inconstitucionalidad denunciado;

PREÁMBULO

CUARTO. Que, previo a entrar al juicio de constitucionalidad que se debe realizar sobre cada uno de los preceptos impugnados, es necesario elucidar el marco



constitucional en el cual se encuentra inserto el proyecto de ley y los conceptos atinentes a los contenidos de las normas señaladas, y que en el mencionado proyecto de ley le es inescindible;

La persona en la Constitución

QUINTO. Que, el artículo 1° de la Constitución Política afirma que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", de lo que se sigue que el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto y debe considerarse la sociabilidad que también le es inherente, esto es, no hay persona o grupo de ellas que sean privilegiados y por ello gocen de libertad e igualdad en dignidad y derechos. La tienen los hombres y las mujeres, cualquiera sea su orientación sexual o su identidad de género, los niños, los jóvenes, los adultos, los creyentes y no creyentes, los casados y los solteros, los que pertenezcan o no a etnias originarias, los que tengan alguna enfermedad o alguna discapacidad, los chilenos y los extranjeros. Al tenerla todos, es oponible también a todos.

Esta Magistratura ha manifestado al respecto que, sin perjuicio de las características de seres dignos, libres e iguales, que fluyen del contenido del primero de los preceptos de la Carta Fundamental, y que singularizan a toda persona, debe considerarse la sociabilidad que le es inherente y que constitucionalmente se expresa en que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" (inciso segundo del artículo 1°) y que "el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos" (inciso tercero del artículo 1°).

Una última característica de la persona puede ser advertida en el contexto de los valores y principios recogidos en el artículo 1° de la Constitución. Se trata de que la persona está dotada de materia y espíritu, pues al definir el bien común o fin del Estado, la Carta Fundamental impone a éste no sólo el deber de estar al servicio de la persona humana, sino que, además, de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece;

SEXTO. Que, conforme al concepto señalado, toda persona goza en Chile del respeto a su dignidad expresado constitucionalmente, y de los derechos fundamentales que la Carta Fundamental le garantiza, independientemente de su nacionalidad. Sobre este aspecto, es dable hacer presente que el texto supremo en vigor al asegurar dichos derechos a todas las personas difiere sustancialmente de la Constitución anterior a ella que usaba la expresión "a todos los habitantes", precisamente para posicionar a la persona como sujeto central de los principios y reglas contenidas en la misma;

La Migración y Extranjería

SÉPTIMO. Que, la migración es un fenómeno global que ha estado presente a lo largo de la historia, existiendo consenso en la actualidad, que hay un nuevo



desafío, cual es la regulación internacional y estatal. La migración consiste en un desplazamiento de un lugar a otro con ánimo de permanencia o asentamiento y comprende la emigración y la inmigración. Se entiende por emigrar abandonar su propio país para establecerse en otro extranjero y por inmigrar, llegar a un país extranjero para radicarse en él, como expresa el texto del Proyecto de Ley en su artículo 2º, el objeto de ella es regular el ingreso, la estadía, residencia y egreso de extranjeros al país, y el ejercicio de derechos y deberes.

OCTAVO. Que, nuestra Constitución Política en el artículo 19 N°7 letra a) garantiza a toda persona 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.

A nivel internacional, existen distintos instrumentos que regulan la materia, a saber:

“Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 13

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

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 12

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

De ello se colige que, si bien no existe un reconocimiento internacional expreso de tal derecho, es parte de su ámbito de libertades la opción de emigrar, lo que no impone a los Estados a un deber de recibir. De manera que, ellos son absolutamente autónomos en virtud de la soberanía que poseen, para recibir la inmigración conforme el derecho interno lo determine, respetando siempre la protección a los derechos humanos y, teniendo presente que ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad;

Tratamiento jurídico de nacionales y extranjeros

NOVENO. Que, en el contexto descrito todas las personas, sean nacionales o extranjeras, tienen y gozan en el territorio nacional de los mismos derechos,



asegurados constitucionalmente, lo que nuestra ley civil declara expresamente (art. 57 Código Civil). No obstante, en materia de derecho público el ordenamiento jurídico hace distinciones justificables, respecto de los extranjeros, verbi gracia, acceso a determinadas funciones públicas, exigencias de avecindamiento en el derecho al sufragio, se encuentran eximidos de cumplir los deberes constitucionales (art. 22 CPR), salvo el respeto a Chile y a sus emblemas nacionales y; en materia de ingreso, salida, permanencia y residencia en el territorio nacional el Estado establece reglas que dicta en ejercicio de su soberanía con aquellas limitaciones propias del respeto a los derechos esenciales que origina la naturaleza humana (art. 5.2 CPR);

DÉCIMO. Que, en Chile, a diferencia de otros países, el ordenamiento jurídico asegura a los extranjeros migrantes -a pesar de carecer vínculo de nacionalidad- todos los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 constitucional. De esta forma, el artículo 19 al emplear la palabra “personas”, no realiza distinciones entre chilenos y extranjeros, asegurándoles a ambos el catálogo de derechos, existiendo, por ende, una titularidad genérica, en contraste con otros sistemas constitucionales en que hacen una diferenciación. Así ocurre, a modo ejemplar:

En el caso de Alemania, el artículo 11.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece que “todos los alemanes gozarán de libertad de movimiento y de residencia (Freizugikeit) en la totalidad del territorio federal” y, en cambio, deriva a reserva de ley, en el artículo 74.4, “el derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros”

En Argentina, el artículo 14 de su Constitución reserva el derecho “de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino” sólo a los “habitantes de la Nación” y reserva el artículo 20 de su Carta Fundamental para el reconocimiento de los derechos de los extranjeros, no incorporando el derecho aludido dentro de los referidos.

En España, “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley” (artículo 13 de la Constitución española). Pero “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional” (Artículo 19 de la Constitución española);

DÉCIMO PRIMERO. En este aspecto, es necesario traer a colación algunas conclusiones que se extrajeron del epígrafe del artículo 19 constitucional: “[...] se trata de una ampliación condensada en la voz “personas” con un reconocimiento creciente a toda situación que enfrente un derecho en función de la naturaleza de los mismos. [...] que este mayor alcance y proyección normativa de la titularidad protegida tienen un límite natural, puesto que se trata de reconocer los derechos propios al interior del ordenamiento jurídico nacional y no tienen una concepción extraterritorial. Este criterio viene a fortalecer el caso de los derechos de ingreso de un extranjero al país, los cuales se encuentran sometidos plenamente a la legislación nacional bajo los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En síntesis, esta titularidad genérica no sólo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente” (STC Rol N°2273, c.29);

DÉCIMO SEGUNDO. Que, el proyecto de ley de Migración y Extranjería, que motiva el requerimiento, contiene un nuevo conjunto de disposiciones, que tienen entre sus fundamentos el trato igualitario para los inmigrantes y, que regula tres clases de materias: a) el ingreso al país, la residencia, la permanencia, la salida,



reingreso y la expulsión del territorio nacional; b) el derecho a la vinculación y el retorno de los chilenos residentes en el exterior, y c) la situación de los refugiados y sus familias. Cuerpo legal que, dictado por los órganos del Estado pertinentes, lo han hecho en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, conforme al poder soberano del Estado de Chile.

Bajo este cuadro de finalidades establece un conjunto amplio de títulos y párrafos que van desde los principios fundamentales de protección; la determinación de una Política Nacional de Migración y Extranjería; el ingreso y egreso de extranjeros; la definición de categorías migratorias; los solicitantes de asilo político; las obligaciones de los medios de transporte internacional, empleadores e instituciones de educación superior; las infracciones y sanciones migratorias; la facultad de expulsión y el retorno asistido; las medidas de control administrativo; los recursos; las comunicaciones y notificaciones; un título sobre los chilenos en el exterior; la institucionalidad migratoria y otras normas específicas como el arriendo y el subarriendo abusivo junto a un conjunto de disposiciones transitorias;

DÉCIMO TERCERO. Que, aun siendo los poderes legislativos plenamente autónomos para elaborar, aprobar y promulgar las reglas que regirán en las materias antes referidas, tales reglas están sujetas al principio de supremacía constitucional, y por ende tienen plena vigencia lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, y requerida esta Magistratura para ejercer el control de constitucionalidad, debe avocarse a examinar si los preceptos cuestionados se adecuan al Código Político;

ASPECTOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES PARA PROCEDER AL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

A) Principio de igualdad ante la ley y la diferencia arbitraria

DÉCIMO CUARTO. Que, esta Magistratura Constitucional ha creado una amplia jurisprudencia en relación a la garantía del artículo 19, N°2 constitucional, precisando, en reiteradas oportunidades que, el principio de igualdad ante la ley impide que las normas jurídicas traten en forma distinta a las personas que se encuentran en las mismas circunstancias. Se debe tener las mismas consideraciones con todos aquellos que son iguales, y en forma desigual a quienes no lo sean (STC Rol N°811 c.18), principio que arranca del aserto de que las personas nacen libres en iguales en dignidad y derechos.

La discriminación arbitraria, proscrita por la garantía constitucional referida, es aquella que carece de razonabilidad en términos de introducir una diferencia de trato entre quienes se encuentren en la misma situación, sin que ello obedezca a parámetros objetivos y ajustados a la razón. En este sentido, ha precisado que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad” (STC Rol N°784, c.19).

En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos, resultando 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.” (STC Rol N°1469 c.15);

DÉCIMO QUINTO. Que, de esta forma, 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. Por otra parte, como se ha señalado por esta Magistratura en los autos Rol N° 790-2007, 755 -2007 y 1217-2008, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan diferenciar situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por lo tanto, quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. (STC Rol N°7972, c.46);

B) Libertad Personal y Ambulatoria

DÉCIMO SEXTO. Que, la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N°7, asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y seguridad individual, en el entendido de libertad ambulatoria.

La Constitución asegura a toda persona esta libertad, en virtud de la autonomía de que es sujeto, asegurando el texto constitucional 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. Protegiendo un carácter interno que es la libre circulación y residencia dentro del país y, un carácter externo que corresponde a la libre entrada y salida del territorio nacional. Es decir, reconoce la libertad de circulación o locomoción, siempre que se respeten las normas establecidas en la ley, sin realizar distinción en las titularidades de estos derechos entre nacionales y extranjeros, siendo el derecho más amplio la libertad personal.

La seguridad individual significa protección contra toda interferencia arbitraria en la libertad. Consiste en la tranquilidad producida por la eliminación de arbitrariedad y el abuso de poder o desviación de poder, que es la base de la vida sin temores (Nogueira Alcalá, Humberto (1999) *Derecho a la libertad personal individual en el ordenamiento jurídico chileno*”, *Ius et Praxis*, vol. 5, núm. 1, p.302);

DÉCIMO SÉPTIMO. Que, en este sentido la doctrina ha manifestado que “la libertad personal es un derecho esencial de las personas, siendo un elemento fundamental también de la sociedad democrática, ella sólo puede ser afectada en los caos determinados por la Constitución o que ésta autorice al legislador para hacerlo” (Nogueira Alcalá, Humberto (1999) *ob. cit.*, p.294);

DÉCIMO OCTAVO. Que, en lo que nos atañe y quizás el aspecto más importante de ella es que este derecho está íntimamente vinculado a la inmigración, como se hizo referencia en los considerandos anteriores, reconociéndose a cada Estado la facultad de establecer las condiciones que considere necesarias para



autorizar el ingreso al país de un extranjero. Una vez que ingrese al territorio nacional, deberá cumplir los requisitos para residir en él. Todo lo cual, ha sido reconocido por el derecho internacional;

DÉCIMO NOVENO. Que, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho de circulación y de residencia, que se encuentra formulado en términos similares al artículo 19 N°7 letra a) constitucional:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

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

[...]

Cabe señalar que estas normas se repiten en otros textos internacionales;

VIGÉSIMO. Que, la doctrina ha profundizado en esta materia, expresando que “Si bien, sólo la ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, existiendo reserva de ley, la que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y a la restricción de la libertad, de modo que se excluyan, aún en los casos previstos en la ley, ciertas restricciones de libertad al no ser razonables y romper el equilibrio entre el derecho y su limitación, lo que transforma a tales limitaciones en inconstitucionales.” (Nogueira Alcalá, Humberto (1999), *ob. cit.*, p. 299);

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, se exige entonces, una considerable protección de la libertad ambulatoria de los migrantes, lo que debería verse reflejado en una normativa legal de carácter general, que es a lo que apunta este proyecto de ley;

C) Principio de reserva legal

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, la reserva de ley constituye un principio clásico del constitucionalismo, la Constitución Política lo consagra estableciendo un catálogo de materias que sólo pueden ser reguladas por ley (artículo 63 CPR). La reserva de ley es una garantía general para la restricción de derechos fundamentales y se encuentra vinculada al artículo 19 N°26 constitucional, artículo que asegura a todas las personas la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución “regulen o complementen las garantías que esta establece, o que las limiten en los casos que ella lo autoriza”, no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Por consiguiente, la limitación de derechos solamente corresponde al legislador. Esto último se hace patente en la Comisión de Estudios de la Nueva



Constitución, cuando se discutía la redacción en orden a la protección de la esencia de todas las garantías constitucionales: “El señor EVANS sugiere dejar constancia en el siguiente sentido: primero, que la regulación, complementación o interpretación de las garantías que asegura la Constitución corresponde exclusivamente al ámbito de la ley; segundo, que por lo tanto, ni el Poder Administrador, ni ningún otro Poder Público pueden atribuirse la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegura el texto constitucional” (Sesión N°212, 19 de mayo de 1976, CENC);

VIGÉSIMO TERCERO. Que, a tal efecto, en materia de libertad personal, la reserva de ley es infranqueable, por lo que necesariamente las afectaciones a dicha libertad tienen que efectuarse por ley y siempre que no lesione el contenido esencial de ella;

ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS IMPUGNADAS

IMPUGNACIÓN N°1: CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3°, INCISOS SEGUNDO Y CUARTO DEL PROYECTO DE LEY

(a) La impugnación

VIGÉSIMO CUARTO. Que, el requerimiento de autos considera que los incisos segundo y cuarto del artículo 3° del proyecto de ley privan, por la vía legal del goce del derecho fundamental del artículo 19 N°7 letra a) constitucional. Lo anterior, por considerar que el proyecto reconoce como titulares de los derechos de circular dentro del territorio y el derecho a salir del mismo sólo a quienes se encuentren legalmente en el territorio nacional y lícitamente en el mismo, excluyendo a los extranjeros que no se encuentren en esa situación.

Del mismo modo, al reconocer la titularidad referida, desconoce el respeto y la garantía que el Estado debe a “todas las personas”, en este caso para los requirentes se excluye a quienes estén en situación migratoria irregular, en proceso de regularización y aquellas que no han ingresado al país.

Finaliza considerando que se afecta el contenido esencial del derecho a la libre circulación de personas extranjeras por restringir el contenido de este derecho y excluir ciertas personas extranjeras de su titularidad, sin habilitación constitucional y sin una justificación razonable y necesaria que amerite esta restricción;

(b) La norma impugnada

VIGÉSIMO QUINTO. Que, el artículo 3° establece la promoción, respeto y garantía de derechos, los que desarrolla en sus respectivos incisos, específicamente los incisos segundo y cuarto no hacen sino reiterar cuanto exige al respecto el artículo 19, N° 7, letra a) de la Carta Fundamental: toda persona tiene derecho a



entrar al territorio de la República, “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”.

Es decir, cuando las normas impugnadas requieren que todo inmigrante se encuentre “legalmente” o “lícitamente” en el territorio nacional para disfrutar del derecho a circular libremente por él, enfatiza nada más la antes transcrita regla constitucional. La que, por lo demás, concuerda plenamente con la exigencia mayor estatuida en las Bases de la Institucionalidad, artículo 6°, en cuya virtud la Constitución y las normas dictadas conforme a ella obligan a toda persona, institución o grupo, sin excepción;

VIGÉSIMO SEXTO. Que, sobre este mismo particular, conviene precisar que, contrariamente a lo sustentado por el presente requerimiento parlamentario, en la especie no existe un derecho que, a posteriori, pueda ser objeto de limitaciones; ni puede sostenerse que aquí el legislador ha entrado a delimitar el contenido del mismo.

Antes, al contrario, se trata de un derecho que, conforme al tenor exacto del citado artículo 19, N° 7, letra a), constitucional, solo nace una vez satisfechas las condiciones legales previstas al efecto, de manera que al no reunirse estos requisitos indispensables carece de existencia el aludido derecho;

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, ciñéndonos al artículo 22 del Pacto de San José de Costa Rica, transcrito previamente, se infiere que otorgar la libertad de locomoción a toda persona que esté legalmente en territorio chileno, a condición que esté cumpliendo el ordenamiento legal en materia de ingreso y permanencia, está acorde a la norma de la Convención señalada. Es más, el inciso tercero de la citada norma faculta a restringir tales derechos “*para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud pública o los derechos y libertades de los demás*”;

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, una cuestión muy diferente, reñida con el artículo 19, N° 26, de la Constitución, es que la ley imponga modalidades o requisitos que impidan el libre ejercicio del derecho a ingresar al país.

Sin embargo, el requerimiento parlamentario en análisis no ha logrado identificar cuáles podrían ser aquellas obligaciones legales que, por excesivamente gravosas, impedirían o entorpecerían injustificadamente entrar de manera regular al país, bajo estándares comparables a nivel internacional;

VIGÉSIMO NOVENO. Que, yendo más a fondo, debe señalarse que es la propia Constitución la que ha formulado una natural diferencia entre chilenos y extranjeros, en su artículo 10, de donde el Código Civil ha derivado lógicamente que son chilenos los que la Constitución declara tales y que los demás son extranjeros (art.55); guardando consonancia con esta misma diferencia el artículo 1°, N° 8 del propio Proyecto de ley.

Ello, teniendo en consideración que hacer una “diferencia” no implica de suyo crear una “discriminación”, dado que esta última anómala situación únicamente se configura cuando -para lo que interesa- se trata arbitrariamente a los extranjeros, con ánimo hostil e imponiéndole cargas o gravámenes con el designio de



degradar su dignidad humana o de anular sus derechos fundamentales, cuyo no es el caso, conforme se lleva visto;

TRIGÉSIMO. Que, el binomio chilenos y extranjeros comporta pues una diferencia, que alguna significación jurídica concreta ha de tener. Especialmente en la materia en que, por antonomasia, es pertinente la regulación, cuyo es el caso del ingreso al país. Sostener a priori una igualdad absoluta o sin restricciones entre chilenos y extranjeros, importa desconocer que el respeto a Chile -exigido a todos sus habitantes por el artículo 22 de la Constitución- parte por respetar sus límites o fronteras.

Atinente resulta recordar que esta Magistratura ha señalado que la diferencia permitidas entre nacionales y extranjeros “en el ordenamiento positivo no ha desaparecido donde existe el estrato jurídico de “los extranjeros” ni las consecuencias lícitas que derivan de ello.”, agregando que “Es natural que tal diferencia se manifieste -entre otras materias- en la necesidad de un estatuto legal que module el ingreso de los extranjeros al país [...]” (STC Rol N° 4757, c.15);

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, como expresa el S.E. el Presidente de la República en su escrito de contestación del requerimiento parlamentario, en relación a los incisos impugnados del artículo 3°, estos se ajustan plenamente al texto fundamental. En primer término, porque no produce una diferenciación arbitraria, donde este Tribunal Constitucional ha señalado que “no puede considerarse jurídicamente reprochable una diferenciación (...) en la medida que tal distinción no responda a una fundamentación razonable” (STC Rol N° 2935, c.35) y, en ese sentido establecer que las personas que se encuentren legalmente en el territorio nacional no importa una diferencia desproporcionada o falta de razonabilidad. Es perfectamente justificable;

c) Los incisos segundo y cuarto del artículo 3° del proyecto de ley son constitucionales

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que, no se divisa una distinción de la naturaleza estimada en el requerimiento, otorgar sólo a los extranjeros que lícitamente, esto es, conforme a la ley nacional, estén en el territorio chileno la plena libertad de locomoción. De manera que, en esta parte, la disposición cuestionada resulta perfectamente acorde al artículo 19 N°2 de la Constitución;

TRIGÉSIMO TERCERO. Que, en lo concerniente al artículo 19 N°7 letra a) constitucional, que se estima, por los parlamentarios requirentes, vulnerado por el precepto a que se refiere este capítulo de la presente sentencia, y que garantiza a toda persona la libertad ambulatoria, la otorga “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”. Esta expresión que usa la disposición constitucional mencionada hace que el precepto cuestionado en dos incisos sea conforme a la Carta Fundamental, puesto que el hecho de que pende gozar de esta libertad es el cumplimiento de la ley, y bien sabemos que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Aunque esta regla sea de orden legal es plenamente válida, en esta parte, y se eleva a rango fundamental, precisamente por la exigencia señalada, y en los términos establecidos. Corolario, al extranjero y a toda persona que se encuentre en Chile sin dar cumplimiento a las leyes que regulan su



ingreso y permanencia, la Constitución le niega la garantía de la libertad de locomoción. La condición para gozar de tal prerrogativa es cumplir la ley, que constituye el mínimo ético, según señala la filosofía del derecho;

IMPUGNACIÓN N°2: CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16, INCISOS SEGUNDO Y TERCERO DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

TRIGÉSIMO CUARTO. Que, los requirentes cuestionan los incisos segundo y tercero del artículo en materia de acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal por introducir dos vulneraciones en materias distintas.

Por una parte, afectaría el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, en cuanto configuraría una medida discriminatoria y arbitraria al realizar un doble trato diferenciado. Primero, entre nacionales y extranjeros; y, en segundo lugar, entre extranjeros, unos con y otros sin el permiso de residencia de un mínimo de 24 meses. Tales diferenciaciones se basarían exclusivamente en la nacionalidad de los beneficiarios lo que redundaría en un tipo de distinción que la Constitución proscribió puesto que constituiría el establecimiento de una diferencia arbitraria. Asimismo, no serían admisibles aquellas medidas que limiten la participación en igualdad de oportunidades de un modo tal que estos impedimentos sociales excluyen esas oportunidades. Tales consideraciones no serían morigeradas por el inciso 3° del artículo 16° proyecto de ley.

En segundo lugar, habría una vulneración convencional al 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, afectando los derechos de infancia en este tipo de prestaciones. La medida de establecer un límite al acceso a beneficios sociales basado en un permiso de residencia de 24 meses, contrastado con la situación actual, sería un retroceso, configurando una medida regresiva.

Actualmente para ser beneficiario de la asistencia que confiere el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en el marco de sus políticas de protección social, es condición *sine qua non* la inscripción en el Registro Social de Hogares (RSH); asunto de vital importancia para los núcleos familiares integrados por personas que no ostenten una cédula de identidad vigente.

Los requirentes recuerdan 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. En consecuencia, si se exige que la Jefatura de hogar sea titular de una cédula nacional de identidad vigente, el niño o adolescente dependerá de la situación migratoria de sus padres, y si se encuentran irregulares, el menor no tendrá acceso al derecho en cuestión, incrementando su vulnerabilidad social;



b) La norma impugnada

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, el artículo 16 establece en su inciso primero (no cuestionado) el principio que guía la percepción de beneficios de seguridad social en cuanto nos indica que a éstos se puede acceder “en igualdad de condiciones que los nacionales”. Esta igualdad parte de la base que todos “cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias, y con lo dispuesto en el inciso siguiente”.

Seguidamente, describe el precepto cuestionado como una excepción al inciso primero, respecto de los beneficios sociales no contributivos y que impliquen transferencias directas monetarias, caso en el cual se exige un plazo de permanencia mínimo para el acceso consistente en un permiso de residencia por un período mínimo de veinticuatro meses.

Esta excepción opera de manera residual. Esto es, acontecería solo si la ley que crea el beneficio no establece, “en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país”. Por tanto, recaerá en el legislador, en definitiva, determinar si operará este requisito adicional o no.

Por otro lado, el inciso tercero de este artículo establece una contra excepción, frente a una crisis sanitaria (del artículo 36 del Código Sanitario) o de otra naturaleza (“razones humanitarias fundadas”), de manera de habilitar el acceso de los residentes extranjeros a los beneficios sociales no contributivos que impliquen transferencias directas monetarias, sin necesidad de cumplir un plazo de permanencia mínima en el país;

TRIGÉSIMO SEXTO. Que, en cuanto al objeto de la norma cuestionada, el requerimiento pone en el centro el dilema de la cuestión del alcance de los beneficios sociales no contributivos respecto de los migrantes pero sin identificar un efecto normativo preciso y remitiéndolo a un texto general de Pablo Arellano Ortiz, [“Prestaciones no contributivas de los trabajadores migrantes: un desafío pendiente en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 2014, pp. 473 – 494, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales];

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, lo anterior, obliga a identificar la noción de “seguridad social y beneficios” que emplea el proyecto. El legislador utiliza una expresión acotada del mismo, puesto que derechos de tal naturaleza que responden a contingencias como la enfermedad han sido descritos en otra parte del articulado del proyecto de ley.

Así, el caso más significativo es el ejercicio del derecho a la salud, que el Tribunal Constitucional ha vinculado al derecho a la seguridad social (STC 1710), y respecto del cual aplica lo dispuesto en el artículo 15 del proyecto de ley, de conformidad con el cual los extranjeros, cualquiera sea su condición migratoria, tendrán acceso a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales.

Asimismo, el inciso segundo focaliza la descripción de la distinción respecto de aquellas “prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas”.



Con esto, se deja fuera de la regla todas las prestaciones y beneficios de seguridad social que se fundan en un carácter contributivo, que no tengan un financiamiento íntegro del Fisco y que no se traduzcan en una transferencia monetaria directa. De este modo, por ejemplo, las prestaciones fundadas en la base de la relación laboral como aquellas contingencias derivadas de accidentes del trabajo o todas aquellas que operan como subsidios indirectos no se vinculan a la norma cuestionada;

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que, cuando se caracterizan los beneficios de seguridad social como “prestaciones no contributivas” se daría cuenta de una dimensión de las políticas sociales consistente en la “asistencia social”. Sin embargo, como apunta el mismo autor agregado al requerimiento “los sistemas de seguridad social pueden ser de carácter contributivo (seguro social) o de carácter no contributivo (asistencia social), aunque hoy en día en su mayoría poseen un carácter híbrido. Los regímenes contributivos y los no contributivos generalmente entregan prestaciones en especie, por ejemplo, prestaciones médicas, y en dinero, el pago de pensiones y el pago de subsidios por incapacidad temporal” (Arellano, 2014: 479). Tales dimensiones se complejizan en el caso de programas sociales que suponen el ingreso a un “sistema de protección social” que involucra un programa integral de acompañamiento familiar, con apoyo psicosocial; acceso preferencial a la red de programas sociales y acceso garantizado a los subsidios correspondientes del Estado” (Ley N°19.949, Chile Solidario).

En consecuencia, hay un dilema respecto del alcance efectivo que tiene esa expresión sobre el modo en que se excluiría a extranjeros con permiso de residencia inferiores a veinticuatro meses;

TRIGÉSIMO NOVENO. Que, esta descripción incierta del sentido normativo del inciso segundo del artículo 16 del proyecto de ley permite sostener que este precepto, autónomamente considerado, es una regla residual que por sí misma no genera un efecto regresivo respecto de beneficios que actualmente considerasen a un conjunto de extranjeros residentes que pasarían a ser privados por esta ley. Tal estimación es meramente hipotética puesto que es responsabilidad del propio legislador definir en cada oportunidad a quiénes abarcan “las prestaciones y beneficios no contributivos” incluyendo la identificación de requisitos para los extranjeros con permiso de residencia inferiores a 24 meses.

En tal sentido, la transformación de una regla residual en regla general, no conduce directamente este caso a una realidad regresiva. La interpretación no regresiva de derechos sociales supone saber si enfrentamos una “regresividad de resultados” o una “regresividad normativa”. No siendo una cuestión demostrada empíricamente en los resultados por el requirente y siendo un asunto no sencillo de resolver, sólo queda por examinar la dimensión exclusivamente jurídica.

“Para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado y sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior” [Courtis, Christian (2006), “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, Courtis, Christian (compilador), Ni un paso atrás. La



prohibición de regresividad en derechos sociales, Centro de Asesoría Legal y CELS, Buenos Aires, p. 4];

c) Constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 16 del proyecto de ley

CUADRAGÉSIMO. Que, lo cuestionado por los requirentes es la discriminación producida. Sin embargo, lo anterior, exige una comparación entre los iguales. Esa contrastación también es exigida normativamente si se acusa regresividad. Sin embargo, aquí no es posible examinar una u otra. No tenemos las reglas que comparen los beneficios de los cuales quedarían excluidos los extranjeros con permisos de residencia inferiores a veinticuatro meses. En consecuencia, difícilmente es posible realizar ese examen comparativo el que se torna imposible porque este inciso segundo del artículo 16 no modifica ni sustituye los beneficios legales previamente otorgados a los extranjeros. Sólo actúa en ausencia de una decisión del legislador. De este modo, no es posible realizar el contraste comparativo de rigor entre extranjeros ni tampoco es posible estudiar la regresividad normativa la que, por ahora, sólo se manifiesta de un modo retórico, pero sin una evaluación ponderada de la misma;

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que, finalmente y respecto de esta impugnación, en cuanto a la afectación indirecta de los derechos de los niños, el legislador sostiene que las “restricciones establecidas en este artículo no aplican respecto de los niños, niñas y adolescentes (*en adelante NNA*) 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 consecuencia, las afectaciones que recaigan sobre determinados titulares no limitan el poder de agencia que tienen en cuanto padres, guardadores o cuidadores de los derechos de los NNA, y estos juzgadores sentencian sobre la base de que esa restricción no es jurídicamente posible de realizar;

IMPUGNACIÓN N°3: CONSTITUCIONALIDAD DE LA PALABRA “PROPIA” EN AMBAS APARICIONES, DEL ARTÍCULO 18 DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, los requirentes cuestionan la palabra “propia” en las dos veces que aparece en el artículo 18 del proyecto de ley según se indica:

*“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.”;*

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, esta reiteración de la misma palabra sería conducente a dos infracciones constitucionales. Por una parte, al artículo 19,



numeral 2°, en cuanto afectaría la igualdad ante la ley en el goce del derecho a la vivienda, el que estaría consagrado legal, aunque indirectamente en el nivel constitucional (por su vinculación en el artículo 5° inciso segundo con el PIDESC), ya que se limitaría injustificadamente a los extranjeros solo en cuanto a su régimen propietario. Esto constituiría 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.

De acuerdo con la Observación General No. 4 del Comité DESC de Naciones Unidas, la protección respecto de la vivienda es amplia y no puede reducirse a la titularidad del dominio. En tal sentido, las normas reprochadas supondrían, además, un desconocimiento de las obligaciones del Estado en materia de garantía progresiva y no regresividad en los derechos económicos, sociales y culturales;

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, una segunda infracción, a juicio de los requirentes, es contra el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución en cuanto vulnera el derecho a la vivienda establecido en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). 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, en relación con el PIDESC y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

En particular, la mencionada Convención señala en su artículo 7°:

“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;”

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, en su contestación a fs. 2747 y siguientes, S.E. el Presidente de la República, nos indica que el derecho de acceso a la vivienda no tiene reconocimiento constitucional. Su introducción tiene lugar conforme al inciso segundo del art. 5° CPR, particularmente en relación al PIDESC, que lo reconoce en su art. 11.1, disposición que debe relacionarse con el elemento de progresividad del art. 2.1.

En tal sentido, cuestiona que el requirente parte del supuesto que el artículo 18 del proyecto de ley no tiene por objeto garantizar la igualdad entre los nacionales y extranjeros, como un derecho social de acceso a la vivienda respecto de formas distintas a la propiedad. Así entiende que la autoridad podría –a partir de esta norma- establecer otras formas de acceso o tenencia de vivienda discriminando arbitrariamente entre nacionales y extranjeros.

Sin embargo, ninguna de esas consideraciones se basa en el precepto reprochado, sino que en una situación hipotética de una regulación o una interpretación respecto de una supuesta omisión. Todo aquello no está en el proyecto de ley y, por tanto, no puede ser objeto de cuestionamiento;



b) La norma impugnada y su conformidad con la Constitución

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que, corresponde rechazar la impugnación en esta parte por dos tipos de motivos. Primero, porque reprocha aisladamente un sistema legal. Y, segundo, porque interpreta bajo un supuesto errado: esta no es la Constitución de los migrantes en Chile.

En cuanto a lo primero, toda la redacción del artículo 18 no significa en modo alguno que los extranjeros no tengan otros derechos en materia de vivienda ni se funde en principios de acceso a los mismos. El artículo 3° del proyecto de ley establece que “[e]l 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”, dentro de los cuales se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales, señalando que “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” (inciso sexto). Asimismo, el inciso final de esta disposición proscribire la discriminación arbitraria respecto de los extranjeros. El artículo 13 ordena una igualdad en el ejercicio de los derechos. Por último, el artículo 11 del proyecto de ley establece una regla de interpretación de su articulado, así como de sus reglamentos, de conformidad con la cual deberán ser interpretados siempre en armonía con los valores, principios, derechos y libertades contenidos la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en esa perspectiva, el proyecto de ley presta particular atención al arriendo o subarriendo de piezas o habitaciones a extranjeros, a objeto de proscribir el abuso. En tal sentido, reconoce otras formas de tenencia de la vivienda. Así, el artículo 118 establece que el arriendo o subarriendo de piezas u habitaciones a extranjeros deberá dar cumplimiento para carga de ocupación y demás exigencias y estándares que establezca la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, conforme a lo dispuesto en el Título V de la Ley N° 18.101, sancionando al arrendador o subarrendador que incumple la normativa. Para estos efectos, el artículo 176 N° 13 introduce un nuevo título a la Ley N° 18.101, que fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, el Título V, denominado “Del arriendo y subarriendo abusivo, y del hacinamiento”;

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Que, el rechazo de la impugnación no debe conducir a sostener una concepción restringida del derecho a la vivienda de las personas extranjeras. Tampoco debe entenderse como una limitación del contenido del derecho a vivienda.

La existencia de vivienda precaria, asentamientos informales o campamentos afecta a una generalidad de personas, incluyendo a extranjeros. Las condiciones habilitantes de esas viviendas cuestionan la política misma de acceso a un nivel de vivienda adecuado, lo que acontece sin respecto de su condición de extranjero. Todas estas cuestiones son de mérito y acorde al principio de que el desarrollo debe



proveer las condiciones para el ejercicio de los derechos DESC en la medida más progresiva posible.

De acuerdo al Comité DESC, el concepto de adecuación, en el marco del derecho a la vivienda adecuada, “sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto”, entre estos factores se encuentra la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar (accesibilidad), adecuación cultural” (Observación General N° 4);

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, en cuanto al segundo enfoque o razón del rechazo, basado en el supuesto implícito de la exigencia de un tratamiento integral de la migración, supondría un defecto mayor, esto es, que esta ley sería una especie de Constitución de los migrantes.

Sin embargo, la lectura de estos artículos permite concluir que los extranjeros gozan de los derechos consagrados en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en las mismas condiciones que los nacionales, de conformidad con el encabezado del artículo 19 de la Carta Fundamental, invocando una titularidad genérica de los derechos consagrados en esa disposición constitucional.

En consecuencia, la circunstancia de que el Párrafo II del proyecto de ley, denominado “Derechos y obligaciones de los extranjeros”, no enumere todo el catálogo de derechos contenidos en el capítulo III de la Constitución Política de la República, no significa que los extranjeros no gocen de ellos.

En este sentido, una interpretación como la sostenida en el requerimiento, implicaría que el proyecto de ley solo reconoce a los extranjeros aquellos derechos que expresamente señala, lo que no se aviene con lo dispuesto en los artículos 3, 11 y 13 antes reseñados.

Por consiguiente, el que el artículo 18 únicamente asegure el derecho de acceso a la vivienda propia, no significa que los extranjeros no tendrán derecho a los demás beneficios previstos en la legislación que tiendan a proteger otras formas de tenencia de la vivienda, en las mismas condiciones que los nacionales y así se declarará;

IMPUGNACIÓN N°4: INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE UNA EXPRESIÓN DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 27 DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

QUINCUAGÉSIMO. Que, el requirente cuestiona dos de las tres razones que permiten al Estado exigir una autorización previa o visa a nacionales de determinados países, excluyendo solamente los “motivos de reciprocidad internacional”.



El artículo 27 en su inciso segundo del proyecto de ley contiene la frase “*por motivos calificados de interés nacional*”, la que constituiría un concepto jurídico de tal modo indeterminado; cuyo contenido incierto termina siendo identificado y fijado en plenitud por parte de la autoridad administrativa, en ausencia de criterio legal alguno.

De este modo, en el texto reprochado no figurarían límites que orienten la actividad administrativa, correspondiéndole a esta, de forma exclusiva, la identificación del interés nacional, su sentido y calificación.

Conferir a la Administración la facultad de determinar, mediante –señala el requerimiento– una cláusula amplísima, respecto de qué nacionales extranjeros se podrá solicitar una visa y qué casos no, fundado ello en todo lo que pueda interesar a la nación chilena, resultaría abrir la puerta a casos de arbitrariedades que no se verían superados por la fundamentación del mismo. Distinto sería si se hubiese establecido un listado de supuestos que guíen la actividad de la autoridad para emplear la facultad que le asiste, o bien, que se remita a los criterios contenidos en los tratados internacionales;

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, respecto de la expresión en el mismo inciso segundo del artículo 27 se agrega el fundamento de requerir tal visa en razón del “*bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular*”. Esta causal resultaría completamente indeterminada al habilitar a la autoridad administrativa de un modo tal que su interpretación le permite la posibilidad de poder dar a cualquier tipo de incumplimiento, cualquiera este sea, la fuerza suficiente para poder establecer que existe un bajo cumplimiento de las normas migratorias;

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, tales preceptos infringirían los siguientes derechos constitucionales. Primero, el derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria en relación con la libertad personal definida en el artículo 19, numeral 7°, literal a) de la Constitución. Y, en segundo lugar, al artículo 19, numeral 26° por afectar el contenido esencial de las señaladas libertades.

Entre las diferentes causales que habilitan al legislador para restringir la libertad de circulación, no figuraría el interés nacional. Los instrumentos internacionales (PIDCP, CADH y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares) consagrarían 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.

En el caso de la frase “*motivos calificados por interés nacional*”, aun cuando pudiera 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.

Respecto a la segunda frase, la indeterminación 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,



volvería difícil establecer la práctica de un examen de proporcionalidad en sentido estricto;

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Que, en su escrito de observaciones, S.E. el Presidente de la República sostiene respecto de la presente impugnación que el artículo 27 reprochado se enmarca en lo establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto que los Estados pueden condicionar el ingreso de los extranjeros a su territorio, estableciendo condiciones al respecto. Así es que necesariamente el legislador debe atribuir competencias a los órganos administrativos que estarán a cargo de velar por el cumplimiento de estas condiciones, tal como lo demandan los artículos 6° y 7° de la Constitución.

El requerimiento cuestiona la atribución de potestades discrecionales en esta materia. Pero ello debe distinguirse de su ejercicio arbitrario. Para ello existen mecanismos de control de la discrecionalidad, que se traducen en un conjunto de elementos reglados que nunca pueden estar ausentes al adoptar una decisión, como lo son las limitaciones que otorga el marco normativo vigente: **a)** Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente los que se les reconoce a los migrantes. **b)** La Constitución, especialmente principios y normas vinculantes a todos los órganos del Estado (dignidad, legalidad, respeto y promoción de los derechos esenciales, transparencia, publicidad, probidad, igualdad, proporcionalidad, etc.). **c)** Legislación administrativa en general (Ley N° 18.575; Ley N° 19.880), esto es: exigencia de resoluciones fundadas en hecho y derecho; control administrativo y judicial del acto administrativo; elementos reglados del acto: hechos determinantes, fin público a cumplir y principios generales del derecho.

Adicionalmente, cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 4757, c. 19°), en relación a la legitimidad constitucional de aplicar medida excepcional de autorización previa o visa respecto del decreto supremo 776, que establece Visto Consular de Turismo a Nacionales de Haití.

Por tanto, el precepto impugnado no implicaría una discriminación arbitraria en sí misma ni afecta la esencia de los derechos;

b) La norma impugnada

Constitucionalidad de la frase “por motivos calificados de interés nacional”.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. Que, tres razones nos llevan a descartar la existencia de una vulneración constitucional. Primero, porque la invocación de una causal o razón de “interés nacional” no es un instituto ajeno a nuestro ordenamiento constitucional en general. En segundo lugar, tampoco lo es en el plano migratorio. Y tercero, porque debe y está revestido de garantías normativas;

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. Que, la Constitución Política de la República se refiere al concepto de “interés nacional” en cuatro oportunidades: en el marco del principio de publicidad (artículo 8°, inciso segundo), de la clase de trabajo que puede ser prohibido (artículo 19 N° 16, inciso cuarto), de la libertad de adquisición del dominio (artículo 19 N° 23, inciso segundo) y de la procedencia de la expropiación (artículo 19 N° 24, inciso tercero). En todos los casos, la cláusula del interés nacional debe ser definida por ley y conduce a la restricción o limitación de un derecho



fundamental o autorizan la reserva o secreto de información pública. En consecuencia, tal noción no admite una interpretación aislada dentro del ordenamiento al cual está llamado a servir;

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Que, la referencia a razones de interés nacional en materia de inmigración no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, artículo 45 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, dispone en su inciso segundo que “por razones de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá establecer mediante decreto supremo, firmado por los Ministros del Interior y de Relaciones Exteriores, la obligación para los turistas de obtener un registro previo de sus pasaportes en el Consulado Chileno correspondiente o por quien lo represente”.

La delegación de la calificación del interés nacional en el Ejecutivo en este ámbito encuentra sustento en el artículo 24 de la Carta Fundamental, en virtud del cual “[e]l gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el jefe de Estado”. Tales funciones comprenden “todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (artículo 24, inciso segundo, de la Constitución) y de su potestad reglamentaria de ejecución en relación con las limitaciones legales que admite el artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución.

Tal interpretación fue unánimemente acreditada en la STC Rol N° 4757;

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, finalmente, en este orden de ideas, si bien el concepto de “interés nacional” es indeterminado y ofrece a la Administración una amplia discrecionalidad, el proyecto de ley limita esta discrecionalidad de varias maneras. En primer lugar, exige motivos calificados, vale decir, eleva el estándar de justificación. En segundo lugar, los motivos calificados de interés nacional deberán constar en un decreto supremo y, en consecuencia, estarán sujetos a un control previo de legalidad, consistente en la toma de razón efectuada por la Contraloría General de la República. En tercer lugar, las razones de interés nacional invocadas no pueden significar una discriminación arbitraria respecto de los nacionales de un país en particular. Y, por último, están sometidos a control judicial a partir de la aplicación de la Ley N° 19.880;

Inconstitucionalidad de la frase “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. Que, prácticamente los mismos criterios que nos llevaron a estimar la constitucionalidad de la causal anterior fundan el acogimiento de esta parte del requerimiento, al vulnerarse la Constitución, en este caso, por las siguientes razones. Primero, se trata de una causal carente de historia normativa, prácticas interpretativas y densidad conceptual previa. En segundo lugar, porque su estructura indeterminada transforma la discrecionalidad máxima en arbitrariedad, afectando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución. Y, en tercer lugar, porque convierte el límite a la libertad personal, en la regla general, según veremos;



QUINCUAGÉSIMO NOVENO. Que, hemos sostenido que, en primer lugar, se trata de una causal novedosa. La expresión “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”, contenidas en el inciso segundo del artículo 27, es una innovación que no se asienta en interpretaciones, en reflexiones normativas o conceptuales que delimiten adecuadamente el alcance de la misma.

En efecto, esta expresión otorga una excesiva discrecionalidad a la Administración por su alto grado de indefinición, facultando a la autoridad administrativa de turno para aplicarlo a cualquier tipo de incumplimiento, así como para determinar la extensión del incumplimiento en los nacionales de un determinado país. Es en este sentido, precisamente, que cabe afirmar que el precepto impugnado conduce a una excesiva e injustificada discrecionalidad.

Se trata de una regla excesiva por el amplísimo rango de preguntas sin respuestas que arroja la definición de “de bajo cumplimiento”: ¿Cuál es el margen tolerable? ¿Cuál es el lapso de tiempo evaluado “de las normas migratorias”? ¿Qué tipo de normas migratorias, las legales, o las administrativas? Hay un sinnúmero de normas y, evidentemente, no todas son merecedoras del mismo reproche.

En cuanto a los sujetos activos que fundan la restricción, la frase de “por parte de los nacionales de un país en particular” arroja igualmente un gran número de preguntas que quedan sin respuesta: ¿cuántos nacionales deben incumplir? Si se trata de una colonia pequeña o grande de nacionales de un determinado país en comparación con el promedio, ¿se considerará ese mismo número o porcentaje de nacionales?;

SEXAGÉSIMO. Que, es, adicionalmente injustificada, dado que conduce a un resultado arbitrariamente discriminatorio y exige condiciones imposibles de cumplir. En cuanto a lo primero, su sola aplicación implicará una discriminación arbitraria entre los nacionales de distintos países. Así, mientras un nacional de un país determinado deberá solicitar una autorización previa o visa por el bajo cumplimiento de las normas migratorias de sus connacionales, a pesar de cumplir con los requisitos generales para ser admitidos en el país, los nacionales de otros países podrán ingresar a Chile, si cumplen los mencionados requisitos generales, sin requerir esa autorización previa o visa, tan solo porque sus connacionales cumplían las normas migratorias. Vale decir, personas que se encuentran en una misma situación, recibirán un trato diferente por lo que hicieron terceras personas, sobre las cuales no podían ejercer ningún tipo de control. Justamente, esto último refleja la irrazonabilidad de la frase impugnada, ya que impone a un nacional de un determinado país un requisito que no se encuentra en condiciones de cumplir para el ingreso al país.

Por último, la norma no es razonable desde el punto de vista del fin que persigue. Si lo buscado es una migración segura, ordenada y regular (artículo 7 del proyecto de ley), los “motivos calificados de interés nacional” cubren esa finalidad sin incurrir en los vicios señalados y, en tal sentido, la norma impugnada no es necesaria.

Desde el punto de la idoneidad, es aventurado sostener que el comportamiento grupal de determinadas personas algo dice sobre el



comportamiento futuro de ciertas personas. Y, en tal sentido, el que muchos nacionales de un determinado país cumplan las normas migratorias chilenas no implica que todos los nacionales de ese país que lleguen después seguirán cumpliéndolas;

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que, concluyendo a este respecto, cabe entender que esta cláusula o razón de exclusión se funda en una interpretación que se asienta exclusivamente *ex ante* en el límite a la libertad personal y no en el ejercicio de la libertad misma. El artículo 19, numeral 7°, literal a) determina como límites de la libertad personal un contenido formal (la ley) y uno sustantivo (“salvo siempre el perjuicio de terceros”).

El principio de no daño contiene una regla cardinal de la historia de los derechos fundamentales (artículo 4° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y una larga secuela) que orienta el ejercicio de la libertad personal de un modo tal que no justifique el perjuicio de terceros, y en nuestra Constitución, de un modo excluyente a “salvo siempre”. Eso implica que no solo los titulares de dichas libertades tienen esa limitación, sino que, a su vez, es su derecho a no interferencia sobre el goce de las mismas.

El precepto cuestionado, por el contrario, toma un perjuicio variable e indeterminado, ocasionado por terceros connacionales innominados en el comportamiento de normas migratorias, y lo impone como impedimento para que otros puedan acceder al régimen general de ingreso al país.

Por lo mismo, a diferencia de la causal relativa al “interés nacional” que incorpora expresamente la regla de que “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”, aquí no es posible reproducirla. Puesto que la misma norma exige tomar en cuenta el comportamiento supuestamente perjudicial de terceros de su propio país introduciendo una discriminación en relación con el ejercicio de la libertad personal;

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que, en consecuencia, la frase “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular” es contraria a los numerales 7° letra a) y 2° del artículo 19 de la Constitución, lo que derivará en su exclusión del inciso segundo del artículo 27 del señalado proyecto de ley por ser inconstitucional;

IMPUGNACIÓN N°5: CONSTITUCIONALIDAD DE LOS NUMERALES 4° Y 5° DEL ARTÍCULO 33 DEL PROYECTO DE LEY

(a) La impugnación

SEXAGÉSIMO TERCERO. Que, los requirentes consideran que los numerales impugnados contenidos en el artículo 33 referido, vulneran las garantías de igualdad ante la ley, del debido proceso y la libertad personal y seguridad individual de quienes sean afectados por esta medida.



Parten de la premisa que la Constitución Política prohíbe toda discriminación de carácter arbitrario, siendo necesaria una habilitación constitucional previa para efectuar alguna diferenciación entre nacionales y extranjeros. Agregan que, la carencia de criterios para ponderar la proporcionalidad de las causales de prohibición de ingreso junto con la indeterminación de los numerales 4° y 5°, entregan un margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa que permite restringir el ejercicio de derechos fundamentales de los extranjeros sin un límite o control normativo. En relación a ello, señalan que “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”.

Afirma el requerimiento que se vulnera la garantía constitucional del debido proceso 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 (fojas 76).

Finalizan señalando que los numerales impugnados afectan el artículo 19 N°7 letra a) constitucional, pues permiten que la autoridad prive a la persona extranjera de su derecho a ingresar al país por la sola sospecha de que se disponga a cometer un crimen o simple delito o quien parezca tener motivos migratorios distintos de los declarados para obtener una visa ya otorgada o para el otorgamiento de un permiso en frontera. En relación al numeral 4° se expresa que, además, se prescinde de una descripción fáctica de la conducta que se le atribuye al infractor, de esta forma, la resolución administrativa que resulte de la imposición de la prohibición de ingreso será una mera afirmación de autoridad, sin respaldo y sin dar a la persona afectada la posibilidad de ejercer su defensa. Por otro lado, respecto del numeral 5° indica que al extranjero se le somete a un control moral por parte de la policía en frontera, lo que resulta riesgoso desde el punto de vista de la interdicción de la arbitrariedad, entregando a su discreción la posibilidad de aplicar la sanción en caso de identificarse alguno de los supuestos enumerados en el proyecto;

(b) La norma impugnada

SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, el artículo 33 del proyecto de ley fija un catálogo de causales en virtud de las cuales la autoridad competente -Policía de Investigaciones- podrá impedir el ingreso de un extranjero al país.

El encabezado del artículo 33, al referirse a las prohibiciones facultativas utiliza la palabra “podrá”, que según el DRAE significa “tener expedita la facultad o potencia de hacer algo” y, que la prohibición sea facultativa implica que es opcional y no obligatorio, correspondiéndole realizar a la autoridad la competente ponderación de concurrencia de la causal. De esta forma es una competencia discrecional pero excepcionalmente la autoridad estará facultada a ejercerla en caso de existir una situación anómala como la de los numerales 4° y 5°.

A continuación, se enumeran cinco causales de procedencia de la mencionada prohibición de ingreso al país. El numeral 4° impugnado, contempla la situación en que un extranjero al momento de hacer ingreso al país por un paso



habilitado realice declaraciones, ejecute actos o porte elementos que constituyan indicios de que se dispone a cometer un crimen o simple delito de acuerdo con la legislación penal chilena. Por otro lado, el numeral 5° se coloca en la situación de que el extranjero realice declaraciones o porte elementos que acrediten que el motivo de su viaje difiere de aquél para el cual se obtuvo la visa correspondiente o se solicitó al ingreso al país, esto es, que no reúna los requisitos exigidos para ingresar al país;

SEXAGÉSIMO QUINTO. Que, resulta relevante señalar que en el numeral 4° las conductas deben constituir “indicios” de que se disponga a cometer crimen o simple delito. Concepto que el Ejecutivo reconoce que ha sido definido por la doctrina como “[...]una circunstancia de hecho conocida, que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido [...]”, en el mismo sentido “éstos deben sostenerse en circunstancias objetivas y comprobables, ser serios y verosímiles, y estar conformados por hechos que no pueden ser vagos ni amplios” (fojas 2851). De este modo, se establece objetivamente la situación en que se habilita a la autoridad para tomar las medidas referidas.

En cuanto al numeral 5° las conductas deben “acreditar” que el motivo del viaje difiere de aquel para el cual se obtuvo la visa o se solicitó el ingreso al país. Se entiende por acreditar, tal como lo expresó el Ejecutivo según la Real Academia Española “Hacer digno de crédito algo, probar su certeza o realidad” (fojas 2851);

SEXAGÉSIMO SEXTO. Que, cabe agregar que, este acto por el que la policía impide el ingreso de un extranjero al país al concurrir una de las causales expresadas en el artículo 33 del proyecto de ley, constituye un acto administrativo, el que debe ser fundado, notificado y sujeto a control administrativo y judicial. Y tal como se expresa en el artículo 35 del proyecto de ley en caso de que se configure la situación recién señalada, la decisión de la policía será recurrible desde el exterior para ante el Servicio Nacional de Migraciones, plazo y procedimiento que se regirá por la ley N°19.880, sin perjuicio de lo cual procederán los demás recursos y acciones que procedan y puedan ejercerse en el territorio nacional;

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en las observaciones señaladas por S.E. el Presidente de la República, manifestó que es posible constatar que la forma en que están descritas estas dos causales cumplen con el estándar que se ha establecido por la jurisprudencia constitucional. Agrega que, no es efectivo que la redacción del precepto impugnado entregue a la Administración una excesiva discrecionalidad de manera de abrirse la puerta a que se produzcan arbitrariedades. Precisa que la norma permite a las personas poder conocer con antelación cuáles son los supuestos o casos en que se podría prohibir su ingreso al país, así como a las consecuencias que estarían expuestos.

Concluye que se está frente a una norma “que cumple plenamente con lo dispuesto en nuestra Constitución, a través de causales que son taxativas, sin que se deje margen a la arbitrariedad y sobre la base de un conjunto de garantías y medios de control” (fojas 2853);



c) Los numerales 4° y 5° contenidos en el artículo 33 del proyecto de ley son constitucionales

Derecho de entrada y salida al país

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Que, como se ha expresado a lo largo de la sentencia, la Constitución Política garantiza a toda persona 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. Al referirse a toda persona, no distingue entre nacionales y extranjeros, dando cumplimiento con ello a no establecer diferencias arbitrarias.

Por su parte, la legislación internacional establece que *“Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”* (artículo 13.2 Declaración Universal de Derechos Humanos). También se contempla que *“El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo. Un Estado puede imponer también condiciones generales a un extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto.”* (Observación N°15, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrafo 5 y 6).

Cabe considerar que *“La Convención establece un equilibrio entre la facultad soberana de los Estados partes para controlar sus fronteras y regular la entrada y la permanencia de los trabajadores migratorios y sus familiares, por una parte, y, por otra, la protección de los derechos, enunciados en la parte III de la Convención, de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, incluidos los que se encuentran en situación irregular.”* (Observación N°2, párrafo 13 2013 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares);

SEXAGÉSIMO NOVENO. Que, esta Magistratura se ha pronunciado en esta materia previamente, expresando que *“el ejercicio de la dimensión administrativa de seguridad de la potestad pública en materia de extranjería se refuerza con las exigencias de ingreso al país. Es la entrada al país el momento de contrastar los requisitos de ingreso definidos por el legislador, según lo dispone el artículo 19, numeral 7, literal a) de la Constitución, esto es “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”. “Es así como, según ya dijimos, el Estado puede condicionar su consentimiento al ingreso de un extranjero al país, bajo una serie de requisitos normativos previstos por la ley y que deben cumplirse, relativos a circulación, residencia, empleo o condiciones generales a observar por el extranjero en situación de tránsito”* (STC Rol N°2273, c.41);

SEPTUAGÉSIMO. Que, la autonomía del Estado en cuanto a la determinación de las exigencias de ingreso al país, también ha sido compartida por la doctrina señalado al respecto que *“prima la soberanía de los Estados por sobre una libertad de circulación de las personas por los distintos Estados del mundo, pues es un principio clásico y primordial del derecho internacional y que sigue teniendo cabida en el siglo XXI, pero no se debe olvidar que el principio de soberanía*



actualmente vigente no es aquel absoluto de antaño, sino que posee restricciones de importancia, por tanto, si bien se reconoce el derecho del Estado para determinar quienes entran a sus fronteras, el ejercicio de esta potestad ha de efectuarse con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas” (Díaz, Regina (2016) “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales” Estudios Constitucionales, Año 14, N° 1, pp. 179-220);

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Que, de esta forma, cada Estado fija en su derecho interno los requisitos que deberán cumplir los extranjeros para ingresar al país con el que no tengan un vínculo de nacionalidad, situación que el derecho internacional migratorio tolera. Requisitos que deben ser objetivos, razonables y proporcionales para así respetar el principio de igualdad y no discriminación;

Cumplimiento de las garantías constitucionales

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO: Que, el Estado chileno tiene un espacio de discrecionalidad para regular el ingreso de los extranjeros en el país lo que “no significa que las autoridades de caso queden investidas de un poder que, por libérrimo, pueda llegar al extremo de abolir principios tan caros al orden institucional como son los de racionalidad e imparcialidad [...] Nada más consecuente con el Derecho Público chileno que entender la proscripción de la arbitrariedad -formulada además en la prohibición de que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”- como parte integrante de las Bases de la Institucionalidad” (STC Rol N°4757, c.15).

Este Tribunal siguiendo la doctrina clásica en cuanto discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad ha expresado que “La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad.” (STC Rol N°1341 c.14);

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Que, en consecuencia, la discrecionalidad administrativa que tiene la policía de investigaciones no puede ser catalogada de arbitraria, pues los numerales impugnados contienen elementos definidos y objetivos para que la Administración esté habilitada para ejercer la facultad, junto con ello también contiene parámetros que se pueden controlar. No teniendo consistencia el argumento de los requirentes de que por la sola sospecha se le privará al extranjero del ingreso al territorio nacional. Cabe agregar que el extranjero conocerá de antemano las situaciones en que puede verse afectado por la facultad de la policía, que impedirían su ingreso al país. Razones por las cuales no se vulnera la garantía del artículo 19 N°2 y N°7 constitucional.

Junto con ello, el acto administrativo que se generaría para impedir el ingreso al país por parte del extranjero, debe dar cumplimiento -tal como se ha mencionado previamente- a la ley N°19.880, estableciéndose en el proyecto de ley, incluso, el sistema recursivo al que se someterá la decisión de la autoridad. De esa forma, el proyecto contempla los medios jurídicos posibles que permita configurar un procedimiento racional y justo para defender las posiciones jurídicas respectivas. Motivos para estimar que los numerales impugnados no vulneran la garantía del



debido proceso y, de que esa forma existe un pleno resguardo de los derechos garantizados en la Carta Fundamental;

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. Que, los numerales impugnados del artículo 33 del proyecto de ley no son contrarios a las garantías de igualdad ante la ley, del debido proceso ni de la libertad personal y seguridad individual;

IMPUGNACIÓN N°6: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SEGUNDA PARTE DEL INCISO OCTAVO DEL ARTÍCULO 117 DEL PROYECTO DE LEY

(a) La impugnación

SEPTUAGÉSIMO QUINTO. Que, en el requerimiento se apunta, por una parte, a que la norma infringe la igualdad ante la ley. Por considerar que la sanción para el empleador reincidente en la contratación de extranjeros que no cuenten con permiso para trabajar, consistente en la prohibición de contratación con el Estado por tres años, desbordaría los límites que debe respetar el legislador a la hora de perseguir y castigar a quienes cometen ilícitos, de acuerdo con el artículo 19 N°2 la Carta Fundamental que proscribe toda arbitrariedad. Se agrega que sería desproporcionada y afectaría más a los trabajadores extranjeros que a los empleadores, actuando como un disuasivo general para contratación de trabajadores extranjeros. Además, afectaría a unos empleadores desproporcionadamente más que a otros (a aquellos que contratan habitualmente con el Estado).

Se añade que aquella implicaría una vulneración al principio de proporcionalidad, en dos sentidos: (i) consagraría una sanción de prohibición de 3 años que resulta excesiva, especialmente teniendo en consideración el enorme universo de casos a que resultaría aplicable, incluyendo 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 un permiso especial para trabajar durante la tramitación, sin tener en ello responsabilidad alguna. (ii) La medida resultaría inidónea, innecesaria y desproporcionadamente gravosa para las empresas que contraten con el Estado más habitualmente, en comparación con aquellas que no lo hacen y con otras medidas similares de prohibición de contratación.

Se afirma, finalmente, que el castigo excedería la gravedad de los hechos a los que la norma atribuye la antijuridicidad;

(b) La norma impugnada

SEPTUAGÉSIMO SEXTO. Que, el artículo 117 del proyecto de ley, en su conjunto, pretende fijar el marco sancionatorio aplicable a quienes contraten a un extranjero que no cuente con autorización para trabajar. De allí que el precepto aluda al empleo de extranjeros sin autorización, para resumir el contenido de lo preceptuado;

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, el inciso primero del artículo 117 referido, clasifica a los empleadores personas naturales o jurídicas, para efectos de



determinar la sanción de multa aplicable. Al efecto, los clasifica en micro, pequeña, mediana y gran empresa, según lo establecido en el artículo 505 bis del Código del Trabajo.

La conducta, respecto de la cual importa dicha clasificación, a efectos de determinar la sanción aplicable, es contratar 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.

Los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto, fijan el rango de multa aplicable según se trate de una micro, pequeña, mediana o gran empresa, respectivamente. La sanción se va incrementando, a medida que el tamaño de la empresa crece.

El inciso sexto, por su parte, determina que las multas señaladas se aplican por cada extranjero contratado que no cuente con autorización. El inciso séptimo, además, determina que 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;

SEPTUAGÉSIMO OCTAVO. Que, complementando las disposiciones anteriormente referidas, el inciso octavo del artículo 117, dispone dos reglas. Ambas relacionadas con la reincidencia. Por una parte, la primera frase del mentado inciso determina que en caso de reincidencia – se entiende que por la conducta sobre la que la disposición versa – en el periodo de dos años contado desde la aplicación de la respectiva sanción, la multa aplicable conforme al esquema diseñado en los incisos segundo a quinto, será castigada con la aplicación de la multa en su valor máximo. Es decir, se elimina la posibilidad de aplicar el mínimo, o una cantidad intermedia entre el mínimo y el máximo del rango fijado por el legislador. Aquí existe entonces una primera valoración, por parte del proyecto de ley, de la reincidencia en la conducta a que se refiere el artículo 117, en su inciso primero, al imponerse una sanción rígida y reforzada;

SEPTUAGÉSIMO NOVENO. Que, por la otra, en la segunda oración del inciso octavo del artículo 117, que es la impugnada en estos autos, dispone que “además”, es decir adicionalmente a la sanción rigidizada y reforzada ya descrita, el empleador sancionado reincidentemente, puede ser castigado con la prohibición de contratar con el Estado por un periodo de hasta 3 años.

La disposición impugnada, entonces, permite aplicar al reincidente una sanción adicional a la de multa, sanción esta última que como se ha visto, se aplicará en su valor máximo, al ser ese el efecto que la primera oración del inciso octavo dispone para la reincidencia. A la multa reforzada se agrega entonces, por la norma impugnada, una medida que el propio poder legislativo ha calificado expresamente de castigo: la prohibición de contratar con el Estado, por un periodo de “hasta” tres años;

OCTOGÉSIMO. Que, en relación a lo anterior, cabe destacar que en este caso no hay controversia entre las partes en contienda, de que la medida dispuesta en esta norma constituye una sanción. Al punto de que el Ejecutivo reconoce expresamente que “[...] la medida contemplada en el Precepto Impugnado contiene una sanción



que puede ser aplicada a los empleadores que incurran en un ilícito [...]” (fojas 2854).

En todo caso, que se trate de una sanción aparece como una cuestión clara tanto por la incardinación del precepto dentro del Título VII del proyecto de ley en examen, sobre infracciones y sanciones, como también por la naturaleza misma de la medida prevista. Y es que se trata de una consecuencia jurídica que el legislador asocia a la reincidencia de la conducta prevista en el inciso primero del artículo 117 del Proyecto de Ley. Aquella consecuencia es marcadamente negativa o desfavorable, ya que consiste en la exclusión del sujeto, de la celebración de contratos con el estado. A aquel se le privará de la *posibilidad de concurrir* para que, conforme a los mecanismos y requisitos previstos en la Ley N° 19.886, se determine quien ha de suministrar los bienes o prestar los servicios que el Estado requiere.

Esta constatación es relevante, toda vez que tratándose de una sanción, cobran relevancia las garantías propias del debido proceso adjetivo y los principios sustantivos del Derecho Público sancionador;

c) La segunda oración del inciso octavo del artículo 117 es inconstitucional, atendido que no se respeta el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria.

El principio de proporcionalidad en materia sancionatoria

OCTOGÉSIMO PRIMERO. Que, el precepto impugnado en esta parte se revela contrario al principio de proporcionalidad en materia de sanciones, el cual como ha entendido esta Magistratura, se aplica en materia de sanciones administrativas (entre otras, STC Rol N° 5018, c. 6°).

En relación al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, nuestra Magistratura ha pronunciado múltiples decisiones, frente a normas sancionatorias abiertas, carentes de criterios objetivos, orientadores de la actuación del órgano que sanciona, a efectos de calibrar la sanción.

En dicho sentido, este Tribunal se ha pronunciado a favor del principio de proporcionalidad, indicando que esa relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2°), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3°). Así se ha reconocido en las STC Roles N° 1518, 1584, 2022, 2658, 5018, 6250 y refrendado en la reciente STC Rol N° 8823, de 21.12.2020 (c. 25°);

OCTOGÉSIMO SEGUNDO. Que, conforme se ha resuelto, las garantías, como la proporcionalidad, vienen a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos del encartado en un procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3). De allí que este Tribunal haya valorado que una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos, además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe



considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida (STC Rol N° 2264-2012, considerandos 18° y 19°, y Rol N° 2658-2014, considerandos 7° a 12°).

Asimismo, ha precisado la vinculación entre la mentada garantía y el derecho a un procedimiento justo y racional, toda vez que ha considerado que “el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (Rol N° 437, considerando 14°), como es -entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada” (STC Rol N° 1518, considerando 28°);

OCTOGÉSIMO TERCERO. Que, igualmente, nuestra Magistratura ha considerado que “[...] el principio de predeterminación normativa se integra también con el elemento de correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción consiguiente, como se ha discurrido en las consideraciones precedentes. Si bien tal correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, en función de las características del caso concreto, le está vedado al legislador - so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora - prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia. Ésta, por lo demás, ha sido la impronta seguida en general en nuestro ordenamiento jurídico administrativo en el ámbito de la regulación económica, comprobándose que, para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, *los órganos dotados de ius puniendi deben sujetarse a ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de ponderación de la sanción. El esquema habitualmente utilizado se orienta a restringir la discrecionalidad del ente sancionador, a través de la incorporación de directrices que hacen obligatoria la ponderación de las circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones, en el caso concreto*” (STC Rol N° 2678, c. 13°);

OCTOGÉSIMO CUARTO. Que, como se ha reconocido recientemente, “[...] el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y asimismo cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley. Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular. Por último, es pertinente, además, vincular los principios de legalidad y de tipicidad con el de proporcionalidad, dado que los dos primeros establecen que la infracción debe describirse en la ley con un grado de completitud tal, que la sanción con que se amenaza la realización de la conducta descrita, sea una consecuencia equivalente a la infracción que se busca prohibir” (STC Rol N° 8823, c. 26°);



El precepto reprochado infringe el principio constitucional descrito

OCTOGÉSIMO QUINTO. Que, como se ha señalado precedentemente, la disposición censurada permite aplicar, además de una sanción de multa vigorizada – primera valoración de la reincidencia – una sanción adicional, consistente en la prohibición, para el sancionado, de contratar con el Estado, en por un lapso de hasta 3 años;

OCTOGÉSIMO SEXTO. Que, el proyecto de ley, al regular dicha sanción, se contenta con establecer algunas disposiciones mínimas, insuficientes de caras a lo mandado por el principio constitucional que venimos desarrollado.

Por una parte, simplemente determina la procedencia de la sanción (“podrá ser castigado con...”). En este aspecto, no se aprecian en la norma elementos, criterios, pautas o circunstancias que permitan al operador deslindar aquellos casos en los cuales se dará aplicación a dicha sanción, de aquellos otros en que determinará no aplicar la misma. En estas condiciones, la norma puede conllevar una aplicación indiscriminada, que trasunte en que frente a casos semejantes se arribe a determinaciones disímiles, o bien, frente a casos diversos, se arribe a decisiones iguales, cuestión que ciertamente hiere a la igualdad ante la ley, garantía de la cual el principio al que venimos aludiendo constituye una materialización;

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO. Que, igualmente, en otro extremo, el principio en cuestión resulta infringido, toda vez que en cuanto a la entidad concreta de la sanción a aplicar, la norma fija solamente el máximo alcance temporal de la misma – tres años – posibilitando la aplicación de aquella por un tiempo menor, pero nuevamente sin establecer criterios, elementos, pautas o circunstancias que permitan determinar la porción concreta de aquella sanción para que se adecúe proporcionalmente con los hechos que se pretende castigar. Se trata de un margen legal excesivamente amplio o laxo, dado que lo único determinado legalmente es el tope máximo de la sanción, que raya en la indeterminación, amparando desde luego la posibilidad de decisiones arbitrarias o desiguales, toda vez que no puede anticiparse ni saberse con certeza sobre la base de que motivaciones explícitas la autoridad habrá de calibrar la sanción concreta a imponer.

Podría ser cualquier medida de tiempo inferior a tres años, pues lo único que impide el precepto es exceder tal lapso, sin que la norma imponga al operador criterios, parámetros o pautas objetivas que velen por el respeto de la relación de equilibrio que ha de existir entre la conducta que se persigue y la sanción que se habrá de imponer;

OCTOGÉSIMO OCTAVO. Que, en virtud de lo previamente expuesto, el requerimiento será acogido en esta parte y así se declarará, en tanto el precepto impugnado no se condice con las exigencias que impone el principio de proporcionalidad en materia de sanciones, el que se como ya lo ha resuelto nuestra Magistratura, viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2°), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3°);



IMPUGNACIÓN N°7: CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPRESIÓN “AL EFECTUAR CUALQUIER DECLARACIÓN ANTE LAS AUTORIDADES CHILENAS O”, CONTENIDA EN EL NUMERAL 6° DEL ARTÍCULO 127 DEL PROYECTO DE LEY

(a) La impugnación

OCTOGÉSIMO NOVENO. Que, los requirentes consideran que la expresión objetada perteneciente al artículo 127 referido, infringe la reserva legal y la garantía del contenido esencial en materia de libertad personal y ambulatoria y la garantía del artículo 19 N°2 constitucional.

Se expresa en el requerimiento que es evidente la infracción a las normas constitucionales pues el enunciado normativo que consagra como causal de expulsión 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” (fs. 94).

Agrega que, la afectación de la libertad personal es tal, que su aplicación resulta absolutamente desproporcionada y por ende arbitraria, ello debido a que la conducta que se sanciona no justifica la privación de la libertad personal, mediante la expulsión aparejada de la prohibición de ingreso. Además, falta una conexión entre la infracción y la sanción lo que devela su falta de idoneidad.

Finaliza el requerimiento en este punto señalando que el precepto resulta arbitrariamente discriminatorio, pues 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. Se utiliza una categoría de sospechosa discriminación -la nacionalidad- sin existir para ello una razón legítima suficiente que lo sustente;

(b) La norma impugnada

NONAGÉSIMO. Que, el artículo 127 del proyecto de ley fija un catálogo de causales de expulsión en caso de permanencia transitoria, esto es, aquellos extranjeros que ingresan al país sin intenciones de establecerse en él, a quienes se les otorga un permiso por el Servicio que los autoriza a permanecer en territorio nacional por un período limitado (artículo 47 del proyecto de ley).

Se establece en el inciso primero quienes se verán afectados a esta medida, y corresponden a los titulares de un permiso de permanencia transitoria y aquellos que carezcan de un permiso que los habilite para residir legalmente en el país, exceptuando el caso de 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. De esta manera, se trata de extranjeros que están de manera irregular en el país o no tienen una residencia definitiva, se desprende de esto último, que quien no tiene residencia definitiva y no está



dispuesto a cumplir con los supuestos mínimos exigidos por la legislación interna del país es sancionado con la medida de expulsión, no siendo una medida muy gravosa atendida la situación en que se encuentra.

Vinculado a lo anterior, esta medida de expulsión está regulada en el artículo 133 de proyecto, estableciéndose la forma en que se dispondrá y el procedimiento que se seguirá.

A continuación, el artículo 127 referido procede a enumerar 6 causales de expulsión en caso de permanencia transitoria. La número 6 -impugnada- tiene como conducta las declaraciones falsas, adulteración o falsificación en cualquier clase de documento ante la autoridad. Son situaciones concretas y no indeterminadas, “cualquier declaración ante las autoridades chilenas”, quedando circunscrito su campo de acción. El Ejecutivo planteó que “No tendría sentido establecer como causal de expulsión (...) la falsificación de declaraciones o adulteración de documentos si no es -precisamente- al efectuar cualquier gestión ante la autoridad, por los efectos de dicha conducta.” (fs. 2860);

(c) La expresión “al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas o”, contenida en el numeral 6° del artículo 127 del proyecto de ley es constitucional

NONAGÉSIMO PRIMERO: Que, en primer término, tratándose de la reserva legal que los requirentes estiman vulnerada por la expresión objetada, cabe señalar que la conducta es clara y se encuentra tipificada: “declaraciones falsas”, “adulteración” o “falsificación” de un documento ante la autoridad chilena. No existe indeterminación en los conceptos, y es justamente la frase la que detalla el alcance de la conducta “al efectuar cualquier gestión ante la autoridad”, motivo por el que no hay un espacio para discrecionalidad de la autoridad administrativa, dando cumplimiento al principio de reserva legal que obliga a “la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su núcleo esencial, como la sanción misma, se encuentren establecidas en formas de jerarquía legal y no de rango inferior” (STC Rol N°1191, c.14). De este modo, el extranjero tendrá la seguridad y certeza jurídica de actuar en sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos.

Si se eliminase la frase impugnada, no tendría razón de ser establecer dicha causal, confirmando lo manifestado por el Ejecutivo en cuanto a que “frente a una situación en precario e irregular, tiene lugar una conducta que viene a entorpecer la buena marcha de la gestión administrativa, más aún cuando está en juego la situación migratoria de una persona” (fojas 2861);

NONAGÉSIMO SEGUNDO. Que, en el segundo reproche formulado por los requirentes, cuestionan la proporcionalidad de la medida de expulsión, considerando que es discriminatoria por basarse en la nacionalidad del sancionado. Es necesario dejar claro que la medida de expulsión no se está aplicando en consideración de la nacionalidad de la persona, sino que cualquier extranjero que esté en Chile en las condiciones migratorias señaladas y que no cumpla los mínimos exigidos por nuestra legislación, realice declaraciones falsas u otras conductas ante la autoridad chilena. El legislador estableció que el motivo de la medida es la



conurrencia de los supuestos recién señalados y no de la nacionalidad de quien incurre en ella, razón por la que queda desvirtuada la discriminación arbitraria de la expresión impugnada.

IMPUGNACIÓN N°8: CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 131, INCISO PRIMERO, DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

NONAGÉSIMO TERCERO. Que, los requirentes manifiestan que el artículo 131, inciso primero que establece la reconducción o devolución inmediata, vulnera las garantías del artículo 19 N° 3, 7 y 26 constitucional, fundado en que el inciso primero referido consagra un tratamiento diferenciado que carece de una justificación razonable y que, además se contrarían principios del procedimiento administrativo, puesto que todo acto de esa naturaleza requiere fundamentarse especialmente si afecta derechos fundamentales. Agregan que “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” (fojas 97), precisando además que, mediante esta eximición de emitir una resolución fundada se suprimen las garantías del debido proceso, todo lo que podría generar una situación de indefensión, 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” (fojas 99);

b) La norma impugnada

NONAGÉSIMO CUARTO. Que, el artículo 131 del proyecto, ubicado en el Título VIII “De la expulsión y retorno asistido”, establece la institución de la reconducción o devolución inmediata. En su inciso primero se coloca en la hipótesis de que un extranjero que tenga vigente una resolución que ordene su expulsión, abandono o prohibición de ingreso al país, ingrese a éste. En tal caso, la norma faculta a la autoridad para que sea reembarcado de inmediato o devuelto a su país de origen o de procedencia en el más breve plazo y sin necesidad de que para efectuar dicho acto se dicte una nueva resolución, válidamente notificada.

De esta forma, se incluye en el contexto del cumplimiento de una medida administrativa de máxima intensidad, consecuencia de un procedimiento administrativo en que el afectado cuenta con las garantías procesales constitucionales y legales, contenidas en el ordenamiento jurídico nacional. Es así que en el enjuiciamiento administrativo, el sujeto pasivo del mismo sea nacional o extranjero, puede impugnar la resolución que le agravia mediante la interposición de los recursos que consagra el Título X del proyecto que se denomina, precisamente, “De los recursos”, en que se contemplan aquellos establecidos en la ley N°19.880, a excepción de ser afectado por la medida de expulsión, pues, en este caso existe un recurso de naturaleza judicial y especial, consagrado en el artículo 142, de competencia de la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, pero además,



puede optar por ejercer la acción de amparo constitucional del artículo 21 del texto fundamental.

En este sentido, el reingreso al país no constituye una nueva infracción, sino que es la ejecución de una orden de expulsión, abandono o prohibición de ingreso al país dictada en un proceso previo. Hay otra norma que se aplica en forma supletoria para dar eficacia al cumplimiento de la medida, así está el artículo 50 de la Ley N°19.880 que expresa: *“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 jurídico”*.

No obstante, se podría considerar que el inciso primero del artículo 131 del proyecto pareciera ser semejante al artículo 34 de la Ley N°18.216 (norma modificada por el proyecto de ley en el artículo 176 N°17) pero son diametralmente distintas, lo que fluye de su tenor literal;

NONAGÉSIMO QUINTO. Que, en el escrito de observaciones S.E el Presidente de la República afirma que el precepto cuestionado se ajusta a la Constitución dado que no se está ante un nuevo procedimiento administrativo, como pretende el requerimiento, sino que en la ejecución material de aquel que ordenó la expulsión, abandono o prohibición de ingreso al país. Es decir, existe un procedimiento administrativo afinado, y que la norma faculta a la autoridad para que se respete y cumpla lo resuelto en él;

NONAGÉSIMO SEXTO Que, sin rebozo cabe afirmar que el precepto censurado está referido al cumplimiento de una resolución administrativa, dictada en el marco de un procedimiento de esa especie, racional y justo, en que la persona enjuiciada ha contado con los medios procesales aptos para su defensa, en los términos que asegura a toda persona el artículo 19 N°3 constitucional;

c) Constitucionalidad del inciso primero, del artículo 131 del proyecto de ley

NONAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en el Estado de Derecho que rige en el país, las resoluciones administrativas y judiciales se deben cumplir y no pretender su quebrantamiento, como sería el caso en que un individuo expulsado o con prohibición de ingreso al país, pretendiera vulnerar el acto administrativo que así lo disponga. De concretarse, esta situación sería anómala e ilegal, y desde luego inconstitucional porque, tal como se ha señalado anteriormente, la libertad de locomoción se asegura a toda persona, a condición de que se cumpla la ley (artículo 19 N°7 CPR).

No obstante, la persona que se encuentre en la situación descrita, que estime que su embarco o devolución a su país de origen o procedencia es ilegal podrá recurrir de amparo preventivo ante la Magistratura competente para que, en su caso, restablezca el imperio del derecho y asegure la debida protección del afectado (artículo 21, inciso final CPR), si fuera pertinente. Cabe destacar que la citada disposición constitucional otorga legitimación activa a cualquier persona para interponer, a nombre del afectado, el reseñado recurso;

NONAGÉSIMO OCTAVO. Que, como corolario de lo reflexionado en este capítulo, no cabe sino señalar que la norma jurídica impugnada por los



parlamentarios concurrentes al requerimiento, tiene una finalidad racional y constitucional, atendido que habilita a la autoridad, en virtud de su facultad de imperio, para hacer cumplir resoluciones dictadas con arreglo a derecho, por lo que se declarará conforme con la Constitución;

IMPUGNACIÓN N°9: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 132 DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

NONAGÉSIMO NOVENO. Que, los parlamentarios requirentes cuestionan todo el artículo 132 por tres tipos de infracciones distintas a la Constitución. La primera, como una violación del principio de reserva legal en materia de libertad personal, afectando el artículo 19, numeral 7°, literal b), de la Constitución, por cuanto nos encontraríamos frente a una hipótesis de restricción de la libertad personal al margen de los casos y formas estimados por la Constitución o las leyes. De este modo, el procedimiento de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no se encontraría suficientemente regulado en el proyecto de ley; así, los incisos 1° y 2° contienen remisiones a un reglamento, para que defina el procedimiento mismo de retorno asistido, lo cual vulneraría la reserva legal en materia de libertad personal;

CENTÉSIMO. Que, en segundo lugar, supone una vulneración del artículo 76 de la Constitución por cuanto desconoce la competencia de los tribunales de familia en la materia. El proyecto de ley omitiría toda referencia a la intervención de los tribunales de familia, desconociendo su competencia en la materia, en tanto, 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 de 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- distaría del objetivo constitucional legítimo de velar por el interés superior de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad y asegurar su protección. Con ello el Estado incumpliría su obligación de brindarles la debida protección acorde a la defensa del interés superior del niño;

CENTÉSIMO PRIMERO. Que, es dable concluir que, el proyecto de ley infringe el artículo 19, numeral 3°, de la Constitución, por cuanto el proyecto contendría un deficiente reconocimiento de garantías procesales mínimas al regular el procedimiento de retorno asistido, no obstante que en este tipo de procedimientos se debería velar por el interés superior del niño, niña o adolescente, que se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad;

CENTÉSIMO SEGUNDO. Que, en el escrito de observaciones de S.E., el Presidente de la República, se sostiene que los requirentes parten de un supuesto errado, esto es, que la ausencia de regulación conlleva también una ausencia de garantías. Sin embargo, el precepto debe entenderse inserto dentro de un ordenamiento jurídico que fija un marco regulatorio sustantivo, orgánico y



procedimental que asegura plenamente el derecho de los menores, principalmente en lo que dice relación con el principio del bien superior del menor, conforme a la Convención de los Derechos del Niño, siempre sujeto a la tutela judicial efectiva.

En tal sentido, no sería efectivo que no esté señalada la autoridad que deba conocer esta materia, pues en la actualidad conforme a nuestra legislación el órgano competente es el Sename, y posteriormente, a partir del 05 de enero de 2021, lo será el Servicio Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia, conforme lo señala la Ley N° 21.302. Los referidos órganos anteriormente señalados, forman parte de la Administración del Estado, por lo que les son aplicable las Leyes N°s 18.575 y 19.880.

De esta manera, ellos están obligadas a fundamentar sus resoluciones, así como además existen recursos en contra de sus resoluciones, dando así cabal cumplimiento al debido proceso. En consecuencia, no toda la regulación del procedimiento administrativo es materia de ley, sino solo sus aspectos esenciales, pudiendo los restantes ser entregados a la potestad reglamentaria. En este sentido, el Reglamento que contempla este precepto, solo tiene por objeto complementar las disposiciones sobre procedimiento previstas en la ley, estableciendo el mismo precepto, los límites aplicables tanto a la decisión del retorno asistido como al procedimiento a seguir, estableciendo que se realizará privilegiando el interés superior del menor y su situación de vulnerabilidad, con pleno respeto de sus derechos y garantías consagrados en la Constitución y en tratados internacionales;

b) La norma impugnada

CENTÉSIMO TERCERO. Que, lo primero, es constatar el contenido del proyecto de ley cuestionado. Este artículo se refiere a la situación de los NNA extranjeros que no se encuentren acompañados en el momento de ingresar al país, ni cuenten con autorización escrita de su padre, madre, guardador, persona encargada de su cuidado personal o del tribunal o la autoridad competente, o no cuente con documentos de viaje, así como también de los NNA extranjeros no acompañados que, encontrándose en el país, no cuenten con la autorización de las personas competentes para salir del país o del tribunal que corresponda.

En este caso, el precepto cuestionado sostiene, como regla general, que los NNA no acompañados no podrán ser expulsados. Sin embargo, a continuación, dispone que 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. Lo primero que establece el artículo 132 es un procedimiento excepcional para sustraerse de lo dispuesto en el artículo 28 del proyecto de ley. En efecto, se advierte que esta norma habilita a la autoridad administrativa para desatender una resolución judicial ya que el artículo 28 señala el caso en que las personas competentes para autorizar la salida del país de los NNA extranjeros no puedan o no quieran otorgarla, la misma podrá ser otorgada por el tribunal que corresponda cuando lo estime conveniente en atención al interés superior del NNA, así como también respecto de los NNA en condición migratoria irregular cuando no se encuentren acompañados.

A partir de esta constatación, surge el tema de bajo qué mecanismo puede producirse ese retorno y en qué modalidad. Respecto de ambos puntos, el proyecto



de ley reprochado indica que todo será “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”. Una serie de principios guían este proceso (respeto al interés superior del niño, derecho a ser oído, principio de no devolución, celeridad, contacto consular, búsqueda activa de familiares, y asistencia social);

CENTÉSIMO CUARTO. Que, desde un principio este precepto ofreció algunas complejidades que apuntó la propia Corte Suprema en el informe sobre el proyecto. La Corte Suprema se pronunció, señalando que: i) en el caso de los NNA, para quedar al cuidado de cualquier autoridad, se requiere de una resolución judicial que así lo ordene; ii) No se establece un mecanismo, administrativo o judicial, para determinar el interés superior de los NNA al momento de tomar la medida ni la autoridad encargada de tomarla; iii) No se explicita si existirá y cómo se hará efectivo el control judicial de la decisión ni se contempla un examen periódico, administrativo o judicial, de la medida de tuición (Oficio N° 149-2020, de 17 de agosto de 2020);

CENTÉSIMO QUINTO. Que, la particular situación de NNA extranjeros en Chile y sin compañía alguna ni autorización de ninguna especie en relación con algún familiar, cuidador o guardador a cargo, supone reconocer una situación de vulnerabilidad integral de sus derechos y libertades.

El precepto cuestionado pretende articular una compleja contradicción. Por una parte, el mandato de no expulsión de estos niños, niñas y adolescentes y, por la otra, el favorecer un tipo de retorno asistido hacia sus redes filiales, nacionales y familiares.

Esta expresión de voluntad se ha de traducir en un mecanismo integral de protección, en el derecho a una organización de asistencia y un procedimiento de garantía definido legalmente para estos efectos temporales que la legislación pretende regular.

Sin embargo, el proyecto se aleja de la certeza jurídica mínima y contribuye a una indeterminación que incrementa la vulnerabilidad sobre la situación de estos menores de edad;

CENTÉSIMO SEXTO. Que, el precepto impugnado es de baja densidad normativa, en circunstancias que incide en un derecho fundamental, como es la libertad personal y la seguridad individual, de personas especialmente vulnerables, como son los NNA no acompañados. En efecto, no señala cuáles son las causales que autorizan la excepción a la regla general, de conformidad con la cual los NNA no acompañados no pueden ser expulsados. En segundo término, no identifica con precisión cuál es la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes. Tercero, encomienda todo el procedimiento de retorno asistido a un reglamento, no obstante, la reserva legal en materia de libertad personal y seguridad individual (artículo 19 N° 7 letras a) y b) de la Constitución). Por último, no contempla clara e indubitadamente la intervención de los tribunales de justicia para efectos del control de la actividad administrativa;

CENTÉSIMO SÉPTIMO. Que, la Ley N° 19.968 entrega a los tribunales de familia competencia para adoptar una medida de protección en todos los asuntos en



que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (artículo 8º N° 7) y autorizar la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos que corresponda de acuerdo con la ley (artículo 8 N° 10). Asimismo, los tribunales de familia están facultados para adoptar medidas cautelares especiales respecto de los NNA, entre las cuales se encuentra la de disponer el ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable (artículo 71 letra c) de la Ley N° 19.968), la internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud (artículo 71 letra h) de la Ley N° 19.968) y la prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección (artículo 71 letra i) de la Ley N° 19.968).

CENTÉSIMO OCTAVO. En consecuencia, la legislación común contempla un mecanismo integral de protección y una organización de asistencia bajo garantías procedimentales reconocibles en un Estado de Derecho;

c) Inconstitucionalidad del artículo 132 del proyecto de ley

CENTÉSIMO NOVENO. Que, por consiguiente, cabe concluir que el precepto no cumple con el estándar nacional respecto de la protección de los NNA en general, por cuanto no regula la forma de designación de un tutor; tampoco un procedimiento definido a seguir ni un recurso judicial que permita la revisión de la actuación administrativa y la evaluación del interés superior de los NNA. Del mismo, estas garantías son incompatibles con el estándar internacional en materia de NNA no acompañados en proceso de migración;

CENTÉSIMO DÉCIMO. Que, en consecuencia, procede el acogimiento del requerimiento en esta parte, por infracción al derecho a la libertad personal y seguridad individual de los NNA (artículo 19 N° 7 de la Constitución). Efectivamente, deslegaliza los supuestos de protección abandonándolos a un reglamento con infracción a los literales a) y b) del numeral 7º del artículo 19 de la Constitución.

Asimismo, no ofrece la garantía judicial esencial de todo Estado de Derecho, puesto que las medidas de protección tienen una dimensión objetiva y otra subjetiva. En el plano objetivo, frente a una situación de vulnerabilidad como la descrita, la primera garantía exige un actuar dentro de la competencia y esa garantía es judicial, conforme lo dispone el artículo 76 de la Constitución. Y, en cuanto a la dimensión subjetiva, el precepto cuestionado impide la adecuada protección judicial, afectando el acceso a la tutela judicial efectiva, frente a la afectación de estos derechos (artículo 19 N° 3 de la Constitución).

De acuerdo a ello, corresponde excluir del proyecto de ley, por las mencionadas inconstitucionalidades, todo el artículo 132;



IMPUGNACIÓN N°10: CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DOS ORACIONES FINALES DEL ARTÍCULO 133 DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

CENTÉSIMO DÉCIMO PRIMERO. Que, se objeta también el artículo 133 del Proyecto de ley, en la parte que señala que “Excepcionalmente, 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”.

Tal objeción se basa en que la norma concedería a la autoridad la máxima discrecionalidad, pudiendo proceder ésta sin limitaciones y amparada en razones indeterminadas, merced a un acto que estaría exenta de toma de razón y que, por todo ello, vulneraría la libertad de locomoción y la garantía de tipicidad.

Sin embargo, conforme a su propio texto, así como en consideración al contexto donde se inserta, la norma no puede ser catalogada como inconstitucional, razón por la cual se rechazará el reparo efectuado a su respecto;

b) La norma impugnada y su conformidad a la Constitución

CENTÉSIMO DÉCIMO SEGUNDO. Que, por de pronto, conviene recordar que por STC Rol N° 4757-18, esta Magistratura ya previno que las medidas administrativas de esta drástica índole encuentran sustento normativo en la atribución amplia que al efecto le acuerda al Presidente de la República, directamente, el artículo 24 constitucional, en cuya virtud “su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes” (inciso segundo).

Nada obsta pues que el ejercicio de una competencia derivada de esta regla constitucional se radique en el Subsecretario del Interior, en tanto se trata de un personero de la exclusiva confianza del Jefe de Estado y forma parte del Ministerio del ramo, conforme a las disposiciones que establecen el D.L. N° 1.028, de 1975, la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, artículos 1° y 24, y la Ley orgánica de Ministerios, artículo 3°, letra f).

Por lo demás, en la especie no aparece impugnado el artículo 156, N°2 del proyecto de ley, que reitera la concesión de esta atribución al Subsecretario del Interior;

CENTÉSIMO DÉCIMO TERCERO. Que, a continuación, es dable considerar que el hecho de que se trate de una potestad “excepcional”, lo es en relación a la atribución ordinaria o general que la misma norma confiere al Director Nacional del servicio migratorio, de modo que tal expresión no puede entenderse como una exclusión de las prescripciones que rigen en el derecho público chileno.



Así, el que la ley acote que una determinada expulsión de extranjeros solo puede producirse “en casos debidamente calificados”, no está sino reproduciendo la exigencia consistente en que todos los actos administrativos, especialmente cuando han de afectar a determinadas personas, deben basarse en motivos fácticos debidamente expresados, acorde con lo prescrito en los artículos 8°, inciso segundo, de la Constitución, y 11, inciso segundo, de la Ley N° 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos.

Por lo demás, y de acuerdo a lo expresado por el legislador, la naturaleza de la expulsión no corresponde necesariamente y en todo caso a una sanción. Importa una medida (artículo 126) que amerita la eficacia y eficiencia con la que debe ser atendida una situación de flagrante discordancia o necesidad con el ordenamiento jurídico nacional (de acuerdo a lo que el Título VIII establece).

Siendo de considerar, finalmente, que, si tales fundamentos de hecho se basan en antecedentes secretos o reservados, ello no obsta su conocimiento por los Tribunales de Justicia, con arreglo a lo preceptuado en la Ley N° 19.974, artículos 38 y 39;

CENTÉSIMO DÉCIMO CUARTO. Que, asimismo, la norma objetada no libera a la autoridad del deber constitucional que le asiste de incoar un procedimiento justo y racional antes de resolver, al tenor de lo ordenado en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, en relación con el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

De donde, a su vez, se desprende la obligación de proceder previa audiencia al interesado, al tenor de la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional en numerosos fallos, y especialmente en su STC Rol N° 7587-19 (considerando 12° al 17°), recaída precisamente en materia de extranjería.

Sin perjuicio, lo anterior, del derecho del afectado para ejercer las acciones judiciales que correspondan, conforme le franquea la Constitución y el propio Proyecto de ley examinado, en su artículo 142;

CENTÉSIMO DÉCIMO QUINTO. Que, finalmente, en cuanto a la alegación de que la resolución expulsiva dictada por el Subsecretario del Interior se encuentre exenta del trámite de toma de razón, cabe destacar que el Proyecto de ley bajo examen no contempla una norma de ese carácter para la hipótesis de que se trata, por lo cual el acto debiese acudir al control previo de juridicidad, de acuerdo a las reglas generales.

Sin perjuicio de lo anterior, cumple con hacer presente que, ejerciendo la facultad que le confiere el artículo 10, incisos quinto y sexto, de la Ley N° 10.336, es el Contralor General de la República quien actualmente aparece regulando la materia relativa a la “expulsión de extranjeros”, entre otras, por Resoluciones N° 1.600, de 2008, artículo 10, y N° 7, de 2019, artículo 16;



IMPUGNACIÓN N°11: INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 137, DEL PROYECTO DE LEY, EN LA FRASE “, PODRÁ SER DE HASTA TREINTA AÑOS”

a) La impugnación

CENTÉSIMO DÉCIMO SEXTO. Que, el requerimiento cuestiona este artículo, el que se vincula con su impugnación número 10 que fue rechazada por esta Magistratura. No obstante, como el planteamiento tiene una relación estrecha con aquél, repetiremos en este punto algunas consideraciones que ya fueron mencionadas en otra parte de esta sentencia;

CENTÉSIMO DÉCIMO SÉPTIMO. Que, se objeta este inciso porque infringiría la reserva legal, específicamente el principio de tipicidad de las sanciones, del artículo 19, numeral 3°, de la Constitución, por cuanto las reglas de los artículos 133 y del 137 (fs. 123 del expediente) 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;

b) La norma impugnada

CENTÉSIMO DÉCIMO OCTAVO. Que, sin embargo, en lo particularmente atingente, corresponde examinar la infracción al principio de proporcionalidad, que vulnera el artículo 19, en su numeral 2°, de la Constitución.

En efecto, la mecánica de este cuerpo legal construye un sistema que verifica infracciones en relación con su gravedad. De este modo, la prohibición de ingreso más severa 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 cuestión que se plantea al analizar la norma contenida en el artículo 137 inc. cuarto 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

Una segunda pregunta que expone los serios déficits por parte del proyecto de ley en la delimitación de las potestades que regula. En efecto, habrá que preguntarse 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;

CENTÉSIMO DÉCIMO NOVENO. Que, en sus observaciones al requerimiento, S.E. el Presidente de la República, señala que los requirentes parten de una premisa del todo errónea, esto es, que la facultad del artículo 133 otorga al Subsecretario del Interior una apertura a un ejercicio absolutamente arbitrario de ésta. En efecto, aquello no se condice con el texto del artículo 133 el cual, en primer lugar, señala que esta facultad deberá ser utilizada excepcionalmente y, seguidamente, indica que sólo podrá llevarse adelante en aquellos casos debidamente calificados y fundados en razones de seguridad interior o exterior. En este sentido, el precepto impugnado cumple sobradamente con lo que ha sido exigido por este Tribunal Constitucional en lo relativo a los requisitos con los que debe de cumplir una ley que otorga facultades discrecionales, fijándole al Subsecretario del Interior un alto estándar de exigencia que se deberá expresar en los motivos del acto administrativo.

De esta forma, la proporcionalidad del plazo de prohibición de ingreso que determine el Subsecretario del Interior deberá analizarse y determinarse en cada caso, en atención a los motivos particulares que se tuvieron a la vista al momento de dictar la resolución. Control que debería ser realizado en sede judicial a través de los mecanismos ya existentes, siendo aquella la oportunidad en que se deberá establecer si la autoridad actuó dentro del ámbito de discreción apropiado que fija el artículo 133 del proyecto de ley de migraciones o si, vulnerando los límites claramente establecidos en la señalada norma, incurrió en una arbitrariedad;

CENTÉSIMO VIGÉSIMO. Que, en el entendido que esta Magistratura ha estimado constitucional el artículo 133 del proyecto de ley, esto es, la facultad excepcional de disponer, en casos calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior, la decisión del Subsecretario del Interior de expulsar del país a extranjeros, mediante una resolución fundada, no se puede decir lo mismo respecto del plazo de prohibición de ingreso;

CENTÉSIMO VIGÉSIMO PRIMERO. Que, el inciso cuarto del artículo 137 del proyecto de ley se inserta en un precepto no cuestionado que construye una escala de prohibición de ingreso de extranjeros al país, a partir de la descripción de conductas infringidas y que se describen en diversas partes del proyecto de ley de migración.

Por una parte, la escala va desde 3 años mínimo hasta 25 años. Y, desde el punto de vista de las conductas, el punto de partida de las mismas es hasta 5 años, “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”. Y el punto más grave de éstas, alcanza a los 25 años en el caso de las causales número 1° y 5° del artículo 32 del proyecto de ley.

El artículo 32, N° 1 dispone que como prohibiciones imperativas que “*se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que:*

1° *Hayan sido condenados, se encuentren procesados, imputados, acusados o perseguidos judicialmente en el extranjero, por pertenecer o financiar a movimientos o grupos terroristas o se encuentren registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal*



(INTERPOL), o la organización que la reemplace o suceda por cualquiera de los hechos señalados anteriormente. Esta prohibición también recaerá sobre aquellas personas que ejecuten o hayan ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior.”

Y el numeral 5° dispone la misma prohibición a las personas que:

“5° Hayan sido condenados en Chile o en el extranjero, o se encuentren en procesos judiciales pendientes en el extranjero informados por la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) o por los organismos de justicia con que Chile tiene convenios, por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes o de armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, trata de personas según lo dispuesto en el artículo 411 quáter inciso segundo del Código Penal, lesa humanidad, genocidio, tortura, terrorismo, homicidio, femicidio, parricidio, infanticidio, secuestro, sustracción o secuestro de menores considerando lo prescrito en el artículo 141 inciso quinto e inciso final del Código Penal, robo con intimidación o violencia, robo con homicidio y robo con violación; la comercialización, producción, importación, exportación, distribución, difusión, adquisición, almacenamiento o exhibición de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, donde se utilice menores de edad; aquellos contemplados en los párrafos V y VI del Título séptimo y en los artículos 395, 396 y 397 numeral 1°, todos del Libro II del Código Penal.”;

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, no resulta necesario realizar un examen exhaustivo de los tipos penales de nuestro Código para advertir que todos los delitos enunciados en las causales N° 1 y 5° del artículo 32 del proyecto de ley, configuran aquellas figuras que nuestro legislador ha calificado como los más graves y respecto de los cuáles ha impuesto las penas más severas. Incluso esta norma no refiere al lugar de la comisión puesto que abarca casos de condena acontecidos en Chile o en el extranjero e incluso en un estadio anterior, puesto que abarca a los procesos judiciales pendientes en el extranjero informados por la Interpol o por los organismos judiciales con convenio con Chile.

De este modo, la ley opera bajo la hipótesis que se apoya en las tipificaciones del legislador; en la actividad policial de cooperación internacional; y en el juzgamiento o imputaciones de los tribunales de justicia nacionales y extranjeros.

Hay que recordar que una prohibición de ingreso es la contracara de una medida penal de extrañamiento, la que se produce después de una evaluación judicial en el marco de un debido proceso.

En consecuencia, nada hay más allá de estos delitos. No existe un suplemento de gravedad que requiera de alguna facultad sancionatoria adicional;

c) Inconstitucionalidad del artículo 137, inciso cuarto, en la frase “, podrá ser de hasta treinta años”, del proyecto de ley

CENTÉSIMO VIGÉSIMO TERCERO. Que, de este modo, una de las primeras características del principio de igualdad conforme al cual se asienta el principio de proporcionalidad es verificar la razonabilidad de la medida.

La escala proporcional sobre la cual se construye el parámetro de estimación de los años que imponen la prohibición de ingreso de extranjeros al país suponen un



vínculo asociado a conductas que predeterminan grados de importancia de las conductas sancionadas.

Existe un vínculo que el legislador realiza en cada uno de los casos. Sin embargo, tal nexo racional se desvanece con el inciso cuarto del artículo 137 del proyecto de ley. En la asunción de potestades sancionatorias, simplemente, alcanza un grado indeterminado y desvinculado de conducta alguna “la prohibición de ingreso que fije el Subsecretario del Interior”.

De este modo, en esta especie de criterio procedimental *per saltum* desde el Director del Servicio al Subsecretario del Interior, no solo abarca el procedimiento y sus garantías de debido proceso y racionalidad, sino que también se produce un efecto de incremento punitivo de la sanción de prohibición de ingreso desde los 25 años a los 30 años.

Ese salto es gratuito en cuanto garantía material puesto que se disocia de conducta alguna y significa una imposición de una sanción adicional por que sí. En consecuencia, el modo en que se produce dicha consideración, al carecer de fundamento racional, produce un efecto desproporcionado que configura la violación del artículo 19, numeral 2° de la Constitución.

De este modo, el inciso cuarto del artículo 137, en la frase “, podrá ser de hasta treinta años”, debe eliminarse del proyecto de ley y así se declarará en esta sentencia;

IMPUGNACIÓN N°12: INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS FRASE “POR UN PLAZO QUE NO PUEDE SER SUPERIOR A SETENTA Y DOS HORAS” DEL INCISO PRIMERO Y, LA EXPRESIÓN QUE VA DESDE “EL AFECTADO POR UNA MEDIDA” Y HASTA “POSTERIORMENTE” DEL INCISO TERCERO, AMBAS DEL ARTÍCULO 135 DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

CENTÉSIMO VIGÉSIMO CUARTO. Que, en el capítulo décimo segundo el requerimiento censura el plazo de hasta setenta y dos horas que establece el proyecto de ley, y que permite a la autoridad restringir o privar de libertad al afectado con la medida de expulsión del país, una vez que el acto administrativo que así lo dispone se encuentra firme y ejecutoriado;

CENTÉSIMO VIGÉSIMO QUINTO Que, los fundamentos en que se basa la petición de inconstitucionalidad consisten en que la ley faculta a la autoridad a restringir o privar de libertad al extranjero, sobre el cual pesa una orden de expulsión, sin que exista un control judicial y sin que se esté bajo un estado de excepción constitucional, situación en que el Código Político autoriza al Presidente de la República para suspender o restringir la libertad personal o restringir la libertad de locomoción (artículo 43 CPR). Sostienen que se otorga un alto grado de discrecionalidad a la autoridad migratoria en ejercicio de sus potestades, todo lo cual hace que se vulnere artículo 19 N°7 de la Constitución, expresa el requerimiento;



b) La norma impugnada

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SEXTO. Que, el artículo 135 consagra la ejecución de la medida de expulsión del extranjero del territorio nacional. Señalando que podrá ser sometido a restricciones y privaciones de libertad por un plazo no mayor a 72 horas. En el inciso segundo se expresan los derechos de los privados de libertad y a continuación, en el inciso tercero se contempla que el afectado por la medida de expulsión será dejado en libertad si transcurrido el referido plazo no se materializa la expulsión;

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, la libertad de toda persona se encuentra en la portada de la Constitución, al manifestar primeramente y, antes que nada: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1° CPR) libertad que consiste en la facultad de realizar las acciones que la voluntad decida o abstenerse de hacer algo, entendiendo por voluntad, la aptitud de querer algo. La libertad constituye un valor supremo y un pilar fundamental en el entramado de la institucionalidad que nos rige. Es la libertad la que permite al ser humano alcanzar su perfección material y espiritual. Así lo expresa y es la aspiración del Código Supremo en vigor.

La libertad personal y la seguridad individual constituyen una parte importante de la libertad descrita, en cuanto y en tanto, le permiten a la persona desplazarse dentro o fuera del territorio, ingresar, permanecer, salir y reingresar, siempre que respete las normas legales. Por estas importantes razones, es que el artículo 19 N°7 es una de las disposiciones del texto fundamental más extensas y pormenorizadas de los derechos y facultades que en esta materia se le reconocen y amparan a toda persona;

CENTÉSIMO VIGÉSIMO OCTAVO. Que, bajo el concepto descrito, la libertad personal tiene preeminencia en el ordenamiento constitucional, lo que recoge la ley procesal penal, en que las restricciones y privaciones de ella, deben ser fundadas, sometidas a control judicial y sujetas a plazos determinados, justificados razonablemente. Así, la letra b) del artículo 19 N° 7 constitucional señala “*Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes*”. Dentro de este marco delineado por el texto supremo, es que el legislador puede establecer, excepcionalmente, causales y permitir la privación de libertad de una persona. Es en esta dirección que las formas que adopta la privación de libertad en el sistema jurídico nacional lo constituyen: la detención y el arresto, que la propia Constitución en la letra c) de la citada disposición consagra las condiciones que aquellas deberán cumplir, expresando que “*Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes*”. Agrega el inciso segundo 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...*”;

CENTÉSIMO VIGÉSIMO NOVENO. Que, en el escrito de contestación del Mandatario, al responder este capítulo, se expresa que se está en el marco de la



ejecución de la medida de expulsión, que se inicia con la detención del sujeto a expulsar y su posterior traslado sea por vía terrestre, marítima o aérea. En consecuencia, se está ante una medida administrativa adoptada a través de un acto formal que ha sido objeto de control administrativo o judicial. Agrega que el plazo de setenta y dos horas se ajusta al principio de proporcionalidad toda vez que las condiciones materiales requieren un lapso de tiempo suficiente para concluir con éxito el procedimiento de expulsión;

c) Inconstitucionalidad de las frases indicadas del inciso segundo, contenidas en el artículo 135 del proyecto de ley

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO. Que, la norma impugnada al establecer el modo en que se ejecuta la medida de expulsión, y en que se faculta a la autoridad administrativa para restringir o privar de libertad al sujeto a desterrar, le otorga un plazo máximo de setenta y dos horas para mantenerlo en dicha calidad, plazo que no se ajusta a los especificados por la Carta Fundamental en la disposición transcrita, lo que ocasiona que el precepto cuestionado sea inconciliable con el orden constitucional en materia de restricciones y privaciones de libertad;

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, atendido que la restricción o privación de libertad señalada no se encuentra sujeta a control judicial, siendo claramente una especie de detención aunque el precepto no lo exprese, con mayor razón el tiempo de duración de la medida, debió adecuarse a los plazos señalados en la letra c) del artículo 19 N°7 constitucional, teniendo además presente el criterio que acerca de ello ha manifestado esta Magistratura, en cuanto considerar que toda privación de libertad tiene que contar “con una indudable determinación y con parámetros incuestionables, esto es, respetando el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir” (STC Rol N°1518 c.14), juicio que no recoge la disposición legal en las dos partes impugnadas;

IMPUGNACIÓN N°13: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SEGUNDA PARTE DEL INCISO PRIMERO Y EL INCISO SEGUNDO, AMBOS DEL ARTÍCULO 175 DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que, los parlamentarios requirentes cuestionan el inciso segundo y parte del inciso primero del artículo 175 del proyecto de ley, según se evidencia en la parte ennegrecida del precepto cuestionado, según se indica:

“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 segundo del artículo 70.”;

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO TERCERO. Que, las razones por las cuales se postula la inconstitucionalidad dicen relación con dos infracciones a normas sustantivas de la Constitución. La primera, al artículo 14 en cuanto regula el derecho de sufragio activo, entre otros derechos políticos, de los extranjeros en Chile.

Adicionalmente, el artículo 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 2017, del Ministerio del Interior, 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 avecindamiento exigido por el inciso cuarto del artículo 13 o por el artículo 14 de la Constitución Política de la Republica, según corresponda”*.

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 activo 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.

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 activo de las personas extranjeras y el principio de igualdad ante la ley, en tanto no resulta una distinción razonable y necesaria;

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO CUARTO. Que, adicionalmente, este precepto afecta el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución puesto que infringiría 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 activo, 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 avecindamiento en Chile.

De esta manera, la norma impugnada limitaría el ejercicio del derecho a sufragio activo 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.

Por último, hay que estimar el efecto colectivo que supone para el proceso democrático la exclusión inconstitucional de personas que tienen sus derechos



políticos reconocidos constitucionalmente por avecindamiento, pero limitados por este proyecto de ley en una interpretación reduccionista;

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO QUINTO. Que, en el escrito de observaciones al requerimiento el Ejecutivo sostiene que en este caso el precepto impugnado no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, sino que, por el contrario, nos encontraríamos frente a un ejercicio de legítimas facultades por parte del legislador, quien ha establecido una diferenciación razonable y fundada en criterios objetivos. Justamente, habilitado tanto por nuestro ordenamiento nacional como internacional, aquí se determina las condiciones normativas aplicables a los extranjeros- mediante la cual se determina que la pérdida de la categoría migratoria de residente pone término al periodo de avecindamiento, ocasionando la consiguiente pérdida del tiempo transcurrido hasta esa fecha y, a su vez, para los efectos del artículo 175, excluye a los trabajadores de temporada;

b) La norma impugnada y su inconstitucionalidad

Potencial inconstitucionalidad formal por ser materia de ley orgánica constitucional

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SEXTO. Que, el artículo 14 de la Constitución dispone que los extranjeros pueden ejercer el derecho a sufragio activo 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”;

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, esta referencia que se hace a la ley, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha asociado a la ley orgánica constitucional del artículo 18 de la Constitución que establece el sistema electoral público.

En efecto, desde la dictación de la Ley N° 18.556, los requisitos de aplicación del artículo 14 de la Constitución los interpretó el legislador orgánico constitucional definiendo las condiciones habilitantes para el ejercicio del derecho de sufragio activo de los extranjeros en los artículos 2° y 37° de la ley original, indicando que “el requisito constitucional de avecindamiento en Chile se acreditará con un certificado otorgado por el Ministerio del Interior en que conste dicha circunstancia”.

A su turno, el artículo 53, literal g) contempla la facultad del Director del Servicio Electoral, de cancelar las inscripciones “por haberse revocado la permanencia definitiva o la visa de inmigración en el caso de los extranjeros”.

Desde la STC 38/1986 que se viene considerando que estas materias son propias de lo orgánico constitucional (c. 4° y 5°).

Si bien se trata de un precepto constitucional que ha tenido modificaciones, la ejecución y desarrollo de las mismas también han sido objeto de control preventivo y obligatorio por parte de este Tribunal Constitucional;

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO OCTAVO. Que, así, la actual ratificación del carácter orgánico constitucional de estas disposiciones reguladoras del avecindamiento lo encontramos en la Sentencia Rol 2152/2011 que controló la



constitucionalidad de la Ley N° 20.568 que estableció la inscripción automática identificando el modo en que se ha de proceder para incorporar al padrón electoral a los extranjeros que cumplan con el requisito de avecindamiento del artículo 14. Asimismo, establece el modo de no reconocer dicha condición a partir de la revocación de los permisos de residencia. Estas reglas son los actuales artículos 6° y 16 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 2017, del Ministerio del Interior que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.556, orgánica constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y servicio electoral.

En efecto, esta Magistratura estimó que “las disposiciones contenidas en el ARTÍCULO PRIMERO del proyecto, que modifica la Ley N° 18.556, Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, según corresponda, son propias de las leyes orgánicas constitucionales sobre Sistema Electoral Público, sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral, y sobre Sistema de Registro Electoral a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 18 de la Constitución Política” (STC 2152/2011, c. 17°);

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO NOVENO. Que, en síntesis, el proyecto de ley cuestionado regula una materia que ha sido siempre una cuestión que se ha tratado en el marco de las leyes electorales correspondientes al sistema electoral público normado en el artículo 18 de la Constitución.

Constatado el marco de control, corresponde verificar si cumplió con el quórum exigido para la aprobación de una norma de esta materia.

Conforme rola a fs. 3494, se acompaña certificación de las votaciones correspondientes al artículo 175 del proyecto de ley.

En el primer trámite constitucional, ante la Cámara de Diputados, fue aprobado en general y en particular en la sesión 126ª, de 16/1/2019, por 147 votos, de un total de 155 diputados en ejercicio.

El Senado, en segundo trámite constitucional, aprobó ese precepto por 41 votos afirmativos, de 43 senadores en ejercicio, en la sesión 97ª, de 30/9/2020.

El artículo fue objeto de una enmienda formal, de adecuación de una referencia, la que fue aprobada por la Cámara de Diputados en tercer trámite constitucional por 137 votos afirmativos, de 155 diputados en ejercicio, en la sesión 85ª, de 8/10/2020;

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO: Que, en consecuencia, si bien durante su tramitación no fue considerada una materia propia de ley orgánica constitucional, su aprobación contó con el quórum suficiente como para satisfacer dicho requisito. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, corresponde dar por cumplido el quórum más alto que se exigía. (STC 1504, c. 22°);

Inconstitucionalidad de fondo: infracción al artículo 14 en relación con el artículo 18 de la Constitución

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, esta Magistratura desestimó que se haya producido un vicio formal. Sin embargo, el requerimiento cuestiona aspectos de fondo relativo al derecho de sufragio de los extranjeros y al



artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, sobre los cuales analizaremos su constitucionalidad;

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, en cuanto a la historia del reconocimiento del derecho de sufragio activo de los extranjeros en Chile, fue la Constitución de 1925 la que estableció tal derecho a los extranjeros en el marco exclusivo de las elecciones locales de regidores.

Es así como el artículo 104 señalaba que la “elección de Regidores se hará en votación directa, y con arreglo a las disposiciones especiales que indique la ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades. Habrá, para este efecto, registros particulares en cada comuna, y, para inscribirse en ellos, se exigirá haber cumplido veintiún años de edad y saber leer y escribir. Los extranjeros necesitarán, además, haber residido cinco años en el país.”

Más allá que la voluntad original era agregar un conjunto mayor de requisitos [Guerra, José Guillermo (1929), *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Balcells y Co, Santiago, pp. 494-498], lo cierto es que se estableció el deber de residencia.

En su regulación normativa, la Ley N° 14.853, ley general sobre inscripciones electorales, estableció que *“tienen derecho a inscribirse en los Registros Electorales de Extranjeros: los extranjeros, varones y mujeres, mayores de 21 años, que acrediten tener más de cinco años consecutivos de residencia en el país, que sepan leer y escribir y estén domiciliados en la circunscripción del Registro Civil correspondiente a los Registros en que se inscriban. No regirá respecto de estos Registros lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14. Sin embargo, no podrán inscribirse en estos Registros los que hubieren perdido la nacionalidad chilena en conformidad a los números 2 y 3 del artículo 6° de la Constitución Política del Estado.*”

La Ley de reforma constitucional N° 17.420 finalmente reforma la Constitución de 1925 bajando la edad de votación de los extranjeros y quedando el artículo 104 de la Constitución de la siguiente manera: *“Podrán votar en la elección de Regidores los extranjeros mayores de 18 años de edad y que hayan residido por más de 5 años en el país, efecto para el cual habrá Registros particulares en cada comuna.”;*

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, es la Constitución la que dispone una ampliación del derecho de sufragio activo a todas las votaciones populares pero basado en el cumplimiento del requisito de avecindamiento en el artículo 14, lo que deriva en el ejercicio del derecho de sufragio en los “casos y formas que determine la ley”.

La noción de avecindamiento tiene una larga historia en nuestro derecho y se corresponde con el ánimo de permanecer y avecindarse en un determinado lugar (artículo 64 del Código Civil) y es utilizado ampliamente bajo esta consideración (artículo 1016 del Código Civil y artículo 3° de la Ley de Registro Civil, entre otros preceptos legales). En ellos, avecindarse es una cuestión que abarca a nacionales como extranjeros.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO CUARTO. Que, en el ámbito electoral la noción de “avecindamiento” fue discutida en sí misma respecto del derecho de sufragio activo de los extranjeros como en paralelo respecto de la frase final del



artículo 13 de la Constitución que indica que *“tratándose de los chilenos a que se refieren los números 2° y 4° del artículo 10, el ejercicio de los derechos que le confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado avecindados en Chile por más de un año”*.

La sesión 72° del 23 de septiembre de 1974 nos da tres antecedentes de estas normas. Primero, que la voluntad era establecer un avecindamiento “ininterrumpido” de diez años en la Constitución. Segundo, entender cuándo había interrupción. Y, tercero, qué era avecindamiento propiamente tal. Estas tres cuestiones se condensan en el diálogo entre el Presidente de la Comisión Sr. Enrique Ortúzar y el Comisionado Enrique Evans.

“El señor EVANS: 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.

El señor ORTUZAR (Presidente) pregunta si para la historia de esta disposición ¿se entendería que el extranjero que sale de Chile, aunque sea transitoriamente, por uno o dos días, deja de cumplir con el requisito de haber estado avecindado ininterrumpidamente?

El señor EVANS explica que la actual ley sobre nacionalidad dispone que las ausencias temporales no interrumpen, para el extranjero que opta a la nacionalidad chilena, el derecho a que se le otorgue.”

En la sesión N° 411, de 6 de septiembre de 1978, el Comisionado Guzmán pidió dejar una constancia:

“El señor GUZMÁN solicita dejar constancia de que, en ningún caso, el avecindarse en Chile significa permanencia física, sin interrupción alguna, ni la prohibición de salir al exterior, aunque sea por poco tiempo.”

En síntesis, ya sabemos que la norma original redujo a cinco años el avecindamiento de los extranjeros; que nunca se utilizó la expresión “ininterrumpido” ratificando la idea de que breves interrupciones no impiden cumplir el requisito de avecindamiento y que la idea de avecindamiento supone un arraigo más allá de la residencia puramente legal;

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO QUINTO. Que, la legislación electoral, respecto de los extranjeros ha buscado mecanismos para la acreditación del avecindamiento a través de certificaciones y registros públicos (certificado del Ministerio del Interior en la Ley N° 18.556) o a partir de la Ley N° 20.568 *“el Servicio Electoral tendrá acceso directo y permanente a los datos electorales de todas las personas registradas en el Servicio de Registro Civil e Identificación y al registro de extranjeros avecindados del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.”* (artículo 9° del DFL N° 5/2017 del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.556, Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral);

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SEXTO. Que, el precepto cuestionado incorpora un vínculo entre la calidad migratoria que posee y los derechos electorales que se deducen del avecindamiento. Asimismo, establece la interrupción del avecindamiento y un recomienzo del cómputo del término exigido de



avecindamiento, con la salvedad de la subcategoría de los trabajadores de temporada.

De este modo, introduce una dimensión normativa cuando la Constitución define un hecho a partir del cual debe constatarse el ánimo de permanecer y arraigar en el país. En cambio, las calificaciones normativas pueden conducir al ejercicio de la facultad del Servicio Electoral de cancelar una inscripción electoral pero no como requisito para reconocerla;

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en concepto de esta Magistratura, esta regulación excede los términos contemplados en el artículo 14 de la Constitución por las siguientes razones que pasa a indicar.

Primero, porque el artículo 14 no puede entenderse aisladamente al margen de un “sistema electoral público” (artículo 18), el que contempla un conjunto significativo de elementos dentro de los cuales el “electorado” es esencial, siendo sus requisitos establecidos en la Constitución.

En segundo lugar, el electorado debe quedar incorporado en un “sistema de registro electoral”, bajo la dirección del Servicio Electoral, al que se incorporarán, por el solo ministerio de la ley, quienes cumplan los requisitos establecidos por esta Constitución” (inciso segundo del artículo 18).

En tercer lugar, esa incorporación automática abarca a los extranjeros con derecho a sufragio activo reconocido “por esta Constitución” la que limita este particular requisito a “los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años”.

En cuarto término, porque el avecindamiento ha tenido una legislación, unos registros, unas certificaciones y una normativa orgánica constitucional en sede electoral que ha permitido un ejercicio regular y sistemático del derecho de sufragio de los extranjeros en todo tipo de elecciones.

En quinto lugar, el precepto legal cuestionado abarca materias propias de la dimensión electoral para regularlas con un sentido migratorio restringiendo derechos políticos de los extranjeros. Incluso contradice sus propios términos puesto que el propio proyecto de ley parte de la base que no es posible realizar tal interpretación porque dentro de los principios de esta legislación está el que “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” (artículo 3° del proyecto de ley).

En sexto lugar, porque el avecindamiento admite interrupciones que no afectan el núcleo del ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros, puesto que se mantiene un arraigo y un vínculo con la comunidad nacional.

En séptimo lugar, porque la Constitución en materia de derecho de sufragio pasivo de los extranjeros los asocia a un elemento jurídico: “solo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización” (inciso segundo del artículo 14 de la Constitución). En consecuencia, la Constitución hace un distingo respecto del derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en Chile. Asociados a eventos diferentes y que mediante el precepto legal reprochado tiende a



asociarlos en conductas únicas vinculadas a la cuestión migratoria, ajenas a la concepción sistémica de los derechos electorales.

En cuanto a la objeción relativa a la infracción del artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, estimamos que, sin perjuicio lo que indiquen los respectivos Ministros en sus votos particulares y prevenciones, se tendrá por acreditada la infracción a la Constitución de un modo que se torna innecesario argumentar la mencionada inconstitucionalidad;

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, el artículo 175 del proyecto de ley contiene más requisitos que los que autoriza la Constitución para el goce efectivo del derecho de sufragio de los extranjeros en Chile. Altera el sistema electoral público que ordena la incorporación de los extranjeros en un sistema de registro electoral por el solo mandato de la ley, el que se vería obstaculizado por criterios migratorios. Y porque limita el alcance del artículo 14 en relación con el artículo 18 de la Constitución. En este entendido, será excluido del proyecto de ley la parte cuestionada por los requirentes y así se declarará;

IMPUGNACIÓN N°14: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 176 NUMERAL 16 DEL PROYECTO DE LEY

a) La impugnación

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO NOVENO. Que, el capítulo final del requerimiento parlamentario plantea una objeción de constitucionalidad al artículo 176 numeral 16 del proyecto de ley, el cual intercala el artículo 2° bis al decreto ley N°321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad. Este precepto se aplica sólo a los extranjeros condenados a penas de presidio y reclusión mayores, quienes cumpliendo los requisitos para acceder a dicha libertad serán expulsados del territorio nacional. De manera que, la norma jurídica instauro la prohibición de acceso al beneficio extrapenitenciario a los extranjeros condenados a cinco años y un día de presidio o reclusión mayor o tiempo superior a ello, dado que de cumplir y otorgarse la mencionada libertad deberán ser expulsados del territorio nacional;

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO. Que, los fundamentos esgrimidos por el requerimiento para cuestionar el precepto referido se asilan en que se concretaría una vulneración al principio de servicialidad del Estado, se desnaturaliza el fin de la pena y se consagra una discriminación arbitraria.

Agrega que, se vulnera el citado principio pues, al disponer la ley la expulsión del extranjero condenado se niega el esfuerzo desplegado en su proceso de rehabilitación y reinserción, quedando aquel frustrado por el destierro de que es objeto, por mandato de la ley. Afirma el requerimiento que los fines de la pena se incumplen, atendido que se expulsa al sujeto extranjero condenado porque no puede acreditarse que efectivamente se concreta la reinserción social, y con ello la servicialidad del Estado, principio estatuido en el inciso cuarto del artículo 1° constitucional se vulnera.



Por otra parte, sostienen que la disposición configura una situación discriminatoria, puesto que, a juicio de los parlamentarios requirentes, existiendo informes contradictorios respecto a conceder o rechazar la petición de libertad condicional, la regla es que se tenga que optar por el informe desfavorable para el extranjero, lo que origina un trato desigual en términos de discriminarlo.

Finalmente, el precepto, en su último inciso, al prohibir a los extranjeros condenados, que han sido expulsados, regresar al país por el lapso de veinte años, según se denuncia, constituiría una pena de extrañamiento encubierta, infringiéndose los incisos octavo y noveno del numeral tercero del artículo 19 del Código Político, tornándose, además ilusorio el derecho a ingresar y residir en el país, conforme asegura a toda persona el artículo 19 N°7 constitucional;

b) La norma impugnada

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Que, más allá de la discusión jurídica acerca de si la libertad condicional, como integrante del régimen de cumplimiento de la pena es una institución propia del derecho administrativo o bien forma parte del derecho penal ejecutivo, la norma censurada se examinará, en cuanto a su constitucionalidad, considerando varios aspectos para arribar a una conclusión definitiva acerca de su conformidad con la Constitución;

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Que, el requerido desvirtúa las aseveraciones de inconstitucionalidad del precepto de que trata este capítulo, expresando que él se encuentra acorde con el artículo 32 numeral quinto del proyecto de ley, que regula las prohibiciones imperativas de ingreso al país de aquellos extranjeros condenados o que se encuentren imputados en procesos judiciales en tramitación. Añade que lo que se establece es un procedimiento especial cuya finalidad es hacer efectiva la medida de expulsión, por lo que no se da una situación de discriminación arbitraria, articulándose sincrónicamente la actuación de los órganos públicos, competentes;

La igualdad ante la ley y la discriminación

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Que, es conocida la doctrina sustentada por esta Magistratura respecto al principio de igualdad ante la ley, expresada en el considerando décimo cuarto de la sentencia, de ella se colige que la igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición;

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO CUARTO. Que, toda diferenciación normativa, expresa el Tribunal Constitucional de España, es legítima siempre que sea objetiva y razonable y será arbitraria o injustificada, es decir constitutiva de discriminación, cuando es irrazonable (STCE 209/1988), criterio que comparte plenamente esta judicatura constitucional, por lo que será el principio de razonabilidad el que justifique las diferencias de trato que una norma pueda realizar. En este sentido, el precepto en cuestión presenta tres situaciones a considerar, desde la perspectiva constitucional, teniendo presente lo sustentado respecto del principio de igualdad ante la ley.



La primera especie, es que la norma tiene lugar respecto a los extranjeros condenados con penas de presidio o reclusión mayor en cualquiera de sus grados, conforme a lo cual, si un foráneo es sancionado con la pena de cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, no le es aplicable la disposición, es decir en el caso propuesto el día adquiere relevancia, lo cual no es ajeno en la aplicación de la pena en nuestro ordenamiento penal, pero en la especie se produce una diferenciación cuya justificación no se ajusta a la razonabilidad de ella. Hacer esta distinción entre extranjeros, en consideración a la pena impuesta es originar una desigualdad que pugna con lo sustentado por el constitucionalismo, en que, si la diferencia obedece a los atributos de la personalidad, como lo es la nacionalidad, el juicio de razonabilidad exige un mayor requerimiento.

La segunda situación, es que cumpliendo los requisitos para acceder a la libertad condicional se les priva de ella, y en su lugar se les expulsa del país, configurándose un agravio, extra a la sanción penal impuesta por un tribunal de la República, no previsto en el ordenamiento penal chileno. El cuerpo legal que regula el beneficio penitenciario contiene reglas que, en algunos casos, son de alta severidad.

Así, los condenados a presidio perpetuo calificado sólo pueden postular al mismo, una vez cumplidos cuarenta años de privación de libertad. Lo mismo en el caso de aquellos condenados a presidio perpetuo simple, requieren veinte años de cumplimiento de pena efectiva para solicitarlo. Además, existe un catálogo de delitos cuyos responsables pueden acceder a la libertad condicional, habiendo cumplido dos tercios de la pena.

Estas reglas no impiden el acceso al beneficio, como lo hace la norma censurada, sólo consagra una condición más compleja.

La tercera regla contenida en el inciso final del precepto, es que los extranjeros expulsados de Chile, por aplicación del inciso primero contenido en dicho precepto, no pueden ingresar al país por el lapso de hasta veinte años;

c) Inconstitucionalidad del N°16 del artículo 176 del proyecto de ley

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO QUINTO. Que, la norma jurídica objetada, al establecer reglas en los términos explicados precedentemente consagra una discriminación arbitraria, al no poder el legislador demostrar un método argumentativo que justifique las distinciones que se hacen en ella, respecto del por qué tiene lugar en los extranjeros condenados por delitos con altas penas, la prohibición de acceso a la libertad condicional cumpliendo las condiciones que la respectiva ley, y su reglamento, establecen, y que en su lugar procede expulsarlos del territorio nacional, ni tampoco se encuentra razón suficiente respecto a la imposibilidad de regreso al país por veinte años. Todo lo cual pugna con lo preceptuado en el artículo 19 N°2 de la ley suprema, y por ende el numeral 16 del artículo 176 del proyecto de ley es inconstitucional y así se declarará;



La finalidad de la pena

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO SEXTO. Que, no obstante, lo precedentemente expuesto, es dable manifestar otras consideraciones que se tienen en vista al efectuar el juicio de constitucionalidad de este capítulo, y una de ellas dice relación con los fines de la pena en nuestro ordenamiento criminal que consiste en la resocialización del condenado y su reinserción en el medio, finalidades acordes con la dignidad de la persona, cuyo respeto se proclama en el artículo 1° constitucional;

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO SÉPTIMO. Que, la libertad condicional responde a la concreción de un proceso, y como declara el artículo 1° del D.L. N°321, de 1925, constituye un medio de prueba que la persona condenada, privada de libertad, ha avanzado en las distintas fases de su reinserción social. En definitiva, la libertad condicional constituye la culminación de toda una secuencia que comprende desde permisos de salidas dominicales hasta autorizaciones de libertad los fines de semana. Perfectamente puede ocurrir que un individuo extranjero, condenado por un delito que tenga asignada una pena de reclusión mayor en su grado medio, se encuentre participando de programas penitenciarios buscando su reinserción, lo consiga, pero atendido lo dispuesto por la norma cuestionada vea frustrado la concreción del mismo;

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO OCTAVO. Que, el precepto legal crea una normativa desproporcionada, pues sanciona con la medida de expulsión a un extranjero afecto a una pena mayor para el caso que se le conceda la libertad condicional, originándose la carencia de la debida relación de equivalencia entre la rehabilitación del condenado y la antedicha medida. Otra razón para estimar inconstitucional el numeral 16 del artículo 176 del proyecto de ley;

La doble punición

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO NOVENO. Que, como expresión de la soberanía, el Estado tiene autonomía para ejercer la potestad punitiva, sujeta empero a limitaciones de orden formal y material, uno de los cuales lo constituye el “*ne bis in idem*”, principio esencial del debido proceso en cuanto prohíbe aplicar a un mismo sujeto una doble pena por un mismo hecho, y aunque tal principio no se encuentre expresamente consagrado en la Constitución, constituye un elemento fundamental de todo procedimiento racional y justo, obligación que impone al legislador el artículo 19 N°3, en su inciso sexto del código político;

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO. Que, la expulsión establecida en el N°16 del artículo 176 del proyecto de ley, en los términos en que aparece en el texto del artículo 2° bis, que se intercala en el D.L. N°321, de 1925; es de naturaleza sancionatoria al responder al concepto de pena de extrañamiento del artículo 34 del Código Penal, castigo que se impone automáticamente al extranjero que cumple una pena de presidio o reclusión mayor en cualquiera de sus grados, que postule al beneficio de la libertad condicional y califique para su concesión.

De esta forma, el extrañamiento se impone no en la sentencia que lo condenó como responsable de un delito determinado, ni en sentencia judicial alguna, sino que por mandato de la ley, dando lugar a una doble punición, lo que



constitucionalmente resulta intolerable, situación que se ve agravada por tener lugar, a saber: a) como consecuencia de la buena conducta observada por el afectado en el Centro Penitenciario respectivo (lo que le da derecho de acceso al beneficio de la libertad) y; b) aplicarse dicha sanción muy posteriormente del inicio de la pena de privación de libertad;

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que, lo dispuesto en el inciso final del precepto legal censurado constituye una circunstancia agravante que conlleva la pena de extrañamiento del inciso primero, que la norma jurídica denomina expulsión, configurándose la doble punición con un agravante que afecta la libertad ambulatoria que asegura a toda persona la letra a) del N°7 del artículo 19 constitucional. De modo que no sólo se verifica una inconstitucionalidad, sino que también una pena y agravante ilegítima;

CONCLUSIONES

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Que, todo lo reflexionado precedentemente tiene por finalidad cumplir cabalmente la obligación constitucional de esta Magistratura en orden a interpretar las disposiciones impugnadas por el requerimiento parlamentario, con el objeto de determinar si ellas se encuentran conforme a la Carta Fundamental, o por el contrario se hacen inconciliables con el texto político;

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO TERCERO. Que, el juicio de constitucionalidad llevado a efecto sobre las normas legales cuestionadas obedece a la misma inspiración que manifiesta el legislador al elaborar y aprobar el texto legal de migración, esto es, que la República de Chile tenga un estatuto sobre la materia que respete la dignidad de las personas y efectivamente asegure sus derechos fundamentales, en conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO CUARTO. Que, atendida todas las razones indicadas en los considerandos precedentes, se hará lugar, parcialmente, al requerimiento parlamentario de estos autos constitucionales.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 16°, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE ACOGE PARCIALMENTE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO, DECLARÁNDOSE QUE LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES SON CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y, POR TANTO, DEBEN ELIMINARSE DEL PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA, BOLETÍN N° 8.970-06:**



- ARTÍCULO 27, INCISO SEGUNDO, EN LA FRASE “DE BAJO CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS MIGRATORIAS POR PARTE DE LOS NACIONALES DE UN PAÍS EN PARTICULAR,”;
- ARTÍCULO 117, INCISO OCTAVO, EN LA FRASE “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 TRES AÑOS”;
- ARTÍCULO 132, ÍNTEGRAMENTE;
- ARTÍCULO 135, INCISO PRIMERO EN LA FRASE “POR UN PLAZO QUE NO PUEDE SER SUPERIOR A SETENTA Y DOS HORAS”, E INCISO FINAL EN LA FRASE “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”;
- ARTÍCULO 137, INCISO CUARTO, EN LA FRASE “, PODRÁ SER DE HASTA TREINTA AÑOS”;
- ARTÍCULO 175, INCISO PRIMERO, PARTE FINAL, E INCISO SEGUNDO, Y;
- ARTÍCULO 176 N° 16, ÍNTEGRAMENTE, QUE INTERCALA EN EL DECRETO LEY N° 321, DE 1925, QUE ESTABLECE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA LAS PERSONAS CONDENADAS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, UN ARTÍCULO 2° BIS, NUEVO.

II. QUE SE RECHAZA, EN LO DEMÁS, EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO.

VOTOS PARTICULARES

La Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, estuvieron por declarar la constitucionalidad de la impugnación al artículo 27, inciso segundo, del Proyecto de Ley, en la frase “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular,”, por las siguientes razones:

1°. Que, disintimos de la sentencia en cuanto declaró inconstitucional, por adolecer de suficiente densidad normativa conforme al principio de reserva legal, la causal que permitía, conforme al artículo 27 inciso segundo del proyecto, exigir una



autorización previa o visa otorgada por un consulado chileno en el exterior, respecto de los nacionales de determinados países, por bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de esos nacionales.

2°. Que, el referido artículo 27 dispone, como regla general, que no se requiere autorización previa o visa para el ingreso y estadía en Chile, respecto de quien lo haga en calidad de titular de un permiso de permanencia transitoria, esto es, conforme al artículo 47 inciso primero del proyecto de ley, los extranjeros que ingresan al país sin intenciones de establecerse en él, siendo autorizados para permanecer en territorio nacional por un período limitado, el cual no puede superar los noventa días, sin perjuicio de las excepciones previstas en su artículo 48.

3°. Que, por ende, la regulación dispuesta en el artículo 27, incluyendo la causal que ha sido declarada inconstitucional, se encuentra acotada sólo a los extranjeros titulares de permisos de permanencia transitoria, a quienes se les puede exigir, excepcionalmente, autorización previa o visa otorgada por un consulado chileno en el exterior en los tres casos que contemplaba el inciso segundo (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), de tal manera que las causales mencionadas no tienen por finalidad impedir el ingreso al país, sino que, excepcionalmente, exigir la referida autorización previa y ello nada más que respecto de quienes ingresen como titulares de los aludidos permisos.

4°. Que, asimismo, cabe consignar que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 27, los países cuyos ciudadanos estarán sometidos a esta exigencia, se determinarán en un decreto supremo firmado por los Ministros del Interior y Seguridad Pública y de Relaciones Exteriores, previo informe del Servicio Nacional de Migraciones, del Consejo de Política Migratoria y de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores, el cual, naturalmente, se encuentra sujeto a todos los controles que procedan, incluyendo, desde luego, los que están previstos en la Constitución, para examinar su apego tanto a la Carta Fundamental como a la legislación vigente.

5°. Que, de esta manera, en el contexto de la regulación completa contenida en el artículo 27 del proyecto de ley, consideramos que la frase eliminada sí cumplía con el estándar suficiente para su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, conforme al principio de reserva legal, pues no corresponde a una calificación contingente y respecto de personas individuales, sino que se trata de una preceptiva legal que, a su vez, habilita a la potestad reglamentaria para determinar, *ex ante*, con alcance general y susceptible de ser controlada, aquellos países que se sitúan en las tres causales previstas en la disposición sometida a examen de constitucionalidad. Máxime si el ejercicio de la potestad reglamentaria, en este caso, debe ser ejercida por dos Ministerios y contando, previamente, con el informe tanto del Servicio Nacional de Migraciones como del Consejo de Política Migratoria y de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores.

6°. Que, los tres informes mencionados, así como el decreto supremo biministerial, naturalmente, deben encontrarse dotados de suficiente fundamentación, sin que la causal declarada inconstitucional pueda, *per se*, ser calificada como indeterminada, en sus contornos o condiciones. Véase, por ejemplo,



el *Estudio de Análisis Comparativo Regional de las Regulaciones Migratorias en América Latina*, realizado por Manuel Arís, María José Meza y Pablo Valenzuela (*Espacio Público*, Documento de Referencia N° 39, Santiago, 2018).

7°. Que, en consecuencia y en el contexto de la regulación contenida en el artículo 27, en relación con las demás disposiciones del proyecto que se refieren a los permisos transitorios, estimamos que la causal de bajo cumplimiento de las normas migratorias, que se ha declarado inconstitucional, se ajustaba al principio de legalidad que contempla la Carta Fundamental.

La Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, estuvieron por desestimar la impugnación al artículo 137, inciso cuarto, del Proyecto de Ley Boletín N° 8970-06, por las siguientes razones:

1°. Que, disentimos de la sentencia en cuanto declaró inconstitucional el plazo de hasta treinta años, contemplado en el artículo 137 inciso cuarto del proyecto de ley, que podía imponer el Subsecretario del Interior respecto de aquellos extranjeros que excepcionalmente, sólo en casos debidamente calificados y fundado en razones de seguridad interior o exterior, han sido expulsados por dicho Subsecretario, mediante resolución fundada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 133 del mismo proyecto de ley.

2°. Que, indudablemente, en una primera aproximación, tan extenso período de tiempo llama la atención. Sin embargo, nos parece difícil evaluarlo en abstracto, más considerando que se contempla como un tiempo máximo cuya determinación, en cada caso concreto, debe ser efectuada por el Subsecretario, al decretar la expulsión, permitiendo así su evaluación en sede administrativa y judicial, conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto.

3°. Que, por lo demás, el mayor plazo de prohibición de reingreso, para los casos de expulsión, contemplado en el artículo 137 inciso segundo, no se encuentra tan lejos del que se ha declarado inconstitucional, pues se fija en veinticinco años, tratándose de las hipótesis contemplados en los numerales 1 a 5 del artículo 32, esto es, algunas de las prohibiciones imperativas de ingreso al país, de lo cual se colige también un parámetro para la evaluación de razonabilidad y proporcionalidad del lapso que determine el Subsecretario, en el ejercicio de su potestad excepcional de expulsión.

4°. Que, siendo así, la sola determinación del plazo máximo de 30 años, no aparece, a nuestro juicio, de suyo, como una decisión temporal carente de razonabilidad o proporcionalidad, particularmente si se considera -en este control abstracto- que la situación que ha dado lugar a la aplicación del plazo cuestionado dice relación con casos debidamente calificados, excepcionales y fundados en razones de seguridad interior o exterior, denotando la gravedad de los supuestos fácticos que pueden conducir a adoptar la decisión de expulsión.

5°. Que, en este sentido, conviene también tener presente que la legislación hoy vigente (artículo 84 del Decreto Ley N° 1.094) no contempla plazo en hipótesis



análogas a la que regula el artículo 137 inciso cuarto (Dictamen N° 25.128, de 2014, de la Contraloría General de la República), sin perjuicio de la atribución que el proyecto confiere al Subsecretario, en su inciso quinto, para “(...) *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*”.

6°. Que, desde esta perspectiva, nos parecía más adecuado, por ser respetuoso de la Carta Fundamental en estos términos, mantener dicho precepto legal, atendido que se declaró la constitucionalidad de la atribución del Subsecretario para disponer la expulsión, contemplada en el artículo 133, dejando constancia que sus decisiones son, obviamente, susceptibles de examen de constitucionalidad y legalidad, incluyendo, por cierto, el requerimiento de inaplicabilidad respecto del propio artículo 137 inciso cuarto, en cada caso concreto.

Los Ministros Sres. IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ disienten de algunos criterios expresados en el Preámbulo de esta sentencia, según precisan a continuación:

1º) Que, contrariamente a lo expuesto en el considerando 7º, ni el Proyecto de Ley ni el requerimiento parlamentario entablado en su contra versan sobre la “inmigración”. Tampoco la sentencia ha podido discurrir aludiendo a la categoría de los “inmigrantes”, desde que la Constitución no reconoce otro distingo que el de chilenos y extranjeros.

El “Migrante” ocupa un lugar dentro del rubro más general de “Extranjero”, conforme definen dichos vocablos los N°s. 10 y 8 del Proyecto de ley, de suerte que no han podido confundirse ambos conceptos;

2º) Que, por ello mismo, el Proyecto posee un alcance que precisa nítidamente su artículo 2º: “Ámbito de aplicación. El objeto de la presente ley y sus reglamentos es regular el ingreso, la estadía, la residencia y el egreso de los extranjeros del país, y el ejercicio de derechos y deberes, sin perjuicio de aquellos contenidos en otras normas legales”.

Como se puede ver, respecto a dichos destinatarios y en torno a estas materias concretas, el legislador ha querido consagrar un estatuto jurídico completo, sin perjuicio de remitirse a las demás normas legales que sean pertinentes y digan relación directa con este particular régimen.

Por lo tanto, los considerandos 9º y 10º de la sentencia, al traer a colación el alcance amplio de los derechos constitucionales, no han podido omitir la idea esencial de que el ejercicio legítimo de todos ellos amerita el cumplimiento previo de las normas que establece este artículo 2º del Proyecto de ley;

3º) Que, en esta misma lógica, el considerando 11º, después de mencionar los derechos constitucionales en juego, no pudo dejar de concluir que, en ordenamiento patrio, no existe un tal derecho a ingresar al territorio nacional sin cumplir antes las normas legales previstas al efecto.

Es este corolario el que debe presidir todo el análisis posterior del requerimiento planteado, a fin de impedir cualquier equívoco o doble interpretación;



4º) Que, finalmente, no podemos compartir los considerandos 16º al 18º, por cuanto perciben la libertad como un ámbito de autonomía que, aunque predicable desde un punto de vista político, no juzgamos que se compadezca enteramente con aquella libertad definida por la Constitución, en tanto proscripción de la arbitrariedad y arbitrio en procura del bien común e individual.

En todo caso, tales reflexiones sobran, en el contexto de una sentencia que hubo de referirse más sobriamente a los temas precisos para los que fue convocada.

Los Ministros Srs. IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ concurren al rechazo de la impugnación dirigida contra el artículo 18 del Proyecto de ley examinado, únicamente porque, al referirse al derecho a la vivienda “propia”, en el contexto de otros derechos que se reconocen a los extranjeros por el artículo 2º del mismo Proyecto, la norma no hace sino reiterar el derecho de acceso a la propiedad que a todas las personas asegura el artículo 19, Nº 23, de la Carta Fundamental.

Lo cual debe entenderse que es sin desmedro de las limitaciones o requisitos especiales que pueda estatuir el legislador de quórum calificado para la adquisición del dominio de algunos bienes, conforme al inciso segundo de la regla constitucional citada.

Los Ministros Srs. IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ concurren a acoger la inconstitucionalidad de la frase “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”, contenida en el artículo 27, inciso segundo, del proyecto de ley controlado.

Ello, solo porque sin afectar la dignidad de las personas, reconocida a todos por igual en el artículo 1º, inciso primero, de la Carta Fundamental, no procede que éstas puedan ser objeto de una política pública, de modo que más allá de su responsabilidad personal o de situaciones que les puedan ser propias, resulten afectadas -cual medios- por medidas de escarmiento o con alcances disuasorios y supuestamente ejemplarizantes.

El Ministro Sr. IVÁN ARÓSTICA MALDONADO concurre a acoger el requerimiento deducido contra los incisos primero y final del artículo 135 del Proyecto de ley examinado, habida cuenta que la ejecución de un acto administrativo no puede conllevar prisiones de libertad, por ningún lapso de tiempo, por tratarse de una medida que es de resorte exclusivo del Poder Judicial, conforme lo disponen los artículos 76, inciso primero, de la Constitución, y 152 del Código Penal.

Los Ministros Sres. IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ votaron por declarar inconstitucional el artículo 137, inciso cuarto, del Proyecto, únicamente en la parte que señala que la prohibición de ingreso dispuesta por el Subsecretario del Interior “podrá ser de hasta treinta años”, y solo basados en



que no se justifica que la medida impuesta por esta autoridad pueda exceder los plazos reglados en los incisos que le anteceden en la misma norma legal.

Por lo tanto, es válido que el Subsecretario del Interior pueda imponer la prohibición de ingreso al país, pero solo por los plazos de entre 3 a 25 años que menciona el artículo 137, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 156, N° 2, que no fue impugnado, y por las causales de seguridad interior o exterior que a él le incumbe calificar, conforme al artículo 133 del presente Proyecto de ley, en esta sentencia declarado constitucional.

En todo caso, somos conscientes que al declararse inconstitucional únicamente la frase “podrá ser de hasta treinta años”, deja vigente la norma como sigue: “La prohibición de ingreso que fije el Subsecretario del Interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 133”. Mas, es preferible dejar la norma así de inconclusa que eliminarla del todo, pues en este último evento el Subsecretario quedaría constreñido a prohibir el retorno al país solo por las causales que anteceden en el artículo 137, privando de toda eficacia a la atribución que le confiere -en virtud de otras razones- el aludido artículo 133.

El Ministro Sr. ARÓSTICA estuvo por rechazar el requerimiento dirigido contra el artículo 175 del Proyecto de ley examinado, habida cuenta que al regular el “avecindamiento” de extranjeros, a los efectos de que estos puedan ejercer el derecho a sufragio que les otorga el artículo 14 de la Carta Fundamental, el artículo 175 no hace más que connotar unos hechos -el paso del tiempo en cierto lugar- que asumen el carácter de conceptos preliminares indispensables para que -posteriormente- ese derecho pueda tener lugar.

1º) Que, en efecto, cuando el artículo 14 constitucional prescribe que “los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años”, podrán ejercer el derecho a sufragio “en los casos y formas que determine la ley”, no puede entenderse como autosuficiente, al punto de impedirle al legislador definir las condiciones en que debe darse dicho asentamiento y sus correspondientes medidas de duración.

Por manera que la circunstancia de que la pérdida de la categoría migratoria del residente ponga término al periodo de avecindamiento y, además, ocasione una situación de interrupción con la consiguiente pérdida de todo el tiempo transcurrido, configuran materias propias del legislador y, por ello, no cuestionables constitucionalmente a este respecto.

Otra cosa, muy distinta, es que se critique la norma legal por su excesivo rigor. Mas, no se ha fundado el presente requerimiento en esa posible causa de desproporción;

2º) Que, desde otra óptica, no procede conjeturar que la norma habría incurrido en un vicio de forma, al no aprobarse como ley orgánica constitucional.

En primer término, porque un tal defecto no fue invocado por los parlamentarios requirentes, y no le compete al Tribunal Constitucional extenderse de oficio sobre el particular, al conocer de la materia con arreglo al artículo 93, inciso primero, N° 3, de la Carta Fundamental. A menos que -al tenor de lo preceptuado en el artículo 69 de la Ley N° 17.997 orgánica constitucional de esta Magistratura- se



haya producido la advertencia que esta norma consigna, lo que en la especie no ocurrió.

En segundo lugar, porque no es aplicable aquí la norma del artículo 18 de la Carta Fundamental, que requiere una ley orgánica constitucional en todo lo relativo a las votaciones populares y escrutinios. Una ley tal puede y debe determinar quiénes revisten la calidad de electores, como hace el artículo 66 de la Ley N° 18.700, al mencionar a los extranjeros que figuren en los padrones de mesa. Sin embargo, de esto no se deriva que deba ser una ley orgánica constitucional la que defina las condiciones de vecindamiento que tienen que concurrir para que, posteriormente, nazca el derecho a votar, sin extender en demasía el dominio natural y obvio de dicha ley con quorum supra mayoritario.

Los Ministros Srs. IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN votaron por rechazar el requerimiento deducido contra el artículo 176, N° 16, del Proyecto de ley, que agrega un nuevo artículo 2° bis al DL N° 321, de 1925, relativo a la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad.

En efecto, al establecerse que los extranjeros condenados que accedan a la libertad condicional serán expulsados del territorio nacional, no implica la imposición de una nueva pena en su contra, sino que únicamente establece que Chile no es el lugar que ha de cargar con los costos enderezados a lograr su vigilancia y reinserción social, lo cual concuerda con el objetivo general del Proyecto, cual es permitir la presencia ordenada y regular de extranjeros en el país, conforme con los recursos y medios con que se cuenta para ello.

El compromiso asumido por el Estado chileno de “promover a la integración armónica de todos los sectores de la Nación”, en los términos señalados por el artículo 1°, inciso quinto, de la Constitución, donde encuadra la resocialización de los condenados, no puede extenderse hasta amparar a unos extranjeros que han sido condenados a penas de presidio y reclusión mayores, sin tergiversar el principio de recíproca solidaridad que también debe demandarse de esos extranjeros.

Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, y la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, disienten de lo dispuesto en esta sentencia, según la argumentación común que acompañan, y con las variaciones que se indicarán en los aspectos en que difieren parcialmente.

I. EN CUANTO A LOS PRINCIPIOS APLICABLES

1°. Los principios aplicables en este caso configuran en enfoque de aproximación a la resolución de los problemas normativos enunciados por los requirentes. La sentencia da cuenta de un conjunto de normas y derechos que permiten decidir. No estamos en desacuerdo con los mismos, pero no necesariamente cubren la aproximación al control propio de esta ley.



2°. En línea de principio, se trata de una legislación que deja atrás un conjunto de legislaciones nacionales que tuvieron criterios y principios que no incorporan expresamente los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales respecto de los extranjeros, sea porque no existían o por simple decisión política. El presente proyecto de ley deja atrás la Ley N° 3.446/1918; el Decreto Ley N° 671/1925 y el Decreto Ley N° 1.094/1975. En consecuencia, lo positivo del presente proyecto de ley es que se realiza en el marco de estándares más completos en materia de derechos fundamentales del orden constitucional y convencional. Este parámetro es el que sirve, a su vez, para examinar sus contenidos cuestionados en el requerimiento. Los demás artículos del proyecto de ley, salvo raciocinio expreso, no los podemos considerar como parte de un estándar constitucional aceptable puesto que pueden ser objeto de cuestionamiento por la vía del numeral 6° del artículo 93 de la Constitución.

3°. Las guías o directrices son las siguientes: **A.- Migración y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** El artículo 5° inciso 2° de la Constitución impone al Estado los deberes de respetar, promover y proteger los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y de los tratados internacionales. La propia condición de migrante y su efecto en las relaciones con sus países de origen encuadran esta normativa convencional como el punto de partida de análisis del parámetro de control. Hay un principio de humanidad básico que está reconocido en el artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y que implica un contenido civilizatorio mínimo para la supervivencia humana y a partir del mismo ordenamos nuestra apreciación. En tal sentido, muchas de estas materias, tiene un conjunto denso de decisiones, sentencias, y observaciones generales que regulan la materia aludida, tanto de migración, como de menores extranjeros, de refugiados y de niños, niñas y adolescentes en general. Así, de este modo, cabe tener en cuenta la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las que ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, en las Observaciones Generales N° 6 y N° 22 sobre la Convención de Derechos del Niño;

4°. B.- Derecho a emigrar, ausencia de obligación de recibir y dignidad humana. Hemos sostenido en otros casos (STC 4757) que, así como existe ese derecho universal no existe el deber estatal de recibir al extranjero. Chile no es sujeto pasivo de un derecho subjetivo y fundamental de cualquier extranjero del cualquier lugar del mundo a residir en nuestro país. Pero tampoco puede cerrar las puertas sin motivo alguno. Chile ya es un país donde vive más de un millón de migrantes y en un proceso de creciente expansión. Esas relaciones familiares y redes de cooperación con comunidades tanto al interior como fuera del país, determina un particular cuidado en los problemas que determina la dignidad humana.

5°. C.- Oportunidades vitales, integrales y no discriminatorias. Esta ley es más amplia que su antecedente de 1975 y abarca cuestiones significativas para la vida como la inserción económica, política y los derechos sociales. Esa mirada integral supone que los conflictos de fronteras y de control policial son las fricciones de un ejercicio amplio de derechos fundamentales. Por lo mismo, el artículo 19 N° 7 literal a) incluye en su núcleo la voluntad de permanecer. La sola apertura de esta legislación a materias ajenas a la cuestión migratoria propiamente tal supone tener particular cuidado con los efectos humanos que genera una legislación amplia. Cuando los extranjeros manifiestan voluntad de permanecer, supone una compleja



trama de nuevas raíces, de vínculos que está construyendo y de consideraciones sobre oportunidades integrales de vida. Eso supera el reduccionismo burocrático de entenderlos como turistas o sometidos a un régimen de pasantías transitorias. Supone abrirse ampliamente a esas oportunidades con un sentido no discriminatorio y en un pie de igualdad con los nacionales, en la medida de la evolución de los derechos y deberes de todos.

6°. D.- No es la Constitución de los extranjeros. Esta legislación, siendo más amplia, no constituye una especie de mini Constitución para los extranjeros. Aunque parezca evidente por sí mismo, algunos de sus preceptos parecen razonar bajo ese esquema. La entendemos como una ley más amplia que sigue estando sometida a los estándares constitucionales y convencionales que ha definido el país, conforme lo dispone el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución.

7°. E. Deferencia hacia el pluralismo de políticas migratorias. La Constitución habilita un conjunto amplio de poderes para adoptar políticas diversas en esta materia, dependiendo de los marcos ideológicos de estas proposiciones. No se trata únicamente de cuestiones normativas, sino que de libertad política y económica. Somos plenamente respetuosos de esa libertad que funda la convivencia común entre nacionales y extranjeros dentro de nuestro territorio. En tal sentido, adoptamos un patrón de deferencia hacia los poderes normativos en la determinación de este tipo de cuestiones. Del mismo modo, realizamos este planteamiento respecto de las cuestiones económicas involucradas, ya que la política económica y el desarrollo es una cuestión abierta para el incremento progresivo del estándar de vida de todas las personas en nuestro país.

8°. Por ende, sostendremos su inconstitucionalidad cuando no haya otra interpretación posible que permita asumir una cierta conformidad con la Constitución en un determinado sentido interpretativo.

II. EN CUANTO A LAS IMPUGNACIONES DISIDENTES

A.- IMPUGNACIÓN N° 1: Art. 3, inciso segundo y cuarto

9°. Los preceptos impugnados, en cuanto reconocen sólo a las personas que se encuentren legalmente en el territorio nacional los derechos de libre circulación dentro de él, de elegir su residencia y de salir del mismo (inciso 2°) y el derecho de circulación y de salir del territorio sólo a los extranjeros que se encuentren lícitamente dentro de él sólo con las limitaciones a que alude (inciso 4°), están insertos en el artículo 3, cuyo epígrafe es “Promoción, respeto y garantía de derechos”, dentro del Título II, denominado “De los principios fundamentales de protección”. En tal contexto, las disposiciones cuestionadas no se adecúan a esta idea de protección, porque si bien parecen parafrasear lo dispuesto en el artículo 19 N° 7°, letra a), de la Constitución Política de la República, en realidad constituyen una cláusula interpretativa restrictiva, que no agrega valor a la disposición constitucional, resultando, al contrario, ambigua y peligrosa, toda vez que excluye algunos de los verbos rectores contenidos en la referida norma fundamental, como son el derecho de



toda persona de “residir y permanecer en cualquier lugar de la República”, así como de “entrar a su territorio”

10°. Las normas impugnadas se tornan, entonces, en preceptos interpretativos de la Constitución, porque precisan el sentido y alcance del artículo 19, N° 7, letra a), pero lo hacen para restringir la titularidad de un derecho fundamental, en este caso, la libertad de circulación respecto de los extranjeros, reconocida sólo a aquellos que se encuentren lícitamente o legalmente en nuestro país.

11°. El Tribunal Constitucional ha señalado particularmente que “la Constitución no sólo carece de distinción en las titularidades de los derechos de locomoción y residencia entre extranjeros y residentes, sino que refuerza el ejercicio de los derechos mismos garantizados en el artículo 19, numeral 7°, literal a) de la Constitución” (STC 2273, c. 37°), lo cual “tiene un efecto fundamental puesto que implica reconocer el derecho de “entrada” y “salida” del país a los extranjeros “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley” (STC 2273, c. 38°). Esta norma resulta de natural extensión tratándose de turistas y visitantes temporales. Sin embargo, en el caso de migrantes, esto es de personas que manifiestan su voluntad de residir en el país, con mayor razón se ha de aplicar en toda su extensión. Recordemos que toda persona que haya ingresado regularmente al país goza de este derecho constitucional como si fuera nacional. Por tanto, resulta natural interpretar este derecho constitucional en toda su amplitud, incluyendo las facultades de ingreso y salida del territorio nacional respetando las normas legales que regulen esos pasos.

12°. Cabe también anotar que la mirada restringida del referido derecho se pone de relieve especialmente en el inciso 4° del precepto reprochado, en cuanto reconoce que únicamente a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio nacional les afectan las limitaciones a las libertades que la regla les reconoce “de conformidad con lo consagrado en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, por lo que los extranjeros que no estén en tal situación podrían ver limitados sus derechos sin los resguardos que implica la legalidad de la medida restrictiva. Ello vulnera abiertamente la garantía de la seguridad individual, contenida en la letra b) del art. 19 N° 7, que dispone: “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”.

13°. Así el abuso del poder o la arbitrariedad podrían anular las libertades que la Carta Fundamental asegura a toda persona en la letra a) del art. 19 N° 7 si se impone una privación o restricción a su ejercicio que no se ajuste a las formas y a los casos específicos que señala la letra b) de tal artículo y que se encuentran contemplados en la ley y en disposiciones constitucionales, como son, por ejemplo, las relacionadas con las facultades que se reconocen al Presidente de la República para limitar la libertad personal en los estados de excepción constitucional. Si, según ha afirmado esta Magistratura, la Constitución dispone que toda limitación o restricción que se imponga a un derecho fundamental sólo puede ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo (STC 1365, c. 22°), la disposición comentada se abre entonces a que suceda esto último.



14°. Asimismo, “las privaciones que se deducen de una regulación tan intensa que impiden el acceso al derecho mismo, deben tener una habilitación expresa” (STC Rol N° 2273, c. 30°), sin que exista una autorización en la Carta que justifique una restricción como la que establecen los preceptos impugnados a la libertad personal y a la seguridad individual de los extranjeros que se encuentren en Chile en situación ilegal. Ellos constituyen un grupo de personas que están en una especial situación de vulnerabilidad y requieren ser protegidas por el Estado. Si los derechos fundamentales son la “*ley del más débil* como alternativa a la ley del más fuerte” (Ferrajoli, Luigi (2008). *Democracia y Garantismo*. Ed. Trotta, Madrid, p. 36) su garantía es indispensable para quienes se encuentran en el territorio de un Estado del cual no son nacionales, requiriendo el amparo del orden jurídico legal y constitucional que lo rige para el ejercicio de una libertad tan esencial como es la de locomoción.

15°. Por último, las expresiones “legalmente” o “lícitamente” dan cuenta de un criterio *ex post* al ingreso como calificación normativa, en circunstancia que son los propios derechos convencionales los que protegen el hecho físico de la entrada al país. Una interpretación que no proteja tal hecho físico y lo ampare es el efecto de la estimación de esta inconstitucionalidad.

B.- IMPUGNACIÓN N°5: Los numerales 4° y 5° del artículo 33

16°. En primer lugar, los preceptos impugnados son contrarios a la libertad de emitir opinión, consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, toda vez que pueden dar lugar a una prohibición de ingreso por el solo hecho de efectuar declaraciones al intentar ingresar al territorio nacional, sin que aquellas hayan producido daño alguno.

17°. En segundo lugar, vulneran el debido proceso y la presunción de inocencia (artículo 19 N° 3 de la Constitución), ya que aparejan una prohibición de ingreso al país por “indicios” en el caso del numeral 4 y por apreciaciones subjetivas en el caso del numeral 5, sin que previamente a la prohibición de ingreso el afectado pueda hacer sus descargos.

18°. Eduardo Couture define al indicio como un “objeto material o circunstancia de hecho que permite formular una conjetura y sirve de punto de partida para una prueba.” (COUTURE, E. *Diccionario jurídico* p. 33.), por lo que el indicio es una presunción que consiste en estimar la existencia de un hecho en virtud de la demostración de otro. Por lo dicho, las causales de prohibición de ingreso impugnadas operan en la lógica de las presunciones.

19°. En este sentido, cabe señalar que el artículo 85 del Código Procesal Penal autoriza a los funcionarios policiales para efectuar un control de identidad de cualquier persona, cuando estimen que existe algún “indicio” de que se dispusiere acometer un crimen, o simple delito o falta. Eventualmente, este control de identidad puede dar lugar al inicio de una investigación penal, cuya dirección corresponde exclusivamente al Ministerio Público, por efecto de lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política de la República. Luego, las disposiciones impugnadas son contrarias a esta disposición constitucional, toda vez que impiden el ejercicio de las



atribuciones del Ministerio Público para investigar la posible comisión de crímenes o delitos por parte de los extranjeros que ingresen al territorio nacional.

20°. Además, las normas cuestionadas otorgan una amplia discrecionalidad a la autoridad migratoria. En el caso del numeral 4, la apreciación de los indicios no está modulada por criterio alguno y será efectuada por una autoridad administrativa, como lo es la Policía de Investigaciones de Chile, y, por tanto, puede devenir en una prohibición del ingreso al país por una mera sospecha. En el caso del control de identidad efectuado por los funcionarios policiales, de acuerdo al artículo 87 del Código Procesal Penal, corresponde al Ministerio Público regular mediante instrucciones generales la forma en que la policía cumplirá con esa función.

21°. Respecto del numeral 5, la apreciación de los motivos aducidos por una persona para ingresar al país es una cuestión esencialmente subjetiva, que dependerá también de la Policía de Investigaciones. De esta manera, se vulnera el derecho a la libertad personal y ambulatoria, transgrediendo la reserva legal estricta impuesta por la Constitución en su artículo 19 N° 7 letras a) y b).

C.- IMPUGNACIÓN N° 6: segunda parte del inciso octavo del artículo 117

22°. El requerimiento plantea la inconstitucionalidad de este precepto legal por cuanto vulneraría la máxima constitucional de razonabilidad, ya que contendría una sanción desproporcionada (artículo 19 N° 2 CPR), para lo cual cita la jurisprudencia del TC respecto del artículo 4° de la Ley N° 19.886.

23°. Al respecto, cabe tener presente que el procedimiento de aplicación de la sanción contemplada en este artículo, así como su determinación, distan de lo dispuesto para la inhabilidad prevista en el artículo 4° de la Ley N° 19.886.

24°. En efecto, aquí nos encontramos frente a una sanción para contratar con el Estado y no a una inhabilidad que resulta como efecto de una sentencia judicial ejecutoriada; la sanción no opera ante un primer incumplimiento, sino que requiere de reincidencia; su aplicación es facultativa para la autoridad administrativa (Servicio Nacional de Migraciones), pues la norma señala que el empleador “podrá ser castigado”; y, en fin, el lapso de tiempo de la sanción es variable, desde días o meses hasta 3 años, dado que el precepto dispone que la prohibición podrá fijarse por “un período de hasta tres años”. En tal sentido, el afectado podrá reclamar de la sanción, así como de su extensión, en el procedimiento administrativo, así como también, eventualmente, en sede judicial.

25°. En este orden de ideas, cabe tener presente los criterios adoptados en materia de inhabilidades para contratar con el Estado. Así, en el voto disidente de la STC 3702, se afirmó que era legítimo la implementación de las denominadas por la doctrina “políticas públicas secundarias, socioculturales u horizontales en la contratación pública”, señalándose al respecto que: “Este mecanismo puede asegurar el cumplimiento de leyes generales, o incluso exigencias que van más allá del marco legal, como pagar remuneraciones “justas”, asegurar la igualdad de género en la contratación, etc. (...) Existen múltiples razones para que el Estado exija contratar sólo con empresas que cumplan las leyes; para evitar asociar al Estado con comportamientos ilícitos, para proporcionar incentivos adicionales al cumplimiento



de la ley, para evitar vulneraciones legales en el cumplimiento del contrato, para garantizar una competencia justa, , entre otras razones [Arrowsmith, p. 154]” (Voto disidente STC 3702, cc. 13° y 14°). Ello cobra valor especial en materia laboral, porque con tales medidas se busca proteger el trabajo digno y decente (prevención STC 2470, c. 9° y 12°). Asimismo, se sostuvo que la sanción no era desproporcionada, pues está vinculada a conductas especialmente graves en materia laboral, protegen al Estado de futuras responsabilidades, incentivando una justa y sana competencia, es temporal y procede solo en virtud de una sentencia judicial firme, por tanto, goza de todas las garantías procedimentales que revisten los procedimientos laborales.

26°. Sin perjuicio de lo anterior, el rechazo de la inconstitucionalidad pedida se declara en el entendido que, en la aplicación de la sanción de prohibición para contratar con el Estado se considerará, como criterio de graduación, el tamaño de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del proyecto de ley para las demás sanciones previstas en él en el caso de empleo de extranjeros sin autorización.

D.- IMPUGNACIÓN N° 7: expresión “al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas o”, contenida en el numeral 6° del artículo 127

27°. El precepto impugnado exige un estándar de veracidad en todo momento y lugar, que será ponderado por la autoridad migratoria. Este estándar de veracidad en todo orden de cosas no se aviene con las demás causales de expulsión en caso de permanencia transitoria. En efecto, todos los demás motivos de expulsión dicen relación estrictamente con el cumplimiento de la normativa migratoria y, en consecuencia, la frase impugnada es desproporcionada, porque alude a gestiones desvinculadas del procedimiento migratorio. Luego, no se adecúa al estatuto migratorio.

28°. Asimismo, desde el punto de vista de la gravedad de la conducta, la norma cuestionada también es desproporcionada. En primer lugar, las declaraciones falsas no son un delito. Sí los son, en cambio, el falso testimonio (artículo 209 del Código Penal), las declaraciones falsas juradas (artículo 210 del Código Penal), la falsificación de instrumentos públicos y privados (artículos 194 y 197 del Código Penal, respectivamente) y la obtención fraudulenta de prestaciones estatales (artículo 470 N° 8 del Código Penal). Sin embargo, ninguno de estos delitos es de aquellos previstos en el artículo 32 del proyecto de ley, que conllevan una prohibición de ingreso imperativa al territorio nacional. Asimismo, su comisión en el país configura una causal de expulsión autónoma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 N° 2 del proyecto de ley. En consecuencia, la frase impugnada puede significar la expulsión de personas por delitos que ni siquiera constituyen una prohibición de ingreso al país y que, en cualquier caso, no revisten la gravedad de estos últimos.

29°. La Administración no solo debe apreciar si el hecho es susceptible de ser subsumido en la norma que le habilita para disponer la expulsión, sino que, además, ponderar los eventuales efectos que la misma pueda tener para la vida y desarrollo personal del sujeto, su arraigo social y laboral (Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1.546-2015, 2015), considerando el tiempo transcurrido desde la concurrencia de la causal que habilita a expulsar (Corte Suprema, Sentencia Rol N° 16.664-2015, 2015), su



gravedad (Corte Suprema, Sentencia Rol N.º 6.660-2014, 2014) y reiteración (Corte Suprema, sentencia Rolº 33.257-2016, 2016). Solo en la medida que se supere el test de proporcionalidad entre la procedencia de la medida de expulsión y los efectos de la misma, la autoridad podrá disponer que el migrante sea expulsado, aplicando al efecto causales de expulsión de carácter legal en las que la conducta sancionada esté claramente determinada.

30°. Sin embargo, el precepto impugnado, en cuanto permite a la autoridad administrativa solo constatar que una declaración es falsa, le otorga un amplio margen de discrecionalidad en gestiones ajenas al proceso migratorio, en circunstancias que las demás causales de expulsión contempladas en el mismo art. 127 son regladas, en el sentido que solo requieren la verificación de antecedentes y no un juicio de apreciación de las declaraciones emitidas. Por lo tanto, la norma impugnada vulnera la libertad personal (19 N° 7 letra a) de la Constitución), al limitarla en exceso.

E.- IMPUGNACIÓN N° 8: El inciso primero del artículo 131

31°. Esta impugnación que estimada inconstitucional solo por el **señor Ministro Gonzalo García Pino y la señora Ministra María Pía Silva Gallinato**, según los argumentos que se indican.

32°. El precepto impugnado -en cuanto permite que el extranjero que ingrese al país mientras se encuentre vigente la resolución que ordenó su expulsión, abandono o prohibición de ingreso al territorio nacional sea 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- importa un doble quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Así el extranjero que ingresa al país en las circunstancias a que se refiere la norma genera efectos, por una parte, en el quebrantamiento de la orden de expulsión, abandono o prohibición de ingreso y, por otra, en una nueva vulneración configurada por el ingreso.

33°. De este modo, por ejemplo, si la expulsión del extranjero fue consecuencia de la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley N° 18.216, y su regreso al país ocurrió dentro del plazo de diez años contado desde la fecha de sustitución de la pena, tal situación conllevará la revocación de la pena de expulsión, debiendo cumplir el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta. Lo anterior impone, al menos, la existencia de un control judicial previo a la reconducción, para examinar la vigencia de la orden de expulsión, abandono o prohibición de ingreso, la identidad del afectado y los efectos del incumplimiento.

34°. En consecuencia, el precepto impugnado importa la limitación de la libertad personal por una decisión administrativa, sin control judicial previo, como exige la letra c) del numeral 7º del artículo 19 de la Constitución, en cuanto las personas detenidas deben ser puestas a disposición del juez, sin que baste, por lo tanto, que el extranjero reembarcado sea informado por escrito de los fundamentos de la medida aplicada dejándose constancia administrativa (inciso final del art. 131).}



35°. Cabe tener presente, que la Corte Suprema se pronunció sobre esta disposición al informar del proyecto de ley, señalando que “la regla que permite reclamar en contra de la medida sólo una vez que el afectado haya sido devuelto a su país de origen (...) dificulta la revisión administrativa o judicial de la misma” (Oficio N° 149-2020, de 17.08.20).

G.- IMPUGNACIÓN N° 10: dos oraciones finales del artículo 133

36°. El precepto impugnado, en cuanto permite que en casos debidamente calificados fundados en razones de seguridad interior o exterior, el Subsecretario del Interior pueda imponer, mediante resolución fundada, la medida de expulsión de extranjeros, pudiendo establecer un plazo de hasta treinta años de prohibición de ingreso al país (al remitirse a lo dispuesto en el art. 137 que fuera declarado inconstitucional en relación al plazo en esta sentencia), vulnera el principio de tipicidad, toda vez que la conducta sancionada con la medida de expulsión solo se conoce en la resolución que dispone tal medida. Por lo tanto, la persona afectada no estará en condiciones con anterioridad de conocer el núcleo esencial del comportamiento debido, de manera que se encontrará imposibilitado de actuar de una manera que no lo hiciera acreedor de la sanción. Por consiguiente, la norma cuestionada vulnera el artículo 19 N° 3°, inciso noveno, de la Constitución Política de la República.

37°. Asimismo, la afectación a la libertad ambulatoria que implica esta medida, dispuesta por la autoridad administrativa para casos particulares y solo una vez configurados los hechos que, a juicio de la autoridad, ponen en peligro la seguridad interior o exterior del Estado, vulnera el principio de reserva legal en materia de libertad ambulatoria contemplado en las letras a) y b) del artículo 19 N° 7 de la Constitución.

38°. En efecto, las consideraciones estatistas, como las que permite invocar el precepto impugnado, llevan a una apreciación de mérito de la conducta reprochada y, si bien ellas pueden fundar la decisión administrativa, su lectura debe efectuarse desde los derechos de las personas respetando el marco constitucional (disidencia STC Rol 4757, c. 14°). Así el legislador puede dejar márgenes más o menos flexibles de discrecionalidad a la autoridad administrativa en función de las características del caso concreto, pero le está vedado restringir la libertad personal y la seguridad individual fuera de un marco normativo objetivo que necesariamente debe estar basado en un enfoque de derechos. Mientras tanto, la fórmula dispuesta por la norma cuestionada conduce a que las razones que se den, en el ejercicio de esta facultad, para ordenar la expulsión de una determinada persona, se construyan en base a circunstancias particulares del afectado con la medida, abriendo un espacio de arbitrariedad, lo cual vulnera las garantías que la Constitución asegura a toda persona en su art. 19 N° 7 letras a) y b).

39°. Por último, cabe tener en consideración que esta Magistratura estimó la inconstitucionalidad de la consecuencia de la decisión del Subsecretario, esto es, que ordene la prohibición de ingreso hasta por 30 años a su sola voluntad establecida en el inciso 4° del artículo 137 del proyecto de ley. Creemos que la mejor manera de



proteger ese efecto, a todas luces contrario a la Carta Fundamental, es declarando inconstitucional la facultad que la origina.

La Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvieron por acoger la impugnación al artículo 16, incisos segundo y tercero, del Proyecto de Ley Boletín N° 8970-60, por las siguientes razones:

1°. Los preceptos impugnados del art. 16 del proyecto reconocen el derecho de acceso a las prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados con recursos fiscales a los extranjeros residentes que hayan permanecido en Chile, en tal calidad, por un período mínimo de 24 meses (inciso segundo); pudiendo omitirse el referido plazo de 24 meses por razones humanitarias fundadas o alertas sanitarias decretadas en conformidad con el artículo 36 del Código Sanitario (inciso tercero). Por lo tanto, se excluye de tal beneficio social no sólo a los turistas y a los extranjeros que hayan ingresado irregularmente a Chile sino también a quienes hayan incurrido en mera sobreestadía, además de los que no posean actualmente un título de residencia vigente, aunque lo estén gestionando y no acceden a él por demoras no imputables a ellos. o a quienes, teniéndolo, no cumplan con el plazo mínimo de estadía.

2°. La seguridad social puede ser definida como “el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello”. Reconocemos en la seguridad social cuatro principios rectores que constituyen la base o fundamento sobre la que debe estar institucionalizada, a saber: universalidad (subjética y objética); integridad o suficiencia; solidaridad y unidad. La supresión, en el artículo 19, N° 18° de la Constitución, de los principios rectores de la seguridad social carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica. (STC 790 c. 33, en el mismo sentido, STC 1287 cc. 25 y 30, STC 2025 c. 41, STC 2275 c. 4, STC 3227 c. 33). A su vez, el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional, en el que se recogen los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.

3°. La normativa constitucional dispone que se asegura a todas las personas el derecho a la seguridad social, correspondiendo al Estado asegurar el acceso a prestaciones “básicas y uniformes” a todos los “habitantes”, regla que “[busca aportar un criterio normativo para apreciar la juridicidad de la actuación del Estado y, por ello, constituye una norma material de competencia que llama a la intervención estatal para proteger el derecho a la seguridad social” (STC 7548, c. 17).

Ello implica que el Estado debe hacerse cargo de otorgar, entre otras prestaciones, las no contributivas de carácter asistencial, es decir, aquellas de carácter económico que se otorgan a personas en estado de necesidad que carecen de recursos para subsistir porque no han cotizado nunca o lo han hecho por un período



muy corto, las cuales pueden ser permanentes o no permanentes. Entre las primeras se encuentran, por ejemplo, los aportes familiares como el bono marzo, el subsidio familiar, la asignación maternal, el subsidio a la mujer embarazada, la asignación familiar, el subsidio para discapacitados o el subsidio por consumo de agua potable. Según explicó el Subsecretario del Interior en la Comisión de Gobierno de la Cámara, los beneficios o prestaciones no permanentes porque establecen requisitos de temporalidad se excluirían del marco de aplicación de esta norma, como son la pensión básica solidaria de invalidez, la pensión básica solidaria por vejez, el aporte previsional solidario de invalidez y la asignación por muerte, como también se excluyen. los subsidios contributivos, como el de cesantía, que se financia con un copago del trabajador.

4°. Ahora bien, el proyecto exige que, para quedarse y habitar en Chile, el migrante no puede tener el estatuto de turista, a lo cual debe agregarse que el ser o no habitante es una cuestión de hecho, entendida como el hecho de habitar, sin que la ley pueda ser tan contrafactual y poderosa como para borrar o denegar el hecho de que un ser humano habite un lugar, que en este caso significa estar dentro del territorio de la República. Desde esa perspectiva, sin embargo, no debe confundirse el hecho de habitar con la regularización de un estatuto migratorio, pues ello implicaría someter la norma constitucional a lo dispuesto por la ley, en una evidente perversión del paradigma de supremacía constitucional.

5°. Por otra parte, la regla constitucional alude a prestaciones básicas y uniformes. “Se consagra así el principio de universalidad subjetiva de la seguridad social, pues son todas las personas a quienes el Estado debe garantizar el acceso a prestaciones”, como señaló esta Magistratura (STC 1572 c. 56).

La Constitución no establece diferencias entre prestaciones contributivas y no contributivas, sino que solo dispone el acceso a prestaciones “uniformes”, rasgo que significa que, si bien se otorgan a quienes cumplan con los requisitos que señala la ley, debe cubrir a todos aquellos que se encuentren en similar estado de necesidad social. Ello se pierde al determinar que un sub conjunto de personas no concurre a la prestación, rompiendo la uniformidad, vulnerando así el mandato del numeral 18° del artículo 19, por un factor de discriminación que además es ilegítimo, cual es el de la nacionalidad, vulnerando con ello el numeral 2° del mismo artículo 19 al establecer una diferencia arbitraria, formulando además una distinción entre los mismos extranjeros que habitan en Chile, los cuales deben ser reconocidos y tratados con respeto y dignidad en condiciones de igualdad, independientemente del estatus migratorio en que se encuentren.

6°. Si la acción del Estado está “dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes” a las prestaciones de seguridad social, ello conlleva que tenga un rol activo, no pasivo; se trata de hacer todo lo posible para que lo encomendado se lleve a cabo. Enseguida, implica garantizar “el acceso”. Esta fórmula es la manera en que la Constitución busca hacer viables los derechos sociales que regula (educación, salud y seguridad social). Exige que se permita incorporar o acercar a las personas a un régimen de prestaciones, con o sin cotizaciones obligatorias. Finalmente, implica el acceso sin discriminaciones, pues el mandato constitucional es para que “todos los habitantes” puedan involucrarse. Se consagra así el principio de universalidad subjetiva de la seguridad social, pues son todas las personas a quienes el Estado



debe garantizar el acceso a prestaciones. (STC 1572 c. 56, en el mismo sentido, STC 1598 c. 53, STC 1629 c. 53, STC 1636 c. 53, STC 1654 c. 10, STC 1691 c. 10, STC 1710 cc. 131 a 135, STC 1719 c. 14, STC 1733 c. 10, STC 1737 c. 10, STC 1743 c. 10, STC 1765 c. 53, STC 1766 c. 53, STC 1769 c. 53, STC 1784 c. 55, STC 1785 c. 53, STC 1806 c. 55, STC 1807 c. 53, STC 1808 c. 54, STC 1879 c. 10, STC 1893 c. 12, STC 1900 c. 10, STC 1903 c. 10, STC 1908 c. 10, STC 1914 c. 10, STC 1918 c. 10, STC 1921 c. 10, STC 1922 c. 10, STC 1923 c. 10, STC 1929 c. 10, STC 1930 c. 10, STC 1932 c. 10, STC 1934 c. 10, STC 1946 c. 10, STC 1962 c. 10, STC 1969 c. 10, STC 1970 c. 10, STC 1985 c. 10, STC 2012 c. 10, STC 2106 c. 11, STC 3227 cc. 33 a 37, STC 7442 c. 23, STC 7548 c. 22).

7°. De igual manera, en la medida que la seguridad social deriva en gran parte de la protección constitucional del trabajo, no puede sostenerse que el mismo trabajo de dos seres humanos sea diferentemente digno. En efecto, el numeral 16° del artículo 19 de la Constitución habilita al legislador a exigir la nacionalidad chilena para realizar ciertos trabajos, pero no permite una degradación de la protección constitucional del mismo trabajo para los extranjeros. En efecto, la protección constitucional a la libertad de trabajo extiende el resguardo al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo (STC 1852 c. 6, STC 1971 c. 9, STC 2086 c. 8, STC 2110 c. 8, STC 2114 c. 8, STC 2182 c. 8, STC 2197 c. 8, STC 2470 c. 8, STC 2671 cc. 9 y 21, STC 2722 c. 30, STC 3016 c. 6, Cap. VI.I.I., STC 3601 c. 8, STC 3896 c. 21, STC 7217 c. 11).

La Constitución reconoce la vinculación de diversos derechos fundamentales en una relación laboral: desde la iniciativa económica (artículo 19, N° 21); el estatuto jurídico de la contratación laboral en su vertiente individual (libertad de contratación, artículo 19, N° 16, inciso 2°) como asimismo en su dimensión colectiva (negociación colectiva o derecho de huelga en el artículo 19, N° 16, incisos 5° y 6°); el reconocimiento de la asimétrica relación empleador–trabajador, que habilita a éste a la constitución de sindicatos (artículo 19, N° 19), para concluir con el ejercicio de derechos de seguridad social que se surgen tanto ante contingencias ocurridas durante la relación laboral (accidentes del trabajo, permisos y licencias) como con ocasión de ella (jubilaciones, montepíos o desempleo) y cuya regulación el artículo 19, numeral 18° de la Constitución encarga al legislador (STC 2846 c. 5, en el mismo sentido, STC 3601 c. 9, STC 7654 c. 42, STC 8116 c. 37). A su vez, la seguridad social reconoce también otras prestaciones, no necesariamente ligadas al trabajo, cuyo acceso ha de ser uniforme también.

8°. Según el Mensaje y lo que se dijo en la discusión ante el Senado, el fin de la restricción que impone la norma es cuidar las arcas fiscales y diferenciar los beneficios según el nivel de arraigo para evitar el abuso de extranjeros que busquen ingresar al país con un mero permiso de permanencia transitoria. Sin embargo, si bien tal finalidad resulta legítima y también idónea, por cuanto el transcurso del tiempo sería manifestación de esa intención, ella no es necesaria. En efecto, existen otras alternativas menos gravosas al derecho para alcanzar el fin perseguido por el legislador. Así, por ejemplo, bastaría acreditar que el extranjero es titular de un permiso legal de residencia y que ya ha obtenido su cédula de identidad ante el Servicio de Registro Civil para dar por cumplido el requisito de arraigo, sin necesidad de esperar que cumpla el plazo de permanencia a que se refiere la regla.



Por lo tanto, sin bien el Estado puede establecer distinciones legítimas entre migrantes en situación regular e irregular, la restricción impuesta para acceder a las prestaciones sociales a que alude la regla vulnera el art. 19 N° 2. Se establece así una diferencia de trato respecto de un grupo de personas que el derecho internacional de derechos humanos considera como una categoría sospechosa de discriminación, como es la de que sufren determinados extranjeros que, encontrándose legalmente en Chile, se les exige cumplir con un requisito adicional de permanencia que no resulta proporcional. En efecto, como dice la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando, comentando el art. 9 del Pacto Internacional sobre la materia, expresa “[a]unque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Parte deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular (...) los no nacionales”, agregando “[c]ualquier restricción, incluido un período de carencia, debe ser proporcionada y razonable”.

9°. Ello resulta más evidente si se tiene presente que la norma propuesta atenta en contra el principio de no regresividad que se aplica en materia de derechos económicos y sociales. Tanto los migrantes irregulares como los residentes que no cumplen aún con el término de permanencia en el territorio nacional a que se refiere la norma son titulares del derecho a la seguridad social y ello les ha permitido acceder a ciertos beneficios sociales.

En efecto, en el marco normativo existente en la actualidad, para ser beneficiario o beneficiaria de la asistencia del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, es condición sine qua non la inscripción en el Registro Social de Hogares (RSH), bastando para ello que los extranjeros sean portadores de una cédula de identidad. Esta cédula la obtienen, por ejemplo, quienes, habiendo ingresado irregularmente al país, obtienen una visa, para lo cual tienen 30 días desde la visación para solicitar el referido documento de identidad (arts. 52 y 53 del D.L. N° 1094).

Al no ajustarse entonces el legislador al referido principio de no regresividad, se infringe entonces no sólo el artículo 19 N° 2, sobre igualdad ante la ley, sino también el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, desde que habiendo extranjeros que ya reciben beneficios sociales, éstos dejarán de recibirlos por aplicación de la norma, lo cual constituye un retroceso en materia del derecho a la seguridad social, como señalan tratados internacionales, como, por ejemplo la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores.

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por declarar la inconstitucionalidad de:

- Las expresiones “*legalmente*” contenida en el inciso segundo, y “*lícitamente*”, del inciso cuarto, ambos del artículo 3°.
- El artículo 16, incisos segundo y tercero.
- La expresión “*propia*” del artículo 18.



- 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,*” del artículo 27, inciso segundo.

- El artículo 33, numerales 4° y 5°.

- En la parte cuestionada del artículo 127, N° 6.

- El artículo 131, inciso primero, únicamente en la frase “, y sin necesidad que a su respecto se dicte una nueva resolución, válidamente notificada”.

- El artículo 132.

- El artículo 133, parte final.

- Artículo 135, incisos primero y final, en las partes que señalan “por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas” y “*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 artículo 137, inciso cuarto.

- El artículo 175, inciso primero, parte final, e inciso segundo, y

- El artículo 176 N° 16.

A su vez, en lo relativo a las declaraciones de inconstitucionalidad que coinciden con el voto de mayoría y los puntos resolutivos de la sentencia, se concurre sin compartir lo expresado en los razonamientos 4°, 5°, 6°, 8°, 9°, 11°, 12°, y 144° de la misma. Se fundamenta todo lo expresado teniendo presente además las siguientes consideraciones:

1°. Cabe señalar que la carta de 1980 reconoce en su capítulo III la titularidad de los derechos fundamentales del catálogo de su artículo 19 a “todas las personas”. Tal norma reviste especial importancia, pues basta la condición de persona para determinar la titularidad de tales limitaciones al poder, agregando el redundante explicativo de “todas” las personas, sin que tenga cabida entonces hacer distinciones limitativas de ninguna especie, al no haber exclusión posible.

2°. A su vez, el artículo 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, norma que tiene su antecedente en el artículo 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Es decir, no existe el ser humano que no sea “persona” a la luz de los estándares universales de derechos humanos, más aún tras la barbarie del nazismo que consideró “subhumanos” y “no personas” a quienes buscó eliminar físicamente, recurriendo a la denegación de su estatus de personas para quitarles el amparo del derecho frente al poder estatal.

Así, es en esa clave que debe ser leído el reconocimiento de derechos fundamentales “a todas las personas” en nuestro ordenamiento, en el único entendido posible, cual es que se refiere a todo ser humano, sin distinciones de ningún tipo y sin exigir nacionalidad ni domicilio, ni menos elementos adicionales, por lo que la distinción entre extranjeros y nacionales es del todo inconcusa e impertinente a la hora de leer las normas del artículo 19, pues para distinguir entre nacional y extranjero primero se requiere ser persona dotada de nacionalidad, pero como el artículo 19 le reconoce titularidad de derechos fundamentales a “todas” las



personas, la diferencia se vuelve irrelevante al no poderse distinguir, concluyéndose que el extranjero en Chile tiene plena titularidad y disposición de los derechos establecidos en la Constitución por regla general y expresa, y que para establecer alguna diferencia específica en algún derecho se requiere norma expresa en la propia constitución, por la vía de regla especial en el mismo texto.

3°. En efecto, es la propia norma constitucional la que habilita expresamente a distinguir por factor nacionalidad cuando ello resulta posible, como lo hace por ejemplo en el numeral 16° del artículo 19 o en el artículo 25, de forma tal que si no distingue expresamente no corresponde hacerlo ni al legislador ni al intérprete.

4°. De esa forma, no cabe entonces entender que un extranjero puede tener un régimen distinto en materia de los derechos a no ser objeto de discriminación, a la defensa, al debido proceso ni ningún otro derecho fundamental, salvo que expresamente así se establezca en la propia constitución, lo cual, además, en caso de hacerse, deberá ser respetuoso del derecho internacional de los derechos humanos.

5°. Por otra parte, elementos como etnia, raza, nacionalidad, caracteres físicos, entre otros, son considerados como factores ilegítimos de diferencia de trato, creándose a partir de ellos estereotipos que sirven de base a conductas discriminatorias constitutivas, entre otros, de racismo y xenofobia. En este sentido debe también leerse el proyecto sometido a examen, pues todo enunciado normativo que gire en torno a tales consecuencias tiene un halo sospechoso de constituir una diferencia arbitraria de aquellas prohibidas en el numeral 2° del artículo 19 constitucional.

6°. Por otra parte, el artículo 19, numeral 7° de la Constitución asegura a “toda persona” 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, estableciendo así un derecho subjetivo y una reserva de ley sobre los requisitos del mismo.

7°. Partiendo de la obvia base que, como todo derecho fundamental, la libertad ambulatoria está dotada de contenido esencial amparado por el numeral 26° del mismo artículo y que es indisponible por el legislador, el derecho es entonces pre existente a la regulación del mismo y a las condiciones que el legislador fije, derivando entonces que la reserva de ley no puede degradar ni desconocer el contenido esencial de ese derecho estableciendo tributos, condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, y menos establecer potestades que permitan amagarlo de manera irresistible por vía administrativa y en déficit de fundamentación. De tal manera, la reserva de ley del derecho de ingreso al país, tránsito y residencia en el mismo solo podrá referirse a aspectos accidentales o formales del derecho de ingreso y permanencia en Chile, pues la esencia del mismo y sus aspectos de fondo son previos a la regulación y no son disponibles por el legislador, que no puede negar a un extranjero la garantía de un derecho discriminándolo por ser extranjero y que no puede establecer tributos, condiciones ni requisitos que impidan su libre ejercicio.

8°. En refuerzo de ello, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de derechos Humanos protegen los derechos humanos de los extranjeros, lo cual resulta obvio e impreterible, pues pertenecen sin duda al género humano y sus derechos humanos no pueden ser denegados por los Estados. En efecto, desde hace más de 30 años el derecho internacional es claro en orden a



que “Los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personales. Si son privados de su libertad con arreglo a derecho, deben ser tratados con humanidad y con el respeto a la dignidad inherente de su persona. Un extranjero no puede ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual. Los extranjeros tienen derecho a libertad de circulación y libre elección de residencia; y tienen libertad para salir del país. Los extranjeros deben gozar de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un procedimiento judicial. No puede aplicarse a los extranjeros legislación penal retroactiva y los extranjeros tienen derecho a que se les reconozca su personalidad jurídica. Los extranjeros no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio ni su correspondencia. Tienen derecho a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y derecho a expresar sus opiniones. Los extranjeros disfrutan del derecho de reunión pacífica y del derecho a asociarse libremente. Pueden contraer matrimonio, si tienen edad para ello. Sus hijos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere. En los casos en que los extranjeros constituyen una minoría, según se definen estas en el artículo 27¹, no se les denegará el derecho a que, junto con otros miembros de su grupo, disfruten de su propia vida cultural, profesen y practiquen su propia religión y empleen su propio idioma. Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos solo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto” (Comité de Derechos Humanos, observación general N° 15, 1986, sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 7.).

9°. Así, es indiscutible que en Chile todo extranjero tiene derecho a no ser discriminado, a defenderse, a un juicio con un debido proceso y a la revisión de los actos de la Administración del Estado que le afecten, todo ello en el marco de la tutela judicial efectiva. En efecto, tal aserto no es un invento ni un exceso hermenéutico de este sentenciador, ya que hace más de un lustro en sede de amparo la Corte de Apelaciones de Santiago declaró expresamente que “cabe recordar que el catálogo “de primera generación”, contemplado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, se proclama como asegurado “a todas las personas”, sin distinción alguna, de modo que el imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, en los términos a que alude el artículo 5° de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentran en el territorio de Chile. Ese deber de respeto y promoción adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, en la medida que ellos se encuentran en una indudable situación de vulnerabilidad, de momento que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio. En un contexto como el reseñado, existen ciertos derechos particularmente atingentes al caso y, entre ellos, por cierto, el derecho a la libertad personal, en todas sus dimensiones” (Caso rol 351-13 Corte de Apelaciones de Santiago, “Cuartel Borgoño”, cons. 3°, confirmada por la Corte Suprema en Rol N° 1651-2013).

¹ Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



10°. A su vez, este Tribunal ha reconocido expresamente el derecho humano a migrar, en sentencia rol N° 2273, que declaró inaplicables preceptos legales que contienen potestades amplias y en ocasiones discrecionales para decretar expulsión de extranjeros por la autoridad administrativa.

11°. Teniendo presente el derecho a migrar, derecho humano y derecho fundamental, no deja de ser paradójico que se sostenga en el requerimiento que el mismo se le reconoce las personas migrantes pero que los Estados serían libres de determinar a quién reciben, pues se habría descubierto algo paradójico y sin sentido: existiría un derecho fundamental sin prestación ni obligación correlativa por parte del destinatario, lo que implicaría negar su carácter de derecho subjetivo y por ende su carácter de derecho fundamental, dando además carta blanca a los Estados para discriminar, estableciendo en su derecho interno libremente las herramientas para ello, nada de lo cual se concilia con concebir al migrante como titular de derechos humanos específicos ni menos con un enfoque garantista de la ley migratoria.

12°. Debe tenerse además presente que gran parte de las personas que se encuentra a uno u otro lado de las fronteras en situaciones límites con la ley migratoria son en realidad víctimas de engaños, negocios irregulares y también de tráfico y trata de personas, en un universo de víctimas a las cuales el Estado les debe protección, garantías y restablecimiento de sus derechos, no siendo ajustado a derecho que los trate como delincuentes ni como infractores de ley utilizando la denegación de derechos fundamentales como herramienta. Así, es hoy un deber de los Estados asumir la regulación de los fenómenos migratorios en clave de derechos humanos, siendo impertinente, obsoleto y vulneratorio de derechos todo enfoque de criminalización de la migración, de xenofobia juridificada o de trato al migrante como un peligro o riesgo social.

13°. En ese contexto, vectores normativos o ideas matrices declaradas como obtener una “migración ordenada”, o invocar una pretendida necesidad de “ordenar la casa”, implica necesariamente presuponer bondad o reprochabilidad del ingreso al país de unos y otros extranjeros, según los caracteres del migrante y los hechos que rodean su proceso de llegada, lo cual es necesariamente una conclusión obtenida en base a estereotipos discriminatorios que presuponen diferenciar entre migración buena y mala y entre migrantes deseables e indeseables, abriendo la puerta a racismo y discriminación, en condiciones que al mismo tiempo se dice reconocer formalmente el derecho humano a migrar.

14°. Es en ese sentido que las potestades de negativa de ingreso y de expulsión de extranjeros han de obedecer a causales expresamente establecidas por ley, y que sean constitucionalmente admisibles en base a los estándares pre señalados, y por acto administrativo de ejecución debidamente fundamentado en hechos y derecho, lo cual además será revisable en sede judicial por las vías especiales que se establezcan en la legislación y también por las acciones constitucionales pertinentes, en el marco del derecho al proceso a defensa y a la tutela judicial efectiva de la libertad personal, en un contexto de no discriminación y de poder limitado.

15°. Así, el presente control de constitucionalidad no puede realizarse sin considerar la vasta jurisprudencia de habeas corpus de la Corte Suprema en materia de derechos de los migrantes en los últimos 10 años, en los cuales la acción de habeas corpus ha servido no solo como un control de legalidad formal de actos



administrativos, pues teniendo presente que la expulsión es una sanción y que la negativa al ingreso al país es una privación de un derecho fundamental, la sede de amparo ha determinado un examen de razonabilidad, proporcionalidad y motivación, entendido como un estricto control de plena jurisdicción, en relación además con el derecho a no ser discriminado, los derechos del niño y la protección constitucional de la familia, etc., declarando contrarias a derecho, en clave constitucional y de derechos humanos, diversas medidas particulares de expulsión cuando los hechos invocados no son de una entidad tal que justifique una salida forzada del país (ver por ejemplo, sentencias de amparo de la Corte Suprema Roles N°s 66.13, 400-13 y 6649-13, entre muchas otras), cuando las alegadas infracciones a la ley no han sido probadas en juicio (por ejemplo, sentencia rol N° 36.947 de la Corte Suprema) o cuando los delitos invocados fueron objeto de denuncias o querellas que posteriormente son desistidas (ejemplo, sentencia Rol N° 11.157-20 de la Corte Suprema), sin perjuicio de tener como estándar de juicio el interés superior del niño, el arraigo familiar y la protección de la familia (por ejemplo, sentencia rol 11.164-20 de la Corte Suprema). En la medida que todos esos estándares de garantía de derecho, contruidos desde la norma constitucional y desde el derecho internacional, no sean tenido en cuenta en las normas del presente proyecto sometido a control como elementos de juicio necesarios para el ejercicio de potestades limitativas de la libertad personal, se revela como dudoso el ajuste y armonía de las normas cuestionadas con los estándares constitucionales del artículo 5° en materia de derechos humanos y también con las garantías de defensa jurídica procesal y de la libertad personal de los numerales 3 °y 7° del artículo 19.

16°. En efecto, la Corte Suprema ha señalado que “...los integrantes del órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir la acción de amparo, no deben restringir su labor a un “control de mera legalidad de lo actuado en cuanto afecte la libertad personal y la seguridad individual”, como sucede en la especie (considerando 4°) del fallo de primer grado-, sino que además debe cerciorarse, a través de un adecuado análisis de mérito a los antecedentes del proceso, que lo actuado no sea fruto de la arbitrariedad del agente contra quien se dirige la acción constitucional.

Conforme a lo anterior, la acción de amparo tiene por contenido específico el requerimiento de tutela jurisdiccional frente a privaciones de libertad ambulatoria o amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio de dicha libertad o privaciones, perturbaciones o amenazas a la seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de tales atentados (Tavolari R. Habeas Corpus. Recurso de Amparo. Stgo., Ed. Jdca., 1995, p. 106).

Así las cosas, el órgano jurisdiccional al resolver la acción de amparo, debe cerciorarse que el acto impugnado, amén de provenir de una autoridad competente que actúe dentro del marco de sus atribuciones y en un caso previsto por la ley, no sea fruto de la arbitrariedad, lo que trae aparejado para los jueces el deber de verificar su razonabilidad, proporcionalidad y motivación, sin que esto suponga ignorar el margen de discrecionalidad que en precisos supuestos legales -y cumplidos los estándares recién mencionados- poseen determinadas autoridades, para decidir a la luz de los antecedentes, si ejercen o no la facultad concedida por la ley -en el presente caso, la expulsión del amparado-” (Corte Suprema, sentencia Rol N° 6649-13, cons.4).



17°. En referencia a privaciones de libertad para hacer efectivas expulsiones de extranjeros, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que “es evidente que cualquier medida que comprometa la libertad personal ha de ser de carácter excepcional, desde que importa la afectación de un derecho fundamental. Ahora bien, tal excepcionalidad se incrementa todavía más cuando se trata de detenciones de esta índole, que no están visadas por autoridad judicial alguna. Por lo mismo, han de sujetarse al tiempo mínimamente posible, sin que – en caso alguno - puedan extenderse más allá de los límites que la propia ley ha indicado, esto es, las mencionadas 24 horas. De no entenderse así, carecerían de sentido y de eficacia los mecanismos protectores del derecho fundamental” (Caso rol 351-13 Corte de Apelaciones de Santiago, “Cuartel Borgoño”, cons. 9°, confirmada por la Corte Suprema en Rol N° 1651-2013).

18°. Es decir, el control de juridicidad de medidas expulsivas o de denegatorias de ingreso migratorias no se verifica solamente a partir de un examen de mera legalidad formal, sino de plena jurisdicción y desde la Constitución Política, porque el ejercicio de las potestades establecidas por la ley ha de ser conforme a la misma, pues la ley migratoria no puede interpretarse aislada de ella ni menos dissociada de los derechos fundamentales involucrados.

19°. En este sentido, más allá de ser calificadas como potestades discrecionales, las mismas resultan inconstitucionales al referirse a limitación de derechos fundamentales sin que su contenido esté dotado de una especificidad y determinación pre existente, objetiva y que sea reconocible en la ley, que es la norma idónea para limitar el derecho, solo por causales específicas y determinadas, deviniendo entonces en inconstitucional la norma que establece potestades de esos caracteres en materia de libertad personal.

20°. Así, no bastando la mera legalidad formal para justificar una medida de prohibición de ingreso o de expulsión que es en sí una limitación de derechos, debe notarse que arbitrariedad e ilegalidad son hipótesis de antijuridicidad diferentes y así un acto puede ser apegado a la ley en lo formal, pero a la vez puede ser arbitrario y por ende antijurídico. En ese sentido, si las limitaciones a derecho son materia de ley y la constitución prohíbe la arbitrariedad, las normas devienen en inconstitucionales.

21°. Desde esta perspectiva, debe tenerse presente que la falta de fundamentación de una decisión de cualquier autoridad, o bien la fundamentación aparente o incompleta, deja en la indefensión al que debe soportarla, pues no tiene como saber qué es lo que razonó ni lo que tuvo en cuenta la autoridad para decretar una negativa, de manera tal que no tiene como saber qué es lo que debe controvertir ni discutir para poder defender sus derechos.

22°. Se está así en presencia de un acto de autoridad sin fundamentación completa y suficiente, la cual debiera estar forzosamente compuesta de:

- consideraciones de derecho,
- consideraciones de hecho y
- elementos particulares de juicio explícitamente ponderados,



23°. A falta de dicha fundamentación completa y suficiente se está en presencia de una decisión arbitraria, pues, o bien no tiene fundamentos, o bien no declara sus fundamentos reales, o bien responde a fundamentos aparentes y formales que no se conectan con el caso, o bien responde a fundamentos ocultos intencionadamente para que el afectado no los conozca, y en este caso todas esas hipótesis se traduce en una consecuencia de atentado a la garantía constitucional de la libertad personal, en grado de privación. Es en este sentido que el actuar de los funcionarios de extranjería en frontera y el estándar de motivación que el proyecto establece para las normas cuestionadas en materia de expulsiones y denegatorias de ingreso resulta insuficiente, y por ende inconstitucional.

24°. Por otra parte, la fundamentación puede existir y expresarse, mas a pesar de ello la existencia de motivos ocultos o la falta de ponderación de antecedentes de hecho deviene en que un acto es igualmente arbitrario, a pesar de tener una aparentemente completa fundamentación y a pesar de ser formalmente ajustado a derecho. En nuestro medio, está asentado hace ya décadas que un “acto que es lícito por no contrariar norma legal alguna, puede no obstante ser arbitrario”², al carecer de fundamento o ser desproporcionado en relación al fin que persigue, lo cual lo hace devenir en ilícito. A su vez, la Corte Suprema ha señalado hace más de 30 años que acto arbitrario puede ser “aquel que no es proporcionado, no es justo o equilibrado, en el que se respeta en forma aparente la ley, pero existe una desviación del fin que justifica el precepto legal”³.

25°. En cuanto a lo que será la eficacia de la ley, el habeas corpus en la actualidad es y seguirá siendo el principal medio de control jurisdiccional de medidas administrativas en materia migratoria, y no debe preterirse que su mayor uso es hoy como control de arbitrariedad, frente a actos que están dotados de una legalidad formal al tener ley habilitante y ser emitidos por autoridad competente, pero que son inconstitucionales por no tener fundamentación suficiente, por no ser proporcionadas las medidas adoptadas a los hechos que las motivan, lo que forzosamente debe tenerse presente a la luz de las potestades de expulsión y prohibición de ingreso en las normas cuestionadas del proyecto de ley. En este sentido cabe tener presente, entre cientos, los siguientes casos:

- Carlos Andrés Marín Angarita (y otros) contra Jefatura Nacional de Extranjería, Policía Investigaciones de Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de marzo de 2013 (recurso de amparo), Rol N° 351-2013.

- Luis Loyola Pérez contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Policía de Investigaciones de Chile (2013): Corte de Suprema, 9 de enero de 2013 (apelación recurso amparo), Rol N° 66-2013.

- Jorge Botero Valdés contra Intendencia Región Metropolitana, Policía de Investigaciones de Chile (2013): Corte Suprema, 16 de abril de 2013 (apelación recurso de amparo), Rol N° 2314-13.

² PFEFFER, Emilio (2000) “Naturaleza, características y fines del recurso de protección”. En Nogueira, Humberto (edit.). Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina. Talca: Editorial Universidad de Talca, pp. 147-158, 153.

³ Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de junio de 1988, rol N° 7098, considerando 8°. Confirmada por la C.S., 6 de julio de 1988, rol N° 12.743



- Jorge Botero Valdés contra Intendencia Región Metropolitana, Policía de Investigaciones de Chile (2013): Corte Suprema, 16 de abril de 2013 (apelación recurso de amparo), Rol N° 2314-13.

- José Javier Solís Bazán contra Intendencia de Tarapacá y Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional de Policía Investigaciones de Chile (2013): Corte Suprema, 3 de septiembre de 2013 (apelación recurso amparo), Rol N° 6366-2013.

26°. Así, de lo expuesto aparece como consecuencia lógica que más allá del cambio normativo que el proyecto introduce en términos macro, la pervivencia de facultades fundadas en causales abiertas y/o discrecionales para decidir en sede administrativa y sumariamente si se deniega el ingreso a un extranjero o si se le expulsa del territorio nacional tendrá evidentemente el mismo derrotero jurisprudencial, pues la norma constitucional de garantía de la libertad personal y la acción de habeas corpus no han sido modificadas por el proyecto de ley en cuestión, y no podría ser de otra forma.

27°. Por otra parte, en lo referido al derecho a la seguridad social, la normativa constitucional dispone que se asegura a todas los “habitantes” tal derecho, correspondiendo al legislador asegurar el acceso a prestaciones “básicas y uniformes”. En ese sentido, el proyecto exige que para quedarse y habitar en Chile el migrante no puede tener estatuto de turista, a lo cual debe agregarse que el ser o no habitante es una cuestión de hecho, entendida como el hecho de habitar, sin que la ley pueda ser tan contrafactual y poderosa de borrar o denegar el hecho de que un ser humano habite un lugar, que en este caso ha de estar dentro del territorio de la República. Desde esa perspectiva, no debe confundirse el hecho de habitar con el estatuto jurídico de regularización de un estatuto migratorio, pues ello implicaría confundir hechos con derecho y además determinar el alcance de la Constitución en función de lo que el legislador quiera al legislar, lo cual es someter la norma constitucional a lo dispuesto por la ley, en una evidente y anómala inversión y perversión del paradigma de supremacía constitucional, cuestión que también debe tenerse presente a propósito del avecindamiento de 5 años para acceder al derecho a sufragio por el extranjero y el conteo de tal plazo.

28°. A su vez, la Constitución no establece la diferencia entre prestaciones contributivas y no contributivas, sino que solo dispone el acceso a prestaciones “uniformes”, rasgo significa que debe cubrir a todos aquellos que se encuentren en similar estado de necesidad social.

29°. De igual manera, en la medida que la seguridad social deriva en gran parte de la protección constitucional del trabajo, no puede sostenerse que el mismo trabajo de dos seres humanos sea diferentemente digno. En efecto, el numeral 16° del artículo 19 de la Constitución habilita al legislador a exigir nacionalidad chilena para ciertos trabajos, pero no permite una degradación de la protección constitucional del mismo trabajo para los extranjeros. No debe olvidarse que es en contextos de condiciones ilegales de trabajo y en informalidad cuando más se vulnera la dignidad y derechos del trabajador.

30°. Es por lo expuesto que para este sentenciador resulta inconstitucional la distinción de trato y acceso entre nacionales y extranjeros para prestaciones de seguridad social.



31°. Por otra parte, cabe tener presente que el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”, estableciendo así un derecho humano diferente de la inviolabilidad del hogar y del derecho de propiedad sobre el suelo en el que se sitúe la vivienda, derechos de primera generación que no deben ser confundidos con el derecho social a la vivienda.

32°. En este sentido, una norma puede ser inconstitucional por entrar en contradicción directa o indirecta con otra de rango constitucional o bien por ser su estándar de densidad normativa y de garantía insuficiente frente a la garantía de un derecho fundamental, en incumplimiento de un imperativo normativo-garantista o de acciones específicas. En este sentido, el reconocimiento amplio de derechos fundamentales y el recogimiento de los derechos humanos derivados de tratados internacionales que se configuran en el artículo 5° de la Constitución vigente obligan al Estado Chileno a dar amparo y garantía legislativa al conjunto de derechos del artículo 11 citado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, llama la atención que la norma del artículo 18 se limite a garantizar igualdad de acceso solo a la vivienda propia, dejando fuera de tal garantía de igualdad todas las formas de acceso a la vivienda no propia que permiten todas las otras formas de satisfacción del derecho humano a la vivienda digna. En este sentido, la palabra “propia” es lo que determina tal déficit, que al consignarse en una norma específica para extranjeros es además una diferencia de trato que deviene en la arbitrariedad de trato que prohíbe el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución.

Redactaron la sentencia los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, y los votos particulares, sus respectivos autores.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9930-20-CPT

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Se certifica que el Ministro señor Nelson Pozo Silva concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en



dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.