

## Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: examen de compatibilidad con los estándares internacionales<sup>1</sup>

*Constitutional Court and Chilean Migration Act: compatibility with international standards*

**Regina Ingrid Díaz Tolosa**

ridiaz@uc.cl

Doctora en Derecho, Magíster en Ciencia Jurídica y Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Académica y Directora del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho y Comunicación Social, Universidad Bernardo O'Higgins.

**Resumen:** El Tribunal Constitucional dictó dos sentencias en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Decreto Ley n° 1.094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile, el 4 de julio y el 10 de septiembre de 2013. Nacionales haitianos ingresaron al país con visa temporal de trabajo, pero ésta con posterioridad les fue revocada por estimarse que los contratos de trabajo invocados eran falsos. De los argumentos vertidos, tanto en el voto de mayoría como en los votos de prevención, es posible colegir la urgente necesidad de una nueva Ley de Migración y Extranjería, pues la norma actualmente vigente no sólo es preconstitucional y contraría varios preceptos de la Constitución, sino también vulnera el estándar internacional en materia de protección de derechos de las personas migrantes.

**Palabras clave:** extranjeros – migración – estándares internacionales – Tribunal Constitucional

**Abstract:** *The Constitutional Court issued two judgments on requests of inapplicability by unconstitutional of Decree Law n° 1.094, rules on foreigners in Chile, July 4 and September 10, 2013. Haitians entered to the country on a temporary work visa, but it was revoked on the basis that the work contracts were false. The arguments of both the majority vote and the separate opinions let us deduce the urgent need for a new Migration Act, as currently applicable Act is contrary to several provisions of the Constitution and also violates international standard for the protection of human rights of migrants.*

**Key words:** *foreigners – migration – international standards – Constitutional Court*

---

<sup>1</sup> Comentario jurisprudencial enviado el 02.10.2015 y aceptado el 13.12.2015.

## 1. Introducción

---

La migración es un fenómeno global que desde la Antigüedad ha generado la necesidad de crear normas que regulen el actuar y los derechos y deberes que se reconocen a determinadas personas que por el hecho de salir de su lugar de origen suelen denominarse como aquellos pertenecientes a la categoría de *migrantes*.

Los migrantes son ante todo personas y gozan de la dignidad inherente de todo ser humano, por tanto, no es posible realizar distinciones a su respecto de ningún tipo, y en especial en virtud de su origen, nacionalidad o raza. Sin embargo, esta igualdad prevalente entre nacionales y extranjeros en consideración de su esencia humana no es óbice para el reconocimiento de principios generales del derecho internacional clásico, como el de soberanía estatal.

Así, cada Estado, en virtud del ejercicio de su soberanía, es el encargado de determinar en su derecho interno las condiciones bajo las cuales es autorizado el ingreso y permanencia dentro de sus fronteras de quienes no son sus nacionales. No obstante, es preciso destacar que esta discrecionalidad del Estado de recibir está sujeta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual posee criterios sustanciales que enmarcan la facultad de los Estados para rechazar el ingreso de determinados extranjeros y para no otorgar el visado correspondiente de manera excepcional. Estos criterios y sus principales fuentes son revisados por el Tribunal Constitucional en dos sentencias dictadas el año 2013 a propósito de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del Decreto Ley n° 1.094 de 1975 que establece normas sobre extranjeros en Chile.<sup>2</sup> A propósito de sus consideraciones, realizamos un examen de la adecuación del ordenamiento jurídico chileno a los estándares internacionales sobre protección de los derechos de las personas migrantes.

Actualmente, la normativa chilena sobre migración no se encuentra en armonía con los estándares internacionales. Chile como miembro activo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, a nivel universal (Organización de las Naciones Unidas) y regional (Organización de Estados Americanos), se ha comprometido a la implementación de mecanismos de salvaguarda a estos derechos, por lo que es imperioso y urgente la actualización de nuestra arcaica legislación sobre migración.

En consecuencia, si bien las normas sobre migración en el ordenamiento jurídico chileno no se ajustan a los cánones básicos exigidos para garantizar un mínimo de salvaguarda a los derechos de los migrantes, la existencia y desarrollo de este fenómeno social nos obliga a crear una normativa base que facilite la construcción de políticas que tiendan no sólo a la libre circulación de personas, sino al respeto de su dignidad por sobre cualquier otra consideración.

---

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, 4 de julio de 2013, rol n° 2273-12; Tribunal Constitucional, *Fortilus respecto Decreto Ley n° 1.094*, 10 de septiembre de 2013, rol n° 2257-12.

En esta tarea se ha de considerar el plexo normativo desarrollado en el ámbito internacional y procurar la implementación de una normativa nacional que se adecúe a este.

A continuación, comentamos las sentencias del Tribunal Constitucional, ya aludidas. Primero, se sintetizan los hechos y argumentos de las partes; luego, se presentan las principales consideraciones jurídicas realizadas por el voto de mayoría y los argumentos de los votos separados de los jueces; finalmente, se examina la adecuación de la normativa chilena a los estándares internacionales en relación a tres aspectos que han sido considerados en estas sentencias: el fundamento de la ley migratoria, el reconocimiento del derecho a inmigrar, y la discrecionalidad del Ministerio del Interior para restringir el ejercicio de este derecho.

## **2. Los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Decreto Ley n° 1.094 de 1975, que establece normas sobre los extranjeros en Chile**

---

Nacionales haitianos habían ingresado al país con visa temporal de trabajo, pero ésta con posterioridad les fue revocada por estimarse que los contratos de trabajo invocados eran falsos. Así, por resolución exenta se les ordenó que abandonaran el país, en virtud del artículo 67 en relación al 64 n° 2 del Decreto Ley n° 1.094 de 1975.<sup>3</sup>

Los afectados interpusieron recurso de protección para impugnar la orden de abandono, y luego presentaron requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional del Decreto Ley n° 1.094 de 1975, ante el Tribunal Constitucional.

A juicio de los requirentes, las disposiciones del Decreto Ley n° 1.094 de 1975 que permitieron a la autoridad administrativa ordenar su abandono del país, contravienen diversos derechos asegurados por la Constitución Política, tales como la igualdad ante la ley, el principio de inocencia, el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, y el debido proceso. Se vulneraría la igualdad ante la ley, en tanto si la Dirección del Trabajo declara falso el contrato de trabajo de un chileno, a este no se lo expulsa del país, en cambio, al migrante, sí. Luego, la desigualdad se agrava porque los extranjeros, a diferencia de los chilenos, no tienen posibilidad alguna de descargo frente a las actuaciones de la Administración. Además, el artículo 13 inciso primero del Decreto Ley objetado, al establecer atribuciones discrecionales del Ministerio del Interior para el otorgamiento y prórroga de visas, atendiendo a la utilidad o conveniencia

---

<sup>3</sup> Artículo 64: “Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios: N° 2.- Los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visas y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas”.

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

que reporte al país su concesión, posibilita la confusión entre discrecionalidad y arbitrariedad, al facultar a la autoridad para hacer discriminaciones entre chilenos y extranjeros. Por su parte, se vulneraría el principio de inocencia, principio del derecho penal que resulta aplicable en el derecho administrativo sancionador, al ser el extranjero sancionado con el abandono del país, sin que exista una condena producto de un proceso previo, racional y justo, en el que pueda efectuar sus descargos. Además, no es un órgano jurisdiccional el que condena al abandono del país, ni el que califica la veracidad de los contratos de trabajo.

El Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública formuló observaciones al requerimiento. Así, afirmó que tanto la Constitución como los tratados internacionales permiten establecer diferencias entre chilenos y extranjeros, partiendo de la base de que se trata de personas que se encuentran en situaciones distintas. Es por ello que ambas normativas facultan a los Estados para establecer requisitos especiales para el ingreso y permanencia de los extranjeros. Luego, respecto de la orden de abandono del país, destaca que la Ley N° 19.880 faculta a la autoridad administrativa para que realice los actos necesarios para comprobar los datos en virtud de los cuales debe pronunciar la orden, y es a Policía de Investigaciones a quien corresponde determinar acerca de si el antecedente es o no falso.

En el caso del Sr. Alerte, el Tribunal acogió parcialmente el requerimiento; sólo respecto del inciso primero del artículo 13 del Decreto Ley en revisión<sup>4</sup>, por producir efectos inconstitucionales en el caso concreto y vulnerar el artículo 19, N°s 2°, 3° y 7°, de la Constitución Política. Sin embargo, ello no tuvo incidencia alguna en el fallo del recurso de protección, pues la acción cautelar fue rechazada tanto en primera<sup>5</sup> como en segunda instancia<sup>6</sup>, aunque con disidencias. En el caso de la Sra. Fortilus, todas las solicitudes fueron rechazadas.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Artículo 13: “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones”.

<sup>5</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, *Alerte con Ubilla y otro*, 25 de septiembre de 2013, rol n° 21.751-2012, por haberse presentado el recurso de manera extemporánea.

<sup>6</sup> Corte Suprema, *Alerte con Ubilla y otro*, 5 de noviembre de 2013, rol N° 10.608-2013.

<sup>7</sup> *Vid.* Corte de Apelaciones de Santiago, *Fortilus con Ministerio del Interior y Seguridad Pública y otros*, 13 de junio de 2012, rol n° 6118-2012, y Corte Suprema, *Fortilus con Ministerio del Interior y Seguridad Pública y otros*, 27 de noviembre de 2013, rol n° 12.841-2013.

Es preciso considerar que la situación de hecho de la requirente varió mientras se tramitaban las solicitudes, pues con fecha 22 de agosto de 2012 se le otorgó visa temporaria por embarazo por el plazo de un año, mediante Resolución Exenta n° 87.375, la cual deja sin efecto la Resolución Exenta n° 53.066 de 12 de julio de 2011, la cual rechazaba su solicitud de visa y disponía su abandono del país en el plazo de 15 días. El otorgamiento de esta visa la autoriza para solicitar cédula de identidad para extranjeros y para inscribir a su hijo como chileno en el Registro Civil por nacer en territorio nacional. *Vid.* Oficio n° 22.035 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública al Presidente del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de 20 de diciembre de 2012, en el cual evacúa requerimiento del Tribunal Constitucional de informar acerca de la condición jurídica de la Sra. Sonia Fortilus, decretado como medida para mejor resolver. Estas circunstancias fueron especialmente consideradas por los magistrados Sra. Peña y Sr. Hernández para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad.

### 3. Consideraciones jurídicas realizadas por el Tribunal

---

#### 3.1. El voto de mayoría

La parte considerativa del fallo se concentra en la potestad discrecional del Ministerio del Interior para rechazar el otorgamiento de visados a los extranjeros que ingresen al país y su presunta vulneración a la igualdad ante la ley. Esta facultad discrecional debe ser ejercida atendido tres criterios: la conveniencia que reporte al país su otorgamiento, su utilidad y la reciprocidad internacional. Adicionalmente, debe concurrir un requisito formal cual es un informe previo de Investigaciones.

El Tribunal observa que se trata de una amplia discrecionalidad, en la cual podrían ampararse eventualmente las autoridades de turno cuyas actuaciones causaren vulneración de derechos. Por cierto, es una norma preconstitucional basada en el criterio de la seguridad nacional por el contexto histórico que se vivía al momento de su dictación, esto es 1975. Sin embargo, hoy el rechazo de ingreso o el no otorgamiento de visado debiera ser excepcional, ya que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la propia Constitución imponen límites a la potestad de la policía de seguridad del Ministerio del Interior. La migración no es un fenómeno nuevo, pero ahora se caracteriza por la tendencia a una regulación acorde con un mínimo coherente con la dignidad humana, lo cual se ha denominado comúnmente como un “*enfoque de derechos humanos*”.

En base a normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>8</sup>, el Tribunal afirma la existencia del derecho que tiene toda persona de emigrar de su país, el cual no trae aparejado – como se pudiera suponer– un derecho a ser recibido; la inmigración no se encuentra consagrada en normas internacionales como un derecho subjetivo de los extranjeros. Sin embargo, las restricciones de ingreso previstas en las legislaciones nacionales, conforme a normas internacionales, han de fundarse en la necesidad de prevención de infracciones penales, o en la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros.<sup>9</sup>

Luego, precisa límites establecidos en los tratados internacionales para el ejercicio de la potestad administrativa de admisión de los extranjeros: a) No puede restringirse la admisión si se invoca un derecho de asilo<sup>10</sup> o cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de

---

<sup>8</sup> Alude al artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), pár. 5° de la Observación General n° 15 (1986) y Observación General n° 27 (1999) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>9</sup> Artículos 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 22.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>10</sup> Artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y artículo 27.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia.<sup>11</sup> b) Ahora, una vez que se les permite a los extranjeros entrar en el territorio de un Estado tienen todos los derechos como si fuera un nacional<sup>12</sup>. Además se ha de considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines de la protección de su derecho de circulación y residencia.<sup>13</sup> c) Luego, de aplicarse medidas restrictivas, deben ajustarse al principio de proporcionalidad, es decir, deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora, ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.<sup>14</sup> d) Finalmente, los procedimientos de expulsión deben garantizar una tutela judicial efectiva y un debido proceso.

Por otra parte, en la Constitución chilena se reconoce una admisión general de los extranjeros, pues los titulares de los derechos fundamentales son las personas, sin distinguir genéricamente entre extranjeros y chilenos<sup>15</sup>, lo cual se ve reforzado por la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, pues si bien es posible realizar ciertas distinciones, ello requiere una expresa habilitación constitucional.<sup>16</sup> A mayor abundamiento, en lo que respecta en específico a la libertad de locomoción y derecho de residencia, en el artículo 7 letra a) de la Carta Fundamental se consagra sin distinciones y existe un mandato genérico de regulación normativa para el ejercicio del derecho y no para su impedimento o prohibición, por tanto se establece una regla de admisión general de extranjeros, lo que implica que en Chile el derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración.

Por consiguiente, el Tribunal cuestiona que el artículo 13 inciso 1° del Decreto Ley en revisión señale como factores determinantes para decidir otorgar o rechazar un visado o una residencia, la “utilidad” y la “conveniencia” que reporte para el país. Al respecto, se debiera entender que la “conveniencia” y la “utilidad” que hay que tomar en cuenta es la del individuo solicitante del visado, pues no puede ser la del Estado ni la de la sociedad. Por una parte, las finalidades del Estado se enmarcan en el desarrollo de la persona humana artículo 1° inciso 4° de la Constitución dispone que “*el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común*”; por otra, los miembros de la sociedad bajo la convicción de que los extranjeros “*aún no son sujetos de derechos*” (dada una posición jurídica incierta por la falta de regularización de su permanencia o por la debilidad de sus títulos de estadía) pueden abusar de sus condiciones de vida y de trabajo y practicar una discriminación múltiple (por ser extranjero, por su idioma, por su sexo o por su raza). Por tanto, interpretar que se trata de una conveniencia y utilidad puramente estatal o social, constituye una vulneración al artículo 1°, inciso cuarto, de la

<sup>11</sup> Observación General N° 15 (1986) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, párr. 5.

<sup>12</sup> Observación General N° 15 (1986) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, párr. 6; artículo 2 en relación con los artículos 12, 13 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>13</sup> Observación General N° 27 (1999) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, párr. 4.

<sup>14</sup> Observación General N° 27 (1999), párrs. 13 y 14.

<sup>15</sup> Conforme al epígrafe del artículo 19 de la Constitución: “*La Constitución asegura a todas las personas*”.

<sup>16</sup> Si el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución indica que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, es necesaria una argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos.

Constitución en relación con el artículo 19 N° 2 de la misma en cuanto prohíbe el “*establecer diferencias arbitrarias*”.

Por otra parte, en cuanto al informe previo y favorable de Policía de Investigaciones – autoridad técnica reconocida en materia de extranjería– como elemento esencial que determina el otorgamiento de visados, afirma que se ha transformado en vinculante para las autoridades políticas del Ministerio del Interior y basta su sola concurrencia para acreditar la naturaleza de los hechos. Este informe es un acto administrativo peculiar en tanto es un dictamen (por su naturaleza técnica) desfavorable (determina un gravamen para el afectado), de trámite (se inserta en un proceso administrativo que continúa y concluye con otros actos finales, pero que materialmente se encuentra determinado por este informe), constitutivo (configura la calidad de residente temporal o definitivo, innovando en el estatuto personal previo), de efectos particulares, firme y no recurrible. Luego, todos los controles posteriores sobre los actos formales terminales carecen de eficacia frente a la inimpugnabilidad técnica del acto trámite que les sirve de sustento, el que ni la Contraloría General de la República puede revisar, ya que importaría un análisis del mérito del informe. Así el carácter técnico del informe se transforma en un precedente vinculante que configura la decisión del Ministerio del Interior que no puede ser desvirtuada. En tal sentido, hay una vulneración en la “*igual protección de los derechos*” que le otorga la Constitución a toda persona, según lo dispone el artículo 19 N° 3 del citado cuerpo normativo.

Finalmente, el Tribunal destaca la necesidad de establecer hoy reglas tasadas para disponer el rechazo de un visado en el país, reglas que se han de configurar por el nuevo estándar que se deriva de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional. Así, no se podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N° 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona.

### 3.2. Votos separados de los ministros

Respecto de la facultad del Ministerio del Interior para revocar las visas a quienes hayan invocado contratos de trabajo falso, los ministros en sus votos separados sostienen otros argumentos para acoger o rechazar la solicitud de los requirentes en su totalidad.

Así, para acoger la inconstitucionalidad, también de los artículos 64 n° 2 y 67 del Decreto Ley en revisión, algunos ministros indicaron que estos constituyen un ejercicio consecencial de la potestad discrecional del Ministerio del Interior en su facultad de rechazar los visados, por tanto si el artículo 13 inciso primero es inconstitucional, también lo son el resto de las disposiciones impugnadas.<sup>17</sup> Luego, criticaron el informe evacuado por la Policía de Investigaciones de Chile, indicando que no puede constituir un fundamento suficiente para una medida tan grave como es la revocación de la visa de residente sujeto a contrato de trabajo y la consiguiente expulsión del país, sin afectar derechos fundamentales como la exigencia de una investigación y un procedimiento racional y justo, consagrado en el numeral 3°, inciso sexto, del artículo 19 de la Carta Fundamental.<sup>18</sup>

Para rechazar el requerimiento en su totalidad, algunos ministros destacaron que en el orden administrativo es aplicable el principio de paralelismo, en cuanto el mismo órgano competente para otorgar las visaciones es quien debe revocarlas.<sup>19</sup> Luego, que se permita la revocación de las visas por haber el extranjero obtenido su permiso de ingreso invocando información falsa, es una aplicación del principio general consistente en que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerando 1° del voto de prevención de los ministros Srs. Vodanovic, Carmona y García.

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerandos 8° del voto de prevención de la ministra Sra. Peña, agrega que muchos nacionales se aprovechan de los extranjeros que migran a Chile buscando mejores condiciones de vida y los engañan con falsos contratos de trabajo. Así, si el extranjero afectado no ha tenido oportunidad de desvirtuar lo informado por la Policía de Investigaciones, por ejemplo, acreditando que fue objeto de un engaño, puede estarse cumpliendo cabalmente la ley, pero no caben dudas que se está vulnerando flagrantemente la Constitución en lo que a una adecuada defensa se refiere. Luego, los ministros Srs. Vodanovic, Carmona y García, *idem.*, considerando 2°, también estiman que esta situación afecta el derecho al debido proceso del ciudadano extranjero requirente en este proceso constitucional.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerando 5° del voto de rechazo de los ministros Srs. Venegas y Aróstica. Estamos de acuerdo con esta afirmación, pero ello no implica que el órgano haga ejercicio de su potestad discrecional sin consideración de los límites materiales contenidos en las normas internacionales de protección de las personas migrantes.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerando 7°. Estamos de acuerdo, sin embargo, no debemos olvidar que la mala fe no se presume, sino debe comprobarse judicialmente.



## 4. Examen de la adecuación de la normativa chilena a los estándares internacionales

---

### 4.1. El enfoque de la ley migratoria: seguridad nacional vs. derechos humanos

El Decreto Ley N° 1.094 de 1975 no se encuentra acorde a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de los migrantes, y ni siquiera con la propia Constitución del Estado, en tanto se trata de una norma preconstitucional creada bajo un paradigma de seguridad nacional, la cual incluso incorpora disposiciones promulgadas en la primera mitad del siglo XX, tales como la Ley de residencia de 1918 (Ley n° 3.446 que impide la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables) y el Reglamento de pasaportes de 1937 (Decreto n° 315).<sup>21</sup>

Así, un punto a destacar de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es el reconocimiento del derecho internacional como límite material de las actuaciones de la administración, aunque es curioso que los fallos no citaran la norma convencional específica en la materia, cual es la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* de 1990<sup>22</sup>, concentrando su análisis principalmente en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

El fenómeno migratorio como tema de preocupación y de trabajo de las organizaciones internacionales se ha analizado ya por varios años de manera periódica, *v.g.* las Naciones Unidas conforma un Grupo de Expertos el año 1997<sup>23</sup> y luego una Relatoría Especial a partir del año 1999<sup>24</sup>. Por otra parte, los órganos que supervigilan el cumplimiento de tratados internacionales, han interpretado el contenido y alcance de ciertos derechos fundamentales especialmente vulnerados en el caso de los migrantes, *v.g.* Comité de Derechos Humanos, respecto del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Observación General n° 15 sobre

---

<sup>21</sup> Cfr. Francisco José Dellacasa Aldunate y José María Hurtado Fernández, *Derecho Migratorio Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 22-41.

<sup>22</sup> La cual ha sido ratificada por Chile el 21 marzo 2005 y puesta en vigencia interna con su publicación en el Diario Oficial el 8 junio 2005, *Vid.* Base de datos de las Naciones Unidas sobre estado de ratificación de los tratados internacionales, *Treaty Collection, Status of Treaties*, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-13&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en) (consulta el 20 de junio del 2016).

<sup>23</sup> Por resolución 1997/15 de la Comisión de Derechos Humanos, del 3 de abril de 1997.

<sup>24</sup> En su Segundo informe, E/CN.4/1999/80, 9 marzo 1999, pár. 124, el Grupo de expertos, recomienda la creación de una relatoría especial como mecanismo de vigilancia del respeto de los derechos de los migrantes a escala internacional, recomendación que es acogida por la Comisión de Derechos Humanos por resolución 1999/44, del 27 de abril de 1999, al nombrar a la Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro (Costa Rica), como relatora especial por un período de 3 años a fin de que examine los medios para superar los obstáculos a la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes, mandato que fue prorrogado por otros tres años en 2002 por resolución 2002/62. Luego se renueva su mandato en 2005, por resolución 2005/47, de 19 de abril, pero la relatoría queda en definitiva a cargo del Sr Jorge Bustamante (México). El año 2006 deja de funcionar la Comisión de Derechos Humanos, y el Consejo de Derechos Humanos –el cual asume sus funciones- confirma al relator, además de prorrogar el encargo por resolución 8/10 de 10 de junio de 2008. Finalmente, el Consejo por resolución 17/12, de 17 de junio de 2011, nombra como relator especial al Sr. François Crépeau (Canadá), cuyo mandato hoy se encuentra vigente por prórroga de resolución 26/19, de 11 de julio de 2014.

situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, n° 18 sobre no discriminación, n° 27 sobre libertad de circulación; Comité de los Derechos de los Niños, respecto de la *Convención sobre Derechos del Niño*, Observación General n° 6 sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, respecto de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, con dos observaciones generales a la fecha.<sup>25</sup> En lo que respecta al ámbito americano, es pertinente enfatizar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro de su competencia para promover y vigilar la situación de los derechos humanos en los Estados parte de la Organización de Estados Americanos, ha establecido relatores especiales en relación a grupos específicos de personas, entre ellos los migrantes.<sup>26</sup> Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado varios casos contenciosos relacionados con derechos de las personas migrantes y dictado opiniones consultivas referentes a la materia.<sup>27</sup>

Chile forma parte de la comunidad internacional y de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos al ser Estado miembro de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos, y por el haber firmado, ratificado y puesto en vigencia fundamentales instrumentos internacionales multilaterales de aplicación general, los cuales ponen de manifiesto la preocupación por el respeto de la dignidad humana.<sup>28</sup> Por tanto, Chile es un Estado parte de una comunidad que ha venido trabajando en el ámbito internacional por el respeto de los derechos de las personas y de su dignidad inherente, en base al *ius cogens*, el derecho consuetudinario internacional y el derecho convencional internacional, sistema de protección coadyuvante y complementario del derecho interno de los Estados.<sup>29</sup> Siendo así las cosas, el Estado no podría sustraerse de las normas convencionales y consuetudinarias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluyendo las recomendaciones realizadas por los relatores especiales, de las resoluciones de la Asamblea General, o de las observaciones

<sup>25</sup> Cfr. Carmen Gloria Pérez Villar, “Migraciones. Evolución de la jurisprudencia internacional”, *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) LXXXI (233-234) (2013), 76.

<sup>26</sup> En 1996, en respuesta a la grave situación que enfrentaban los desplazados internos y los trabajadores migrantes y sus familias en diversos países del continente, se creó la Relatoría sobre Desplazados Internos y la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. Luego, en 2012, se modificó el mandato de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, con el propósito de dar respuesta a la multiplicidad de desafíos que plantea la movilidad humana en la región, recibiendo la nueva denominación de Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes. Cfr. Sitio web de la Organización de los Estados Americanos, <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/> (consulta 20 de junio del 2016).

<sup>27</sup> Vid. v.g. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 23 noviembre 2010, serie C n° 218; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 octubre 2012, serie C n° 251; *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, 25 noviembre 2013, serie C n° 272; *Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 septiembre 2003, serie A n° 18; *Opinión Consultiva sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, serie A n° 21.

<sup>28</sup> Vid. Leonir Mario Chiarello, coord., *Las políticas públicas sobre migraciones y la sociedad civil en América Latina. Los casos de Bolivia, Chile, Paraguay y Perú* (Nueva York: Scalabrini International Migration Network Inc., 2013), 166-174.

<sup>29</sup> En la segunda mitad del siglo XX, luego de las guerras mundiales, se comienzan a desarrollar los sistemas internacionales de protección y garantía de los derechos humanos, coadyuvantes y complementarios a los derechos internos de los Estados, siendo su objeto último la promoción, el respeto, la salvaguarda y la protección de los derechos esenciales de la persona en virtud del reconocimiento de su inherente dignidad. Cfr. Malcolm M. Shaw, *International Law*, 6ª edición (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 276 y 277.

de los Comités de supervigilancia de tratados, por el contrario, el legislador debiera tenerlas en consideración al momento de renovar la normativa y políticas migratorias chilenas como parámetro para armonizar la legislación interna con la internacional<sup>30</sup>, y el juez de fondo al momento de decidir cuestiones relacionadas con los derechos de los migrantes, por su alcance interpretativo en el marco de la aplicación judicial del derecho<sup>31</sup>.

Actualmente existe un proyecto de ley sobre la materia en tramitación en el Congreso (Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, boletín n° 8970-06, de 4 de junio de 2013), sin embargo, esta tentativa de mejora legislativa ha sido criticada desde un inicio, pues la propuesta enfatiza los aspectos económicos que conllevan para el Estado la inmigración, pero no desarrolla de la misma forma el aspecto de protección de sus derechos.<sup>32</sup> En efecto, se excluyó referencia a los acuerdos internacionales, aunque en su oportunidad, Joaquín Barañaño asesor de la Subsecretaría del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, quien estuvo a cargo de la redacción del proyecto de ley, afirmó que en su diseño se consideró los acuerdos internacionales ratificados y vigentes en Chile susceptibles de aplicación en la materia.<sup>33</sup> Por su parte, el gobierno de turno, trabaja en un nuevo proyecto de ley a fin de desarrollar paulatinamente una política y cultura migratoria basada en una perspectiva de inclusión, integración regional y un enfoque de derechos que aseguren la inserción efectiva de esta población al país, que conciban a la circulación de personas como un elemento esencial del desarrollo y, que permitan una coordinación dinámica, cooperadora y eficiente de todos los entes públicos relacionados con la política migratoria.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> No debemos olvidar el principio de la imposibilidad de invocar el derecho interno para eludir las obligaciones internacionales asumidas por un Estado (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), cuya manifestación positiva se traduce en el deber del Estado de armonizar la legislación interna con el orden internacional, lo cual ha sido recogido a nivel convencional universal y regional en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile (Vid. Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cfr. Claudio Troncoso Repetto, “Derecho internacional, Constitución y derecho interno”, *Revista de Derecho Público* 77 (2012), 456-461.

<sup>31</sup> Cfr. Francisco Zúñiga Urbina, “Personas jurídicas y derechos humanos en el sistema interamericano. A propósito del principio *pro homine* o *favor persona*”, en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, coord. Humberto Nogueira Alcalá (Santiago: Librotecnia, 2013), 222-232.

<sup>32</sup> Cfr. Cristián Doña Reveco y Brendan Mullan, “Migration Policy and Development in Chile”, *International Migration* 52(5) (2014): 6-10.

<sup>33</sup> Instituto Católico Chileno de Migración “Una nueva Ley de Extranjería para Chile. Entrevista a Joaquín Barañaño, asesor Ministerio del Interior y Seguridad Pública”, *Migrantes* 70 (2012): 9 y 10. El anteproyecto de ley en su artículo 3° indicaba que “[e]l Estado promoverá y difundirá los derechos, garantías y obligaciones de los migrantes, establecidos en la Constitución Política de la República, los acuerdos internacionales y las leyes vigentes”, en el proyecto ingresado a tramitación en este artículo se eliminó la referencia explícita a los acuerdos internacionales quedando como sigue: “El Estado promoverá los derechos que le asisten a los extranjeros en Chile, así como también los deberes y obligaciones establecidos en la Constitución Política de la República y las leyes”.

<sup>34</sup> Cfr. Michelle Bachelet, *Mensaje presidencial*, 21 de mayo de 2015, 81, [http://www.gob.cl/cuenta-publica/2015/2015\\_mensaje\\_presidencial.pdf](http://www.gob.cl/cuenta-publica/2015/2015_mensaje_presidencial.pdf)(consulta el 20 de junio del 2016).

#### 4.2. El derecho a inmigrar: la Constitución chilena contiene un reconocimiento implícito, a diferencia de la norma internacional

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce el derecho a emigrar, pero ello no trae aparejado un derecho correlativo a inmigrar -salvo excepciones como el refugio político y el asilo-. Ello se puede constatar si se revisan los principales tratados internacionales sobre derechos humanos a nivel universal y regional aplicables en la materia: artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 8° y 79 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Así también consta en las interpretaciones realizadas a estas disposiciones por los órganos expertos, *v.g.* Observación General n° 15, pár. 5° y Observación General n° 27 pár. 4, del Comité de Derechos Humanos; Observación General n° 2, pár. 13 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Por tanto, la norma internacional, en materia de ingreso de personas a Estados del cual no son nacionales, indica 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.<sup>35</sup>

En el ejercicio de esta soberanía, la Constitución chilena en su artículo 7 letra a), al consagrar la libertad de locomoción y derecho a residencia, no realiza distinción alguna entre nacionales y extranjeros, sino por el contrario considera de manera amplia la admisión de extranjeros al país: “*Toda persona tiene derecho a 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*”.<sup>36</sup> El Tribunal Constitucional al analizar la disposición afirma que “[l]as prohibiciones, como sería el impedimento expreso de ingresar al país (...) deben tener una habilitación constitucional expresa”, la cual es inexistente en el texto constitucional, por tanto no se autoriza la privación de este derecho a extranjeros<sup>37</sup>, y en consecuencia, el “*derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración en Chile, cuyo ejercicio, pero no el derecho mismo, puede*

<sup>35</sup> Cfr. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7a edición (Oxford: Oxford University Press, 2008), 520.

<sup>36</sup> El Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerandos 16°, 19° y 24°, se refiere a la historia constitucional en la materia, y constata que desde los primeros ensayos constitucionales iniciales de la República existió una amplia consideración al extranjero. Luego, destaca que la Constitución de 1833 reconoce el derecho a “*todos los habitantes de la República*”, sin que la ambigüedad del vocablo “*habitante*” implicara un desarrollo de una tesis que distinguiera entre ciudadanos-nacionales vs. extranjeros. Más bien, afirma, existen normas y referencias doctrinarias que indican la subsistencia de una titularidad amplia de derechos en favor de los extranjeros; salvo el extranjero dedicado a la trata de esclavos, todos los demás son bienvenidos sin restricciones ni cortapisas. Criterios normativos que se mantienen por el constituyente de 1925.

<sup>37</sup> Cfr. Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerando 24°, tras la revisión de la historia constitucional, concluye en este punto que “*en reiteradas oportunidades el constituyente quiso establecer reglas en la Constitución que reservaran potestades de policía de seguridad para los procedimientos de autorización de ingreso de extranjeros y, especialmente, para su expulsión, pero no las incorporó definitivamente al ordenamiento interno*”.

*ser modulado, regulado y limitado*”.<sup>38</sup> Luego, esta falta de distinción entre extranjeros y nacionales, en el derecho de inmigración, ya había sido advertida por la doctrina con anterioridad.<sup>39</sup>

#### 4.3. La discrecionalidad de la autoridad administrativa: ¿ejercicio a favor del Estado o del extranjero?

El Tribunal observa que la potestad discrecional del Ministerio del Interior para rechazar el otorgamiento de visados, conforme al artículo 13 del Decreto Ley en comento, es demasiado amplia, pues bajo su amparo las actuaciones de las autoridades de turno podrían causar vulneración de derechos.<sup>40</sup>

Al respecto, es conveniente detenernos acerca del concepto de “*discrecionalidad administrativa*”, pues creemos no es pertinente en este ámbito entender la discrecionalidad como ausencia de reglas.<sup>41</sup> En efecto, en los artículos 63 a 66 del Decreto Ley N° 1.094, existen causales explícitas sobre rechazo y revocación de permisos de residencia.<sup>42</sup>

La Administración del Estado debe encuadrarse a un bloque de juridicidad, el cual la habilita, limita y valida en sus acciones, por tanto, el ejercicio de sus potestades está determinado previamente en las leyes, las cuales pueden imponer un deber de acción (u omisión) detallado (potestad reglada) o entregar un margen de decisión en cuanto a la forma y oportunidad de su actuación (potestad discrecional). Así, la discrecionalidad surge como autorización que se confiera a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo, intentando elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público o el bien común, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante. Entonces, el poder discrecional consiste en una libertad de apreciación de la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Cfr. Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerandos 30°, 35°-38.

<sup>39</sup> Vid. v.g. Eduardo Aldunate Lizana, “La titularidad de los derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales* 1(1) (2003), 192 y 193.

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerando 7° del voto de mayoría y considerando 1° del voto separado de los ministros Srs. Vodanovic, Fernández, Carmona y García para acoger el requerimiento de inaplicabilidad respecto del inciso 1° del artículo 13 del Decreto Ley n° 1.094.

<sup>41</sup> Vid. v.g. Liliana Galdámez Zelada, “Algunos criterios del Tribunal Constitucional sobre el estatuto jurídico de las personas extranjeras en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 5(3) (2014): 124, en base a la definición del vocablo “*discrecional*” dado por la Real Academia Española de la lengua: “*Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas*”. En contraste, Pablo Carrasco Fuentes, “Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho Público* 77 (2012): 70 y 71, explica que antaño la discrecionalidad se concebía como consecuencia de una laguna legal, cuyo silencio genera la actuación de la libertad de la Administración, pero hoy se entiende que la norma jurídica es precisamente su fundamento y proyección.

<sup>42</sup> Por ello, concordamos con el voto de minoría de los ministros Srs. Vodanovic, Carmona y García, en el sentido que estos artículos del Decreto Ley que contienen las causales de revocación y rechazo de permisos de residencia constituyen un ejercicio consecencial de la potestad discrecional del Ministerio del Interior.

<sup>43</sup> Cfr. Pablo Carrasco Fuentes, “Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho Público* 77 (2012): 68 y 69.

Por tanto, creemos que esta discreción para el otorgamiento, rechazo y revocación de los visados, permitiría en cada situación concreta realizar una ponderación de la concurrencia de la causal invocada y por ende aplicarla no de manera automática, sino de manera facultativa o prudencial, incorporando en el razonamiento las normas internacionales.<sup>44</sup> Así, desde una perspectiva de derechos humanos, esta discreción administrativa para que no sea arbitraria, sino razonable, debiera ser interpretada a favor del extranjero, en aplicación del parámetro hermenéutico desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos, *favor persona* o *pro homine*.<sup>45</sup> Esto implicaría que a pesar de que los hechos que fundan la revocación del permiso puedan subsumirse en algunas de las causales de los artículos 63 a 65 del Decreto en relación con el artículo 15, según corresponda, la autoridad no está obligada a decretar la medida de abandono del país, pues debe primar el estándar internacional, el cual indica que no obstante haber ingresado en contravención a las disposiciones legales que regulan el ingreso al país, se debe considerar la concurrencia de nuevas circunstancias de hecho que permitieran regularizar la situación migratoria del extranjero afectado.<sup>46</sup> En el caso de la Sra. Fortilus, por ejemplo, el estar embarazada le permitió conseguir la revocación de la resolución que ordenaba el abandono del país y la entrega de una visa temporal de un año fundada en esa misma circunstancia. En cambio, en el caso del Sr. Alerte, no se consideró que él contaba con una relación laboral estable en ese momento.<sup>47</sup>

Por otra parte, el que la decisión de la autoridad se base en informes técnicos de Policía de Investigaciones cuyo mérito no es posible desvirtuar, vulnera el debido proceso legal y el

---

<sup>44</sup> Es relevante considerar que la discrecionalidad administrativa opera respecto de normas permisivas e hipotéticas (Pablo Carrasco Fuentes, “Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho Público* 77 (2012): 73 y 74), si sólo se aplicara la sanción de solicitud de abandono del país en virtud de la concurrencia de alguna causal de revocación o rechazo de permiso de residencia sin realizar ponderación alguna de las circunstancias del caso concreto, desaparecería el poder discrecional y la norma sería categórica.

<sup>45</sup> Los derechos humanos han sido definidos como exigencias de justicia que se formulan desde y para la persona, no al servicio del Estado, por tanto, las normas deben interpretarse de la forma que objetiva y razonablemente promueva mejor la plena realización de la persona. *Cfr.* Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago: Librotecnia, 2008), 232 y 233.

Se destaca al respecto, que el Tribunal afirmara que la discrecionalidad de la Administración en el otorgamiento de visados debe considerar la conveniencia del individuo solicitante del permiso, aunque no alude a las normas del derecho internacional ni al principio *pro homine*, sino al artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución en relación con el artículo 19 N° 2 de la misma. *Vid.* Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerandos 45° y 46° y, *Fortilus respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerandos 39° y 40° del voto para acoger el requerimiento.

Marisol Peña Torres, “El principio *pro homine* o *favor persona* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, coord. Humberto Nogueira Alcalá (Santiago: Librotecnia, 2013), 133 y 134, explica que ello se debe a que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha asumido que el principio *pro homine* deriva directamente de las Bases de la Institucionalidad contenidas en la Constitución Política, y por tanto lo aplica como un principio de rango constitucional.

<sup>46</sup> *Cfr.* Claudio Nash Rojas, “El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, coord. Humberto Nogueira Alcalá (Santiago: Librotecnia, 2013), 176-191, alcances del principio *pro homine*, en especial a) la interpretación extensiva de los derechos, la cual permitiría inaplicar en un caso concreto una norma interna (181), b) la interpretación restringida de los límites, la cual clama por el sentido más favorable al destinatario y el respeto del principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos (182).

<sup>47</sup> Esta circunstancia fue especialmente aludida por el ministro Sr. Astudillo en su voto disidente. Corte de Apelaciones de Santiago, *Alerte con Ubilla y otro*, 25 de septiembre de 2013, rol n° 21.751-2012, considerando 4º: “(...) aun dando por efectivo que el ingreso del recurrente haya sido contra *legem*, lo cierto es que dicha persona ha hecho valer un nuevo contrato de trabajo, respecto del cual nada se dice en la resolución que ordena su salida. En tales condiciones, la medida —amén de desproporcionada— resulta arbitraria (...)”.

principio de inocencia, pues como afirma el Tribunal, se ha convertido en un elemento esencial y vinculante para las autoridades políticas del Ministerio del Interior y basta su sola concurrencia para acreditar la naturaleza de los hechos.<sup>48</sup> En los casos analizados, la revocación de los permisos se había suscitado porque los extranjeros, de acuerdo a estos informes, habían presentado contratos de trabajo falsos para solicitar la residencia sujeta a contrato. En consecuencia, la autoridad revocó las solicitudes de visado y solicitó el abandono del país a los extranjeros, por considerar la concurrencia de la causal 64 n° 2 del Decreto Ley n° 1.094 de 1975, sólo en base a estos informes y sin realizar una examinación de todas las circunstancias del caso, tales como la existencia de un nuevo contrato de trabajo estable y el ser parte de un proceso de integración social habitual. Estos nuevos antecedentes son cruciales al momento de realizar una ponderación, pues el estándar internacional indica que quien hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines de la protección de su derecho de circulación y residencia.<sup>49</sup> Así, la medida decretada de abandonar el país resulta desproporcionada.<sup>50</sup>

## 5. Conclusiones

---

**5.1.** El Tribunal Constitucional resolviendo requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de disposiciones del Decreto Ley n° 1.094 de 1975, que establece normas sobre los extranjeros en Chile ha resuelto que la norma que dispone la facultad discrecional del Ministerio del Interior para el otorgamiento de visados es inconstitucional, pues la norma, creada bajo el paradigma de la seguridad nacional, permite que las actuaciones de la autoridad

---

<sup>48</sup> Tribunal Constitucional, *Alerte respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerandos 47° y 48°; Tribunal Constitucional, *Fortilus respecto del Decreto Ley n° 1.094*, considerandos 41° y 42° del voto para acoger el requerimiento.

Al respecto se debe puntualizar que conforme al artículo 38 de la Ley n° 19.880 de 2003, “[s]alvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”, mientras que el inciso 1° del artículo 13 del Decreto Ley n° 1.094 de 1975 exige para el ejercicio de la potestad discrecional del Ministerio del Interior en el otorgamiento de visados informe previo de la Dirección General de Investigaciones, sin expresar que sean vinculantes, por lo que carecen de valor determinante.

<sup>49</sup> *Cfr.* Observación General N° 27 (1999) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, párr. 4.

<sup>50</sup> Amaya Álvez Marín, “La migración del análisis de proporcionalidad a Chile: ‘matriz analítica’ o simplemente un ‘culto’ en la dogmática de los derechos fundamentales”, en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, coord. Humberto Nogueira Alcalá (Santiago: Librotecnia, 2013), 257, destaca que las medidas adoptadas por la autoridades no deben exceder los límites de lo que se considera apropiado y necesario con el fin de proteger un interés público. Por su parte, Rodrigo Pica Flores, “Algunas notas jurisprudenciales sobre la introducción del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional de Chile”, en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, coord. Humberto Nogueira Alcalá (Santiago: Librotecnia, 2013), 329-333, tras colegir que la Constitución exige autorización expresa para limitar o restringir derechos fundamentales (art. 19 n° 26 de la Constitución), afirma que el examen de proporcionalidad es un parámetro de juicio de las normas restrictivas o limitativas de derechos consistente en exigir los siguientes requisitos a las medidas restrictivas de los derechos fundamentales: a) que estén previstas legalmente, b) que persigan una finalidad legítima, y c) que sea adecuada e idónea para alcanzar tal fin.

administrativa de turno, amparadas en la norma, causen una vulneración de los derechos consagrados en los n° 2, 3 y 7 del artículo 19 de la Constitución Política.

**5.2.** El Tribunal Constitucional reconoce al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite material de la discrecionalidad de las actuaciones de la Administración del Estado. Así, en estos casos particulares, era necesario considerar que una vez que los extranjeros han entrado al territorio de un Estado, gozan de los mismos derechos que los nacionales en igualdad de condiciones, incluyéndose el derecho de circulación y residencia; y, las medidas restrictivas del ejercicio de este derecho deben ser proporcionales con el interés que se protege y deben garantizar una tutela judicial efectiva y un debido proceso.

**5.3.** El Decreto Ley n° 1.094 de 1975 es anacrónico, no adecuado al enfoque de derechos humanos que debiera fundar una ley migratoria. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado la temática de la protección de los derechos de las personas migrantes de manera constante las últimas dos décadas, conformando un acervo jurídico presente en tratados internacionales, observaciones generales de órganos que supervigilan el cumplimiento de estos tratados, informes de relatorías especiales, resoluciones de órganos supranacionales y jurisprudencia de tribunales internacionales. Chile como Estado democrático miembro de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos debe considerar este plexo normativo, tanto el Estado legislador al armonizar el derecho interno con el internacional, como el Poder Judicial en los casos sobre protección de los derechos de los migrantes que conozca, e incluso los funcionarios de la Administración al decidir sobre rechazo o revocaciones de permisos de residencia.

**5.4.** La Constitución Política reconoce implícitamente un derecho a inmigrar, y no contiene una habilitación expresa para que la ley restrinja el derecho a residencia y circulación de los extranjeros, por tanto la autoridad administrativa al decretar solicitudes de abandono del país debería realizar un examen de ponderación de todas las circunstancias concurrentes, y no basar su decisión únicamente en los informes técnicos de Policía de Investigaciones. En este análisis es fundamental observar la situación actual del extranjero, en especial si existen nuevas circunstancias de hecho que permitan regularizar la situación migratoria del extranjero afectado.