

LA FIJACIÓN DE PLAZOS DE PROHIBICIÓN  
DE INGRESO DE EXTRANJEROS AL PAÍS  
NOTAS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD  
DE ALGUNOS ARTÍCULOS  
DEL PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN  
Y EXTRANJERÍA  
(BOLETÍN N.º 8970-06)

THE DETERMINATION OF COUNTRY  
ENTRANCE PROHIBITION TERMS  
FOR FOREIGNERS  
NOTES ABOUT THE UNCONSTITUTIONALITY  
OF SOME SECTIONS  
OF THE MIGRATION AND FOREIGN AFFAIRS  
LEGISLATIVE PROJECT  
(BILL N.º 8970-06)

*Tomás Pedro Greene Pinochet\**

RESUMEN: Este trabajo revisa algunos artículos del Proyecto de Migración y Extranjería que se tramita en el Congreso, particularmente aquellos que entregan a la autoridad administrativa y a la policía facultades de fijar plazos de prohibición de ingreso al país para extranjeros. Dado que la Constitución establece una reserva legal absoluta para limitar la libertad ambulatoria (artículo 19 n.º 7 letra a), se concluye que las normas revisadas presentan un vicio de inconstitucionalidad. La fijación de estos plazos es tarea exclusiva del legislador, quien deberá emprenderla utilizando criterios de razonabilidad y respetando el núcleo esencial del derecho fundamental en cuestión.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la Clínica Jurídica de Derecho Migratorio de la misma universidad y de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: tpgreene@uc.cl

**PALABRAS CLAVE:** Proyecto de Ley de Migración y Extranjería - Prohibición de ingreso al país - Libertad de locomoción - Limitación a los derechos fundamentales - Reserva legal.

**ABSTRACT:** This paper reviews some articles of the Migration and Aliens Project that are processed in the Congress, particularly those that give the administrative authority and the police the power to set deadlines for the prohibition of entry into the country for foreigners. Given that the Constitution establishes an absolute legal reservation to limit outpatient freedom (article 19, n.º 7, letter a), it is concluded that the revised norms present a defect of unconstitutionality. The setting of these deadlines is the exclusive task of the legislator, who must undertake it using criteria of reasonableness and respecting the essential core of the fundamental right in question.

**KEY WORDS:** Migration and Foreign Affairs Legislative Project - Country entrance prohibition - Freedom of movement - Fundamental rights' limitation - Statutory reserve

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se desarrolla una opinión jurídica acerca del contenido de algunos artículos del proyecto de ley de Migración y Extranjería (*Boletín* n.º 8970-06) que se encuentra actualmente en su segundo trámite constitucional<sup>1</sup> en la Cámara Alta del Congreso<sup>2</sup>.

La opinión se refiere principalmente a los artículos 30, 89, 127, 129 y 133 del texto del Proyecto que fue remitido por la Cámara de Diputados al Senado en enero de 2019, especialmente en lo que se refiere a los plazos de prohibición de ingreso al país que afectan:

- a) a los extranjeros que han cometido una infracción migratoria y deciden salir del país sin dar cumplimiento a la sanción que se les ha impuesto;

---

<sup>1</sup> Este proyecto de ley ingresó a la Cámara de Diputados en junio de 2013 a través de un mensaje presidencial y presentó algunos avances durante dicho año y el siguiente. Entre octubre de 2014 y marzo de 2018 no experimentó ningún movimiento, pero en abril de 2018 el Presidente de la República le hizo indicaciones y se retomó su tramitación. En enero de 2019 la Cámara de Diputados remitió el oficio n.º 14470 al presidente del Senado con el nuevo texto del proyecto de ley para su revisión.

<sup>2</sup> Parte de este trabajo fue expuesto ante la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, en la sesión del día 22 de abril de 2019.

- b) a los extranjeros cuyo permiso de residencia les ha sido revocado o cuya solicitud de residencia ha sido rechazada y a quienes, como consecuencia de ello, se les ordena el abandono del país;
- c) a los extranjeros que son sorprendidos intentando ingresar al país eludiendo el control migratorio, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, y que son objeto de una medida de reconducción o devolución inmediata y
- d) a los extranjeros sobre quienes se dicta una medida de retorno asistido o una medida de expulsión.

Los principales problemas que se advierten en estos artículos tienen que ver con la atribución que se da a la autoridad administrativa e, incluso, a la policía para fijar los plazos de prohibición de ingreso al territorio nacional que se impondrán a los extranjeros que se encuentren en estas hipótesis; y, relacionado directamente con lo anterior, con la discrecionalidad que se concede a dichas autoridades para que fijen estos plazos, lo que puede llevar a establecer prohibiciones desproporcionadas. Además, se descubre cierta descoordinación entre dos de estas normas que debe ser corregida para que exista entre ellas la necesaria armonía legal.

La tesis que se sostiene en este trabajo es que, siendo la prohibición de ingreso al país una limitación al ejercicio del derecho a entrar a Chile que contempla el artículo 19 n.º 7 letra a) de nuestra Constitución Política, la tarea de fijar estos plazos de prohibición debe estar entregada exclusivamente al legislador, puesto que el texto constitucional establece una clara reserva legal al respecto. Además, se afirma que la cantidad de tiempo que se fije para que un extranjero se encuentre impedido de regresar al país luego de haber sido removido debe necesariamente atender a la gravedad de la infracción migratoria que motivó la sanción y ser justificada y proporcional. Dado que las infracciones migratorias que conducen a la aplicación de sanciones son de diversa naturaleza y gravedad, no pueden castigarse todas ellas con una misma sanción, esto es, con un mismo plazo de prohibición de ingreso al territorio nacional.

El objetivo de este trabajo es contribuir al debate parlamentario y académico en torno a este punto, para que, en último término, el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería que pronto verá la luz no adolezca de vicios de inconstitucionalidad.

Con este propósito, se comenzará revisando detalladamente el contenido de aquellos artículos del proyecto que se consideran inconstitucionales, mostrando seguidamente los problemas de coherencia que presentan dos de ellos entre sí. Luego, se estudiarán otras normas del proyecto que también hacen referencia a prohibiciones de ingreso y a sus plazos de duración. A continuación, se profundizará brevemente en el contenido del derecho a

entrar al territorio nacional que consagra el artículo 19 n.º 7 letra a) de la Constitución, para después contrastar lo que señalan estas normas con los estándares que fija la Carta Fundamental. Finalmente, una vez demostrada la inconstitucionalidad de las normas en análisis, se extraerán algunas conclusiones del examen emprendido y se harán propuestas al legislador para la regulación de esta materia.

## 2. EL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 30, 89, 127, 129 Y 133 DEL PROYECTO DE LEY

### 2.1. *Artículo 30*

El artículo 30 se ubica bajo el título III del proyecto, denominado “Del ingreso y egreso”, y se refiere al caso de los extranjeros que, habiendo sido sancionados por alguna infracción a las normas de extranjería, deciden salir del país sin haber dado cumplimiento a la sanción impuesta. Según este artículo

“en el caso de sanciones impuestas por infracciones de la presente ley o su reglamento, los extranjeros deberán acreditar, previamente a su salida del país, haber dado cumplimiento a la respectiva sanción, o bien que cuentan con autorización del Servicio [de Migraciones] para su egreso”.

La norma establece, no obstante, una excepción a esta regla, consistente en que

“el Servicio podrá permitir el egreso de infractores sin que hayan dado cumplimiento a la sanción impuesta, estableciendo en su contra una prohibición de ingreso al país de hasta por cinco años, contados desde la notificación de la sanción”.

El artículo termina señalando:

“una resolución exenta de la Subsecretaría fijará las condiciones en que se aplicará esta facultad excepcional y la duración de las prohibiciones de ingreso, considerando los siguientes criterios: duración del permiso respectivo, gravedad de la sanción impuesta, circunstancia de haber auto denunciado la infracción y afectación de la seguridad interior del Estado”.

De una lectura sistemática del proyecto de ley, es posible concluir que la única sanción que el extranjero podría no haber cumplido antes de salir del territorio nacional es el pago de una multa administrativa que haya tenido origen en una infracción migratoria, toda vez que las demás sanciones

que contempla el proyecto y que se pueden imponer a un extranjero que se encuentra dentro del país –órdenes de abandono (artículo 89), de expulsión (artículo 122) o de retorno asistido (artículo 128)– se cumplen precisamente saliendo de sus fronteras. La sanción de amonestación escrita (artículo 120), por su parte, no requiere de ningún acto de cumplimiento por parte del extranjero infractor.

## 2.2. *Artículo 89*

El artículo 89 se encuentra contenido en el párrafo VII del título IV del proyecto de ley, relativo al “Rechazo y revocación de los permisos de residencia”. En él se regula el efecto que tendrá que la autoridad migratoria desestime una solicitud de visa presentada por un extranjero o, bien, que revoque una autorización de residencia que ya le había sido concedida previamente.

Según el primer inciso de este artículo,

“los rechazos y revocaciones se dispondrán por resolución fundada del Director Nacional del Servicio [de Migraciones], exenta del trámite de toma de razón”.

Su inciso cuarto agrega:

“toda resolución que rechace o revoque un permiso deberá fijar al extranjero un plazo para que abandone el país, que no podrá ser menor a cinco días, sin perjuicio de que se aplique alguna sanción de conformidad a la ley o se resuelva su expulsión del país. Dicha resolución podrá señalar un plazo en el cual el afectado no estará habilitado para ingresar al país”.

El uso del verbo ‘podrá’ establece el carácter facultativo que tiene para la autoridad migratoria la fijación de este último plazo, lo que trae como consecuencia que el director nacional del Servicio de Migraciones, al momento de dictar órdenes de abandono en estos casos, tendrá dos alternativas:

- i) no fijar ningún plazo dentro del cual el extranjero no podrá ingresar nuevamente al país o, bien,
- ii) fijar expresamente un plazo de manera discrecional, puesto que la norma no le da ningún parámetro para la determinación del tiempo que habrá de durar la sanción.

Nada parece impedir que este plazo expreso sea indefinido.

## 2.3. *Artículo 127*

Por su parte, el artículo 127 se encuentra bajo el título VIII del proyecto de ley, llamado “De la expulsión y el retorno asistido”, y se refiere a la sanción

denominada “reconducción o devolución inmediata”. De acuerdo con el segundo inciso de este artículo, esta medida es aplicable al extranjero que sea sorprendido

“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”,

en cuyo caso operará el reembarco o reconducción del infractor a la frontera del país colindante al paso fronterizo por el cual se intentó el ingreso.

El inciso tercero de esta norma establece que será deber para la policía de informar del caso al Servicio de Migraciones, el que deberá determinar “el tiempo que durará la prohibición de ingreso que de forma provisoria establecerá la Policía”. Y agrega:

“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, ésta quedará sin efecto de pleno derecho”.

Como puede verse, esta norma contempla un primer acto por el que la Policía de Investigaciones, al mismo que reconduzca o reembarque al extranjero, fijará un plazo de prohibición de ingreso de carácter provisorio; y un segundo acto por el que el Servicio de Migraciones podrá confirmar, ampliar o reducir el plazo señalado por la Policía. En caso de que el Servicio no realice este acto dentro del término de seis meses contados desde la fecha en que se produjo “el hecho” –el que se asume que se refiere al intento frustrado de ingresar al país–, la prohibición de ingreso provisoria quedará sin efecto de pleno derecho.

Finalmente, el inciso cuarto admite la posibilidad de interponer un recurso en contra de las medidas de reconducción o reembarco y de prohibición de ingreso provisoria “dictada por la autoridad contralora” –es decir, por la Policía de Investigaciones<sup>3</sup>–, recurso que deberá presentarse desde el exterior, ante el Servicio de Migraciones, a través del consulado chileno respectivo. El plazo para interponer este recurso será de quince días, contados desde la fecha de notificación de la medida, y su presentación no suspenderá los efectos de la resolución impugnada.

---

<sup>3</sup> Según los artículos 161 y 1 n.º 14 del proyecto, la Policía de Investigaciones de Chile será la autoridad que tendrá la función de controlar el ingreso de extranjeros al territorio nacional, tal como ocurre en la actualidad.

## 2.4. Artículo 129

El artículo 129, ubicado bajo el mismo título que el artículo 127, se refiere concretamente a la forma de disponer las medidas de expulsión y de retorno asistido, las que, si bien tienen el mismo efecto, la primera se aplica a adultos, y la segunda, a niños, niñas y adolescentes.

La expulsión, en palabras del propio proyecto,

“es la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en el ordenamiento jurídico para su procedencia” (artículo 122 inciso 1°).

Las medidas de expulsión pueden ser de dos clases:

- i) las que son decretadas por resolución fundada de la autoridad administrativa, que habitualmente se denominan “expulsiones administrativas” y
- ii) aquellas que emanan de un tribunal con competencia penal, conocidas como “expulsiones judiciales”, que se refieren especialmente a las que contempla el artículo 1° letra e) de la Ley n.° 18216, como medidas sustitutivas al cumplimiento de las penas privativas o restrictivas de libertad (artículo 122 inciso 2°) y que aplican en casos determinados<sup>4</sup>.

El retorno asistido, a su turno, está referido únicamente al caso de los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren en el país sin acompañamiento o sin la autorización escrita de su padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal. Dado que, respecto de estos menores, se prohíbe la expulsión tal como está regulada en el proyecto, este dispone un procedimiento especial para su retorno al país del que son nacionales, en el que deberán contar con la asistencia de la autoridad chilena encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes (artículo 128).

Pues bien, el artículo 129 del proyecto de ley contempla en primer lugar una regla general, según la cual “las medidas de expulsión y retorno asistido de extranjeros serán impuestas por resolución fundada del Director Nacional del Servicio [de Migraciones]”. En relación con esta hipótesis, se establece que el director nacional

---

<sup>4</sup> Según el artículo 34 de la Ley n.° 18216, la expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento de la pena es aplicable por el juez, de oficio o a petición de parte, a los extranjeros que hayan sido condenados a penas iguales o inferiores a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo y que no residieren legalmente en el país.

“podrá designar las regiones del país en las cuales las medidas de expulsión y retorno asistido de titulares de permanencia transitoria serán impuestas por los directores regionales respectivos”.

Esta norma se asemeja a aquella que rige actualmente, por la que el Ministerio del Interior delega en los intendentes regionales la facultad de expulsar extranjeros del territorio nacional en el caso particular de aquellos cuyos permisos de turismo se encuentren vencidos<sup>5</sup>, dando a entender que estas facultades podrán ser ahora delegadas en las nuevas autoridades migratorias regionales que se crearán.

Luego, la norma establece una regla de excepción, aplicable a “casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior”, en los que la medida de expulsión podrá emanar del “Subsecretario del Interior, mediante resolución fundada”. En relación con esta hipótesis, se agrega:

“el acto administrativo de este último estará afecto al trámite de toma de razón, y deberá establecer el plazo de prohibición de ingreso al país, el que, fundado en razones graves y calificadas, podrá ser indefinido.”

## 2.5. Artículo 133

A continuación, el artículo 133 del proyecto de ley, ubicado bajo el mismo título que el artículo 129, señala:

“la medida de prohibición de ingreso podrá disponerse por un plazo determinado o por razones graves y calificadas de forma indefinida, y será formalizada mediante resolución exenta del Director Nacional del Servicio”.

Por tanto, tal como ocurre en el artículo 89, se establece el carácter facultativo que tiene para el director nacional del Servicio de Migraciones fijar, en las resoluciones que dicte, un plazo en el que el extranjero infractor no podrá entrar al país. Dado que la norma no distingue entre los casos de expulsión

---

<sup>5</sup> El decreto supremo n.º 818 del Ministerio del Interior, de 13 de julio de 1983, publicado el 8 de septiembre del mismo año en el *Diario Oficial*, establece en su artículo 1.º: “Delégase en los señores Intendentes Regionales del país, la facultad de disponer la medida de expulsión a: a) los extranjeros que hubieren prolongado su permanencia en el país luego de expirar su permiso de turismo o entrada al territorio nacional”. Según el proyecto de ley, el permiso que actualmente se denomina “de turismo” (artículo 44 del decreto ley n.º 1094, de 1975), pasará a identificarse con una de las subcategorías del nuevo permiso de “permanencia transitoria” (artículo 51 n.º 1 en relación con el artículo 45, ambos del proyecto de ley), por lo que la misma facultad que hoy poseen los intendentes regionales podría ser asumida, si el director nacional del Servicio de Migraciones así lo dispone, por las autoridades que el proyecto llama “Directores Regionales”.

o de retorno asistido, podría entenderse que se aplicará a ambos, puesto que donde la ley no distingue, no corresponde tampoco que lo haga al intérprete. Así, en estos casos el director nacional podrá:

- i) no señalar ningún plazo de prohibición de ingreso al territorio nacional o, bien,
- ii) indicar de forma expresa y discrecional un plazo determinado.

A continuación, y sin perjuicio de lo anterior, la norma establece también que, en casos excepcionales, “por razones graves y calificadas”, el mismo director nacional del Servicio de Migraciones podrá decretar que estos plazos de prohibición de ingreso serán indefinidos. En ninguno de estos dos casos será necesario el trámite de toma de razón sobre el acto de remoción.

Luego, el artículo 133 plantea que la medida de prohibición de ingreso “también podrá disponerla mediante resolución afecta el Subsecretario del Interior en los casos calificados indicados en el artículo 129”. Al remitir al artículo 129, esta norma invoca aquellos “casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior”.

Por último, este artículo señala: “estas prohibiciones podrán ser suspendidas o revocadas de oficio o a petición de parte”, pareciendo que se refiere, por el uso del plural, tanto a las que dicte el director nacional del Servicio de Migraciones como a las que emanen del subsecretario del Interior. No obstante, nada dice acerca de los motivos por los que podría concederse la suspensión o revocación de la prohibición de ingreso ni ante qué autoridad deberá pedirse en caso que se haga por el afectado, por lo que no queda claro si este deberá dirigirse a la misma autoridad que dictó el acto administrativo o a su superior jerárquico.

### 3. PROBLEMA DE DESCOORDINACIÓN QUE PRESENTAN DOS DE ESTAS NORMAS EN RELACIÓN CON LAS FACULTADES QUE ATRIBUYEN A LAS AUTORIDADES MIGRATORIAS

Antes de desarrollar un análisis de fondo sobre estas normas, conviene advertir que existe un delicado problema de descoordinación entre los artículos 129 y 133, el cual debe ser resuelto por el legislador antes de su publicación. Si se atiende cuidadosamente a estos preceptos, pueden extraerse las siguientes conclusiones que dan cuenta de su disarmonía:

- a) El artículo 129 posee una lógica interna según la cual se concede solo a la autoridad jerárquicamente superior –el subsecretario del Interior– la calificación de los casos más graves y su sanción con la fijación de un plazo de prohibición de ingreso indefinido, sometiendo, además, esta

actividad al examen de la Contraloría General de la República. Esta lógica es echada por tierra por el artículo 133, que también entrega al director nacional del Servicio de Migraciones aquella facultad que el artículo 129 había reservado exclusivamente al Subsecretario, al permitirle al primero dictar órdenes de expulsión con plazos de prohibición de ingreso expresamente indefinidos y sin que dichos actos administrativos deban ser sometidos al trámite de toma de razón. La parte final del artículo 133, que remite al artículo 129 en relación con esta facultad especial del subsecretario del Interior, se convertirá en una norma muerta desde su nacimiento, pues, ¿qué necesidad habrá de que el Subsecretario califique circunstancias extraordinarias y dicte expulsiones con prohibiciones de ingreso indefinidas que deban ser tomadas de razón, si el director nacional del Servicio también podrá hacerlo de forma más expedita, sin pasar por la Contraloría?

- b) El artículo 129 establece que las órdenes de expulsión o de retorno asistido, por regla general, serán dictadas por el director nacional del Servicio de Migraciones, sin perjuicio de su facultad de delegar su poder para remover extranjeros en los directores regionales, únicamente para los casos en que aquellos hayan sobrepasado el tiempo de duración de sus permisos de permanencia transitoria en el territorio nacional, infracción tipificada en los artículos 105, 115 y 123 n.º 4 del proyecto de ley<sup>6</sup>. Dado que la facultad de fijar plazos de prohibición de ingreso indefinido es dada al director nacional por el artículo 133, y que el artículo 129 nada dice al respecto, no es claro que esta facultad sea delegable a los directores regionales ni puede entenderse tácitamente que lo sea, puesto que ninguna persona puede atribuirse, “otra autoridad o derechos que los que expresamente se

---

<sup>6</sup> Según el artículo 105 del proyecto (ubicado dentro del párrafo de las infracciones migratorias menos graves), “los residentes o titulares de permanencia transitoria que permanezcan en el país, no obstante haber vencido su permiso por un plazo inferior o igual a ciento ochenta días corridos, serán sancionados con multa de media a diez unidades tributarias mensuales (...)”. A su turno, el artículo 115 (ubicado bajo el párrafo de las infracciones migratorias graves), dispone que, cuando la estadía del extranjero con permiso de permanencia transitoria vencido exceda los “ciento ochenta días corridos desde el vencimiento de su permiso”, la multa aplicable será de cinco a diez unidades tributarias mensuales, es decir, admite que esta multa sea inferior a la multa del artículo 105, lo que no parece lógico. Por otra parte, el artículo 123 numeral 4º del proyecto de ley contempla la expulsión como segunda sanción para la misma infracción de que tratan los artículos 105 y 115, aunque sin considerar el número de días por los que se extendió la permanencia irregular. Se estima que la aplicación de esta última norma podría infringir el principio de *non bis in idem*, además de adolecer de una clara desproporcionalidad, porque permitiría expulsar a una persona cuyo permiso de permanencia transitoria se encuentre recién vencido, quien que además tendría que pagar una multa antes de ser removido del país.

les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (artículo 7° inciso 2° de la Constitución Política). En cualquier caso, si se concluyera que las autoridades migratorias regionales pueden fijar plazos de prohibición de ingreso indefinidos a quienes tengan su permiso de permanencia transitoria vencido, dicha delegación pugnaría aún más con la lógica interna del artículo 129, puesto que la autoridad de menor rango estaría habilitada para imponer la sanción más gravosa, sin que sus actos pasen tampoco por la toma de razón de Contraloría.

#### 4. OTRAS NORMAS SOBRE PROHIBICIÓN DE INGRESO AL PAÍS EN EL PROYECTO DE LEY

Antes de avanzar hacia la argumentación sobre la inconstitucionalidad de los artículos en comento, es necesario hacer referencia a otras normas del proyecto, que establecen reglas para la prohibición de ingreso de extranjeros al país y que, en algunos casos, fijan plazos respecto de ella.

Según el artículo 24 del proyecto de ley,

“la entrada de personas al territorio nacional y salida de él deberá efectuarse por pasos habilitados, con documentos de viaje y siempre que no existan prohibiciones legales a su respecto”.

El proyecto contempla la posibilidad de que cualquier persona ingrese al territorio nacional y permanezca en él como titular de un permiso de permanencia transitoria<sup>7</sup>, sin que requiera para ello de una autorización previa (artículo 27 inciso 1°). La excepción a esta regla está dada por los casos en que, mediante decreto supremo y “por motivos calificados de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional”, se establezca el requisito de una visa otorgada por el consulado chileno en el exterior respecto de los nacionales de determinados países que la autoridad administrativa haya definido (artículo 27 inciso 2°)<sup>8</sup>. Como es evidente, si un nacional de alguno

---

<sup>7</sup> El permiso de permanencia transitoria, de acuerdo con el artículo 45 del proyecto de ley, “es el permiso otorgado por el Servicio [de Migraciones] a los extranjeros que ingresen al país sin intenciones de establecerse en él, que los autoriza a permanecer en territorio nacional por un período limitado”, el que se extiende, por regla general, a noventa días, sin perjuicio de la facultad de la autoridad migratoria para limitar dicho plazo a un periodo menor o para prorrogarlo una vez por noventa días más y, en casos de fuerza mayor, para hacerlo por segunda vez por el tiempo estrictamente necesario para que el extranjero abandone el país (artículo 46).

<sup>8</sup> Se estima que también debe examinarse la constitucionalidad de esta regla, puesto que establece una limitación al derecho a la libertad ambulatoria consagrado en el artículo 19 n° 7

de estos países se presenta en un control fronterizo sin una visa consular, no podrá ingresar al territorio nacional.

Respecto de las personas que tengan el propósito de establecerse en Chile, deberán tramitar un permiso de residencia temporal antes de viajar (artículo 66), el que será otorgado en la sede consular chilena del país de origen del interesado (artículo 67 inciso final), no siendo posible, por regla general, que los titulares de un permiso de permanencia transitoria postulen a un permiso de residencia estando dentro del país (artículo 56).

En cuanto a las prohibiciones legales de ingreso a que se refiere expresamente el artículo 24 del proyecto recién citado, están contenidas en dos grupos:

- a) unas imperativas, que la autoridad migratoria está obligada a aplicar (artículo 32) y
- b) otras facultativas, que pueden aplicarse o no, según un criterio discrecional (artículo 33).

Entre estas causales solo mencionaremos las de los numerales 3 y 4 del artículo 32, por presentar mayor interés para los efectos de este trabajo:

“Artículo 32.- Prohibiciones imperativas. Se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que: (...) 3. Intenten ingresar o egresar del país, o hayan ingresado o egresado, por un paso no habilitado, eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, en los cinco años anteriores. 4. Tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso, administrativa o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida.

Como puede verse, el numeral 3 actúa en coordinación con el artículo 127 ya revisado, pues es el fundamento para que quienes se encuentren en la situación que indica sean devueltos de manera inmediata al lugar de donde venían. Pero, además, este numeral presenta la particularidad de que establece un plazo legal de prohibición de ingreso al país de cinco años para las personas que hayan sido sorprendidas intentando ingresar o egresar, o habiendo ingresado o egresado por un paso no habilitado, eludiendo el control policial o valiéndose de documentos falsos, adulterados o expedidos a nombre de otra persona.

El numeral 4, a su turno, establece una regla que refleja u operativiza las normas estudiadas de los artículos 30, 89, 127, 129 y 133, puesto que sirve de causal legal para hacer efectiva la prohibición contenida en las resoluciones que imponen medidas de abandono, de expulsión, de retorno

---

letra a) de la Constitución Política, particularmente al derecho a entrar al territorio nacional, el que, de acuerdo con esta misma norma constitucional, solo puede ser limitado por el legislador y jamás por el Ejecutivo mediante un decreto, como se detallará más adelante.

asistido, y en aquellas que se dicten por aplicación de los artículos 30 y 127. Además, este numeral agrega un elemento que permite entender el efecto de estas prohibiciones: la expresión final “mientras no se revoque o caduque la medida” indica que, si la resolución no señala expresamente un plazo de prohibición de ingreso, esta última se mantendrá vigente mientras no se revoque. Comprender esto es fundamental para ponderar la gravedad del problema que presentan las normas en comento, ya que siempre que la autoridad administrativa emita una orden de abandono, de expulsión o de retorno asistido y no señale expresamente en ella el tiempo por el que el extranjero estará inhabilitado para regresar al país, se entenderá que esta prohibición, por menos grave que haya sido el motivo que causó la remoción del extranjero del país, durará, en principio, por el resto de su vida.

Como ya se ha visto, el artículo 133, que dispone que las prohibiciones de ingreso “podrán ser suspendidas o revocadas de oficio o a petición de parte”, no señala ninguna causal de suspensión o revocación, por lo que debe entenderse que estos actos han quedado entregados a la más amplia discrecionalidad administrativa.

Luego, conviene hacer una referencia a las “expulsiones judiciales”, a las que el proyecto de ley también hace alusión en su artículo 122 y que, como se ha adelantado, son aquellas que proceden por aplicación del artículo 1° letra e) de la Ley n.° 18216, como medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad para extranjeros que han cometido ciertos delitos y que no residen legalmente en el país. Respecto de estas expulsiones, debe destacarse que el legislador estableció un plazo legal de prohibición de ingreso para quienes se vean afectados por ellas, al señalar en el artículo 34 inciso 3° de la referida ley:

“el condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena”.

Por último, cabe mencionar que el proyecto contempla, en su artículo 29, una hipótesis excepcional genérica a la aplicación de normas sobre prohibición de ingreso, al señalar:

“excepcionalmente, por causas de índole humanitaria, la policía podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no cumplan los requisitos”

establecidos por la ley y por el reglamento que se dicte. Se entiende que esta norma es aplicable también a personas sobre quienes pesa una prohibición de ingreso que no ha sido revocada, puesto que no tener prohibiciones de este tipo es precisamente uno de los requisitos que el artículo 24 exige para

su entrada al país (artículo 32 n.º 3). Qué debe entenderse por “causas de índole humanitaria”, es algo que deberá ser calificado por la Subsecretaría del Interior mediante una resolución, mientras que la posibilidad de subsumir o no en una de las causales que señale la Subsecretaría el caso concreto del extranjero que llegue al control fronterizo a pedir un ingreso humanitario, será tarea del policía de turno.

## 5. EL DERECHO CONSTITUCIONAL

### A ENTRAR AL TERRITORIO NACIONAL

Para analizar la constitucionalidad de las normas en comento, es necesario indagar primero y de manera particular en el contenido de la garantía del artículo 19 n.º 7 letra a) de la Carta Fundamental. Según esta norma,

“la Constitución asegura a todas las personas: (...) 7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”.

El exintegrante de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Alejandro Silva Bascuñán, refiriéndose al origen de este precepto, indica:

“durante la sesión 106 de la Comisión Ortúzar sostuvimos que debían distinguirse tres aspectos en relación a la materia: la libertad individual, la libertad de locomoción y la seguridad individual. En esa oportunidad definimos la *libertad individual* como ‘la facultad de cada persona para actuar en la forma que ella cree que es más favorable al desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones fundamentales... que lo que esté expresamente prohibido por la ley y lo que vaya en perjuicio de terceros’, la *de locomoción*, como ‘la libertad de permanencia en cualquier parte del territorio y la facultad de trasladarse de un punto a otro; de salir del territorio de la República y de entrar en él’, y la *seguridad individual* como ‘la garantía que tiene la persona de no ser repentinamente impedida en el ejercicio de su libertad individual mediante una detención que la imposibilite para actuar en todos los aspectos en que ella quiere desarrollar su actividad’”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> SILVA (2008), pp. 14-15.

Tratando de manera particular sobre la libertad contemplada en la letra a) del n.º 7 del artículo 19, a la que llama “libertad de locomoción, circulación, movilización, desplazamiento individual o ambulatoria”, la reconoce como una “consecuencia y expresión de la libertad personal”,<sup>10</sup> y enumera los derechos específicos que comprende:

- a) el derecho de residir en cualquier lugar de la república,
- b) el derecho de permanecer en cualquier lugar de la república,
- c) el derecho de trasladarse de un lugar a otro de la república y
- d) derecho de entrar y salir del territorio de la república, agregando respecto de este último, “sin que tampoco para ello se requiera autorización alguna”<sup>11</sup>.

En relación con la titularidad de este derecho, Alejandro Silva hace una especial referencia a los extranjeros, indicando al respecto:

“lo natural será abrir nuestras fronteras a los nacionales de otros Estados, ya que, como expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya transcrito (...), constituye un derecho del extranjero la circulación libre por el territorio de cualquier Estado, lo cual no puede ser objeto de restricción, salvo en los casos previstos en la ley”<sup>12</sup>.

Que los extranjeros son también titulares del derecho en análisis ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional al señalar:

“la Constitución, en materia de titularidad específica del derecho fundamental de libertad de locomoción, no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjero y nacional”<sup>13</sup>.

Si bien se ha constatado la inexistencia del reconocimiento internacional al derecho a inmigrar<sup>14</sup>, esto es, a “llegar a un país extranjero para radicarse en él”,<sup>15</sup> lo cierto es que “nuestra Carta Fundamental sí consagra el derecho de todo extranjero a entrar libremente a nuestro país”<sup>16</sup>, sin perjuicio de la facultad del legislador para regular –no para privar– su ejercicio<sup>17</sup>. Como ha dicho también el Tribunal Constitucional, la norma del artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución

<sup>10</sup> SILVA (2008), p. 17.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 24.

<sup>13</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), c. 30°.

<sup>14</sup> DIAZ (2016), p. 183-187.

<sup>15</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018).

<sup>16</sup> DIAZ (2016), p. 187.

<sup>17</sup> ALDUNATE (2003), p. 193.

“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”<sup>18</sup>.

La única condición, dice la Constitución, para que un extranjero pueda hacer ingreso al territorio nacional, es que “se guarden las normas establecidas en la ley” y que se evite “el perjuicio de terceros”.

## 6. LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD AMBULATORIA

Los derechos fundamentales no son atributos de carácter absoluto<sup>19</sup>, sino que su ejercicio “se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad”<sup>20</sup>. Según el artículo 19 n.º 7 letra a) ya citado, las limitaciones particulares que admite el ejercicio del derecho a la libertad ambulatoria son de dos clases:

- a) aquellas que nacen del respeto por los derechos de los demás, que son una exigencia del bien común y que impiden a su titular utilizar su derecho en perjuicio de otro y
- b) aquellas que provienen de una norma jurídica expresa que, en el caso de este derecho, solo puede encontrarse contenida en una de rango legal.

Siguiendo a Robert Alexy, Hugo Tórtora explica que solo la Constitución puede permitir la restricción de un derecho fundamental<sup>21</sup>, ya sea a través de una cláusula restrictiva contenida en su propio texto (restricciones directamente constitucionales) o, bien, mediante la delegación a otra autoridad, a quien se mandata la imposición de la limitación (restricciones indirectamente constitucionales).

En el caso del derecho a la libertad ambulatoria, el texto constitucional es claro: la restricción a este derecho solo puede hacerla el legislador. Si una autoridad distinta del Constituyente o del Congreso Nacional estableciera una restricción a cualquiera de los derechos que componen esta garantía, actuaría fuera del ámbito de su competencia, siendo su actuación inválida e inconstitucional (artículo 7º de la Constitución).

Es importante notar aquí, para los efectos de este trabajo, que la actividad limitadora que se encarga al legislador para la restricción de este

<sup>18</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), c. 38º.

<sup>19</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2014), pp. 624-625.

<sup>20</sup> TÓRTORA (2010), p. 168.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, pp. 176-177.

derecho fundamental se debe someter a una doble condición: por una parte, las restricciones impuestas deben estar justificadas razonablemente y, por otra, no pueden alterar el contenido esencial del derecho en cuestión<sup>22</sup>. Esta última condición es precisamente la que se contiene en el artículo 19 n.º 26 de nuestra Constitución:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Se volverá sobre este punto en el siguiente acápite.

En relación con las limitaciones a la libertad ambulatoria, Alejandro Silva Bascuñán señala:

el texto primitivo de la Carta de 1925 aludía a la obligación de guardar “los reglamentos de policía”, concepto vago que fue reemplazado mediante la ley de reforma constitucional N° 17.398, de 1971, y que el actual texto recoge<sup>23</sup>.

Para enfatizar la reserva legal que estableció el constituyente en esta materia, el mismo autor indica:

“no es posible consagrar aquí limitaciones de orden moral, o conceptual-genéricas, porque tiene que ser muy estricto el campo de la limitación. Este último no puede sino provenir de dos factores: mientras en el Derecho Público la autoridad sólo puede hacer aquello que le está expresamente autorizado, en el Derecho Privado, en la actividad general, los ciudadanos pueden hacer todo lo que deseen, salvo lo que esté prohibido expresamente por la ley. Toda forma de restricción debe estar, entonces, basada en lo que preceptúe el legislador”<sup>24</sup>.

Esta misma idea ha sido también destacada por José Luis Cea, quien, tratando específicamente sobre la garantía del artículo 19 n.º 7 letra a), estima que:

“imperla en la materia el principio de reserva legal con cualidad absoluta. Jamás por decreto u otra normativa inferior es procedente contemplar conceptos, requisitos, impedimentos o trámites en la especie. En otras

---

<sup>22</sup> TÓRTORA (2010), p. 177.

<sup>23</sup> SILVA (2008), p. 19.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, pp. 19-20.

palabras, trátase de un asunto delicado, para cuya normativa se exige por la Constitución el mayor grado de certeza o seguridad posibles, circunstancia que justifica la reserva legal fuerte que hemos destacado. Queda excluida, por ende, la delegación de facultades legislativas en el tópico, así como el desempeño de la potestad reglamentaria por el Primer Mandatario”<sup>25</sup>.

Lo mismo entiende Humberto Nogueira:

“Sólo la ley y nadie más que el legislador puede regular los casos y formas en que cabe la afectación de la libertad personal o libertad física. Sólo el legislador formal (el Congreso Nacional) puede regular los ámbitos de la libertad personal. La reserva de ley debe ir acompañada del principio de tipicidad, que permite establecer concretamente los supuestos de afectación de la libertad personal. La reserva de ley en esta materia es de carácter absoluta, por lo que ninguna afectación de la libertad personal puede efectuarse legítimamente sin estar prevista en la ley”<sup>26</sup>.

## 7. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS ANALIZADAS

Es indudable que la fijación de un plazo de prohibición de ingreso a un extranjero constituye una restricción a su derecho fundamental a ingresar al país. En consecuencia, resulta evidente la inconstitucionalidad de todas aquellas normas del proyecto que se han analizado que, en lugar de entregar la facultad de fijar estos plazos al legislador, como exige la Carta Fundamental, la delegan en autoridades administrativas y de policía.

Este grave vicio del proyecto de ley se ve agravado aún más en la medida que su articulado ni siquiera brinda a las autoridades migratorias algún parámetro para la determinación de dichos plazos, de manera que su margen de discrecionalidad en la materia es absoluto. Fuera del plazo de prohibición de ingreso de cinco años establecido en el artículo 32 n.º 3, aplicable al caso de los extranjeros que ingresan o egresan por pasos no habilitados, eludiendo el control policial o valiéndose de documentos falsos, adulterados o expedidos a nombre de otra persona y del plazo de diez años que contempla el artículo 34 de la Ley n.º 18216, aplicable a las expulsiones judiciales, no existe otro parámetro legal para la restricción de este derecho fundamental.

Como ya se ha adelantado, el hecho que las normas de los artículos 30, 89, 127, 129 y 133 no señalen plazos de prohibición de ingreso y que

---

<sup>25</sup> CEA (2012), p. 260.

<sup>26</sup> NOGUEIRA (2002), p. 164.

deleguen la facultad de fijarlos en autoridades administrativas e, incluso, policiales, permitirá que estas:

- a) establezcan plazos más breves o más extensos de manera expresa y discrecional,
- b) que señalen plazos expresamente indefinidos o
- c) que simplemente no señalen ningún plazo.

En atención al uso de la forma verbal 'podrá' en los artículos 89, 129 y 133 del proyecto, la Administración se entenderá autorizada para decretar prohibiciones de ingreso sin fijarles un plazo de vigencia de manera expresa, lo que tendrá el efecto tácito de impedir la entrada de los afectados al territorio nacional de forma indefinida, pues, como se estipula en el artículo 32 n.º 4, se encontrará prohibida la entrada al país de quienes "tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso, administrativa o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida". Los únicos casos que contempla el proyecto en los que "deberá" fijarse un plazo de prohibición son:

- a) aquel en el que el subsecretario del Interior, en virtud del artículo 129, ordene la expulsión por razones de seguridad interna o externa, previo examen de la Contraloría, norma que, como dijimos, está sentenciada a ser letra muerta, toda vez que una orden de expulsión podrá ser expedida en los mismos casos por el director nacional del Servicio de Migraciones, exenta del trámite de toma de razón y
- b) el caso del artículo 30, según el cual la Subsecretaría del Interior deberá fijar, mediante resolución exenta, la duración de los plazos de prohibición de ingreso para aquellos extranjeros que salgan del país sin haber pagado la multa que se le hubiere impuesto por alguna infracción migratoria.

Pero tampoco en estos casos se entregan parámetros al subsecretario del Interior para la determinación del tiempo que habrán de durar estas prohibiciones, por lo que nada impedirá que se extiendan por periodos que abarquen la vida entera del afectado.

Esta discrecionalidad absoluta, por otro lado, dará un amplio margen a la autoridad migratoria para fijar plazos de prohibición de ingreso según criterios que podrán variar a lo largo del tiempo y también entre las distintas regiones del país si, como se advirtió, podría entenderse que los directores regionales del Servicio de Migraciones también estarán facultados para señalar libremente plazos de prohibición de ingreso a los titulares de permisos de permanencia transitoria que ellos expulsen por haber vencido su autorización.

Aparte de esta variabilidad de criterios, preocupa la eventual falta de proporcionalidad con que podrían ser fijados los plazos de prohibición de ingreso. Como ya se adelantó, la actividad limitadora de los derechos funda-

mentales también se encuentra limitada, por lo que todas las restricciones al derecho deben ser “justificadas y proporcionales”<sup>27</sup>. Mientras la justificación tiene relación con la existencia de motivos razonables y no caprichosos, la proporcionalidad exige una “adecuada ponderación de los bienes jurídicos en juego”<sup>28</sup>. En este sentido, no parece razonable que un extranjero que no pagó una multa administrativa de baja cuantía antes de salir del país quede inhabilitado para regresar por el plazo de un año, como tampoco sería proporcionado que, quien habiendo sido obligado a abandonar el país por no haber podido acreditar sustento económico en un determinado momento por haber perdido su trabajo, sea impedido de entrar al territorio nacional por el resto de su vida. Debe recordarse que el extranjero infractor también es titular de derechos fundamentales que pueden verse lesionados con la prohibición de ingreso que se dicte en su contra, por lo que estos derechos deben ser ponderados por el legislador al momento de fijar los plazos dentro de los que se impedirá su retorno al país.

De todo lo anterior, resulta que en esta materia el proyecto de ley no es mejor que el preconstitucional y deficiente decreto ley n.º 1094, de 1975, que rige actualmente los asuntos de extranjería en nuestro país, que tampoco fija plazos de prohibición de ingreso para extranjeros que son objeto de medidas administrativas abandono o expulsión. La consecuencia de esta omisión en nuestra ley vigente es que la prohibición de ingreso que pesa sobre los extranjeros que son expulsados u obligados a abandonar el país se entiende en todos los casos como de plazo indefinido, lo que da origen en muchos casos a situaciones graves de desintegración familiar y de pérdida de bienes.

En efecto, en materia de expulsiones administrativas, el artículo 15 n.º 6 del decreto ley n.º 1094 establece un impedimento absoluto de ingresar al país para

“los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo, sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto”.

Y el artículo 16 n.º 2 del mismo cuerpo legal contempla una prohibición de ingreso según la cual

“podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de [...]: 2.- Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, y no estén comprendidos en el N° 6 del artículo anterior”,

---

<sup>27</sup> TÓRTORA (2010), p. 185.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 186.

vale decir, de aquellos que hayan sido expulsados por medio de una resolución del Intendente Regional o que hayan salido del país en virtud de una orden de abandono.

La situación que actualmente provoca el artículo 15 n.º 6 recién citado, y que el proyecto de ley pretende perpetuar, ya ha merecido duras críticas, en la medida que

“no sólo no [tiene] relación con la seguridad pública, sino que eventualmente su aplicación puede constituir una transgresión de otros derechos. Si una persona es deportada, no puede volver a ingresar ad eternum, salvo que la resolución sea revocada. Incluso, el artículo 87 inciso final del decreto ley, previene que ‘el hecho de otorgarse en el exterior alguna visación, no deroga el decreto de expulsión o la medida que impuso el abandono obligatorio del territorio nacional’. Al respecto, creemos que para impedir vulneración de derechos y trámites adicionales para instar por la revocación de la medida, si no se ha adoptado la misma por un período determinado, se debiera contemplar causales de expiración de la prohibición, sea por el transcurso del tiempo, sea por el cambio de circunstancias que motivaron la expulsión en su oportunidad, u otro”<sup>29</sup>.

Por esto mismo, expertos como Helena Olea han señalado que sería deseable que en la nueva ley de extranjería se determinara “un límite temporal y verificable” respecto de “todos los motivos de prohibición de ingreso”, tal como se ha hecho en el numeral 3º del artículo 32 del proyecto de ley<sup>30</sup>.

Es importante señalar que las prohibiciones de ingreso indefinidas o muy extensas constituyen claramente una afectación del contenido esencial del derecho a entrar al país, lo que está prohibido por el ya citado artículo 19 Nº 26 de nuestra Constitución. Como ha dicho el Tribunal Constitucional,

“un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”<sup>31</sup>.

Si se adopta una concepción absoluta dentro de la teoría de la esencia de los derechos fundamentales, según la cual

---

<sup>29</sup> DÍAZ (2016), p. 192.

<sup>30</sup> OLEA (2013), p. 145.

<sup>31</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987), c. 21º.

“el contenido esencial de los derechos constituye un límite absoluto que se determina con prescindencia de la colisión entre derechos o bienes jurídicos constitucionales en un caso en particular”,<sup>32</sup>

no requiere de mayor análisis la situación en la que queda el derecho de locomoción de quien se ve impedido de ejercerlo por muchos años o de por vida, ya que este acaba completamente desnaturalizado.

Si, por el contrario, se adopta una concepción relativa dentro de esta misma teoría, habría que entender que la eventual afectación del contenido esencial del derecho de locomoción “dependería de la ponderación entre éste y los intereses colisionantes en cada caso”<sup>33</sup>. La determinación de cuáles serían estos intereses colisionantes sería un asunto que habría que atender en cada situación particular, aunque es posible imaginar algunos ejemplos:

- a) el resguardo de los intereses fiscales, cuando un extranjero salga del país sin haber pagado una multa administrativa de dos unidades tributarias mensuales que se le impuso por haber prolongado su estadía unos días después de expirar su permiso de permanencia transitoria (artículo 30);
- b) evitar una mayor carga del sistema de protección social cuando un extranjero no sea capaz de acreditar medios de sustento que le permitan subsistir por su cuenta en Chile, lo que derivará en el rechazo de su solicitud de visa y su consecuente obligación de abandonar el país (artículo 86 n.º 4);
- c) la protección de la fe pública, cuando un extranjero use documentación falsificada para trámites migratorios, lo que motivará la revocación de su permiso de residencia y su obligación de irse de Chile (artículo 87 Nº 3);
- d) la defensa de la soberanía nacional, cuando un extranjero intente ingresar al país por un paso no habilitado, lo que derivará en una medida de devolución inmediata (artículos 32 n.º 3 y 127) y
- e) el resguardo de la salud pública, cuando un extranjero haya cometido un delito de tráfico ilícito de estupefacientes en cantidades pequeñas estando en el país, lo que motivará su expulsión (artículo 124 n.º 2, en relación con el artículo 32 n.º 5).

En todos estos casos será necesario practicar un examen de proporcionalidad para saber si la prohibición de ingreso que se imponga constituirá o no una intervención legítima en el núcleo protegido de la libertad ambulatoria del extranjero afectado y, por tanto, si su derecho deberá ceder frente al interés

---

<sup>32</sup> GARCÍA y CONTRERAS (2014), p. 187.

<sup>33</sup> *Ibid.*

del Estado. En este ejercicio de ponderación deberá tenerse en cuenta también la eventual afectación de otros derechos del extranjero, tales como su derecho de propiedad sobre bienes que haya dejado en Chile o su derecho a reunirse con su familia, así como el interés superior de sus hijos menores que, por ejemplo, se encuentren matriculados y estudiando en una escuela o estén sometidos a algún tratamiento médico en Chile, en caso que la prohibición de ingreso llegue a causar su separación respecto de ellos.

Al extranjero que se vea afectado por una prohibición de ingreso indefinida o muy extensa, le quedarán como únicas alternativas posibles para regresar al país la autorización de “ingreso humanitario” que contempla el artículo 29 del proyecto o la revocación de la prohibición por la autoridad migratoria que regula la parte final del artículo 133. En cualquier caso, estas dos opciones que tiene el extranjero de poder ejercer su derecho nuevamente se encontrarán sometidas a la decisión de una autoridad que goza de absoluta discrecionalidad, porque el proyecto de ley, en ninguno de estos dos casos, fija coordenadas respecto de qué debe entenderse por “causa de índole humanitaria” ni en qué casos o por qué motivos procedería la revocación de una prohibición de ingreso.

## 8. SOLUCIONES PROPUESTAS

Se estima que la solución al vicio de inconstitucionalidad de que adolecen los artículos 30, 89, 127, 129 y 133 del proyecto se resuelve si el legislador establece expresamente los plazos de prohibición de ingreso para los extranjeros que se encuentren en las distintas situaciones que estas normas regulan. Los periodos de tiempo que la ley fije para cada caso deberán ser aplicados en los actos administrativos que emanen de la autoridad migratoria –o de la Policía de Investigaciones en el caso del artículo 127– al momento de imponer las sanciones respectivas, pero en ningún caso podrán ser decididos por ella o modificados discrecionalmente, pues en tal caso se estaría infringiendo directamente lo establecido en el artículo 19 n.º 7 letra a) ya citado, que obliga a que cualquier limitación al derecho de las personas a entrar al país sea establecida exclusivamente por ley.

Se cree que la tarea legislativa de fijar estos plazos deberá prestar atención, una a una, a las diversas situaciones posibles por las que un extranjero puede ser objeto de una medida de abandono, de expulsión, de retorno asistido o de reconducción inmediata, o cuyo retorno se pueda impedir por no haber pagado una multa antes de salir del territorio nacional, teniendo en cuenta que los motivos que dan origen a cada una de estas sanciones pueden ser de diversa gravedad. Una posibilidad sería la elaboración de una tabla

con infracciones, sanciones y plazos, cuyo contenido pueda luego vertirse en el articulado de la ley. La confección de esta tabla debe ser fruto de un minucioso trabajo de análisis de:

- a) las distintas causas por las que se puede rechazar y revocar un permiso de residencia;
- b) los diversos motivos por los que se puede decretar una orden de expulsión o de retorno asistido;
- c) las diferentes hipótesis por las que procede la reconducción o devolución inmediata y
- d) las distintas cuantías de las multas que el extranjero que sale del país no ha pagado al momento de abandonar el territorio nacional.

La fijación de los plazos de prohibición de ingreso en cada caso ha de ser el resultado de un ejercicio de ponderación respecto de los bienes jurídicos que se busca proteger y de los que se pueden afectar en cada situación.

A propósito de ello, se reconoce como un avance positivo en este sentido el listado de criterios que enumera el inciso 2º del artículo 30 del proyecto, el que podría extenderse también a las demás situaciones. Si bien el plazo máximo de prohibición de cinco años que fija esta norma en abstracto parece excesivo, criterios como la gravedad de la sanción impuesta o el hecho de que el extranjero haya autodenunciado su infracción podrían aportar razonabilidad al ejercicio, lo mismo que aquellas consideraciones que también recoge el artículo 125 cuando entrega elementos a la autoridad al momento de decidir una expulsión.

En cualquier caso, y en razón de que la fijación de un plazo indefinido de prohibición de ingreso constituye una verdadera expoliación del derecho constitucional de entrar al país, cuyo núcleo esencial es intocable, se cree que este tipo de prohibiciones se debe erradicar del proyecto de ley. Asimismo, se estima que los plazos más largos de prohibición solo deben reservarse para los casos en que la orden de expulsión o de abandono tenga a la base la comisión de un delito grave por parte del extranjero. Siguiendo esta misma lógica, se estima que el plazo de cinco años que establece el artículo 32 n.º 3 del proyecto para los casos de extranjeros que han intentado ingresar al país sin someterse a un control migratorio (por pasos habilitados o no) es excesivo, toda vez que el propio proyecto señala en su artículo 9 que “la migración irregular no es constitutiva de delito”.

Por otra parte, se considera necesario que sea el legislador quien dé las directrices acerca de cuáles son aquellas “causas de índole humanitaria” de ingreso al país a que alude el artículo 29. Se propone que estas sean enumeradas por la ley de manera genérica, por ejemplo, sobre la base de normas internacionales aplicables que se encuentren vigentes en Chile, para que, caso a caso, sea la autoridad administrativa quien pondere si concurren o no

dichas causas, mas sin dejar esta norma como un concepto completamente indeterminado y entregado a la discrecionalidad administrativa, a riesgo de que el artículo pierda su operatividad.

Además, se propone que el legislador señale expresamente en el artículo 133 cuáles serán los motivos por los que se podrá pedir y conceder la suspensión o revocación de las prohibiciones de ingreso a que se refiere su parte final, indicando, asimismo, cuál es la autoridad que estará llamada a resolver estas suspensiones y revocaciones.

Por último, en cuanto a la descoordinación que se ha advertido entre los artículos 129 y 133, esta se resolverá si el legislador quita al subsecretario del Interior, al director nacional y a los directores regionales la facultad de fijar plazos de prohibición de ingreso al país, sin perjuicio de reservar al primero la posibilidad de calificar en qué casos graves procedería la aplicación de plazos más extensos fijados también por ley.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2003): “La titularidad de los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 1, N° 1: pp. 187-201. Disponible en [www.re-dalyc.org/pdf/820/82010110.pdf](http://www.re-dalyc.org/pdf/820/82010110.pdf)
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo II: pp. 255-262.
- DÍAZ TOLOSA, Regina (2016): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 1: pp. 179-220. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-52002016000100006&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002016000100006&lng=es&nrm=iso)
- GARCÍA PINO, Gonzalo y Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ (2014): “Diccionario Constitucional Chileno”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 55, año 2014: pp. 185-188 (“Contenido esencial de los derechos”); 598-602 (“Libertad de circulación y residencia”); 621-626 (“Límites a los derechos fundamentales”); 828-832 (“Soberanía”). Disponible en [www.academia.edu/9090161/Diccionario\\_Constitucional\\_Chileno](http://www.academia.edu/9090161/Diccionario_Constitucional_Chileno)
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): “La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIII: pp. 161-186. Disponible en <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2787/2370>
- OLEA RODRÍGUEZ, Helena (2013): “Derechos humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*, Universidad Diego Portales, Centro de Derechos Humanos: pp. 123-162.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018). “inmigrar” en *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=LeaJSjq> [fecha de consulta: mayo de 2019].

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2008): *Tratado de derecho constitucional*, (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo XII: pp. 9-26.

TÓRTORA ARAVENA, Hugo (2010): “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 2: pp. 167-200. Disponible en [www.redalyc.org/pdf/820/82015660007.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/820/82015660007.pdf)

### *Normas citadas*

Decreto ley n.º 1094 establece normas sobre extranjeros en Chile, 10 de julio de 1975.

### *Jurisprudencia citada*

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2012): Rol N° 21.751-2012, Alerte Daniel con Ubilla Mackenney Rodrigo y otro, 11 de julio de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987): Rol N° 43, 24 de febrero de 1987 (Control de constitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013): Rol N° 2273, 4 de julio de 2013 (Requerimiento de inaplicabilidad).