

Santiago, 22 de abril de 2019

Honorables Senadores de la República  
Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización  
Congreso Nacional  
Presente

Ref.: Opinión jurídica sobre algunos aspectos del  
Proyecto de Ley de Migraciones (Boletín N° 8970-06)

De mi consideración:

A través de este documento me permito compartir con los Honorables Senadores de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Congreso Nacional, una opinión jurídica acerca de algunos aspectos del **Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín N° 8970-06**, en el contexto del Segundo Trámite Constitucional de esta iniciativa.

La presente opinión apunta de manera particular a tres artículos del Proyecto de Ley y se limita a hacer consideraciones técnicas sobre los mismos desde el punto de vista de su constitucionalidad y coherencia. Se trata de los artículos 89, 129 y 133 del texto del Proyecto que fue remitido por la Cámara de Diputados al Senado el pasado mes de enero de 2019, especialmente en lo que se refiere a los **plazos de prohibición de ingreso al país que afectan (1) a los extranjeros cuyo permiso de residencia ha sido revocado o cuya solicitud de residencia ha sido rechazada y a quienes se impone el abandono del país y (2) a los extranjeros sobre quienes se dicta una medida de retorno asistido o una medida de expulsión.**

(1) Normas jurídicas en análisis

(a) Artículo 89

Según el artículo 89 del Proyecto de Ley: *“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.”*

De acuerdo a esta norma, en el caso de los extranjeros cuyas solicitudes de visa son rechazadas o cuyos permisos de residencia vigentes son revocados, y que, como consecuencia de ello, deben hacer abandono del país, la fijación de un plazo dentro del cual no podrán ingresar nuevamente al territorio nacional **es facultativa** para la autoridad migratoria.

Con esto, el Proyecto de Ley da a la autoridad dos alternativas al momento de dictar órdenes de abandono en estos casos: (i) **no fijar ningún plazo** dentro del cual el extranjero no podrá ingresar al país, lo que en la práctica tiene el efecto de hacer que la prohibición sea indefinida, o bien, (ii) **fijar un plazo de manera discrecional**.

(b) Artículo 129

A su turno, el artículo 129 del Proyecto de Ley establece la forma en que se deberá disponer la medida de expulsión y retorno asistido de extranjeros, contemplando en la misma norma dos hipótesis distintas: (i) 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”*; y (ii) una excepción, aplicable a casos calificados: *“Excepcionalmente, y sólo en casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior, podrá disponer el Subsecretario del Interior, mediante resolución fundada, la medida de expulsión de extranjeros.*

En relación con la primera hipótesis, se establece también que el Director Nacional del Servicio de Migraciones *“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”*.

En relación con la segunda hipótesis, se agrega que *“El acto administrativo de este último [del Subsecretario del Interior] 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.**”*

De lo anterior se puede concluir que los actos administrativos por medio de los cuales el Director Nacional y los Directores Regionales del Servicio de Migraciones dictan medidas de retorno asistido y medidas de expulsión **no tienen la obligación de establecer plazos** de prohibición de ingreso al país para los extranjeros que son objeto de tales medidas y, si lo hacen, **dichos plazos pueden ser fijados discrecionalmente** por la autoridad.

Adicionalmente, se establece como hipótesis excepcional que la prohibición de ingreso podrá emanar del Subsecretario del Interior por tratarse de una situación calificada y de especial

gravedad, en cuyo caso **podrá contemplar una prohibición de ingreso de plazo indefinido**. Tal acto administrativo, no obstante, deberá estar afecto al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República.

(c) Artículo 133

Finalmente, el artículo 133 del Proyecto de Ley 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. Esta medida también podrá disponerla mediante resolución afecta el Subsecretario del Interior en los casos calificados indicados en el artículo 129.”*

Esta norma reitera el carácter facultativo que tiene la fijación del plazo para la prohibición de ingreso de extranjeros por parte de la autoridad, confirmando la misma regla contenida en los artículos 89 y 129 ya referidos. Según esta norma, la regla general es que la autoridad migratoria *“podrá”* establecer un plazo de duración para la prohibición de ingreso, mientras que, en casos excepcionales, *“por razones graves y calificadas”*, este plazo podrá fijarse como indefinido.

Como se aprecia, esta norma **admite que la calificación de las situaciones excepcionales que dan origen a prohibiciones de ingreso indefinidas sea hecha por cualquier autoridad migratoria** y no sólo por el Subsecretario del Interior. Así, de acuerdo con este artículo, también el Director Nacional y los Directores Regionales del Servicio de Migraciones podrán fijar expresamente plazos indefinidos de prohibición de ingreso, **en contradicción con lo que señala el artículo 129**, que entrega esta facultad de manera exclusiva al Subsecretario del Interior.

Sin embargo, a diferencia de lo que señala el artículo 129, cuando la medida de prohibición de ingreso emane del Director Nacional o de los Directores Regionales del Servicio de Migraciones no estará afecto al trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República, aunque sea de plazo indefinido.

(2) Problemas que presentan estas normas

De acuerdo a lo señalado precedentemente, podemos decir que las normas en análisis, referidas a los casos de extranjeros a los que se les ordena el abandono del país o a los que se les impone una medida de retorno asistido o de expulsión:

(a) Permiten que el Director Nacional y los Directores Regionales del Servicio de Migraciones **no fijen ningún plazo** de prohibición de ingreso, lo que en la práctica implica que, tácitamente,

**estos plazos serán indefinidos**, como ocurre actualmente en el caso de las expulsiones administrativas, sin que se exija para estos casos el trámite de toma de razón.

(b) Al no establecer ningún límite, permiten que el Director Nacional y los Directores Regionales del Servicio de Migraciones **fijen discrecionalmente plazos** de prohibición de ingreso, sin que tales actos deban estar sometidos al trámite de toma de razón. Esto podría dar lugar a actos arbitrarios o desproporcionados, e incluso a actos que establezcan plazos extensos que, en la práctica, se conviertan en prohibiciones de ingreso que duren toda la vida del extranjero.

(c) Permiten que, tanto el Subsecretario del Interior como el Director Nacional y los Directores Regionales del Servicio de Migraciones, **en casos graves y calificados, fijen expresamente plazos indefinidos** de prohibición de ingreso. Sin embargo, sólo cuando estos actos emanen del Subsecretario del Interior estarán afectos al trámite de toma de razón.

(d) Son incongruentes, porque el artículo 129 establece que sólo el Subsecretario del Interior, por razones graves y calificadas, podrá establecer expresamente plazos indefinidos de prohibición de ingreso, mientras que el artículo 133 entrega esta misma facultad al Director Nacional y a los Directores Regionales del Servicio de Migraciones.

Creemos que, aparte de ser inconsistentes entre sí, estas normas presentan un grave problema de constitucionalidad, ya que pugnan con el derecho consagrado en el artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución Política de la República, como se explicará a continuación.

### (3) Fundamentos de la inconstitucionalidad de estas normas

Los actos administrativos mediante los cuales la autoridad migratoria prohíbe a un extranjero el ingreso al país son actos por los que el Estado ejerce soberanía dentro de las fronteras de su territorio. Estos actos se encuentran sujetos a la limitación establecida en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

Según el artículo 19 N° 7 letra a) de la Carta Fundamental, *“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”*.

Según esta norma constitucional, **la posibilidad de ingresar al territorio nacional es un derecho** del que toda persona, nacional o extranjera, es titular. Dado que el derecho a entrar al país supone que la persona se encuentre del otro lado de la frontera chilena, es lógico que la titularidad de este derecho debe alcanzar también a aquellas personas que, estando fuera del territorio nacional, deseen ingresar a él y sean objeto de actos por medio de los cuales la Administración del Estado ejerce su soberanía.

El ejercicio de este derecho se encuentra sometido, sin embargo, a una condición: que se guarden las normas establecidas por la ley chilena.

En atención a que una prohibición de ingreso constituye una **limitación al derecho de toda persona a entrar al país**, resulta necesario que esta prohibición y sus circunstancias **se encuentren reguladas por ley**, pues de lo contrario se estaría afectando un derecho fundamental de una manera prohibida por la Constitución.

En este sentido, el artículo 19 N° 26 de la Constitución dice: *“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.**”*

En este entendido, la fijación de un plazo de prohibición de ingreso al país para un extranjero no puede limitar su derecho a entrar al país en su esencia, y mucho menos quedar entregado a la discrecionalidad de la Administración.

No se discute aquí que la autoridad administrativa pueda prohibir el ingreso al país de ciertas personas extranjeras por motivos de interés nacional o de seguridad pública. Lo que se busca hacer presente es que **la fijación de los plazos de prohibición de ingreso no puede ser sino una tarea del legislador.**

Tal como se ha señalado, de aprobarse las normas en comento en la forma en que están redactadas, se estará admitiendo que la autoridad administrativa dicte prohibiciones de ingreso tácticamente indefinidas, desproporcionadas o con criterios variables, y sin pasar por el examen de juridicidad de la Contraloría General de la República. La excepción contemplada en el artículo 129, por la que el Subsecretario del Interior podrá establecer prohibiciones de ingreso indefinidas por *“razones graves y calificadas”* y que deberán estar afectas al trámite de toma de razón, será letra muerta.

También resulta preocupante el hecho que los actos que emanen del Director Nacional y de los Directores Regionales del Servicio de Migraciones, además, queden excluidos del trámite de

toma de razón. Es el propio artículo 129 el que establece que aquellos actos que contemplen prohibiciones de ingreso indefinidas deberán someterse al examen de la Contraloría, por considerar que tales actos merecen un mayor estándar de control. Luego, resulta incoherente que las resoluciones que emanen de autoridades migratorias de rango inferior al Subsecretario del Interior y que tendrán los mismos efectos de prohibir indefinidamente la entrada de extranjeros al territorio nacional, no queden afectas también a este trámite.

#### (4) Situación actual

La normativa actual relativa a esta materia nada dice respecto de los plazos de prohibición de ingreso para extranjeros que son objeto de medidas administrativas de expulsión. La consecuencia de esta omisión es que **la prohibición de ingreso que pesa sobre los extranjeros que son expulsados del país se entiende en todos los casos como de plazo indefinido**, dando origen en muchos casos a sanciones desproporcionadas.

En efecto, en materia de expulsiones administrativas, el artículo 15 N° 6 del Decreto Ley N° 1.094, 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”*. Esta norma es aplicable únicamente a los casos de expulsiones dictadas por decretos supremos del Ministerio del Interior, excluyéndose aquellas que son dictadas por las Intendencias Regionales<sup>1</sup>.

Respecto de este último caso, el artículo 16 N° 2 de la Ley de Extranjería contempla también una prohibición de ingreso, la que, sin embargo, es facultativa para la autoridad: *“Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros: 2.- Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, y no estén comprendidos en el N° 6 del artículo anterior”*. Esta prohibición vale asimismo para aquellas personas que hayan salido del país en virtud de una orden de abandono.

No obstante, en materia de expulsiones judiciales, esto es, de aquellas que proceden por aplicación del artículo 1° letra e) de la Ley N° 18.216, como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad para extranjeros que han cometido ciertos delitos y que no residen legalmente en el país, el legislador sí estableció un plazo de prohibición de ingreso. En efecto, el artículo 34 inciso 3° de la referida ley señala que *“El condenado extranjero al que se le aplicare*

---

<sup>1</sup> Según los incisos 1° y 2° del artículo 84 del Decreto Ley N° 1.094, *“La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes. No obstante, la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón.”*

*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”.*

(5) Solución propuesta

Estimamos que, como solución a este problema, **el legislador debe ser quien establezca los plazos** de prohibición a que los extranjeros que son conminados a abandonar el país o que son objeto de medidas de retorno asistido o de expulsión se encontrarán afectos respecto de nuevos ingresos al territorio nacional. Tales plazos legales deberán ser aplicados por la autoridad administrativa 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° 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.

Creemos que la tarea legislativa de fijar estos plazos deberá atender a las diversas situaciones posibles por las que un extranjero es obligado a abandonar el país o es expulsado del mismo, teniendo en cuenta que los motivos que dan origen a estas sanciones pueden ser de diversa gravedad. Así, no debería ser igual el plazo de prohibición de ingreso para aquel a quien le fue rechazada una solicitud de visa por no poder acreditar medios de sustento económico en un determinado momento que el plazo de prohibición de ingreso del que ha sido expulsado por haber cometido un delito de homicidio.

En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre en el caso del artículo 34 inciso 3° de la Ley N° 18.216 recién citado, el plazo de prohibición de ingreso que corresponda a la aplicación de sanciones administrativas no debería ser un plazo genérico aplicable a todos los casos, sino que **deberían existir plazos diversos, proporcionados a las distintas hipótesis de rechazo, revocación, reconducción inmediata o expulsión que contemple en definitiva la nueva ley.**

El plazo concreto que fije el legislador en cada caso deberá ser materia de la discusión propia del proceso de formación de la ley, y deberá atender a criterios de política migratoria y de política criminal, pero deberá tener en cuenta principalmente un **principio de proporcionalidad**, de manera que la sanción se ajuste realmente a la gravedad de la infracción que ha sido cometida por el extranjero. Se deberán considerar también los graves efectos que pueden tener las expulsiones de personas del territorio nacional, entre las que se puede mencionar principalmente la separación de familias y la pérdida de bienes, los que implican también muchas veces afectación de garantías constitucionales.

Tomás Pedro Greene Pinochet  
Abogado