

Santiago, diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Con fecha 17 de mayo de 2018, las señoras y los señores Diputados de la República, Miguel Ángel Calisto, Iván Flores García, Joanna Pérez Olea, Raúl Soto Mardones, Víctor Torres Jeldres, Daniel Verdessi Belemmi, Matías Walker Prieto, Marcela Hernando, Loreto Carvajal Ambiado, Ricardo Celis Araya, Cristina Girardi Lavín, Rodrigo González Torres, Tucapel Jiménez Fuentes, Carolina Marzán Pinto, René Alinco Bustos, Marisela Santibáñez Novoa, Hugo Gutiérrez Gálvez, Amaro Labra Sepúlveda, Daniel Núñez, René Saffirio, Camila Vallejo Downing, Florcita Alarcón Rojas, Alejandro Bernal Maldonado, Gabriel Boric Font, Jorge Brito Hasbún, Natalia Castillo Muñoz, Miguel Crispi Serrano, Renato Garín González, Félix González Gatica, Diego Ibáñez Cotroneo; Giorgio Jackson Drago, Vlado Mirosevic Verdugo, Claudia Mix Jiménez, Maite Orsini Pascual, Catalina Pérez Salinas, Camila Rojas Valderrama, Pablo Vidal Rojas, Gonzalo Winter Etcheberry, Gael Yeomans Araya, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Esteban Velásquez Núñez, Pedro Velásquez Seguel, Daniella Cicardini Neira, Emilia Nuyado, Jenny Álvarez Vera y Maya Fernández, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, han deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo N° 776, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que Establece Visto Consular de Turismo a Nacionales de Haití, publicado en el Diario Oficial con fecha 17 de abril de 2018.

I. TRAMITACIÓN DEL REQUERIMIENTO

El Pleno de esta Magistratura Constitucional, en resolución que rola a fojas 31, de 22 de mayo de 2018, acogió a trámite el referido requerimiento y ordenó ponerlo en conocimiento de S.E. el Presidente de la República y del señor Contralor General de la República, para que en su calidad de órganos constitucionales interesados, dentro del plazo de diez días, formularan las observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes sobre la materia. Luego, por resolución de 24 de mayo del mismo año, a fojas 35, lo declaró admisible.

Por su parte, en resolución de fecha 1 de junio de 2018, a fojas 51, por voto de mayoría, el Pleno del Tribunal denegó las solicitudes presentadas en el sexto otrosí del requerimiento de fojas 1 y, las que se formularon posteriormente a fojas 40, 43 y 49, en orden a decretar audiencias públicas en la causa, lo que fue posteriormente denegado, también, en resolución rolante a fojas 250.

Con fecha 1 de junio de 2018, a fojas 65, el señor Contralor General de la República, don Jorge Bermúdez Soto, formuló dentro de plazo observaciones de fondo respecto del requerimiento.

Finalmente, el día 3 de junio de 2018, a fojas 73, S.E. el Presidente de la República, don Sebastián Piñera Echeñique, en presentación suscrita también por el Ministro del Interior y Seguridad Pública, don Andrés Chadwick Piñera; por el Ministro de Relaciones Exteriores, don Roberto Ampuero Espinoza; y, por el Ministro Secretario General de la Presidencia, don Gonzalo Blumel Mac-Iver, formuló dentro de plazo observaciones respecto del libelo de fojas 1, solicitando su total rechazo, exponiendo que la totalidad de la preceptiva impugnada se encuentra ajustada a la Constitución Política de la República.

II. EL DECRETO SUPREMO IMPUGNADO

Los requirentes solicitan que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional el siguiente decreto supremo:

“MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA ESTABLECE VISTO CONSULAR DE TURISMO A NACIONALES DE HAITÍ

Núm. 776.- Santiago, 9 de abril de 2018.

Vistos:

Lo dispuesto en los artículos 24, 32 número 6 y 35, todos de la Constitución Política de la República; en el DFL 1-19.653 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; lo establecido en el decreto ley N° 1.094, de 1975, del Ministerio del Interior, que establece Normas sobre Extranjeros en Chile, especialmente en sus artículos 44 y siguientes y lo establecido en el decreto N° 597, de 1984, del Ministerio del Interior, que Aprueba el Nuevo Reglamento de Extranjería.

Considerando:

1.- Que es de interés nacional dotar al país de una migración ordenada, segura y regular.

2.- Que el aumento sostenido de ciudadanos de origen haitiano que ingresan al país con fines declarados de turismo

pero permanecen en Chile en situación irregular, es una realidad insoslayable.

3.- Que, al permanecer en Chile, más allá del tiempo previsto para los turistas, expone a los migrantes y a sus familias a ser objeto de redes de tráfico de personas y a otros riesgos derivados de su situación irregular en el país.

4.- Que tales circunstancias exigen una gestión integral que tienda a la gobernabilidad migratoria, permanencia regular en el país, protección al migrante y ejercicio pleno del estado de derecho.

Que, de conformidad a los fundamentos expuestos, vengo en dictar el siguiente:

Decreto:

Artículo único: *Dispóngase, como requisito para el ingreso al país con fines de recreo, deportivos, religiosos u otros similares, la obtención de Visto Consular de Turismo Simple con derecho a ingreso y permanencia en Chile en tal calidad, por el periodo legal que corresponda, a todo ciudadano haitiano que desee ingresar al país, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas.*

Lo dispuesto comenzará a regir a contar de la total tramitación del presente decreto.

*Anótese, tómese razón, comuníquese y publíquese.-
SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República.-
Andrés Chadwick Piñera, Ministro del Interior y Seguridad Pública.-
Roberto Ampuero Espinoza, Ministro de Relaciones Exteriores.*

*Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda
Atte. a Ud., Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior.”.*

III. CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO AL CONOCIMIENTO, DELIBERACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL. ALEGACIONES DE LAS PARTES

Fundamentaciones del requerimiento.

El conflicto que es presentado en autos contiene dos capítulos de inconstitucionalidad:

1. El acto administrativo carece de fundamentos razonables, por lo que vulnera el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental y,

2. El decreto supremo N° 776 viola el derecho constitucional a la igualdad ante la ley al establecer una discriminación arbitraria.

1. Vulneración al artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental

Comentan que dicha disposición establece el principio de juridicidad. Pilar del Estado de Derecho, busca resguardar la racionalidad de las decisiones de los órganos del Estado y el control sobre las mismas, buscando que éstas se encuentren fundadas en razones, siendo resorte del Estado el expresarlas. Unido a ello, comentan a fojas 7, “no basta con que éstas existan, den sustento al acto y se expresen, sino que además deben hallarse conforme a la Constitución y las leyes”, contraviniéndose la Carta Fundamental en caso contrario.

El Gobierno de Chile, al exigir un visado consular de turismo a los nacionales de Haití para ingresar como turistas a Chile, realiza una distinción entre grupos de personas en razón de su nacionalidad, cuestión que, por sí sola, señalan a fojas 7, constituye una “categoría sospechosa”. Luego, desde el artículo 45 de la Ley de Extranjería, refieren que en materia de requisitos para ingresar al país, sólo se admite excepcionalmente la distinción en base a nacionalidad por:

- a) razones de interés nacional y,
- b) motivos de reciprocidad.

El decreto supremo en cuestión no se justifica en ninguna de estas dos causales.

En la especie no existen motivos justificados de interés nacional. Éste también, está sujeto a límites y controles, como la debida motivación del acto administrativo en cuestión y la racionalidad de las medidas que sean decretadas en atención a la realidad.

Analizando los motivos explícitos que constan en el decreto impugnado, las y los parlamentarios requirentes exponen que sus motivaciones 2 y 3, generan reparos. Ello puesto que se menciona como una realidad insoslayable el aumento de personas haitianas que ingresan como turistas y se quedan en el país, cambiando de estatus migratorio.

En este acápite, comentan que el artículo 49 de la Ley de Extranjería permite el cambio de categoría migratoria, por lo que no existiría engaño alguno en ingresar como turista y posteriormente solicitar a la autoridad un cambio de calidad migratoria, cumpliendo la persona con los requisitos legales del caso.

Luego, nada malo hay en el aumento en Chile de personas de nacionalidad haitiana, realidad que en el contexto de la crecida de los flujos generales de inmigración, no justifica la medida contenida en el decreto impugnado, que no se aplica a personas de otras nacionalidades con comunidades más grandes, como la peruana y colombiana.

Y, en dicho contexto, arguyen que la permanencia migratoria irregular de las personas haitianas como realidad insoslayable es, a lo menos, dudosa. No se entregan cifras de esta presunta irregularidad que se encontraría en el colectivo haitiano ni tampoco la forma en que se produce dicha irregularidad. Así, exponen que no existen “hechos fidedignos y comprobados en los que el acto se apoya” (fojas 9).

Más bien, si la razón fuera el ingreso clandestino, aumentar las barreras de entrada a quienes quieren ingresar regularmente no soluciona el presunto problema, sino que puede agudizarlo. Los ingresos de turistas, como expone el propio decreto, son ingresos regulares. Por ello, lo expuesto, al no contarse con cifras concretas y confiables, son sólo conjeturas.

Por el contrario, comentan que las actividades de diversas asociaciones muestran que algunos inmigrantes haitianos serían engañados con la venta de contratos de trabajo falsos, cuestión que se extiende a personas de otras nacionalidades, no sólo a quienes vienen desde Haití a Chile. Conforme la legislación hoy vigente, dicho problema es atacable aunando esfuerzos en evitar las compras de estos contratos apócrifos y en buscar a sus responsables.

Por ello no se vislumbra un argumento razonable, exponen a fojas 11, para evidenciar que hay un aumento de personas haitianas en Chile que denote la necesidad de imponerles una visa consular para regular su ingreso a Chile y, tampoco, para entender que la mayoría de ellos, terminado el plazo de su permiso de turismo, residirá de manera irregular en Chile. Así, no hay un presunto interés nacional en la medida excepcional que contempla la preceptiva impugnada.

Acto seguido, y desde el numeral 3° considerativo del decreto, comentan que éste intenta conectar la supuesta residencia irregular de haitianos con el riesgo de tráfico de personas y otros

derivados de su situación irregular en el país, así como sus familias. Ello, aducen, no tiene sustento lógico. El tráfico de personas consiste en la promoción del ingreso irregular a un determinado Estado, por lo que existe este riesgo respecto de personas que ya residan en el territorio de un Estado de forma regular o irregular.

Señalar con la expresión “otros riesgos”, como refiere el decreto, derivado de la residencia irregular, es una afirmación carente de fundamentos y que no será contrarrestada con la política que impulsa el texto normativo cuestionado. Los riesgos para los migrantes irregulares alcanzan no sólo a los nacionales de Haití, sino que, a los de diversas nacionalidades.

De esta forma, hacen presente que las fundamentaciones del acto administrativo en cuestión, son carentes de datos exactos y fidedignos. Hay desconexión lógica entre sus premisas y sus conclusiones. Así, no constan motivos razonables para su dictación.

Unido a lo anterior, argumentan desde la ausencia de razonabilidad de la medida, en atención a la realidad contenida en su preceptiva.

Señalan que si bien esta Magistratura no puede pronunciarse sobre el mérito, oportunidad o conveniencia del decreto, no pueden dejar de considerarse ciertos elementos fácticos relacionados con la migración proveniente de Haití. No es éste el país con mayor población migrante en Chile, ni la nacionalidad de quienes más ingresaron a nuestro país en el último año, ni tampoco la nacionalidad de quienes mayoritariamente se quedaron en Chile habiendo ingresado como turistas, comparando, a vía ejemplar en su presentación, a fojas 14, a los nacionales de Argentina o Perú.

Ello, señalan, en un contexto general deficitario de cifras concretas sobre el fenómeno de la migración en Chile, permite asentar la crítica ya reseñada: no existen argumentos que denoten la necesidad de imponer la medida excepcional de visa consular de turismo a los nacionales de Haití.

Y, en segundo acápite de este primer capítulo de inconstitucionalidad alegado, exponen que no existen motivos de reciprocidad internacional que justifiquen la medida adoptada.

Señalan que éste guarda relación con el trato igualitario entre un Estado y otro en sus relaciones internacionales. En el caso analizado, los nacionales chilenos no necesitan un visado consular de turismo para ingresar a Haití, por lo que es claro que la medida no fue impuesta en atención a este principio.

2. El decreto supremo N° 776 viola el derecho constitucional a la igualdad ante la ley al establecer una discriminación arbitraria

Desde los artículo 1°, inciso final y 5°, inciso primero, de la Constitución, exponen que uno de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que limitan el poder del Estado, es el derecho a la igualdad de que trata el artículo 19, numeral 2° de la Constitución. Conforme éste, la igualdad es entre todos los seres humanos, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Así, las señoras y señores requirentes arguyen que si hay derechos para cuya titularidad se exige la condición de ser humano, esos derechos deben también ser distribuidos igualitariamente. Luego, debe permitirse lo que denominan a fojas 17 como “igualdad fáctica mínima”, en el sentido que el Estado debe facilitar a las personas el acceso a los bienes primarios que permitan la autorrealización del ser humano. Y, también, comentan que la preceptiva constitucional consagra el derecho al igual respeto y consideración: el ser humano responde sólo por actos voluntarios; no se le puede reprochar ni maltratar por eventos o cualidades sobre las cuales carece de toda posibilidad de control.

Esta última dimensión funda la proscripción de la arbitrariedad: hacer diferencias en atención a cualidades no voluntarias, lo que ha sido objeto de una extensa jurisprudencia constitucional por esta Magistratura y la Corte Suprema. Se trata, en definitiva, del principio de la igualdad y de no discriminación: la diferenciación razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas.

En el caso que se plantea en estos autos, exponen que al haberse materializado una distinción sobre la base de una categoría sospechosa, como lo es la nacionalidad, se provoca una diferenciación entre personas provenientes de diversos países que se encuentran en situaciones similares, de forma arbitraria -sin razón alguna o por mero capricho-, provocándose una contravención, con ello, a los límites materiales mandatados por la Constitución ante el ejercicio de soberanía, lo que genera una discriminación arbitraria o, una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, tanto desde el punto de vista de la legislación doméstica como en materias que exponen desde el derecho internacional y su jurisprudencia.

La propia Constitución, agregan, no distingue entre nacionales y extranjeros, diferencia que sólo se admite en ámbitos restringidos como el artículo 14. La Carta Fundamental es clara en

asegurar su catálogo de derechos fundamentales “a todas las personas”.

En la especie, al consagrarse un trato diferente y más gravoso para los nacionales de un país, sin dar argumentos razonables para ello, es que la exigencia de visa consular de turismo para nacionales de Haití deviene en contraria a la garantía prevista en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Los datos disponibles, no alcanzan a constituirse como base sólida para justificar el trato desigual que se instaura con esta normativa, no satisfaciendo, tampoco, el test de proporcionalidad, lo que implica necesariamente, comentan a fojas 21, que deba declararse la inconstitucionalidad del D.S. N° 776.

Por lo anterior, solicitan sea acogida la presentación incoada, declarándose la inconstitucional del D.S. N° 776, de 2018.

Observaciones del señor Contralor General de la República

A fojas 65, con fecha 1 de junio de 2018, el órgano Contralor se hace parte y evacúa traslado. Indica que fue tomada razón del acto administrativo cuestionado por estimarlo ajustado a derecho.

Comenta, desde los artículos 2°, 22 y 45 del D.L. N° 1.094, así como del artículo 2° del D.S. N° 597, de 1984, del Ministerio del Interior, que la regla general en la materia en discusión, en la exención de visación consular para fines de turismo, salvo que por motivos de interés nacional o reciprocidad se establezca dicha exigencia respecto a los nacionales de un Estado, a través de un decreto supremo suscrito por el Ministro del Interior y Seguridad Pública y del Ministro de Relaciones Exteriores.

Del análisis del acto impugnado, se tiene que éste no ha hecho más que establecer un visto consular para fines esencialmente transitorios, sustentado en el marco legal que lo permite.

En relación a las atribuciones del órgano contralor, comenta desde los artículos 98 y 99 de la Carta Fundamental, así como desde los artículos 1° y 10 de su Ley Orgánica Constitucional, que su función es ejercer un control de juridicidad de los actos a que den lugar las decisiones de las autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones, excediendo a su ámbito competencial ponderar los méritos del acto conveniencia de los mismos, lo que es potestad privativa de la administración activa.

Así, examinado el ya referido decreto supremo N° 776, se concluyó que éste se ajustaba a derecho, por lo que se cursó a tal efecto.

En cuanto a las alegaciones de inconstitucionalidad que enuncian las diputadas y los diputados requirentes, comenta que:

1. No es vulnerado el principio de juridicidad. El libelo incoado se encamina a cuestionar el mérito de la medida adoptada por la autoridad, lo que, conforme se comentó, no pudo ni puede ser objeto de análisis del órgano contralor.

Junto a ello, comenta que la falta de motivación de un acto administrativo no se configura por el hecho de que éste no contenga datos estadísticos, lo que no es un requisito que prevea el ordenamiento chileno.

Aducir que la inobservancia del principio de juridicidad se fundamenta en la emisión del decreto supremo por falta de fundamentación evidencia, más bien, en que no son compartidas las razones del Ejecutivo, lo que no corresponde calificar a la Contraloría General.

2. No es vulnerada, tampoco, el principio de igualdad ante la ley. Conforme se tiene del artículo 19, numeral 2° de la Carta Fundamental, es lícito establecer diferencias, con la condición de que éstas no sean arbitrarias.

El D.L. N° 1094, al establecer normas sobre extranjeros en Chile, permitiendo establecer un requisito de ingreso fundado en una razón de interés público o reciprocidad hace, precisamente, lo referido: crear diferencias no arbitrarias.

En el fondo se cuestiona con estos autos la constitucionalidad del D.L. N° 1.094, que consagra esta atribución y, en vista de ello, el control de constitucionalidad de la norma de ley con rango orgánico constitucional escapa al control preventivo de juridicidad de los actos administrativos por la Contraloría General de la República.

Observaciones de S.E. el Presidente de la República

A fojas 73, con fecha 3 de junio de 2018, el Jefe de Estado se hace parte y evacúa traslado, instando por la total desestimación del requerimiento presentado.

Como cuestión previa al análisis de los capítulos de inconstitucionalidad, expone que el requerimiento de autos ataca la motivación del decreto impugnado, desconociendo el contexto en el que fue dictado. Por ello, luego de efectuar un repaso histórico del

régimen de visados en Chile que comienza en 1914, expone que el D.L. N° 1.094, hoy vigente, establece los requisitos de entrada y salida del país y regula, también, la situación de los turistas. Éste contempla cuatro posibilidades:

1. sólo contar con pasaporte u otro documento nacional análogo;
2. obligación de contar con visado de turismo en los pasaportes;
3. situaciones especiales conforme a convenios y acuerdos suscritos por el Gobierno;
4. y, regulación especial de las personas provenientes de países con los cuales Chile no mantiene relaciones diplomáticas.

Comenta el Jefe de Estado que la política de migración chilena es la más antigua de Latinoamérica, y ha sido materias de diversos ajustes en el último tiempo. A dicho efecto expone iniciativas de su primera administración y, también, de los dos periodos constitucionales de la ex Presidenta señora Michelle Bachelet, en que se buscó una política migratoria segura, para promover y adoptar todas las medidas que busquen erradicar las acciones del crimen organizado transnacional, especialmente en materia de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.

En cuanto a los antecedentes de hecho, comenta que el régimen actual de visados en Chile implica constatar que la situación de Haití no es excepcionalísima ni discriminatoria en términos de la política del Estado de Chile en materia migratoria, lo que es exigido a 104 países. Como caso ejemplar, hace presente lo sucedido con República Dominicana, exigiéndose desde el año 2012 visa consular a las personas de esa nacionalidad para ingresar a Chile como turistas, lo que tuvo consecuencias en los flujos migratorios de dominicanos en Chile, con una disminución inicial y, luego, una tendencia alcista, lo que denota la transitoriedad de los efectos de la medida.

Con datos estadísticos expone al efecto que, de no haberse adoptado dicha medida, se habría posicionado a Chile como el destino preferido de la comunidad dominicana, con un importante aumento de los flujos de ingreso.

En lo concerniente a Haití, S.E. el Presidente de la República expone que entre 2014 y 2017 el número de haitianos aumentó en un 6.717%, esto es, se pasó de 1.649 a 112.414 personas, de las cuales 94 mil se encontrarían en situación irregular.

Analizado el saldo migratorio, se tiene que de cada 100 haitianos que ingresó a Chile declarando que lo hacía con fines de turismo, 98 se quedaron en suelo nacional.

Conforme lo expuesto, comenta que el 90% de los países del mundo también le exige visa de turismo a Haití. En Sudamérica sólo Argentina y Ecuador no lo exigen. Así, expone a fojas 95, que Chile no ha hecho más que aplicar lo que muchos otros países han hecho respecto a las tendencias migratorias actuales.

La situación expuesta da cuenta de un aumento exponencial e irregular del ingreso de nacionales de Haití a Chile en los últimos 3 años, incluyendo esto directamente en que los haitianos permanecían en Chile en una precaria situación, muy vulnerable y expuestos a fraudes, engaños y violencia.

Al ser obligación del Ejecutivo velar por la seguridad de los inmigrantes y, conforme a las facultades previstas en el D.L. N° 1.094, se determinó que la manera más efectiva y eficiente de otorgar esta protección, era mediante el establecimiento de un visto consular respecto de los ciudadanos haitianos, previo a su viaje, sin otro requisito extra ni restringir sus derechos como turistas.

El único objeto del visado, agrega, es velar por la seguridad de los inmigrantes haitianos, promoviendo un ingreso regular y transparente que limite los abusos de los que eran víctimas, como parte de un proceso general de regularización migratoria impulsada ya, hace más de diez años en que han participado diversos actores nacionales.

Analizando el requerimiento incoado, el señor Presidente de la República refiere que éste no cumple con un esencial requisito de comparar la normativa que prevé el decreto supremo impugnado con la Carta Fundamental. La argumentación en torno al artículo 7° de la Constitución sólo evidencia su falta de argumentación: la sanción a la infracción del actuar de la autoridad fuera del marco de la Constitución y la ley, genera en derecho la correspondiente nulidad de derecho público, materia propia de la justicia ordinaria y que sitúa al vicio alegado en uno de mera legalidad, ajeno a la competencia de esta Magistratura. El artículo 93 N° 16 constitucional, al exigir “cualquier vicio” descarta, desde ya, el de mera legalidad, puesto que todo acto administrativo se encuentra dotado de una presunción de legalidad.

Unido a lo anterior, la discriminación arbitraria alegada se funda en un contraste que tiene como parámetro normativo al D.L. N° 1094, Ley de Extranjería, el que sí permite realizar distinciones en base a la nacionalidad.

A dicho respecto, expone que el Tribunal Constitucional ha señalado que no corresponde utilizar el cuestionamiento a un decreto para pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes.

A lo anterior, agrega que el requerimiento está dirigido al mérito del decreto, no a su constitucionalidad. Se trata de una medida adoptada por la autoridad competente.

Las diputadas y los diputados requirentes no se encuentran conformes con la justificación expuesta en el texto normativo impugnado y, refiere a fojas 111 que, en un intento de camuflar un supuesto vicio de inconstitucionalidad, desarrollan alegaciones en relación a la racionalidad de la medida, lo que es una cuestión de mérito más que de contravención a la Carta Fundamental y que, así, escapa al ámbito competencial de esta Magistratura, análisis que se constata en su jurisprudencia, a lo que se agrega el necesario principio de deferencia que debe guiar la colaboración con los órganos democráticos, sin sustituirlos.

El D.S. impugnado se ajusta al principio de juridicidad, encontrándose razonablemente fundado.

Expone que la dictación del acto administrativo impugnado tiene fundamentos en cuerpos normativos que entregan atribución al Poder Ejecutivo para establecer la visación consular a turistas de nacionalidad haitiana previo a su ingreso a Chile. Así, refiere la Constitución Política, La Ley de Bases de Procedimientos Administrativos y el D.L. N° 1.094. El decreto en cuestión se ajusta a estas disposiciones, enmarcándose en el principio de juridicidad previsto en el artículo 7° de la Carta Fundamental.

Desde los artículos 24, 32 N°s 6 y 15 de la Carta Fundamental, comenta S. E. el Presidente de la República que su potestad reglamentaria se expresa en cuestiones como: ostentar rango constitucional, permitiéndole crear normas jurídicas innovadoras, que se expresa en decretos y reglamentos, en que él como órgano constitucional es titular, siendo obedecidos con la necesaria firma del o los ministros respectivos.

Para el ejercicio de esta potestad reglamentaria, el Jefe de Estado goza de una amplia discrecionalidad, dada la necesidad de que ésta sirva al interés público. Los intereses generales de la Administración no podrían ser cumplidos si esta potestad fuera rigidizada por la ley, puesto que el Presidente de la República ha sido designado democráticamente, gozando de un inequívoco carácter representativo, comenta a fojas 123.

En el caso de autos, expone que las circunstancias específicas requirieron la dictación del acto en cuestión. No ha sido prohibido el ingreso a Chile de ciudadanos haitianos; por el contrario, se controla su flujo para regularlo de acuerdo a la realidad imperante en el último tiempo, en que se han visto afectados, permaneciendo en nuestro país en situación irregular.

El acto en sí, está debidamente fundado. Éste se ajusta al mandato del D.L. n° 1.094, fundándose en el interés nacional de dotar al país de una migración ordenada, segura y regular, lo que exige una gestión integral sobre la gobernabilidad migratoria que incluya: la permanencia regular de extranjeros en Chile, la protección de los migrantes y el ejercicio pleno del Estado de Derecho.

Unido a lo anterior, el decreto supremo satisface estándares de motivación. Contiene los antecedentes de hecho considerados para dictar la medida, conforme consta en los considerandos 2° y 3° aumento sostenidos de ciudadanos de origen haitiano que ingresan a Chile como turistas pero permanecen de forma irregular.

El requerimiento debe ser desestimado puesto que el Decreto Supremo N° 776 no discrimina arbitrariamente a los ciudadanos haitianos, ajustándose a los test de razonabilidad y proporcionalidad

Conforme resulta claro en el Estado de Derecho, el decreto supremo dictado debe ajustarse a la Constitución y, en lo concerniente a este acápite, no vulnerar la igualdad ante la ley ni establecer algún tipo de discriminación arbitraria.

Desde la doctrina, comenta que se ha señalado que lo arbitrario es la circunstancia de derivar el acto en cuestión de la libre e irrestricta voluntad o capricho de quien lo realiza, careciendo de todo fundamento razonable.

A su turno, en la STC 2935, el Tribunal Constitucional ha sistematizado los elementos útiles para evaluar el principio constitucional de igualdad en relación a criterios de diferenciación, en cuanto a su razonabilidad y proporcionalidad. Así, aplicados los criterios a un caso de infracción de ley, debe considerarse que la medida limitativa consista en la diferenciación que se hace entre los destinatarios de la norma, identificando elementos como la finalidad que declara el legislador, la diferencia concreta de trato que establece el legislador y, el criterio de diferenciación.

Estos parámetros, comenta a fojas 156, son ampliamente satisfechos en el D.S. N° 776.

El fin es legítimo, puesto que se enmarca en una política de Estado en que el Presidente de la República es, a la sazón, Jefe de Estado, ostentando la potestad para establecer la política migratoria, con objetivos constitucional y legalmente válidos.

Luego, la diferencia de trato es razonable, tanto en función del interés nacional, como del bienestar de los migrantes haitianos. El propósito del acto no es hostil respecto a los nacionales de dicho país. El requerimiento, al formular diversas preguntas retóricas, no demuestra de forma clara y concreta una vulneración al mandato de igualdad constitucional. El decreto supremo se funda, conforme lo establece su texto, entre otras consideraciones, en una clara protección a los migrantes.

Finalmente, el criterio de diferenciación se basa en un criterio objetivo y relevante: la nacionalidad. La exigencia de visa consular se exige a extranjeros de 104 países del mundo, no formulándose alegaciones respecto a los nacionales de otras naciones, cuestión obvia pues, como lo ha establecido esta Magistratura, el que la nacionalidad sea un criterio de distinción en base al parámetro chileno/extranjero, no es prohibida por la Carta Fundamental.

Por último, en un capítulo anexo y desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, S.E. el Presidente de la República, en el capítulo V, a fojas 132 de su presentación, expone que no consta desde los instrumentos internacionales un derecho a inmigrar, esto es, un derecho a entrar a territorio extranjero, puesto que siempre quedará en manos del Estado, de acuerdo a su derecho interno, el establecimiento de reglas de admisión de extranjeros, cuestión afirmada claramente por Naciones Unidas.

Por las razones expuestas, solicita el rechazo del requerimiento deducido.

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

Concluida la tramitación de la causa, ésta fue decretada en relación con fecha 5 de junio de 2018, efectuándose la vista de estilo el día 7 del mismo mes y año, alegando por las señoras y señores diputados requirentes el abogado don Patricio Zapata Larraín; por el señor Contralor General de la República, la Consejera del Consejo de Defensa del Estado, abogada doña Ana María Hübner Guzmán; y, por S.E. el Presidente de la República, el abogado don Gastón Gómez Bernales, adoptándose acuerdo con igual fecha, conforme se certificó a fojas 282 de estos autos.

Y CONSIDERANDO:

CONFLICTO SOMETIDO A ESTA MAGISTRATURA

PRIMERO: Que, en la especie, se trata de un Decreto Supremo cuyo objetivo central es asegurar el cumplimiento efectivo de la ley. Específicamente, que los ciudadanos haitianos que viajan al país aduciendo la calidad de “turistas” lo hagan realmente “sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas”, como ordena la Ley sobre Extranjeros en Chile, DL N° 1.094, de 1975 (artículo 44).

El Decreto no prohíbe el ingreso a los ciudadanos haitianos. Establece otra cosa: que aquellos que deseen venir como turistas, previamente “registren” sus pasaportes mediante un visto consular, tal como establece la citada Ley sobre Extranjeros cuando así lo aconseja el “interés nacional” (artículo 45).

Dicho Decreto fue expedido por el Presidente de la República en su carácter de Jefe de Estado, responsable del orden público interno y de las relaciones internacionales según la Constitución (artículos 24 y 32). Siendo suscrito además por los Ministros respectivos, del Interior y Seguridad Pública y de Relaciones Exteriores, a la par de haber sido cursado sin reparos de constitucionalidad o de legalidad por la Contraloría General de la República;

SEGUNDO: Que, sin embargo, los diputados requirentes estiman que este Decreto Supremo N° 776, de 2018, ostentaría dos vicios de juridicidad: en primer término, porque al no adecuarse a la ley que ejecuta, ello implicaría no adecuarse al artículo 7° de la Constitución; en segundo lugar, porque establecería contra los ciudadanos haitianos una discriminación arbitraria, reñida con el artículo 19, N° 2, de la misma Carta Fundamental.

El primer vicio concierne al fundamento y al objeto del acto administrativo en tal Decreto aprobado. Como, en concepto de los requirentes, no existirían motivos justificados del “interés nacional” invocado ni habría necesidad racional de adoptar la medida excepcional de “visto consular”, se incumpliría la Ley de Extranjería (artículo 45) y, en consecuencia, se contravendría al mismo tiempo el principio de juridicidad previsto en la Constitución. Merced al cual los órganos del Estado no tienen más atribuciones que aquellas que expresamente les confieren la propia Constitución o las leyes (artículo 7°).

El segundo vicio atinge a los destinatarios del acto. Se objeta por los requirentes que, sin razón alguna o por mero capricho, se haría una distinción sobre la base de la nacionalidad contra los haitianos, en relación con otras personas provenientes de distintos países que se encontrarían en situaciones iguales o similares. El trato desmejorado que se estaría dando a los ciudadanos haitianos, de consiguiente, violaría el derecho que le asiste a estas personas para no ser víctimas de discriminaciones arbitrarias, reconocido en la Constitución (artículo 19, N° 2°, inciso segundo);

TERCERO: Que el primer reparo será descartado, porque no compete al Tribunal Constitucional revisar la legalidad de un acto administrativo. Tras un examen propiamente de constitucionalidad, enseguida esta sentencia desechará el reproche de que tal Decreto contendría un acto infundado o desmedido.

La segunda objeción será desestimada. Porque, al proceder como lo hizo, el Jefe de Estado aparece cumpliendo con sus deberes constitucionales y legales, sin establecer diferencias caprichosas ni medidas abusivas o desproporcionadas, conforme se mostrará;

LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO

CUARTO: Que el artículo 93, inciso primero, N° 16°, de la Carta Fundamental otorga al Tribunal Constitucional una específica competencia para “resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos”. En tanto, el artículo 110 de su Ley orgánica N° 17.997 reitera que esta “cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución”; al paso que el artículo 111, inciso segundo, indica perentoriamente que un requerimiento en tal sentido resulta inadmisibles “3. Cuando se funde en vicios de ilegalidad”.

De allí que en su jurisprudencia el Tribunal haya acotado que “no está facultado para pronunciarse sobre la legalidad de los decretos sino sólo sobre su constitucionalidad”, aunque al decir que un decreto es constitucional evidencia que también es legal, ello no significa que el Tribunal esté emitiendo un juicio sobre la legalidad del decreto (STC Rol N° 253, c°. 15°). Más ampliamente ha subrayado que en ejercicio de dicha competencia “corresponde a esta Magistratura cotejar directa e inmediatamente las decisiones contenidas en el decreto impugnado con las normas constitucionales que se estiman vulneradas, para concluir, de tal confrontación, si existe o no algún vicio que ponga o pueda poner

en contradicción este decreto con la Constitución Política” (STC Rol N° 1849, c° 1°).

Concluyendo que “no compete a este Tribunal pronunciarse sobre los posibles vicios de ilegalidad que, sin derivar en falta de inconstitucionalidad, pudiere presentar el decreto cuestionado” (STC Rol N° 1849, c°. 2°);

QUINTO: Que el tenor del artículo 7° de la Carta Fundamental, al prohibir que los órganos estatales actúen más allá de sus atribuciones legales, bajo pena de nulidad, ha llevado a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia administrativa a sostener que *-sensu stricto-* se confunden así los conceptos de legalidad y constitucionalidad (Dictamen N° 71.585 de 1970, de la Contraloría General, con relación al artículo 4° del cuerpo constitucional de 1925, precedente del citado artículo 7° actual).

Pero incluso de aceptarse el rigor de una simbiosis como esa, es lo cierto que ella debe compadecerse con la competencia asignada por la propia Carta Fundamental a los distintos órganos de control de juridicidad. A este respecto el Tribunal Constitucional ha sido tajante, valga reiterarlo, en orden a que un requerimiento en contra de un decreto supremo -basado en el mencionado artículo 93, N° 16°- debe dar por infringidas normas constitucionales y no infra constitucionales (STC Rol N° 2523, c°. 11°);

SEXTO: Que, en todo caso, debe anotarse que la Contraloría General de la República tomó razón del Decreto N° 776, con fecha 13 de abril de 2018, lo que le imprime aquella presunción de legalidad a que alude el artículo 3°, inciso octavo, de la Ley N° 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos. Misma que puede ser considerada por los órganos jurisdiccionales cuando, como aquí acontece, mediante Dictamen N° 20.745 de 2018, el Sr. Contralor concurrió a explicitar pormenorizadamente las causas que lo llevaron a tramitar sin reparos el acto examinado, además de comparecer a la vista de este proceso el 7 de junio de 2018, a través del Consejo de Defensa del Estado, ratificando la plena conformidad del DS N° 776 con la Ley sobre Extranjeros en Chile.

En estas condiciones, pues, el Tribunal Constitucional considera que el parecer ilustrado de la Contraloría General contiene calificados elementos de juicio, para dar por establecido que el Decreto en cuestión se ajusta a la ley que le sirve de sostén, siguiendo el criterio otras veces ocupado ante reclamaciones análogas (STC Rol N° 1849, c°. 12°).

Lo cual, desde luego, debe entenderse sin perjuicio del derecho de los afectados para reclamar directamente la ilegalidad

de cualquier decreto ante los Tribunales de Justicia, al amparo de los artículos 20 o 38, inciso segundo, de la Carta Fundamental, aun tratándose de actos administrativos generales o reglamentarios si - acorde con la jurisprudencia judicial- no requieren para aplicarse la mediación de algún acto administrativo concreto o singular;

SÉPTIMO: Que el curso de estas acotaciones lleva al Tribunal Constitucional a constreñirse dentro del rol exacto que le corresponde dentro de la institucionalidad, evitando realizar exámenes de mera legalidad para pasar, en su lugar, a cotejar directamente el Decreto de que se trata con la Carta Fundamental. Concretamente, en cuanto a la motivación y al objeto de la decisión adoptada, comoquiera que a los diputados requirentes les parece que no existen hechos fidedignos y comprobados que sustenten la dictación del referido Decreto N° 776, además de que la exigencia del trámite consular no sería racional.

Ambas impugnaciones serán compulsadas a la luz de la Constitución. No sin antes consignar que, a estos efectos, no serán consideradas las apreciaciones planteadas en autos por los ocurrentes, en cuanto a que aumentar las barreras de entrada podría agudizar el problema en vez de solucionarlo; a la falta de consideración en que incurriría el Gobierno hacia la experiencia alcanzada en estos temas por parte de la sociedad civil o algunas organizaciones no gubernamentales; a que la irregularidad migratoria podría ser atacada por otros medios y esfuerzos conjuntos; o a que el previo visto consular no evitaría una posterior residencia irregular.

Tales estimaciones dan cuenta de una legítima discrepancia de opiniones, propia del foro político. Mas, se entenderá que el Tribunal Constitucional no puede inmiscuirse en este género de debates, sin riesgo de ser censurado de activismo o de incurrir en un creacionismo jurídico muy cerca de la frontera de aquello que se acostumbra denominar "mérito político";

OCTAVO: Que, esto salvado, llevan razón los requirentes cuando apuntan al Tribunal Constitucional como instancia máxima de control de constitucionalidad de los decretos supremos. Lo cual - en este caso- involucra examinar el ejercicio de las competencias que al Presidente de la República le concede la ley, no de acuerdo a esta ley, sino que de frente al mandato constitucional que obliga a los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y a las demás normas dictadas conforme a ella, acorde con los artículos 6° y 7° del mismo texto fundamental.

Es de conformidad con los principios de racionalidad e imparcialidad preludiados en la Constitución, y luego cristalizados en la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que en nuestro régimen jurídico cabe examinar la validez del acto administrativo, puestos a ilegitimar la expresión de cualquier poder arbitrario.

De donde se sigue que, desde la óptica constitucional, el Decreto controvertido habrá de responder a unos motivos o razones que alejen toda idea de que -por su intermedio- se estaría disponiendo de las personas a fuerza de pura voluntad o al modo de un propietario, arbitrariamente. Esto es, de una manera reñida con las Bases de la Institucionalidad y con los principios básicos en que se funda la existencia misma de la Administración del Estado;

NOVENO: Que una profusa normativa constitucional (artículos 1°, incisos primero y cuarto; 8°, inciso primero; 19, N° 3°, inciso sexto, y 38, inciso primero) así como legal (artículos 55 de la Ley N° 18.575 y 11 de la Ley N° 19.880), exige a los actos administrativos basarse en unos motivos de hecho reales y pertinentes, de aquellos que permite invocar la ley que sirve de premisa normativa a la decisión tomada.

Como indica el catedrático don Tomás-Ramón Fernández: “Comprobar si la realidad de los hechos ha sido o no falseada, si se ha tomado en consideración algún factor no relevante según la ley o si no se ha tenido en cuenta alguno que, de acuerdo con esa ley, lo sea efectivamente para adoptar la decisión que ésta hace posible, si se ha obviado o no el mayor peso o mayor valor de alguno de los factores legalmente relevantes o si, de tener todos aquellos el mismo valor, no se ha razonado la concreta opción a favor del que se ha considerado decisivo o el razonamiento concretamente aportado adolece de errores lógicos o resulta inconsistente con la realidad de los hechos, son hitos o pasos imprescindibles del test de racionalidad que toda decisión discrecional debe superar para merecer el calificativo de racional y no arbitraria” (Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández, *El Derecho y el Revés*, Editorial Ariel de Barcelona, 4ª edición-2006, pág. 144);

DÉCIMO: Que, sobre el particular, el considerando 2° del DS N° 776 apela -como motivación de hecho- al “aumento sostenido de ciudadanos de origen haitiano que ingresan al país con fines declarados de turismo pero permanecen en Chile en situación irregular, es una realidad insoslayable”. Lo que viene siendo cuestionado por los diputados requirentes, ya que se trataría de una afirmación “dudosa” y que “no se demuestra con cifras” (fs. 9).

El Presidente de la República, por su parte, al formular observaciones a este requerimiento, ha informado “La especial situación de los ciudadanos haitianos”, aportando abundante “evidencia empírica” en este proceso (fs. 91-97). Siendo de resaltar su conclusión, consistente en que “la gran mayoría de los ciudadanos haitianos que vienen como turistas en los últimos dos años, el 61% no realiza ningún trámite de solicitud de visa y cae en irregularidad. Ahora bien, del 39% restante que solicita visa, más de la mitad de ellos (51%) presenta documentación falsa, lo que atenta contra la seguridad y regularidad del migrante y genera dificultades para definir políticas públicas para nuestro país” (fs. 95).

Entonces, si bien en su momento podía criticarse la concisión de la motivación fáctica dada en el Decreto, en definitiva se han allegado esos datos complementarios que echaban en falta los requirentes, circunstancia que permite dar por salvado el reparo a este respecto. En el entendido que los antecedentes reportados -al no haber sido objetados de contrario- conforman el sustento fáctico cierto de la determinación tomada;

DECIMOPRIMERO: Que, tocante al considerando 3° del Decreto analizado, éste señala que “al permanecer en Chile, más allá del tiempo previsto para los turistas, expone a los migrantes y a sus familias a ser objeto de redes de tráfico de personas y a otros riesgos derivados de su situación irregular en el país”.

Se trata, evidentemente, de una prospectiva que, como toda anticipación de futuro, puede ser negada como incierta o derechamente inverosímil, para ser contrastada, a su vez, con otra conjetura inversa, basada en la experiencia nacional, comparada y la literatura, como hacen aquí los diputados requirentes (fs. 11-12).

Pero sea que la ausencia de evidencia -acerca de este tópico- se impute al decreto presidencial o al requerimiento parlamentario, a la postre el argumento vertido a propósito del considerando 2° del Decreto N° 776 sería condición suficiente para tener por configurada una de aquellas “razones de interés nacional” requeridas por el artículo 45 de la Ley sobre Extranjeros en Chile, según lo determinaron en su oportunidad las autoridades correspondientes;

DECIMOSEGUNDO: Que, ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional carece de competencia para revisar en esta instancia la constitucionalidad de la ley, al emplear un concepto tan indeterminado como el “interés nacional”, sí le es dable aseverar que la medida decretada atestigua una razón calificada de bien común general, respaldada por el artículo 1°, inciso cuarto, de la

Carta Fundamental, al proveer antecedentes ciertos de una situación que no estaba establecida u ofrecía dudas, relativa a los múltiples problemas globales que para el país traen aparejados los indocumentados.

Denotando además el intento por vertebrar una política de Estado sobre la migración, más o menos acertada, pero en ningún caso inconstitucional. Un antecedente revelador, en esta disposición, es que el mismo día en que se despachó por el Gobierno el Decreto Supremo N° 776, el 9 de abril de 2018, a un tiempo se remitió a la Cámara de Diputados el mensaje N° 008-366, donde el Presidente de la República formula un conjunto de indicaciones al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06);

DECIMOTERCERO: Que, una vez aclarado que el Decreto Supremo N° 776 recoge un acto administrativo ajustado al derecho constitucional, en cuanto a sus fundamentos y finalidad, esto es, que en lo concerniente al porqué y al para qué ha sido dictado no merece los reproches de juridicidad que le imputan los congresistas reclamantes, procede a continuación examinar qué objeto declara: la exigencia para los turistas de origen haitiano de obtener un previo “visto consular”.

En este orden de consideraciones, debe darse por supuesto que dicho “visto consular” es el mismo “registro previo” a que alude el artículo 45 de la Ley sobre Extranjeros en Chile, como trámite exigible a los turistas cuando así lo demanda el interés nacional. E igualmente debe darse por sabido que el aludido “registro” de los pasaportes de turistas no importa una “visación” de ellos, como trámite distinto que se encuentra definido en el artículo 5° de la misma ley, tal cual se dejó constancia en la historia del DL N° 1.256 (Boletín 1657-06, de la Junta de Gobierno), que introdujo la posibilidad de demandar esta gestión consular previa;

DECIMOCUARTO: Que, precisado lo anterior, debe desecharse la idea de que, en la especie, existiría una suerte de competencia discrecional, que le permitiría a la autoridad optar entre requerir dicho registro previo (según el artículo 45) o seguir accediendo al cambio de categoría migratoria, que le permitía a estos inmigrantes ingresar como turistas y, una vez ya instalados en el país, proceder a cambiarlos a la calidad de residentes (según el artículo 49 de la propia Ley de Extranjería).

Si bien una cierta lenidad podía dar cabida a este último mecanismo, habiendo devenido en un fenómeno masivo y constante, sin que el país se encuentre preparado para acoger

debidamente a este ingente número de personas, resultaría un efugio no reconducirlas hacia aquella única norma -el artículo 45 de la Ley de Extranjería- que permite actuar a la autoridad en las referidas condiciones.

Tampoco se ha demostrado en autos que la nueva exigencia de que se trata, un simple depósito de antecedentes con miras a impedir el acceso al registro de actos abusivos o ilegítimos, resultaría más gravosa para los turistas haitianos, en comparación con aquella otra sugerida por los reclamantes, de regularizar a posteriori su situación pidiendo el cambio de categoría migratoria (fs. 9), puesto que ambos procedimientos implican realizar trámites más o menos análogos;

DIFERENCIA PERMITIDA

DECIMOQUINTO: Que, en torno al segundo reparo formulado por los diputados requirentes, una idea central habrá de presidir su análisis, a saber: que, independientemente de que se perciban las alusiones a la nacionalidad como una “categoría sospechosa”, en el ordenamiento positivo no ha desaparecido el estrato jurídico de los “extranjeros” ni las consecuencias lícitas que se derivan de ello. Las personas, dice el Código Civil, “divídense en chilenos y extranjeros” (artículo 55).

Es natural que tal diferencia se manifieste -entre otras materias- en la necesidad de un estatuto legal que module el ingreso de los extranjeros al país, cuyo es el caso del DL N° 1.094. Contemplando a este efecto las categorías de turistas, residentes e inmigrantes, nítidamente diferenciadas entre sí por factores objetivos e impersonales, que nada tienen que ver con el odio, la xenofobia ni con ningún otro sentimiento espurio o ánimo de hostilidad.

Esto es complementado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, primeramente, no reconoce un derecho de los extranjeros para entrar al territorio de un Estado, lo que queda entregado a la legislación interna de cada país, y que, en segundo término, les asegura cierta libertad de circulación y de residencia a aquellos extranjeros que ya se encuentran legalmente en el territorio de un Estado;

DECIMOSEXTO: Que, lo dicho, no puede interpretarse en el sentido de que el Estado chileno -al dictar sus leyes o decretos- pueda comportarse “arbitrariamente” con los extranjeros. El que se le conceda un espacio de discrecionalidad para regular el ingreso,

estadía y permanencia de los extranjeros en el país, en ejercicio de la soberanía, tal como apuntan acá los diputados requirentes, no significa que las autoridades de caso queden investidas de un poder que, por libérrimo, pueda llegar al extremo de abolir principios tan caros al orden institucional como son los de racionalidad e imparcialidad, antes explicados.

Nada más consecuente con el Derecho Público chileno que entender la proscripción de la arbitrariedad -formulada además en la prohibición de que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”- como parte integrante de las Bases de la Institucionalidad;

DECIMOSEPTIMO: Que convéngase a continuación que tanto la Ley sobre Extranjeros en Chile, como el Reglamento de Extranjería dictado en cumplimiento del mandato contenido en el inciso segundo de su artículo 96, y aprobado por DS N° 597, del Ministerio del Interior, de 1984, pueden válidamente regular el ingreso al país del común de los “extranjeros”, aunque sin hacer distinciones entre ellos según “nacionalidad”, precisamente por tratarse ambos de actos abstractos y generales.

Empero, el artículo 45 de esa Ley sobre Extranjeros sí faculta a la autoridad para hacer una diferencia según nacionalidad, por razones de interés nacional y a objeto de registrar previamente sus pasaportes de turistas. Por eso es que el DS N° 776, emitido en su virtud, no hace las veces de un reglamento ilícito, estableciendo que la ley se vaya a aplicar en el futuro exclusivamente a los turistas haitianos, ni excluye a priori la posibilidad de requerir el registro a otros ciudadanos extranjeros, mediante otro decreto supremo que se pueda dictar en el porvenir, ante situaciones análogas.

Así que la queja del requerimiento (fs. 9), de que no existiría simetría entre los haitianos con relación a las personas peruanas o colombianas que forman las comunidades más grandes en Chile, carece de pertinencia, puesto que se está en presencia aquí de un decreto presidencial que, por su propia naturaleza y por mandato legal, debe efectuar diferencias en razón justamente de la nacionalidad de sus destinatarios. Si el problema que el Decreto objetado trata de remediar se ha producido en relación con los turistas haitianos, es obvio que el mismo tratamiento no se puede hacer extensivo a los turistas provenientes de otro país, sin riesgo de incurrir en una indebida equiparación entre desiguales;

DECIMOCTAVO: Que, hechas las aclaraciones precedentes, corresponde finalmente contrastar dicha decisión gubernamental

con el principio de que todos quienes emiten declaraciones de voluntad en ejercicio de potestades públicas, deben ser racionales en su actuar. Lo que en esta sede se hará teniendo en cuenta tanto el contenido del Decreto impugnado, como los demás antecedentes acompañados a este proceso constitucional.

Será necesario examinar, pues, de acuerdo al texto y a los antecedentes hasta ahora presentados, si el Decreto Supremo N° 776 respeta la racionalidad exigida por la Constitución Política de la República; examen que se extiende a los fines buscados por la autoridad, al medio empleado, y la relación de adecuación entre ambos;

DECIMONOVENO: Que, en concreto, el Decreto de que se trata innova en el ordenamiento jurídico objetivo, al exigir a los ciudadanos haitianos que posean la calidad de turistas, registrar previamente sus antecedentes en el consulado chileno antes de que se trasladen a Chile. Este es el medio en pos de la finalidad buscada por el Decreto Supremo, cual es el efectivo cumplimiento de las leyes que regulan el ingreso de personas a Chile en calidad de turistas.

Son estos los elementos que se desprenden de la fundamentación declarada en el propio acto decisorio y de la connotación del concepto de “interés nacional” efectuado por el Gobierno, a la luz de la evidencia empírica acompañada y los dichos expresados ante estos estrados.

Todo lo cual permite aseverar que el fin señalado es racional y constitucional, comoquiera que responde a la función de ejecución del DL N° 1.094 que la Constitución ha encargado al Ejecutivo. El medio también se presenta como racional, pues el registro es una de las alternativas para lograr el cumplimiento de la legislación de inmigración, siendo además el menos drástico, en comparación con otros arbitrios contemplados en la ley, como son la prohibición de inmigrar (artículo 2°, inciso segundo) o el establecimiento de permisos o visas por reglamento (artículo 13, inciso segundo). En este sentido el registro favorece que el Estado de Chile se cerciore de la identidad de aquellos que se internan a Chile. Finalmente, la relación entre el medio escogido y la finalidad señalada también satisface la racionalidad, en cuanto el medio se presenta como apto para avanzar en la consecución del fin propuesto;

Y VISTO, además, lo dispuesto en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE: Que se rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad deducido a fojas uno, respecto del Decreto Supremo N° 776, de 9 de abril de 2018, del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, que Establece Visto Consular de Turismo a Nacionales de Haití, publicado en el Diario Oficial de 17 de abril de 2018.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, quienes estuvieron por acoger la impugnación de autos, en virtud de las siguientes argumentaciones:

I.- Conflicto constitucional planteado

1. Un grupo de parlamentarios recurrió ante el Tribunal Constitucional, en el marco de la atribución dispuesta en el numeral 16° del artículo 93 de la Constitución, con el objeto de cuestionar la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 776, de 2018, del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, en virtud de los cuales se les exigió un visto consular previo para el ingreso a Chile “a todo ciudadano haitiano que desee ingresar al país, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas”.

2. Las vulneraciones alegadas por los requirentes se refieren a la ausencia de motivación del Decreto Supremo aludido, infringiendo el artículo 7° de la Constitución. Los requirentes entienden como un elemento inherente al principio de juridicidad la existencia de una motivación razonada y ponderada que justifique una medida de esta naturaleza en el acto administrativo indicado la que es deficitaria. En segundo lugar, la medida misma es entendida como un acto discriminatorio puesto que restringe su aplicación a una minoría específica de migrantes de nacionalidad haitiana, generando un trato desigual en nombre de un principio estatal más global de ordenamiento migratorio, en circunstancias de que se trata de la sexta representación de extranjeros en el país. Esta cuestión la estima vulneratoria del artículo 19, numeral 2° de la Constitución por no sortear un test de proporcionalidad.

II.- Los dilemas previos y los supuestos del conflicto constitucional

3. La migración es uno de los principales problemas de los últimos tres siglos y este requerimiento se da en un contexto de amplias reflexiones mundiales de este desafío. Solo en estos días hay sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de otros tribunales, modelos nacionales pro-migración o anti-migración y un acuerdo migratorio de los 28 países de la Unión Europea. No serán estas decisiones las últimas fórmulas que encuentre la humanidad como modo de solución de este dilema contemporáneo, sino que más bien es y será un continuo problemático. Por lo mismo, la prudencia es la postura que adoptaremos en el enjuiciamiento de este caso específicamente chileno.

4. La prudencia implica un montón de supuestos. Primero, que debemos saber distinguir qué cuestiones decidiremos. Segundo, que cosas están fuera de la órbita de competencia del Tribunal Constitucional. Tercero, identificar y traer a la vista de todos los supuestos desde dónde decidiremos. Finalmente, identificar dentro de estas cuestiones previas, qué asuntos no dividen al Tribunal y que pueden ser asumidos como supuestos comunes de este diálogo.

III.- Lo que decidiremos

5. Son tres cuestiones sobre las cuales tendremos un pronunciamiento. Por una parte, la existencia de motivación de la decisión del decreto migratorio haitiano. Esto dará origen a dos tipos de reflexiones. Primero, a la juridicidad del decreto mismo y a la existencia de potestades constitucionales, legales y reglamentarias que derivaron en su determinación. En segundo lugar, a la cuestión propiamente de las motivaciones de dicha decisión y de cómo se entendería que configurarían una infracción constitucional. Y, finalmente, lo medular, esto es, el juicio de igualdad del decreto indicado a la luz del artículo 19, numeral 2° de la Constitución en el marco de todo el ordenamiento. En síntesis estudiaremos tres dilemas: juridicidad formal, motivación y test de discriminación.

IV.- Lo que no decidiremos

6. En el caso planteado no está en juego la efectividad y eficacia de la medida adoptada, vista tanto en sí misma como en una perspectiva comparada en relación a otros gobiernos.

7. Por cierto, que es ajena a las capacidades del Tribunal Constitucional la evaluación de la bondad o maldad de la iniciativa ni su valoración social, política o económica.

8. Tampoco examinaremos la coherencia de una decisión migratoria restrictiva en el marco de las decisiones económicas que ha adoptado nuestro país en orden a privilegiar la apertura económica; el máximo flujo de bienes y servicios globalizados; la libre transferencia e instalación de empresas y empleos de casi cualquier lugar del mundo.

9. De la misma manera, es ajeno a nuestra competencia el efecto cultural de las restricciones en el marco de una sociedad tolerante con lo diverso y distinto. Estas restricciones no son ni pueden ser títulos justificativos para alimentar comportamientos discriminatorios o abiertamente racistas por parte de algunos compatriotas.

10. Tampoco examinaremos estas medidas a la luz de las propuestas de proyecto de ley que pretenden regular de un modo diferente la antigua legislación sobre migración que pervive desde 1975.

11. En síntesis, está al margen de esta decisión la calificación de mérito de la medida. No podemos sostener ni su popularidad, ni enjuiciar el conjunto de una política migratoria, ni sostener políticas mejores o peores. La política pública no es el área de interés ni de competencia del Tribunal Constitucional. Solo los poderes colegisladores (Presidencia de la República y Congreso Nacional) tienen la aptitud para la deliberación democrática de las cuestiones que estatuyan nuevas bases esenciales que regulen el ordenamiento jurídico de la cuestión migratoria (numeral 20° del artículo 63 de la Constitución).

V.- Los supuestos de la decisión

1.- Enfoque de derechos y no el estatismo soberanista

12. Las razones estatistas no son neutrales ni formales ni elusivas. Por lo mismo, adoptaremos el enfoque de derechos por tres mandatos constitucionales y por un deber de coherencia. Primero, por el deber de trato estatal orientada a la primacía de la persona humana (artículo 1° de la Constitución). Segundo, porque las decisiones estatales soberanas están limitadas por los derechos esenciales y fundamentales de las personas, sea que estén establecidos en la Constitución como en las convenciones internacionales de derechos humanos (artículo 5° de la Constitución). Y, finalmente, porque la Constitución, en las cuestiones planteadas en este requerimiento no distingue entre nacionales y extranjeros con lo cual cabe tener una consideración desde los derechos de las personas (epígrafe del artículo 19 de la Constitución). El deber de coherencia viene precedido de la

realización de este enfoque por este Tribunal y que ya viene sugerido desde la Sentencia Rol 2273.

13. Lo anterior, implica que las consideraciones estatistas (seguridad nacional o interés nacional) deben subordinarse al enfoque de derechos y articularse desde ahí. Por ende, no somos partidarios de desconocer que hay razones nacionales orientadas por su propia seguridad y sus intereses, pero han de hacerse como una lectura complementaria para definir políticas migratorias desde los derechos de las personas respetando el marco constitucional. Adicionalmente, hay que recordar las enormes limitaciones del enfoque estatista puesto que la migración es una cuestión que, resueltas algunas dimensiones legales, es el marco de la cultura y de reconocimiento de los derechos fundamentales el que permite migración ordenada conforme a derechos y no a prejuicios culturales.

2.- Derecho a inmigrar y el deber estatal de recibir

14. El deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado, pero cumpliendo las obligaciones propias del Derecho Internacional (párrafo 4 parcial de la Observación General N° 27), lo que exige un particular cuidado en el ejercicio de las potestades administrativas y legislativas de cada Estado, con un examen de las limitaciones propias de los derechos fundamentales invocados. “En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente, desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país.”.

15. En virtud de lo explicitado precedentemente cobra sentido, la solidaridad y la justicia como soporte básico de cualquier política en materia de inmigración. Puesto que en su estrecha vinculación con los derechos humanos estos valores constituyen orientación de las exigencias morales reconocidas en cualquier ámbito social.

16. El principio de solidaridad como vector normativo debe ser analizado desde la perspectiva de los derechos humanos, en cuanto representan la dignidad humana y por tanto, resultan plenamente proyectable en el derecho a satisfacer las necesidades básicas del individuo, así como la autonomía privada de la persona, y en el caso concreto que nos ocupa, significa poder decidir dónde quieren

residir y hacerlo de forma digna y consecuente con su naturaleza humana.

17. El principio de solidaridad tiene un alcance común a los distintos individuos, cuyos intereses entran en juego con el fenómeno inmigratorio. Resulta lógico pensar que la solidaridad deberá fundamentalmente aplicarse de la situación de los que tienen una posición más favorable hacia quienes no la tienen. En todo caso, la conexión del problema con la teoría de los derechos humanos que, como tales, son siempre universales, resolvería aparentemente el problema. Básicamente, en la consideración de si pudiera resultar afectado el principio de la universalidad de los derechos humanos, con la llegada de los inmigrantes y sus incorporación a la sociedad de acogida. En esta línea se pronuncia el profesor De Lucas cuando defiende que la solidaridad es entender la existencia de circunstancias que pueden justificar la existencia de obligaciones.¹ Por su parte Gregorio Peces Barba defiende que debe constituirse la solidaridad como un principio político básico aplicable a cualquiera actuación reconocida legalmente en un Estado que se autodenomina social, democrático y de derecho.² No cabe duda que no se puede exigir a todos los miembros del país de acogida que sean solidarios, sin embargo, si se pueden establecer por parte de las políticas públicas en materia de inmigración, el establecimiento de políticas solidarias que versen sobre la igualdad, la tolerancia y el respeto que fundamentan el derecho a la solidaridad.

18. Por tanto, la decisión de adoptar por parte de los poderes públicos en la sociedad receptora posturas restrictivas, deberá siempre plantearse en el esquema de la teoría de los derechos humanos y de la aplicación del valor que representa la solidaridad. En este sentido, hay que resaltar que no es una decisión que competa exclusivamente a los Estados nacionales debiendo encontrarse implicada en ella también la sociedad internacional. Es una decisión que mira más allá de la realización de los intereses de los ciudadanos de un Estado concreto, para involucrar a intereses de inmigrantes y de ciudadanos de los Estados receptores, e incluso de los Estados a los que pertenece por razón de origen el individuo. Por ello, es una decisión que reclama una respuesta supraestatal.

19. En conclusión, la solidaridad como expresión del fenómeno de concienciación y justificación de políticas normativas adquieren una relevancia fundamental y tienen que proyectarse no sólo en la

¹ De Lucas Martín, Javier (2000): "Multiculturalismo y derechos", en AA.VV., López García, U. y Del Real, J.A., *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho* (Madrid, Dykinson, Madrid) p. 72.

² Gregorio Peces-Barba "La solidaridad" en Curso de Derechos Fundamentales, Eudema, Madrid, 1991, pp. 221 y ss.

situación del sujeto con el que se plantea ser solidario sino también con la sociedad a la que se le exige ser solidaria.

3.- Deferencia hacia el pluralismo de políticas migratorias

20. La Constitución habilita un conjunto amplio de poderes para adoptar políticas diversas en esta materia, dependiendo de los marcos ideológicos de estas proposiciones. No se trata únicamente de cuestiones normativas sino que de libertad política. Somos plenamente respetuosos de esa libertad que funda la convivencia común entre nacionales y extranjeros dentro de nuestro territorio.

21. En tal sentido, adoptamos un patrón de deferencia hacia los poderes normativos en la determinación de este tipo de cuestiones. Por ende, sostendremos su inconstitucionalidad cuando no haya otra interpretación posible que permita asumir una cierta conformidad con la Constitución en un determinado sentido interpretativo.

4.- Criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

22. Que resulta a lo menos novedoso, tomar conciencia que existe un derecho a la emigración e inmigración, a partir de documentos internacionales. En efecto: “Sin duda, existe un derecho a la emigración basado en la libertad que tiene toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, tal como recoge el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Sólo los regímenes autoritarios niegan esa libertad. Pero frente a ese derecho a emigrar no existe, ni en la Declaración Universal ni en la legislación de países de tradición inmigratoria, como USA o Europa, una obligación recíproca de acogida. Hay aquí, de momento, una asimetría entre el derecho a salir de un país y la ausencia de un derecho equivalente a entrar en otro. Digo que de momento, porque se observa ya cómo los derechos de refugio y asilo político -recogidos en el artículo 14 de la Declaración Universal- están sirviendo de vía para acoger al más universal de los derechos, después de la vida: el derecho a escapar del hambre.”³

23. Que para comprender, es necesario recordar que el régimen internacional de protección de derechos humanos, que se desarrolla a partir de la Carta de las Naciones Unidas y como reacción contra las atrocidades de los Estados totalitarios y de la Segunda Guerra Mundial, es una expresión de un equilibrio entre dos principios

³ Derecho a emigrar, ¿obligación de acoger?. Antón Costas, columna Diario El País, enero 2001.

contrapuesto: de un lado, la Carta de las Naciones Unidas no establece un Estado mundial sino que mantiene un orden internacional, en donde coexisten Estados independientes y soberanos. Este sistema internacional es heredado del llamado mundo “westfaliano”, pues se encuentra ligado a la estructura del derecho internacional y de las relaciones internacionales derivadas del Tratado de Westfalia de 1648, que reconoció no sólo la existencia de Estados territorialmente soberanos, sino que además el principio de no injerencia, como presupuesto de la paz entre las naciones. Pero de otro lado, esa soberanía se encuentra ahora mucho más limitada que en el pasado, pues la Carta de las Naciones Unidas impone nuevas obligaciones a los Estados entre los cuales se encuentra precisamente el respeto de la dignidad de la persona. El tema de los derechos humanos y de la dignidad humana ya no hace parte entonces de la soberanía de los Estados, sino que se vuelve un asunto internacional pues hace parte del orden público internacional.⁴

24. De otro lado, aunque la Convención no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar y residir en el territorio de un Estado y los Estados tienen una enorme discrecionalidad para negar la entrada a los extranjeros, esta prerrogativa no es absoluta pues se encuentra limitada por ciertos estándares de derechos humanos, en especial “cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”.⁵ Así por ejemplo en virtud de la prohibición de discriminación dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención, un Estado no podrá, en principio, permitir únicamente el ingreso de extranjeros de determinada raza o negar la entrada a una persona por el sólo hecho de ser mujer o de tener una nacionalidad en particular. Igualmente, tal como lo mostraremos en detalle en el último apartado de este comentario, tampoco es admisible impedir el ingreso cuando esto puede poner en peligro la vida o la libertad personal de un extranjero que busca refugio por fuera de su país de origen.⁶

25. Asimismo, la restricción también debe satisfacer ciertos requisitos sustantivos. La Corte IDH, en el caso Ricardo Canese contra Paraguay, en el cual analizó en detalle las condiciones para que las restricciones al derecho a la libertad de circulación y residencia sea legítima, precisó que estas no deben sólo perseguir

⁴ Carta de las Naciones Unidas artículos 2° y 79°) (Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, patrocinada por el Tribunal Constitucional de Chile, Santiago de Chile, 2013, p. 533.

⁵ Comité de Derechos Humanos. Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 5.

⁶ Christian Steiner - Patricia Uribe (editores), Convención Americana sobre Derechos Humanos, p. 536.

los propósitos autorizados por la Convención - la protección de seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros, sino además ser necesarias en una sociedad democrática para alcanzar tales propósitos, lo cual remite a un análisis de proporcionalidad, que ha tenido un amplio desarrollo tanto en derecho constitucional como en la labor de las instancias de protección de derechos humanos. Este análisis de proporcionalidad supone que la restricción debe cumplir tres requisitos, que son recordados por el Comité de Derechos Humanos en su observación General N°27 sobre la libertad de circulación, a saber: i) la restricción debe ser adecuada para alcanzar tal propósito, ii) debe ser además necesaria o indispensable, en el sentido de que no debe existir una medida que logre el mismo propósito con una menor restricción del derecho de circulación y residencia y iii) debe ser proporcionada en sentido estricto, esto es, que el beneficio obtenido en la satisfacción del propósito justifique la restricción del derecho de circulación y residencia. Adicionalmente, en el citado Caso Ricardo Canese, la Corte IDH retoma la idea de que las restricciones no deben afectar la esencia del derecho, esto es, deben respetar, siguiendo alguna terminología del derecho constitucional, su contenido esencial.

26. En síntesis, según lo desarrollado por la Corte IDH en el caso Canese, y en sintonía con la doctrina del Comité de Derechos Humanos, la legitimidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia, depende del cumplimiento de cuatro condiciones, a saber, i) la legalidad de la medida, ii) la legitimidad de los propósitos buscados, iii) la necesidad y proporcionalidad y iv) el respeto del contenido esencial del derecho⁷.

5.- La división tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros

27. En relación a la existencia de derechos que corresponde por igual a chilenos y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, puesto que formarían parte de un mismo grupo humano directamente vinculado a la dignidad de la persona, existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y existen otros derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo admisible la diferencia de trato con los nacionales en cuanto a su ejercicio.

28. Esta construcción doctrinal no fija pautas que aporten precisión y certeza jurídica respecto de la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros. El recurrir a la dignidad

⁷ Christian Steiner y Patricia Uribe (editores). Convención Americana sobre Derechos Humanos, p. 536 y 537.

humana, como punto de sustento para hacer una clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros, implica recurrir sin lugar a dudas a un fundamento axiológico, puesto que el concepto de “dignidad de la persona”, convierte el tópico en una idea “pre” “meta” constitucional, que puede descansar en argumentos muy sólidos desde una perspectiva ética, pero poco consistente desde una óptica jurídica, lo cual conlleva un cierto riesgo en el campo de la seguridad jurídica y excluya la arbitrariedad del intérprete.

29. Un segundo aspecto a considerar en esta posible clasificación es la flexibilidad. En el caso preciso de aquellos derechos que forman parte sólo de los nacionales, siempre existirá una interrogante y esta se refiere a las consecuencias jurídicas que se derivan de la pertenencia a uno u a otro grupo, puesto que el análisis doctrinal puede conducir, a que en determinadas circunstancias invocándose la dignidad de la persona, podamos encontrarnos con derechos que pertenecen exclusivamente a nacionales.

30. En relación a lo que la doctrina previo examen riguroso de la razonabilidad de la inclusión de la extranjería como factor diferenciador en el contenido de la ley, ni se aplica un test de igualdad, ni de proporcionalidad, sino que la mera libertad del legislador para establecer diferencias, sin explicar por qué en algunos casos esta libertad es más amplia que en casos en que se regulan ciertos derechos y en otros no.

31. El arribo de extranjeros a nuestro país modifica las necesidades materiales y financieras de los servicios públicos, tales como la educación, la vivienda, la sanidad pública, la justicia gratuita, etc. Ilustrativo es el caso español, donde algunos autores han llegado afirmar que: “La fuerza de los hechos hace que, pese a los problemas de interpretación a los que hemos aludido, y pese a que las sucesivas leyes orgánicas de extranjería han nacido bajo la sospecha de inconstitucionalidad, asume la presencia en España de extranjeros irregulares desde el punto de vista administrativo, de extranjeros “sin papeles” a los que se le otorga una serie de derechos sociales, más allá de los estrictamente constitucionales”⁸.

6.- La Constitución establece el derecho a ingresar y salir del país

32. La Constitución establece el derecho de entrar y salir del territorio a los extranjeros -a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley- , no sólo al carecer de distinción en

⁸ Aja, Eliseo (coord.) (2009): *Los derechos de los inmigrantes en España* (Valencia, Tirant lo Blanch, p. 47.

las titularidades de los derechos de locomoción y residencia entre extranjeros y residentes, sino que refuerza el ejercicio de los derechos mismos garantizados en el artículo 19, numeral 7°, literal a) de la Constitución.

33. El tenor del artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, donde se estatuye como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales garantizados por la Constitución, resulta pertinente señalar “La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N°18). Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana (Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de agosto de 2000, Considerando cuarto).

34. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. De igual forma, la evolución de este ámbito del derecho internacional ha desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respecto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante (Caso Vélez, Loo Vs. Panamá Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N°218, citado en obra Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos,

Criterios esenciales, 2ª Edición, Fernando Silva García, González, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2016, p. 863).

7.- Experiencias previas: el caso dominicano de 2012

35. Sostuvimos que no se evalúan los decretos a la luz del mérito pero sí parece que tiene relevancia cuando la misma iniciativa de este decreto fue adoptada el año 2012 respecto de los nacionales de República Dominicana.

36. Las pautas de la realidad pueden cambiar mucho en seis años. De hecho, la presión migratoria masiva ha sido una cuestión que se ha enfatizado en los últimos dos años por diversas crisis económicas y políticas, acontecidas en Haití, en Venezuela, en Colombia, en Brasil o en Argentina. Por lo mismo, este Tribunal no tiene ninguna aptitud para evaluar las consecuencias de estas políticas públicas. Sin embargo, no podemos dejar de mirar los efectos jurídicos de estas decisiones. Efectos y no consecuencias. Tal es nuestro mandato.

VI.- Los supuestos comunes del Tribunal Constitucional en materia migratoria

37. Esta disidencia se realiza sobre un piso o estándar común de los Ministros del Tribunal Constitucional. Todos reconocemos el derecho que tiene toda persona a emigrar de su país de origen por las razones que cada uno estime conveniente o porque sea vea forzado por las circunstancias económicas, políticas o sociales en su respectivo territorio. Hay un principio de humanidad básico que está reconocido en el artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y que implica un contenido civilizatorio mínimo para la supervivencia humana.

38. De la misma manera, así como existe ese derecho universal no existe el deber estatal de recibir al extranjero. Chile no es sujeto pasivo de un derecho subjetivo y fundamental de cualquier extranjero de cualquier lugar del mundo a residir en nuestro país. Pero tampoco puede cerrar las puertas sin motivo alguno.

39. En el Derecho Comparado, la mayoría de los ordenamientos constitucionales reconocen el derecho de residencia y la libertad de circulación o locomoción, especialmente el derecho de ingresar al territorio del extranjero, bajo categorías que distinguen entre extranjeros vs nacionales o ciudadanos. Sin embargo, la Constitución chilena no distingue genéricamente entre extranjero y chileno en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, lo que tendría antecedentes claros en su génesis

que impiden discriminar contra los extranjeros. El principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para el extranjero, salvo expresa habilitación constitucional.

40. Como señala el precedente Rol N°2273-12-INA, de esta Magistratura, en el considerando décimo se expresa: “Que, frente a esta realidad, el punto de partida es sostener, junto a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país. Es así como el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos iluminan la idea de que se “ha generado en los seres humanos la creencia de la existencia de un derecho, el derecho a emigrar, que si bien en su formulación genérica no tendría por qué ser problemático, sí que lo es una de sus dimensiones asociadas, como es la supuesta existencia de un derecho a ser recibido.”⁹ ()

41. En el mismo precedente rol N°2273-12, en su considerando decimotercero se dice: “DECIMOTERCERO: Que el conjunto de disposiciones aplicables en la materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Por lo mismo, se pueden configurar los siguientes límites:

- Que la entrada de extranjeros en el cruce de fronteras no puede restringirse cuando se invoca un derecho de asilo (artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y artículo 27.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
- Que rige el principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros, salvo los casos expresos en los cuales los derechos tienen por titular a los ciudadanos o a los extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente).
- Que, en la Observación General N° 15 sobre la situación de los extranjeros, ya citada, se expresa en su párrafo 5 que “El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto, incluso

⁹ De Asís, Rafael (2005): *Cuestiones de derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) p. 93.

respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”.

- Que el Estado puede condicionar su consentimiento al ingreso de un extranjero al país, bajo una serie de condiciones normativas previstas por ley, relativas a circulación, residencia, empleo o condiciones generales al extranjero en situación de tránsito. “No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto” (Párrafo 6, parte final, de la Observación General N° 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 27° período de sesiones de 1986, por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas).
- Que una vez que se ingrese legalmente, el extranjero tiene todos los derechos como si fuera un nacional y las limitaciones a la libertad de circulación y residencia se rigen por las disposiciones del artículo 12.3 del Pacto Internacional (Párrafo 6, parte final, de la Observación General N° 15 antes citada).
- Asimismo, “(...) el Comité ha sostenido que se debe 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 del artículo 12 (...)” (Párrafo 4, parcial de la Observación General N° 27, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité en 1999, que interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- Que las reglas restrictivas que limitan el derecho de ingreso de un extranjero a un país “no debe(n) comprometer la esencia del derecho (...) no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. (...) Que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (Párrafos 13 y 14 de la Observación General N° 27 indicada).
- Adicionalmente, existe una amplia reivindicación de normas internacionales, interpretaciones y criterios que limitan el derecho de los Estados para expulsar extranjeros de conformidad a un procedimiento que garantice una tutela

judicial efectiva y un debido proceso. No obstante, tales criterios no son objeto de esta sentencia, que ha excluido de sus razonamientos la facultad estatal de ordenar la expulsión del país.

42. En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”.

43. Todos estos criterios los hemos desarrollado plenamente en la Sentencia 2273, considerandos 8° a 14°, 34° y 41°, inclusive, los que entendemos integrados dentro de este voto.

44. La pregunta básica es responder por qué ese deber estatal chileno de recibir es tan fuerte respecto de un conjunto amplio de nacionalidades y tan débil en el caso haitiano. Sobre la base de estos principios comunes surgen las diferencias implícitas o explícitas que debemos resolver.

VII.- No hay en el Decreto Supremo N° 776, de 2018, una infracción al principio de juridicidad

45. El requerimiento no cuestiona la existencia de poderes normativos en la Constitución para dictar el decreto supremo. Sin embargo, cabe despejar un tema previo que surge del tipo de defensa de la toma de razón del decreto aludido hecho por la Contraloría General de la República.

46. El Presidente de la República tiene una amplia potestad reglamentaria en materia migratoria. Esta cuestión viene reforzada por su potestad del artículo 24 de la Constitución en orden a reconocer la autoridad de que dispone el Presidente de la República para la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República. Esta potestad genérica se materializa en la posibilidad cierta de reglamentar la ley de extranjería sobre la base de la potestad reglamentaria de ejercicio (artículo 32, numeral 6° de la Constitución).

47. El propio artículo 19, numeral 7° literal a) de la Constitución reconoce el derecho de entrada y salida del país “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre perjuicio de terceros”.

48. En consecuencia, que el acto administrativo haya sido tomado de razón por la Contraloría General de la República no ha

de extrañar puesto que cumple con el artículo 7° inciso primero de la Constitución. En primer lugar, porque procede de una autoridad investida previamente y de modo regular con los poderes suficientes para normar dicha materia. En segundo lugar, porque ha actuado dentro de su competencia, tanto en la que corresponde a las atribuciones especiales del Presidente como a la reglamentación de decretos supremos con las correspondientes firmas de sus Ministros de Estado (artículo 35 de la Constitución): Y, finalmente, ha procedido en la forma que prescribe la ley de acuerdo a la regularidad procedimental debida.

49. Por lo mismo, la Contraloría nos indica que “el rol de esta entidad fiscalizadora en el trámite de toma de razón es verificar que el acto administrativo por el que se ejerce la aludida atribución se ajuste al ordenamiento jurídico, incluyendo desde luego las normas constitucionales, legales y reglamentarias aplicables. Dicho control no puede extenderse, según se indicó, al mérito o conveniencia de la decisión, por expresa prohibición legal” (fs. 68 del expediente). Concluye que “el requerimiento plantea objeciones sobre el mérito de la decisión de política migratoria adoptada por la Administración activa, aspecto que excede el control de juridicidad del acto administrativo y que, por lo tanto, no fue objeto de revisión por esta Contraloría General” (fs. 72 del expediente).

50. Cabe constatar que la reserva legal ampliamente establecida, respecto de un Decreto Ley, se hace de un modo ponderado o matizado por la inexistencia de un Congreso Nacional que haya deliberado en torno a esta legislación. Admitimos técnicamente la colaboración reglamentaria, incluso de un modo más amplio que lo hace la mayoría del Tribunal. Sin embargo, colaboración reglamentaria es justamente eso: colaboración. No es razonable crear visas, establecer exenciones de ingreso o restricciones mediante circulares u oficios y nos imaginamos que nadie del Tribunal sostendría una tesis tan líquida de regulación de derechos fundamentales sin sostenimiento legal alguno.

51. En síntesis, desde el punto de vista normativo satisface las reglas formales del principio de juridicidad sin reproche constitucional alguno y en concepto de esta minoría no existe por este capítulo una infracción constitucional.

VIII.- No existe infracción constitucional al principio de juridicidad desde el punto de vista de la motivación o fundamentación del decreto supremo N° 776, de 2018

52. Los requirentes han estimado que existe una infracción al artículo 7° de la Constitución por carecer de una fundamentación

razonable ya que no si no se adecua a la Ley de Extranjería menos puede hacerlo a la Constitución (fs. 7 del requerimiento).

53. Sin embargo, cabe rechazar también esta argumentación porque el Tribunal Constitucional ejerce sus competencias bajo el parámetro constitucional y no legal. Por ende, las referencias que tengan por parámetro implícito la propia Ley de Extranjería deben descartarse.

54. Asimismo, hemos sostenido de un modo sistemático que las infracciones referidas a los artículos 6° y 7° de la Constitución generalmente conducen a exámenes de legalidad. En ese sentido, la invocación de ese tipo de infracciones no puede sustraerse de la perspectiva de legalidad que le es inherente puesto que sus vicios son el resultado de concreciones habituales en normas infraconstitucionales. Por lo mismo, el conflicto constitucional no aparece hasta que el vicio reprochado por la vía de los artículos 6° ó 7° sea indicado en relación con otra disposición constitucional.

55. Otra perspectiva planteada por el requerimiento es que los dilemas de motivación del decreto supremo se refieren al artículo 7° constitucional en circunstancias que existe una norma constitucional expresa, como lo es el artículo 8° de la Constitución, que mandata el principio de publicidad como una dimensión ínsita a cada acto o resolución de un órgano estatal. Dicha publicidad abarca el acto mismo como a “sus fundamentos” (inciso segundo del artículo 8° de la Constitución). Justamente la fuente en donde reside la exigencia de motivación de todo acto estatal está en la descripción de sus fundamentos o motivos. “El fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18 de la Ley N° 19.880), apreciándose en conciencia (artículo 35 de la misma ley)” (STC Rol 2379, c. 43°).

56. En tal sentido, la motivación es parte de los fundamentos pero no totaliza toda la fundamentación de un acto. Más bien, es la expresión sintética que lleva a una determinada decisión. Por lo mismo, la apreciación del motivo exige una contrastación más amplia de cuestiones que no solo aparecen de modo directo y claro en la motivación. Muchas de estas cuestiones importan ingresar a una cierta dimensión de mérito por desacuerdos con una decisión más que con un estándar objetivo, específico y determinado que permita atribuir la existencia de un vicio de un acto.

57. Descartando la ausencia de toda motivación, puesto que el Decreto N° 776 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, sí describe cuatro motivos, lo cierto es que este examen cambia de

naturaleza y se traduce en una estimación de las motivaciones a la luz del conflicto principal planteado: el dilema de igualdad ante la ley. Por lo mismo, así como no resulta razonable estimar una infracción constitucional por el artículo 7° de la Constitución, tampoco lo es asumir que una motivación hipotéticamente defectuosa devenga en una vulneración del artículo 8° de la Constitución.

58. Por todo lo anterior, vamos a asumir que los motivos son una fuente indiciaria para el examen del conflicto principal en el entendido de que los argumentos deben pesarse más que contarse. Motivos hay y resulta evidente que, salvo caprichos inusitados de poder, no encontraremos redactados la expresión de una decisión que reconozca la discriminación. Solo una visión anclada en el Estado de Derecho formalista puede verse satisfecha con contar motivos y no con razonarlos. La debida deferencia a la facultad de regulación mediante decreto no obsta a que se examine su razonabilidad. La Constitución establece que ni la ley *ni autoridad alguna* pueden establecer diferencias arbitrarias. Sin embargo, ese juicio de razonabilidad solo puede ser emitido después de un examen propio del test de discriminación al que nos abocaremos.

IX.- Los presupuestos del test de igualdad y de no discriminación de trato en el Decreto Supremo N° 776 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública

1.- Cuestiones previas al test que lo delimitan

59. Es necesario especificar algunas cuestiones previas que son esenciales para realizar el test de igualdad exigido por nuestra Constitución en el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución. Primero, la cuestión semántica. Segundo, la tradición constitucional histórica. Tercero, la condición de la comunidad haitiana en Chile.

1.1. La cuestión semántica: extranjero no nacional

60. Si la cuestión puesta en juego es el tratamiento discriminatorio de una minoría haitiana, parece evidente que hay que hacerse cargo de algunas cuestiones semánticas desde el inicio. Esta minoría se vincula a un estándar exigente de trato digno que merecen las personas y que no toma las diferencias culturales de las mismas para situarlas en un punto de partida inferior en el test de igualdad. Por lo mismo, hay que recordar que la Constitución no utiliza jamás la categoría de “migrante”. Por el contrario, sí hace referencia a la expresión “extranjero” relativas a titularidad de derechos en ocho oportunidades desde el artículo 10

al artículo 14 a efectos de reconocer las diversas vías de nacionalidad chilena y de derechos políticos de los extranjeros. Asimismo, no hace distinción sobre la base de la categoría nacional/ extranjero salvo para permitirle al legislador discriminar laboralmente al exigir la nacionalidad chilena en determinados trabajos (artículo 19, N° 16 de la Constitución); para establecer el requisito de nacional para ser Presidente de la República (artículo 25 de la Constitución) y para prohibir que por la vía de los Decretos con Fuerza de Ley se autorice al Presidente de la República el establecimiento de reglas diversas en materia de nacionalidad (artículo 64 de la Constitución). Estas son excepciones a un tratamiento normativo común, incluso la regla prohibitiva de regulación de la nacionalidad por la vía de un DFL es un mecanismo de protección de la reserva legal aunque con amplia colaboración reglamentaria, según ya vimos.

61. En consecuencia, la categoría utilizada es extranjero, a objeto de reconocer derechos, y la de nacionalidad chilena a objeto de precisar algunos dilemas excepcionales. Por lo mismo, el epígrafe del artículo 19 no distingue en el reconocimiento de los derechos constitucionales bajo la categoría de personas. Al no realizar esta distinción todos esos derechos son extensibles a los extranjeros en cuanto les apliquen.

62. Lo anterior, implica que la categoría cultural de “migrante” es una especificación no jurídica de la categoría de extranjero o no nacional. En el dominio del habla el “migrante”, es “el que migra” propio de la “migración”, esto es, “el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales” (RAE (2014), *Diccionario de la lengua española*, Tomo II, p. 1463). Con ello, se apela a una dimensión cultural del concepto que hace distinciones no normativas entre extranjeros. No hablamos de migrantes para identificar a un conjunto de profesionales europeos ni estadounidenses. Ellos no migran. Ellos son extranjeros no importando el estatus jurídico de su presencia en Chile. Por el contrario, en el habla común, la expresión migrante denomina a aquellos que “huyen de condiciones de vida denigrantes (...) Son los no cualificados. (...) Los desplazados por conflictos o disturbios graves de carácter político o religioso (...) aquellos que consideramos se encuentran en una situación irregular”¹⁰. A veces, se adjetiva la condición de migrante con la expresión “ilegales” o “irregulares”. Al punto que el adjetivo totaliza toda la categoría para resumir en la expresión “ilegales” o “irregulares”.

¹⁰ De Asís, Rafael (2005): *Cuestiones de derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) p.95.

63. El retorno al enfoque de derechos exige que las categorías culturales de “ilegales” o “irregulares” sean abandonadas. Lo anterior, puesto que configuran un modo inaceptable de trato semántico ya que su objeto deliberado es recordar la situación de inferioridad y sustraerlo de su condición de persona sujeto de derechos plenos. ¿Cómo “los ilegales” pueden entenderse que ejercen posiciones subjetivas puesto que lo único que cabe respecto de lo “ilegal” es sancionarlo? En su versión más matizada, los “irregulares” deben ponerse a la altura de un reconocimiento de requisitos para poder nivelarse con los ciudadanos comunes y corrientes. Son extranjeros de segunda o tercera categoría en el habla común. Cabe recordar que esta es una cuestión que no es exclusiva de nuestro país y se ha “naturalizado” la expresión “migrante” en algunos instrumentos internacionales de protección pero ello no lo exime de un aire de inferioridad normativa y de impedimento objetivo en el desarrollo de un test de igualdad.

64. Esta dimensión semántica es clave en este caso. El Decreto Supremo N° 776 en sus fundamentos habla de “migración ordenada” (considerando 1° del DS aludido), “situación irregular” (considerando 2°), “migrantes” y “(...) derivados de su situación irregular en el país” (considerando 3°) y de “gubernabilidad migratoria” y “migrante” (considerando 4°), pero su regulación normativa de ese visto consular previo es para aquellos que no tienen “propósito de inmigración” (artículo único del DS N° 776).

65. Esta cuestión semántica es esencial puesto que la Contraloría nos recuerda “que la visación consular de que se trata ha sido impuesta a quienes deseen venir a Chile con fines turísticos y no ha sido establecida como un impedimento para los nacionales de Haití que pretendan migrar al país, por lo que no es posible efectuar la comparación que se pretende, por cuanto ambas situaciones -ingreso de haitianos en calidad de turistas e ingreso de nacionales de otros Estados con propósitos de migración- son diversas” (fs. 70 del expediente Rol 4757). Pareciera decirnos la Contraloría que hay que fijarse en la preceptiva y no en sus considerandos.

66. En síntesis, todos los considerandos fundan el decreto en una lectura migracionista y su cuerpo normativo parece regular otra cosa. ¿Valdría lo mismo que el instrumento de visado previo también sirvió como medio favorito en la Guerra Fría para impedir u obstaculizar el ingreso de un lado a otro del planeta? Esta desconexión o disonancia cognitiva nos debe alertar sobre los enunciados semánticos del juicio de igualdad.

1.2.- La tradición constitucional chilena sobre el trato a los extranjeros

67. La tradición constitucional chilena tiene un peso normativo por sí mismo, sin perjuicio, de que no haya modulado todos sus efectos en la historia de los siglos XIX y XX en donde se generaron, recepcionaron y adaptaron. Esta tradición dispone respecto de los extranjeros cuatro elementos señeros que configuran sus tendencias permanentes: (i) asilo al extranjero contra la opresión (ii) reconocimiento de titularidades genéricas, sin distinción de nacionalidad, para algunos o todos los derechos asegurados constitucionalmente; (iii) permisión y regulación temprana de la posibilidad de que extranjeros obtengan la nacionalidad chilena, cumpliendo ciertos requisitos de residencia y subsistencia; (iv) establecimiento de reglas de trato que en ningún texto constitucional implicasen una regulación hostil al extranjero.

68. Todo parte desde el inicio de nuestra tradición constitucional con el asilo de hecho y derecho y con un amplio amparo del derecho del extranjero a ingresar y salir del país sin discriminaciones. El artículo 24 del Reglamento Constitucional de 1812 dispone que: “Todo habitante libre de Chile es igual de derecho: solo el mérito y virtud constituyen acreedor a la honra de funcionario de la Patria. El español es nuestro hermano. El extranjero deja de serlo si es útil; y todo desgraciado que busque asilo en nuestro suelo, será objeto de nuestra hospitalidad y socorros, siendo honrado. A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades”.

69. Asimismo, la Constitución Provisoria de 1818 aseguraba derechos a *los hombres* o a *todo hombre*, sin distinción de nacionalidad. La única referencia excluyente de los extranjeros era el requisito de ser un *ciudadano chileno* para optar al cargo de Supremo Director del Estado, y la exigencia de ser ciudadano chileno residente en el Estado para desempeñar un *empleo político* o *beneficio eclesiástico*. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5° de la Constitución Provisoria de 1818 establecía que “Si las circunstancias políticas, méritos contraídos en el Estado, relaciones extranjeras, cualidades recomendables de ciencia, eTribunal Constitucional., exigiesen colocar en algunos empleos de los referidos en el artículo anterior, a los que no fueren ciudadanos chilenos, o que aun siéndolo se duda de su opinión política, podrá hacerlo con acuerdo del Senado.”

70. La Constitución de 1822 definió claramente quienes son considerados chilenos y los requisitos para tener la calidad de ciudadanos. El artículo 4° reconocía como chilenos a los nacidos en territorio chileno, a los hijos de padre y madre chilenos, a “los

extranjeros casados con chilena, a los tres años de residencia en el país” y a los “extranjeros casados con extranjera, a los cinco años de residencia en el país, si ejercen la agricultura o la industria, con un capital propio, que no baje de dos mil pesos; o el comercio, con tal que posean bienes raíces de su dominio, cuyo valor exceda de cuatro mil pesos.” Los derechos y las garantías individuales eran asegurados a sujetos genéricos como “todos”, “a nadie”, “el delincuente”, “todo preso”, “los reos”, entre otras expresiones similares. Sin embargo, el artículo 243 establecía que “*Todo chileno* tiene derecho a pedir la observancia de la Constitución, y a que se castigue al infractor de ella, sea cual fuere su clase o investidura.” La Constitución de 1823 prescribía en su artículo 5° que “Las garantías constitucionales y las leyes protegen a todo individuo que reside en Chile.” El artículo 6° otorgaba la nacionalidad chilena al extranjero residente en Chile casado con una chilena y residente en el país ejerciendo alguna profesión, y a los extranjeros casados con extranjera, después de un año de residencia, “con domicilio legal y profesión de qué subsistir.” Los derechos y garantías individuales protegían a sujetos genéricos, con excepciones como la “igualdad ante de la ley” que se garantizaba a los chilenos, y la inviolabilidad de la casa, asegurada al “ciudadano”.

71. El artículo 6° de la Constitución de 1828 otorgaba nacionalidad chilena a los extranjeros casados con chilena que “profesando alguna ciencia, arte o industria, o poseyendo un capital en giro o propiedad raíz, tengan dos años de residencia en el territorio de la República”, a los extranjeros casados con extranjeras con alguna de las calidades precedentes y seis años de residencia, y a los extranjeros solteros con alguna de estas calidades y ocho años de residencia. El artículo 10 aseguraba a “todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de Publicar sus opiniones.” Asimismo, aseguraba derechos a sujetos genéricos como “individuo”, “ningún habitante”, “todo hombre”, entre otros.

72. La Constitución de 1833 reconocía como chilenos a “Los extranjeros que, habiendo residido un año en la República, declaren ante la Municipalidad del territorio en que residen su deseo de avecindarse en Chile i soliciten carta de ciudadanía” (art. 6° numeral 3). El artículo 7° precisaba que la municipalidad del lugar de residencia de los extranjeros debía declarar si el solicitante cumplía con los requisitos del artículo 6°, y “[e]n vista de la declaración favorable de la Municipalidad respectiva, el Presidente de la República expedirá la correspondiente carta de naturaleza.” El catálogo de derechos contenido en el artículo 12 se aseguraba respecto de “todos los habitantes de la República”. Agustín Correa Bravo afirmaba que “la igualdad ante la ley es la base fundamental

de nuestro derecho positivo. Y esta igualdad existe para todos los habitantes de la República, sin distinción alguna, en cuanto a los derechos privados, entre ciudadanos y extranjeros; que á cualquier individuo que pise su territorio, de donde quiera que venga, se le reconocen todas aquellas prerrogativas inherentes a la humana personalidad.”¹¹ El numeral 5° de este catálogo establecía una norma similar al actual artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución: “La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o salir de su territorio, guardándose los reglamentos de policía, i salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes.” Agustín Correa Bravo expresaba sobre este derecho que “[n]i aun a pretexto de circunstancias especiales o extraordinarias, podría la autoridad administrativa impedir al extranjero lo que se llama la libertad o el derecho de locomoción. Cualesquiera que sean los antecedentes individuales que le acompañen o los motivos que aquí le traigan, puede permanecer libremente en el lugar que más le agrada, siempre que con ello no lesione ajenos derechos. El perjuicio de terceros es la única limitación que al derecho individual puede oponerse; pero ella debe ser reconocida y declarada, en la forma determinada por la ley, por las autoridades o funcionarios a quienes tal atribución se halla privativamente encomendada.”¹²

73. El artículo 5° de la Constitución de 1925 original otorgaba nacionalidad chilena a “[l]os extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando espresamente su nacionalidad anterior”, prescribiendo además que “[l]os nacionalizados tendrán opción a cargos públicos de elección popular solo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización. La ley reglamentará los procedimientos para la opción entre la nacionalidad chilena y una extranjera; para el otorgamiento, la negativa y la cancelación de las cartas de nacionalización, y para la formación de un Registro de todos estos actos.” El catálogo de derechos del artículo 10 tenía como titulares a “todos los habitantes de la República”, estableciendo derechos muy similares a los de la Constitución vigente. La única prohibición constitucional de reconocer nacionalidad chilena a extranjeros estaba en el numeral 1° del artículo 10: “En Chile no hai esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República”. Las reformas constitucionales de 1970 y 1971 agregaron al artículo 5° la posibilidad de doble

¹¹ Correa, Agustín (1894): *Los extranjeros ante la ley chilena* (Santiago, Imprenta Cervantes) p. 13.

¹² Correa, *ob. cit.*, pp. 84-5.

nacionalidad con España, sin hacer cambios sustanciales en lo precedentemente descrito.

74. Además del examen de los textos constitucionales, es interesante constatar la relación histórica del Estado de Chile con los migrantes. Durante el gobierno de Manuel Bulnes (1841-1851) cientos de extranjeros latinoamericanos migraron a Chile. “Como nuestro país era una isla de orden en medio de una América convulsionada, centenares de fugitivos y desterrados de todas las persecuciones continentales habían llegado a nuestro territorio, buscando protección en él. Estos emigrados distaban mucho de guardar en Chile la conducta y la pasividad de un refugiado político. Complotaban, escribían, movían la opinión pública, presionaban y comprometían al gobierno chileno con verdadera desaprensión. Además, Chile no discriminaba entre ellos, y lo mismo abría los brazos a esplendentes figuras del intelecto americano como a aventureros de la peor especie. Nuestro país, a pesar de esta hospitalidad, no logró con ello captarse simpatías en América. Los gobiernos que perseguían a esos hombres acusaban a Chile de protector de sus enemigos y de refugio internacional de revolucionarios.”¹³

75. También durante el gobierno de Bulnes se cedieron “terrenos baldíos” a empresas de colonización o a inmigrantes diversas extensiones de terreno al sur del Bío Bío, en zonas de Arauco, Valdivia y Llanquihue. A pesar de que Chile era desconocido en Europa, la Sociedad de Emigración y Colonización de Stuttgart, dirigida por el cónsul chileno en Prusia, logró trasladar en 1849 a las primeras 160 familias alemanas al país, bajo la coordinación de Vicente Pérez Rosales. A fines del gobierno de Bulnes vivían 1800 familias alemanas en la zona.¹⁴ En el año 1854, bajo el gobierno de Manuel Montt, se realizó el primer censo de no nacionales. Los resultados se conocieron en 1855, y arrojaron el resultado de 19.669, de los cuáles poco más de 10.000 eran argentinos, seguidos de alemanes e ingleses¹⁵. La mayor proporción de extranjeros se concentraba en Atacama, debido a la actividad minera. Allí existía 1 extranjero cada 4,24 chilenos.¹⁶

76. Bajo la segunda administración de Alessandri (1932-1938) la embajada de Chile en Madrid recibió asilados políticos franquistas en 1936. La embajada no solo ocupó el edificio de la residencia, sino que arrendó edificios anexos para refugiar a más de 3.000

¹³ Barros, Mario (1970): *Historia Diplomática de Chile 1541-1938*. (Madrid, Ediciones Ariel) p. 151.

¹⁴ Barros, *ob. cit.*, p. 162.

¹⁵ El censo de población de 1854 arrojó la cifra de 1.439.120 habitantes. Por ende, el 1,36% de la población era extranjera a mediados del siglo XIX a partir del primer censo en donde se constató específicamente su nacionalidad.

¹⁶ Barros, *ob. cit.*, p. 173.

personas entre 1936 y 1940.¹⁷ La crisis humanitaria llegó a tal punto que el gobierno chileno envió un buque con pertrechos para alimentar a los asilados, y otras embajadas que no recibieron refugiados (Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y México) cedieron sus cuotas de alimentos a la embajada chilena.¹⁸ Con la victoria nacionalista en España, se recibieron asilados republicanos, a pesar de los costos diplomáticos con el gobierno de Franco.¹⁹

77. Esta es una tradición constitucional fuerte que solo se rompió cuando el propio orden democrático se interrumpió.

1.3.- La condición de la comunidad haitiana en Chile

78. Las características de la comunidad haitiana las podemos resumir en cuatro elementos esenciales. Primero, se trata de una migración reciente. Segundo, se trata de una minoría creciente. Tercero, se trata de una población vulnerable. Cuarto, se encuentra en una etapa en donde ya no hay solo migrantes sino que inmigrados.

79. La comunidad haitiana en Chile es una población extranjera que comenzó a asentarse en el país producto de dos acontecimientos episódicos recientes. El primer hecho mediato surge con la Operación de Paz de Naciones Unidas (Minustah) para la pacificación de Haití. El Estado chileno tuvo una activa participación con el envío de contingentes militares a esa nación de un modo continuo desde el año 2004 hasta el año 2017. Se trata de la Operación de Paz en donde Chile desplegó su mayor fuerza militar en el extranjero en el marco de Naciones Unidas. El excelente trabajo de militares y policías chilenos pusieron a nuestro país en el horizonte geográfico de los haitianos. Y el segundo factor o hecho inmediato, fue el terremoto de Enero de 2010 en Puerto Príncipe que generó un efecto devastador en dicha nación. Esta lamentable circunstancia puso a los haitianos en condición de migrar en busca de un mejor destino. Estos dos hechos vienen jalonados de un conjunto de circunstancias económicas y sociales en toda América que no cabe relatar. Lo relevante es que en términos prácticos hasta antes del 2010 la presencia de haitianos en Chile era meramente anecdótica. Sin embargo, esta evolución reciente se manifiesta en el ciclo de migración corta que mide los permisos de residencia definitiva en Chile. Pasaron de 50 casos en el año 2010 a 3.646 el año 2016²⁰. Por ende, se trata de una migración de muy corta historia y de una creciente intensidad.

¹⁷ Barros, *ob. cit.*, p. 742.

¹⁸ Barros, *ob. cit.*, p. 743.

¹⁹ Barros, *ob. cit.*, p. 744.

²⁰ DEM (2017): «Reportes Migratorios. Población Migrante en Chile», Sección de Estudios del Departamento de Extranjería en Chile, p. 8. Disponible en: «http://www.extranjeria.gob.cl/media/2017/09/RM_PoblacionMigranteChile.pdf»

80. Se trata de una minoría creciente. Los resultados del Censo 2017 señalan que del total de personas que viven en Chile y nacieron en el extranjero (746.465), un 66,7% declararon llegar a Chile entre los años 2010-2017, y sólo un 8,4% proviene de Haití²¹. Según una información allegada al proceso, a fs. 92 y 93, se identifica bajo un conjunto de expresiones desafortunadas (“saldos migratorios”, “cálculo de irregularidad”, etc.) un impacto explosivo de esta migración creciendo desde 4075 ingresos al país el año 2014 hasta 111.761 el año 2017.

81. Se trata de una población vulnerable. La población haitiana está en condiciones de ser objeto de múltiples discriminaciones por un conjunto amplio de razones. Por el factor de la pobreza²². Por razones de lengua, se trata de una población cuyo idioma original es una variante étnica del francés: el creolé que solo ellos hablan. Por raza. Es una comunidad afroamericana de origen esclavista y con un predominio abrumador de negros y mulatos en la configuración étnica de su población, alcanzando el 95%.²³ Por condiciones de habitabilidad. Después del terremoto del año 2010 Puerto Príncipe y otros poblados haitianos fueron arrasados quedando un volumen indeterminado de viviendas en el suelo. Por su aislamiento. Es parte de la histórica isla de La Española que comparte con República Dominicana, lo que reduce el volumen de intercambios y migración a una dependencia aérea y naviera que les incrementa su sujeción con quienes pueden movilizar dichos medios de transporte. Por su gobernabilidad. Durante buena parte del siglo XX y el actual han acentuado su ingobernabilidad y no han logrado consolidar un desarrollo democrático aún incipiente siendo considerado con impropiedad un “Estado fallido”.²⁴ En lo práctico, hay un amplio reconocimiento de la condición de vulnerable de esta población los que los convierte en sujetos de protección más que en fuente de amenazas. El propio D.S. cuestionado así lo reconoce.

82. Finalmente, se trata de una población que no podemos catalogarla únicamente como migrantes sino que abiertamente muchos de ellos ya son inmigrados. Lo anterior, es esencial puesto que las expectativas de derechos son mucho más fuerte en la

²¹ INE (2018): «Segunda Entrega Resultados Definitivos Censo 2017», pp. 20-23. Disponible en: «www.censo2017.cl/wp-content/uploads/2018/05/presentacion_de_la_segunda_entrega_de_resultados_censo2017.pdf»

²² Según el Índice de Desarrollo Humano del PNUD Haití ocupa el lugar 163 con un índice de desarrollo bajo siendo la nación americana de peor ranking. Su vecino República Dominicana ocupa el lugar 99 con un desarrollo humano alto y Chile el lugar 38° con un desarrollo humano muy alto. Informe del PNUD del año 2016.

²³ Según lo indica la Embajada de la República de Haití en Washington. Disponible en: «www.haiti.org»

²⁴ Durante este requerimiento ha vuelto a caer por enésima vez un Gobierno de Haití. Ahora fue el turno del Gobierno del Primer Ministro Jack Guy Lafontant quién dimitió el 14 de julio.

posición de inmigrado, puesto que media en esta sutil diferencia el ejercicio del derecho de reunificación familiar. En tal sentido, se “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) y se 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)” (STC 2273, c. 50°). De hecho, en una fuerte presunción discriminatoria del DS impugnado reside en el hecho de que las medidas impulsadas han debido ser “corregidas o perfeccionadas” mediante el alcance de nuevas 10.000 visas anuales²⁵.

X.- Test de igualdad y de no discriminación de trato en el Decreto Supremo N° 776 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública

1. Igualdad ante la ley: un examen formalista e insuficiente

83. Las razones no se enuncian, se pesan. El Ejecutivo entregó las motivaciones del decreto, y sus fundamentos en una presentación ante este Tribunal. La mayoría estimó que tales razones eran suficientes y que no fueron objetadas en el proceso (considerando 10°). Sin embargo, el pleno del Tribunal decidió no convocar a audiencias públicas, inhibiéndose de conocer las múltiples perspectivas que este conflicto engloba. Si el Tribunal Constitucional debía conocer asuntos de hecho y dar por acreditadas las razones del Ejecutivo para estimarlas constitucionales, debió convocar a audiencias públicas, dando espacio a los involucrados para aportar pruebas sobre los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos de la causa.

84. La mayoría del Tribunal estima que el aumento de barreras de entrada para el ingreso al país es una cuestión de mérito político ajeno a la competencia de esta Magistratura. Califica directamente de un ejercicio de activismo judicial el ponderar esta cuestión. Sin embargo, resulta impropio sustraer *a priori* o *prima facie* a la judicatura constitucional del conocimiento de un obstáculo al ingreso al país, derecho que está reconocido expresamente en la

²⁵ El Gobierno ha anunciado la entrada en vigencia de una Visa de Reunificación Familiar, la cual no consta en este expediente constitucional y no ha sido publicada a través de un Decreto..

Constitución (artículo 19, numeral 7°, literal a) y que no le está vedado en su ejercicio a los extranjeros por disposición constitucional alguna (epígrafe del artículo 19 de la Constitución) habiendo restricciones a la posibilidad de limitar derechos (artículo 19, numeral 26° de la Constitución). Seríamos un caso curioso de Tribunal Constitucional que se abstiene de conocer (no decimos compartir argumentos sino que entrar a ponderarlos) un caso sobre migración en circunstancias que todos los tribunales con competencia constitucional están ampliamente deliberando en el mundo sobre estas cuestiones.²⁶

85. La exigencia de un visto consular previo para los haitianos puede ser considerada bajo diversas modalidades del test de igualdad. El primero, y más simple de todos, es el examen a la luz del principio de igualdad formal ante la ley. Para sortear un examen de igualdad formal ante la ley debería ser cuantitativamente igual, cualitativamente similar y la medida debería corresponder al marco normativo global que guía las relaciones transfronterizas en el paso migratorio de un modo de trato perfectamente idéntico al de cualquier país.

86. Si existiese como regla general para todos los países y en todas las circunstancias, el examen de igualdad estaría perfectamente satisfecho y no sería necesario avanzar en el peso argumental. Algo parecido se desprende de un criterio de respuesta del escrito de la Presidencia de la República cuando sostiene que “la situación de Haití no es una cuestión excepcionalísima ni discriminatoria en términos de nuestra política de Estado migratoria” (fs. 86 del requerimiento). Para justificar esta afirmación adjunta el listado del conjunto de 104 países respecto de los cuales nuestro país exige la misma medida. En ellos se advierte una enorme mayoría de países de África, Asia y Oceanía y un conjunto menor de países americanos y uno solo europeo: Belarús.

87. No es del caso hacer extensos análisis de esta lista pero ninguno de estos países tiene mediana o intensa vinculación con nuestro país. Salvo Palestina, Siria, India o China, ninguno de ellos se destaca por tener comunidades significativas en el país. Incluso la suma de estas comunidades representativas está lejos de equiparar a la comunidad haitiana. Por ende, numéricamente esa lista solo representa un conjunto de países que desde el punto de vista cuantitativo no tiene parangón con el problema planteado a los ciudadanos de Haití.

²⁶ Ver a título de ejemplo, la Decisión N° 2018-717/718, cuestión prioritaria de constitucionalidad del 6 de julio de 2018 del Consejo Constitucional francés o la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Trump vs. Hawaii de 26 de junio de 2018.

88. Adicionalmente, la impronta cultural de nuestro país, entroncada en una relación especial con Europa y todas las Américas, vuelve sospechosa la lista descrita. Ya no solo queda aislado el caso de Haití sino que éste es acompañado por un conjunto de países respecto de los cuales no es resorte de este Tribunal examinarlo (Cuba, Dominica, República Dominicana y Surinam) pero lo sitúa en el marco de la excepción. Con ellos, salvo en el caso de la República Dominicana, la medida implementada importa una abierta excepción. Por tanto, en el examen simple de igualdad formal no es posible pasar por alto que se trate de una medida exactamente igual para todos los países con los cuales nuestro país se vincula cotidianamente.

89. De hecho, la mayoría del Tribunal Constitucional sostiene, contradictoriamente, que se funda por un lado en el “cumplimiento de la ley” (cc. 1° y 2° del fallo) en un juicio de igualdad formal. Y, a la vez, indica que los fundamentos de la medida se explicitan en orientarse a la defensa del “interés nacional” expresamente contemplado en la ley de extranjería. Sin embargo, esa es la excepción legal. Nos imaginamos que las legítimas causales de reserva de información, reconocidas por el artículo 8° de la Constitución, no pueden fundar exclusivamente toda una política sin un examen que pondere sus razones.

90. En consecuencia, desde el punto de vista normativo hay que atender al modo en que nuestra legislación de extranjería trata la materia. En este caso el DL 1094 establece como regla general que los extranjeros pueden ingresar al país como turistas con la sola presentación de pasaporte, y excepcionalmente el Estado puede exigir visto consular, por razones de reciprocidad o interés nacional.²⁷ Es lógico que el criterio de diferenciación es la nacionalidad, y que tal diferencia es admitida en la ley. El juicio de igualdad va más allá de la mera constatación formal de motivaciones o razones.

91. El poder simbólico de esta medida contra personas de nacionalidad haitiana exige ir más allá. Se trata de un grupo migratorio vulnerable por varias y copulativas razones: provienen del país más pobre de América, son mayoritariamente afro descendientes y por regla general no hablan ni entienden español.

²⁷ El artículo 45 del DL 1094 describe la relación regla general y excepción del siguiente modo:

“Los turistas deberán estar premunidos de un pasaporte u otro documento análogo otorgado por el país del cual sea nacional y quedarán exentos de la obligación de obtener visación consular.

No obstante, por razones de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá establecer mediante decreto supremo, firmados por los Ministros del Interior y de Relaciones Exteriores, la obligación para los turistas de obtener un registro previo de sus pasaportes en el Consulado chileno correspondiente o por quien lo represente (...)”.

Una medida que restringe y dificulta su entrada al país, fundada en razones confusas y con escaso soporte real predispone una actitud negativa en contra de la migración haitiana. Tal predisposición no es justa, y puede llevar a la afectación de derechos y discriminación.

92. En consecuencia, tanto por razones cuantitativas, cualitativas y normativas no se sostiene la tesis de igualdad formal ante la ley. Se trata de una política excepcional que no pasa el test formal de igualdad ante la ley y que exige ser analizada desde un examen sustancial de ley.

2.- Test de igualdad: los factores intervinientes

93. En el test de igualdad sustantiva examinaremos los elementos que integran el test para después desarrollarlo pormenorizadamente. Lo primero es identificar la medida. En segundo lugar, las personas que son afectadas por la misma. En tercer lugar, debemos identificar el sujeto que impone la medida. En cuarto término, los criterios de distinción utilizados. En quinto lugar, el punto de comparación. Finalmente, el medio utilizado por la medida.

2.1.- La medida impuesta: exigencia de visto consular o registro previo

94. La medida aplicada por el decreto, cuya legalidad ya está despejada, impone a los nacionales haitianos la obtención de Visto Consular de Turismo Simple para ingresar al país. El artículo 45 del Decreto Ley N° 1.094 prescribe que mediante decreto supremo se puede establecer “la obligación para los turistas de obtener un registro previo de pasaportes en el Consulado Chileno”, cuando así lo exija el interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional.

95. Esta medida es una excepción respecto de los países americanos, ya que según los datos entregados por el Ejecutivo sólo se encuentran en tal situación Cuba, República Dominicana, Surinam y ahora Haití (fs. 87). La obtención de esta visa implica una decisión discrecional de las autoridades chilenas en el exterior (“podrán extender”, art. 89 Reglamento de Extranjería), que además está sujeta a un plazo. El visto simple autoriza a ingresar una vez al país, lo que debe verificarse dentro de 90 días de otorgada la autorización (art. 14 Reglamento de Extranjería).

96. Se sostuvo en la vista de la causa, así como por la Contraloría General de la República que se trata de una medida

dirigida a turistas y no sería propiamente una medida del ámbito migratorio.

97. La mayoría del Tribunal estima que se trata de una medida en donde hay identidad de trámites entre aplicar la exigencia de visado previo, recurriendo al artículo 45 del DL 1094, o de regularizar su situación con posterioridad a su ingreso mutando su estatus migratorio (artículo 49 del DL 1094). Verlo en su considerando 14° de este fallo.

2.2.- Las personas afectadas por esta medida: haitianos dentro y fuera del país

98. El Decreto Supremo N° 776 cuestionado está dirigido a “todo ciudadano haitiano que desee ingresar al país, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas”.

99. Con esta medida, los haitianos dejan de entrar como turistas con pasaporte simple y una vez dentro del país cambian su estatus migratorio y proceden a regularizar su estadía de un modo similar al que lo hace la mayoría de los ciudadanos de diversos países americanos.

100. Los afectados directos son haitianos que aún no ingresan al país y que deben obtener el visto consular en el Consulado de Chile en Puerto Príncipe. De la misma manera, se ven afectados ciudadanos haitianos que se encuentran fuera de Chile y que estaban en proceso de inmigración por previas estadías en nuestro país. De un modo indirecto, afecta potencialmente a todo haitiano, sea porque no pueden ingresar al país, sea porque estando dentro del país se les cuestione socialmente su estancia.

2.3.- Sujetos que imponen la medida: el Estado de Chile

101. Aunque parezca inútil esta afirmación, resulta del todo lógica identificar que es el Estado el que impone esta medida. En este sentido, se descarta el dilema de eficacia horizontal de derechos y se plantea como un dilema tradicional de reconocimiento estatal de derechos de las personas.

102. Asimismo, la identificación del sujeto estatal impone al Estado de Chile el cumplimiento del estándar del artículo 5° de la Constitución en cuanto cumplir el mandato o deber de protección, promoción y garantía de derechos constitucionales y convencionales. En tal sentido, el propio D.S. alude a que el ejercicio de esta atribución se realiza en nombre de la “protección al migrante y ejercicio pleno del estado de derecho”.

2.4.- Los criterios para realizar la distinción

103. El test de igualdad exigido por el artículo 19, numeral 2° de la Constitución es aquél que deviene de un análisis de aquellas discriminaciones históricas que se han ido decantando en la Constitución, así como de aquellos factores que vienen en su auxilio y que son propios de un estudio convencional. La STC 2838 examina esos criterios históricos. “El tratamiento en el Derecho interno de estas cláusulas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es muy disímil. Algunas de ellas están en el ámbito legal (artículos 2° y 485 del Código del Trabajo, así como en la Ley Antidiscriminación, N° 20.609). Sin embargo, algunas de estas cláusulas tienen reconocimiento constitucional puesto que el constituyente, en algunos casos como sedimentación de experiencias históricas de discriminación, ha puesto especial énfasis en aquellos tratamientos normativos y fácticos que nuestra sociedad ha ido reflejando en la Ley Fundamental. Nada de ello impide que pueda ser posible una interpretación que incorpore todas las demás categorías sospechosas dentro de nuestro ordenamiento. Sin embargo, cabe destacar algunas categorías constitucionales de particular cuidado. Primero, la de género (artículo 1°, inciso primero, de la Constitución [“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”] y artículo 19, numeral 2°, inciso primero, oración final, de la misma Carta: “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”). En segundo lugar, el criterio racial, especificado en la proscripción de la esclavitud o servidumbre (artículo 19, numeral 2°, inciso primero, de la Constitución: “En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre”). En tercer lugar, las discriminaciones sostenidas en posiciones económicas o de poder social o político (artículo 19, numeral 2°, inciso primero: “En Chile no hay persona ni grupo privilegiado”). En cuarto término, la cláusula de nacionalidad, que distingue a los chilenos de los extranjeros (artículo 14, epígrafe del artículo 19 y artículo 19, numeral 16°, de la Constitución). Y, en quinto lugar: el mérito, identificado como igualdad de oportunidades (artículo 1°, inciso quinto, artículo 19, numeral 17°, y artículo 38 de la Constitución), así como el mérito por capacidades o idoneidad (artículo 19, numeral 16°, de la Constitución). Sobre cada una de estas cláusulas sospechosas esta Magistratura ha tenido algún pronunciamiento significativo, sin descartar que no exista controversia sobre otras fuentes de diferenciación (orientación sexual, filiación, discapacidad, eTribunal Constitucional.)” (STC 2838, c. 20°).

104. El intento de diferenciar el tratamiento de ingreso al país entre aquellas nacionalidades a las que se les exige el visto consular previo respecto de aquellas que no se les exige, implica trabajar sobre los criterios de nacionalidad, raza, posición socioeconómica y privilegio.

105. La mayoría del Tribunal Constitucional se equivoca en reconocerle a una ley el establecimiento de un parámetro de control (c. 15° de esta sentencia). El que el artículo 55 del Código Civil distinga entre nacionales y extranjeros no resuelve la constitucionalidad del dilema ni es una fuente legítima para realizar un test de igualdad.

106. Todos estos elementos se dan en el caso de la población haitiana. Ya hemos sostenido que se trata de una comunidad que está sometida a un régimen de discriminaciones múltiples.²⁸ La concurrencia simultánea de miles de haitianos en condiciones de pobreza, en busca de un horizonte de una vida digna, en un país con otro idioma, con una raza diferente y con un tratamiento formalmente diferente al de otros extranjeros altera el juicio de igualdad. Todos estos factores se resumen en el criterio de la nacionalidad. En consecuencia, se trata de un asunto en donde “el criterio de diferenciación se basa en un criterio (sic) “objetivo” y “relevante”: la nacionalidad” (fs. 162 del expediente: respuesta del Presidente de la República al requerimiento). Al ser un asunto con múltiples categorías sospechosas que exigen ser resueltas y argumentadas de un modo lógico acerca de la razonabilidad de esas diferencias, a objeto de superar el estándar que impone el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, es necesario partir sosteniendo que es sospechosa esta distinción.

2.5.- Término de comparación: el derecho de inmigrar y el derecho de reagrupación familiar

107. Esta parte del examen de igualdad se limita a identificar el problema del término comparativo. Estamos claros que se está utilizando el criterio de nacionalidad en relación con el derecho que tiene “toda persona (...) de entrar y salir de su territorio, a

²⁸ La Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia de Durban - Sudáfrica del año 2001 puso en el mapa normativo el concepto de discriminaciones múltiples. Con ello se identifica la idea de que la gente puede pertenecer a varios grupos en desventaja de un modo simultáneo. El modo en que se produce este tipo de discriminación exige que su enfrentamiento obedezca a formas intersectoriales que impidan la invisibilización de alguna de las fuentes de origen de la discriminación. Ver Rey Martínez, Fernando (2008), “La discriminación múltiple: realidad antigua, concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 84, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 251-283.

condición de que se guarden las normas establecidas en la ley” (artículo 19, numeral 7°, literal a) de la Constitución).

108. Asimismo, es parte del juicio de la comparación el derecho 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).

109. En este sentido, se trata de una decisión que afecta expectativas (inmigrar) y posiciones subjetivas (derecho a reagrupación familiar) de un modo radical que modifica su horizonte de vida.

2.6.- Medio utilizado: un decreto específico basado en autorización legal

110. El medio utilizado es un Decreto Supremo específicamente desarrollado para el caso haitiano sobre la base del Decreto Ley N° 1094. Determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto impugnado no implica hacer un juicio de constitucionalidad del Decreto Ley N° 1094. Este decreto ley no ha sido examinado por el Tribunal Constitucional en su totalidad, y uno de sus preceptos ya ha sido declarado inaplicable (STC 2273). Hemos sostenido que “se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno.” (STC 2273, c. 7°).

111. El examen de este juicio de igualdad no está ni puede estar sostenido en un examen mediato de su soporte normativo. Por ende, no se trata de enjuiciar una medida impuesta “en” la ley sino que en la “aplicación” de una de sus excepciones.

3.- El test de igualdad

112. El test de igualdad se desarrolla por pasos, según pasaremos a indicar. El único baremo que debemos demostrar es que se trata de una diferencia arbitraria, según lo prohíbe el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución.

3.1.- ¿En qué consiste la diferenciación?

113. Como se ha adelantado, la exigencia de visto consular es excepcional. La regla general, contenida en los artículos 44 y 45 del Decreto Ley N° 1094, es que los extranjeros pueden ingresar al país como turistas sólo al presentar pasaporte o documento análogo. Los turistas deben tener medios suficientes para subsistir en Chile (“circunstancia que deberá acreditar cuando lo estime necesario la autoridad policial”), y puede permanecer en el país por plazo de 90 días, prorrogable por casos de fuerza mayor (art. 101 Reglamento de Extranjería). El decreto establece una medida excepcional, aplicable sólo a los nacionales de Haití.

114. Adicionalmente, hay una segunda limitación relativa al tiempo por el cual se le otorga el plazo de vigencia del registro o visto consular. La regla general para un turista es que dispone de 90 días bajo esa condición desde su ingreso (artículo 87 del Reglamento de Extranjería). El artículo 89 del Reglamento de Extranjería regula los casos del registro previo o visto para ingresar al país, pudiendo extender este registro “hasta por el período de seis meses, en cuyo caso, esta actuación administrativa permitirá al extranjero ingresar en la calidad de turista en las oportunidades que estime conveniente durante ese plazo, sin requerir otra actuación similar. Estas autoridades dejarán expresa constancia del plazo de validez del registro o visto en el pasaporte del extranjero.” El visto simple implica que autoriza “una sola entrada al país” (inciso segundo del artículo 89 del Reglamento de Extranjería).

115. Respecto de los haitianos el visto consular fue otorgado por un plazo de treinta días, utilizando la excepción de la excepción. Son menos que un turista, solo tienen una opción para ingresar al país y el período por el cual se les otorga es abiertamente insuficiente para ejercer los derechos de regularización y cambio del estatuto migratorio que la ley contempla (artículos 9° y 49 del DL 1094).

116. La diferenciación opera de dos maneras. Primero, por asimilación o indiferenciación con las categorías de nacionales de países extranjeros a los cuales se les requiere la misma medida. Y segundo, por diferenciación respecto de otros extranjeros o en relación con su propio tratamiento anterior.

117. La exigencia del visto consular importa tratar a los haitianos como nacionales de países extranjeros que exigen el mismo visado previo por razones de reciprocidad. Haití no tiene un régimen de reciprocidad respecto de los chilenos que deseen ingresar a Haití. Por ende, se trata de una asimilación asimétrica. Y por otro lado, esta asimilación configura una equiparación con un estándar del que carecía situando a esta nación con los extranjeros pertenecientes a diversos países asiáticos o africanos.

118. Sin embargo, más que esa equiparación lo que se revela es una diferenciación respecto del propio tratamiento que tenía en el pasado sus propios connacionales a los que no se les exigía un visado previo y los diferencia de buena parte de América Latina con los cuales compartía un tratamiento similar. En síntesis, esta equiparación con países con los cuales la relación de Chile no es cotidiana ni próxima y su diferenciación con los países con quienes sí lo es importa identificar la razón de esa diferenciación.

3.2.- ¿Cuál es la finalidad perseguida con el trato diferenciado

119. Aquí es donde corresponde indagar en las motivaciones que eran insuficientes como para estimar una infracción al principio de juridicidad pero que son indiciarias del trato desigual.

120. El decreto se basa en cuatro supuestos: (1) Que es de interés nacional dotar al país de una migración ordenada, segura y regular. (2) Que el aumento sostenido de ciudadanos de origen haitiano que ingresan al país con fines declarados de turismo pero permanecen en Chile en situación irregular, es una realidad insoslayable. (3) Que, al permanecer en Chile, más allá del tiempo previsto para los turistas, expone a los migrantes y a sus familias a ser objeto de redes de tráfico de personas y a otros riesgos derivados de su situación irregular en el país. (4) Que tales circunstancias exigen una gestión integral que tienda a la gobernabilidad migratoria, permanencia regular en el país, protección al migrante y ejercicio pleno del estado de derecho. Además de los fundamentos explícitos en el decreto, el Ejecutivo expresa que “el único objetivo de este visto consular es velar por la seguridad de los inmigrantes haitianos, promoviendo un ingreso regular y transparente que limite los abusos de los que eran víctima” (fs. 102).

121. Las finalidades se orientan a reivindicar el interés nacional que reviste el “ordenar la casa” con una migración regular y segura. Además, se funda en la protección de los propios migrantes. Las preguntas que deja subsistente este caso es ¿por qué impone una restricción de esta naturaleza a la migración haitiana y mantiene las prácticas vigentes para la migración más numerosa de origen colombiano, venezolano, peruano o argentino? Además, ¿cuál sería la particular vulnerabilidad que sufren los ciudadanos haitianos y que no pueda compararse, *ceteris paribus*, con la de otros migrantes latinoamericanos superiores en números y en condición de no sujeción de permanencia acorde a los parámetros legales?

3.3.- ¿Se trata de una finalidad legítima dentro del ordenamiento constitucional?

122. De acuerdo a los criterios teóricos predominantes en el examen de las finalidades de esta medida hay que atender a los requerimientos mínimos en una democracia. Lo primero, es que se trate de valores democráticos que se encuentren consagrados explícita o implícitamente en la Constitución. Normalmente, los valores que reflejan este objetivo los podemos encontrar o resumir en dos cuestiones: la protección de los derechos fundamentales y la realización del interés público.²⁹

123. A partir de esta doble descripción de finalidades, podríamos identificar tres ámbitos constitucionales como la fuente de fundamento de esta medida. Primero, que la regla de interés público se fundamente en una diferenciación admitida por la Constitución bajo la categoría nacional/extranjero respecto de ese derecho. Las otras alternativas se sostendrían en la protección de los derechos fundamentales. Por un lado de los chilenos y sus habitantes, en la medida que el tratamiento restrictivo tenga por objeto “dar protección a la población” (artículo 1º, inciso quinto de la Constitución). Y la otra alternativa es que se trate de una medida para “proteger al migrante haitiano” en el contexto del deber de respeto y protección del artículo 5º inciso segundo de la Constitución.

124. En cuanto al interés público involucrado, en primer lugar es preciso constatar que en este caso la diferenciación se realiza en función de un criterio claro: la nacionalidad y un criterio implícito: la condición del Estado de Haití.

125. En cuanto al criterio de nacionalidad, al aplicarse a Haití habría que añadir el componente étnico y racial importante, ya que la mayoría de la población haitiana es afro descendiente. Se trata de dos categorías sospechosas, que como se ha afirmado también son recogidas en la Constitución. Al tratarse de criterios de diferenciación sospechosos, el juicio de razonabilidad de la medida es más estricto, ya que no debe existir un propósito expreso o implícito de discriminación. El peso de acreditar la razonabilidad de la medida y de que no se trata de una diferenciación arbitraria es del Ejecutivo.

126. Lo que la requerida y la mayoría olvidan mencionar es que no se trata de una distinción extranjero-chileno, sino de una diferenciación entre extranjero-extranjero, no fundada en motivos de reciprocidad, sino justificada en razones de “interés nacional”. Es ahí donde el criterio de nacionalidad deja de ser objetivo y

²⁹ Barak, Aharon (2017): *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones* (Lima, Palestra) pp. 277-289.

relevante y pasa a ser una categoría sospechosa de discriminación. Lo que está en juego es que el trato igualitario a los extranjeros respecto del derecho de entrada al país ha cambiado.

127. Implícitamente existe una diferenciación que va más allá de la nacionalidad y apunta al efecto asimétrico de relaciones existentes con el Estado de Haití. Los vínculos de Chile con este país, según lo vimos son de reciente data y se fundan en cuestiones accidentales. No se trata de una relación privilegiada, no es un socio comercial, no hay un vínculo geográfico, cuesta llegar a Haití y viceversa. Los intercambios se dan en el contexto de la solidaridad y la paz internacional ejerciendo nuestro país una función de cooperación. Son relaciones asimétricas con este país, que carece de un gobierno con el imperio suficiente como para impedir medidas discriminatorias en contra de sus nacionales. Tampoco tiene incentivos para impedir que las personas busquen emigrar. Por lo mismo, no se les puede aplicar la misma medida a ciudadanos colombianos o peruanos. Hay un Estado detrás y hay una reciprocidad que se puede ejercer en lo favorable y en lo adverso. Respecto de Haití cayó una vez más el Gobierno y siguen buscando sortear su déficit democrático.

128. En segundo lugar, esta medida restrictiva importaría una protección para la población nacional. Sin embargo, esta sugerencia agravaría la falta puesto que importaría calificar a los haitianos como una minoría que exigiría un trato especial y que nos explicara de qué modo los haitianos serían una amenaza para los chilenos. Después volveremos sobre esto, pero resulta evidente que no se trata de una comunidad asociada al mundo delictivo y toda consideración aislada de alguno de sus integrantes configura un prejuicio insostenible. No vale la pena a entrar a analizar este supuesto, salvo que entendamos que la amenaza es que directamente vendrían a quitar puestos de trabajo. Sin embargo, ese asunto sería otro caso, según lo define la propia Constitución en el artículo 19, N° 16, respecto de los requisitos para la obtención de empleos bajo contrato.

129. Un tercer fundamento constitucional, es que esta medida restrictiva se pone en ejecución en beneficio de los propios haitianos. Este razonamiento está en las antípodas del criterio anterior. Parecería decirnos el decreto cuestionado que esta protección es necesaria puesto que “al permanecer en Chile, más allá del tiempo previsto para los turistas, expone a los migrantes y a sus familias a ser objeto de redes de tráfico de personas y a otros riesgos derivados de su situación irregular en el país” (considerando 3° del D.S. N° 776).

130. Este argumento no resulta plausible ni menos legítimo. Sostiene en la práctica que la mejor manera de cautelarlos del tráfico de migrantes es impedir en el lugar de origen la migración al país. Por eso, el control se hace en Puerto Príncipe antes que se consolide cualquier situación normativa. Esta sola enunciación importa el desconocimiento de un derecho humano básico en el cual estamos todos de acuerdo en el Tribunal Constitucional: el derecho a emigrar. Una cuestión es la no obligación de recibir y otra diferente es excluir toda expectativa de migrar a Chile.

131. Se podría sostener una nueva versión de este argumento en el sentido de que Chile no tiene competencias ni obligaciones respecto de los haitianos en Puerto Príncipe. Ya veremos más adelante, las obligaciones que asume el Estado de Chile en materia de jurisdicción en relación con el sistema interamericano de derechos humanos.

3.4.- Los haitianos: ¿son un grupo especial diferentes a otras migraciones latinoamericanas presentes en Chile?

132. El Ejecutivo argumenta que la migración haitiana es especial y distinta a otras, por su aumento exponencial en los últimos 10 años (fs. 91 y ss.). Se afirma que la población haitiana ha registrado un aumento del 6.717% entre los años 2014 a 2017, mientras que la población venezolana habría aumentado sólo un 1.580% (fs. 94). Sin embargo, en la misma tabla se expresan los valores numéricos de la estadística. En el año 2017 hay 134.390 nacionales de Venezuela, y 112.414 nacionales de Haití. Entonces, la especialidad no recae en el número de personas. Por otro lado, el Ejecutivo presenta estimaciones de aumento de la población haitiana en Chile (fs. 96), denotando que el problema (y lo que hace especial a esta migración) es la rapidez de su aumento en los últimos años. Sin embargo, los resultados del Censo 2017 señalan que del total de personas que viven en Chile y nacieron en el extranjero (746.465), un 66,7% declararon llegar a Chile entre los años 2010-2017, y sólo un 8,4% proviene de Haití. De hecho, la mitad de los inmigrantes que viven en Chile provienen de tres países: Perú (25,3%), Colombia (14,2%) y Venezuela (11,2%)³⁰. Lo que a juicio del Ejecutivo caracteriza como especial la migración haitiana es en realidad lo que caracteriza la inmigración a Chile desde el año 2010; un aumento significativo, principalmente desde países de América.

133. ¿Por qué debería ser diferente el trato con los nacionales de países de habla hispana que tienen mayor presencia en nuestro

³⁰ Segunda entrega de resultados definitivos del Censo 2017.

país? Uno de los argumentos que parece esbozar el decreto es que se trataría de una inmigración irregular y susceptible de estar asociada al delito, sea como víctima sea como victimario.

3.5.- Los haitianos ¿son un grupo irregular?

134. El Ejecutivo expresa en múltiples ocasiones que gran parte de las personas de Haití que ingresan a Chile permanecen en situación irregular. Esta aseveración se sustenta en que de cada 100 haitianos que ingresan a Chile como turistas, 98 se quedan en el país (fs. 93). Sobre esto hay que señalar que el art. 49 del Decreto Ley N° 1094 admite la posibilidad de que los turistas cambien su calidad por la de residente, por lo que no es ilícito cambiar de estatus migratorio. El Departamento de Extranjería (DEM) reconoce que “La migración reciente está caracterizada por aquellas personas que ingresan al país con beneficio de turismo y luego solicitan una visa por primera vez.”³¹ Según estadística de la DEM, los haitianos demoran en promedio 99,4 días entre que ingresan al país como turistas y hacen la primera solicitud de visa, mientras que los inmigrantes peruanos demoran en promedio 152,7 días.³²

135. Lo anterior, es particularmente notable. Pese a todas las dificultades de idioma, cultura y redes de apoyo, los haitianos tienen una vocación por regularizar su situación utilizando las mismas vías que usan todos los extranjeros latinoamericanos que ingresan al país, bajo apariencia de turistas, pero con vocación de permanencia. No deja de ser relevante que los tiempos requeridos para regularizar su situación individual supera el tiempo por el cual se conceden excepcionalmente dichas visas.

136. Por otro lado, la condición de irregularidad implica una particular intensidad con el mundo delictual cuestión que queda completamente desacreditada por los hechos.

137. Analizando las estadísticas de trata de personas, resulta discutible el aserto de que es necesario proteger a los haitianos. Sin perjuicio de la cifra negra propia de este tipo de delitos, el Ministerio Público ha formalizado 33 causas por trata de personas desde el año 2011 al 2017, lo que comprende 214 víctimas. Ninguna de ellas es de nacionalidad haitiana, y la mayoría de las víctimas son de Paraguay, Bolivia e India.³³ Han ingresado al

³¹ DEM (2017): «Población migrante en Chile», p. 21. Disponible en http://www.extranjeria.gob.cl/media/2017/09/RM_PoblacionMigranteChile.pdf

³² DEM (2017): «Población migrante en Chile», p. 28. Disponible en http://www.extranjeria.gob.cl/media/2017/09/RM_PoblacionMigranteChile.pdf

³³ MITP (2018): «Informe estadístico sobre trata de personas en Chile: 2011-2017», p. 12. Disponible en: <http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2018/02/Informe-Estad>

Protocolo de atención a víctimas de trata 123 personas (lo que no está condicionado a la persecución del delito), de ellas la mayoría son de nacionalidad boliviana, y existe solo una víctima haitiana.³⁴ ¿Este caso es suficiente como para estimar que son especialmente vulnerables a las redes de tráfico de personas? Los hechos desmienten esta afirmación.

4.- ¿Se trata de una medida proporcional y razonable?

138. Un último examen es el típico que identifica la proporcionalidad como el triple test que permite especificar si realmente esta medida es discriminatoria por ser desproporcionada y que refuerza el test de discriminación establecido implícitamente en el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución.

4.1.- ¿Es una medida idónea exigir este visto consular previo?

139. No se trata de una medida idónea no siendo un medio razonablemente empleado. No tenemos cifras a mano. Pero en los hechos esta medida ha significado que no se logra los objetivos públicamente enunciados y que justifican esta restricción. Lo anterior, por variadas razones. Primero, porque su idoneidad está puesta en cuestión por el propio Ejecutivo al sostener en la vista de la causa y ratificada por actos propios posteriores, que se trataba de una medida que requería ajustes por posibles errores. Esos ajustes son severos puesto que el fundamento de los mismos es el otorgamiento adicional de diez mil (sí 10.000) visados para corregir el modo en que se aplicó la medida. Esta nueva decisión³⁵ está dirigida a recomponer un ejercicio de los derechos humanos que quedaba completamente desprotegido al impedirse el derecho a la reagrupación familiar. Una segunda razón de por qué esta medida no resulta idónea es porque no nos encontramos frente a una medida restrictiva sino que a una auténtica regulación prohibitiva

[%C3%ADstico-Trata-de-Personas-2011-2017.pdf](#)

³⁴ MITP (2018): «Informe estadístico sobre trata de personas en Chile: 2011-2017», p. 20. Disponible en: <http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2018/02/Informe-Estad%C3%ADstico-Trata-de-Personas-2011-2017.pdf>

³⁵ Sería un oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores. Con ello se ejecuta lo que estaba preanunciado en un documento del Gobierno que consta a fs. 215 del expediente que da cuenta de que “para efectos de regular los flujos de personas y resguardar las condiciones de movilidad hacia Chile, se establece el **Visado Humanitario de Reunificación Familiar** para cónyuges, convivientes civiles, hijos menores de edad y mayores que estudien hasta los 24 años, de nacionales haitianos, que no posean antecedentes penales, de 12 meses de duración, prorrogable por una vez, que se regirán por las reglas generales de la visación de residencia temporaria, y con entrada en vigencia el 2 de julio de 2018. Para estos efectos se autorizará un máximo anual de **10 mil visados humanitarios**, los que solo se podrán solicitar en el consulado chileno de Haití”.

del derecho de ingreso al país garantizado a toda persona en el artículo 19, numeral 7° literal a) de la Constitución. Durante la vista de la causa se dio cuenta, sin que se desacreditaran estos hechos, que la medida ha implicado una reducción enorme de la migración haitiana operando, en la práctica como una prohibición. La condición de isla de Haití facilita el control del flujo migratorio en el mismo Puerto Príncipe.

4.2.- ¿Es una medida necesaria?

140. El examen de necesidad se refiere a un análisis de los medios empleados por la autoridad. No se trata de cuestionar la justificación, cuestión que ya hicimos al analizar la finalidad de esta medida. Aquí se trata de especificar si los medios escogidos son racionales. No es que pidamos una mínima intervención o lesividad con la cual se confunde este juicio. Solo será necesario aquella medida que justifique el fin buscado y, por ende, debe estar orientada realmente a la satisfacción de dicho fin.³⁶

141. La propia medida aparece explicada por el representante del Ejecutivo en la vista de la causa y por la Contraloría General de la República, como desvinculada de la cuestión migratoria. Entonces aparecería explicada como una medida necesaria para la regulación del turismo haitiano, pero en la práctica se encubre su necesidad bajo otro argumento que no es propiamente migratorio. Más allá de la esperada disminución de inmigración haitiana, el Ejecutivo no expone claramente cómo tal medida protege a los ciudadanos haitianos. ¿Cómo van a salir de la exposición de las redes de tráfico de personas? Para no basarnos en conjeturas, podemos estudiar un ejemplo similar.

142. El caso dominicano: Desde el año 2010 la población dominicana en Chile aumentó notoriamente. En el año 2014 había 2.510 de esa nacionalidad.³⁷ En el año 2012 se estableció por decreto supremo la exigencia de visto consular de turismo para nacionales dominicanos. Uno de los primeros efectos de la medida fue disminuir drásticamente los ingresos regulares al país, bajando de 4.914 en el 2012 a 2.638 en el 2013 (fs. 89). Otro efecto es que “la exigencia de visa consular ha generado un filtro migratorio solidificando en Chile estos perfiles diferenciados: mientras algunos/as ya poseen residencia definitiva y han podido insertarse de manera regular en Chile; un porcentaje no determinado se encuentra en situación de irregularidad, enfrentando un problema de orden legal, administrativo y penal por la caducidad de sus

³⁶ Barak, Aharon (2017): *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones* (Lima, Palestra) pp. 351-367.

³⁷ DEM (2016): «Migración dominicana en Chile», en Boletín Informativo N° 2, p. 3.

visados o por haber ingresado al país por paso fronterizo no habilitado. [...] Los/as dominicanos/as que ingresan al país por paso fronterizo no habilitado, no sólo quedan en situación irregular sino que además por ser considerado un delito, su camino de regularización migratoria se vuelve más compleja y difícil. Según las fuentes consultadas, este grupo queda en una situación de vulnerabilidad: sin acceso a servicios sociales y las ofertas programáticas disponibles de apoyo en diversas materias como salud, vivienda, educación y trabajo formal. Al no tener permiso de residencia, no disponen de RUT lo que les dificulta acceder a ser catalogados/as formalmente como “sector vulnerable” restringiendo sus posibilidades de ser incluidos en programas de asistencia e integración social o, por tanto, de acceso a FONASA (esta situación de no acceso a Fonasa ha sido revertida a partir del Decreto Supremo N° 67 del Ministerio de Salud año 2015)⁷ y al Registro Social de Hogares (Ex Ficha de Protección Social). Por tanto, la ruta de este segundo grupo de dominicanos/as que entra de manera irregular al país termina siendo más precaria, ya que para trabajar lo hacen de forma irregular o de manera no formal, bajo malas condiciones y con riesgo de abusos. Por otra parte, acceden a los espacios residenciales más sobreutilizados y en malas condiciones de habitabilidad.”³⁸

143. El caso dominicano nos muestra la vocación de emigrar desde condiciones de vida desfavorables hacia condiciones más dignas, bajo los mismos supuestos de la medida aplicada a los haitianos,. Esto revela que los medios utilizados no son racionales para resolver un problema que se presenta como la vía de solución.

4.3.- ¿Se trata de una medida estrictamente proporcional?

144. La justificación de esta iniciativa debería basarse en el hecho de que esta medida implica una restricción constitucional de derechos fundamentales. Para la mayoría del Tribunal Constitucional, esta cuestión no está en juego porque los haitianos no tendrían los derechos que esta minoría reclama para los haitianos. Lo anterior, exige revisar nuevamente el estatuto constitucional de los derechos invocados.

145. La primera objeción fuerte es que los haitianos en Haití no tienen ningún derecho subjetivo a inmigrar a Chile imponiéndose la tesis restrictiva puesto que, entre otras cosas, que si los derechos

³⁸ DEM (2016): «Migración dominicana en Chile», en Boletín Informativo N° 2, pp. 9-10.

son relativos con mayor razón lo serían las meras expectativas. Incluso pueden darse razones de texto constitucional para afirmar esta posición de impedimento de derechos. En esa línea, uno de los objetivos del Estado de Chile es orientar su acción tendiente al logro del bien común. Pero ese objetivo está limitado a “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible” (inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución). O sea que los términos del bien común se limitarían al ámbito nacional y nuestro país carecería de la competencia vinculante para resolver este tipo de problemas fuera de nuestras fronteras.

146. No obstante, resulta claro que la expresión “todos y cada uno” que utiliza el artículo primero de la Constitución se entiende referida a aquel conjunto de personas que están vinculadas con nuestro país lo que no puede excluir a los extranjeros. Asimismo, una reciente jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos viene a precisar esta cuestión respecto del alcance de las obligaciones territoriales del Estado de Chile dentro de nuestro sistema interamericano de derechos humanos.

147. “El Comité de Derechos Humanos ha reconocido la existencia de conductas extraterritoriales de los Estados que conllevan el ejercicio de su jurisdicción sobre otro territorio o sobre las personas fuera de su territorio. Por lo tanto, pesa sobre los Estados Partes el deber de respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte”. En particular, dicho Comité ha reconocido que los actos de los funcionarios consulares pueden quedar comprendidos en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte Internacional de Justicia ha reafirmado dicha aserción, al establecer que “el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio”.³⁹

148. Por lo mismo, los alcances de los derechos de los extranjeros sometidos a jurisdicción no pueden concebirse como si no tuvieran derechos o expectativas de tales. “La Corte ha resaltado que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la

³⁹ Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, párrafo 174.

persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación¹⁸⁶. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de iure o de facto”.⁴⁰

149. En este sentido, en el desarrollo de esta medida se pone en cuestión el entramado constitucional de la libertad de movimiento reconocida en el artículo 19, numeral 7° de la Constitución. Resulta bastante claro que se trata de una libertad cara para los ciudadanos, nacionales o extranjeros, y es descrita como una consecuencia de la libertad personal. El estatuto constitucional la ha amparado con una fuerte impronta, lo que no la exime de restricciones como a todo derecho. Dentro de las restricciones está la dimensión liberal del principio de no daño y de la garantía de que el derecho de entrada y salida del país, se realice “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley” sin distinción entre extranjeros y chilenos. Ya hemos sostenido que esta cuestión (STC 2273) sí la resuelven otros ordenamientos haciendo esta distinción en la propia Constitución. Esta libertad de movimiento no puede estar dependiente de la voluntad del legislador ni menos del Poder Ejecutivo. Deben respetarse las leyes para regular ese derecho, someterlo a formas, a coordinación y a requisitos pero no pueden buscarse medios para su abrogación.

150. Incluso esta cuestión es tan eminentemente constitucional, aunque la mayoría del TC lo quiera ignorar, que la reforma constitucional de la Ley N° 20.193, que incorporó el art. 126 bis de la Constitución tuvo que hacerse cargo de uno de estos supuestos. Efectivamente es la Constitución la que autoriza la limitación de la libertad de movimiento hacia los territorios especiales. Nuevamente en este caso, las restricciones al derecho de residir, permanecer y trasladarse no distingue entre chilenos o extranjeros. De hecho, la Ley N° 21.070, que regula el ingreso a Rapa Nui, no establece diferenciaciones entre chilenos y extranjeros. En definitiva, el ordenamiento legal interno, que emana del poder soberano, puede regular el ingreso de extranjeros al territorio, respetando los derechos que la propia Constitución les garantiza.

⁴⁰ Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, párrafo 170.

151. Ya hemos sostenido que derechos caros para el ordenamiento convencional como el derecho de reagrupación familiar se ven condicionados por la mera voluntad del Poder Ejecutivo. Aparentemente, al margen de toda ley y decreto, se intenta reparar el desacierto de interrumpir el ingreso como turista de los haitianos y se les otorga plazos estrechos para la regularización quedando miles de ellos en una situación a medio camino. En este examen de proporcionalidad ni siquiera nos podemos hacer cargo de los supuestos normativos de los cuales depende actualmente el derecho a reagrupación familiar, vulnerando el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución, en orden a no garantizar ni respetar estos derechos. Los hace dependiente de oficios, ni siquiera decretos. Ese es un estándar que permite el máximo régimen de arbitrariedad. El deber estatal de respetar, promover y garantizar está desconocido y no tiene una base firme de apoyo más que en la buena voluntad de burocracia de los consulados de Chile en Haití.

152. Las personas de nacionalidad haitiana son titulares de derechos conforme a la Constitución chilena y esta medida es desproporcionada en relación con los haitianos porque el sacrificio del que son víctimas es excesivo. El test de proporcionalidad estricto exige ponderación de los bienes jurídicos. El fin manifestado era obtener una migración ordenada, segura y regular. Las fuentes de dicho desorden, inseguridad e irregularidad son múltiples. Pero si lo vemos cuantitativamente, el propio Gobierno indica los números totales de personas en una comparación que sitúa a los haitianos como el quinto país con mayor cantidad de extranjeros en el país, superado por peruanos, colombianos, bolivianos y venezolanos. En términos numéricos, el incremento total de tres países es ampliamente superior. Y solo se escoge a los haitianos para que tengamos una migración ordenada, segura y regular. Se les hace recaer simbólica y realmente en ellos el peso de ser la fuente de un clima de desorden e inseguridad sin que haya demostrado que se trata de una minoría especial, vulnerable o especialmente irregular. Un equívoco paternalismo orientado a la protección del migrante haitiano termina por cercenar su posibilidad de inmigrar a Chile. Se trata de una medida que no tiene costos políticos puesto que no hay un Estado de Haití ni un gobierno que garantice los derechos de sus nacionales. Ese propio Estado es el que vuelve vulnerable las condiciones de vida de estos ciudadanos que desean emigrar de su país y estas medidas dejan a haitianos a mitad de camino. Unos ya inmigrados dentro de Chile y otros con la expectativa de serlo y los obstáculos normativos enormes que se lo impiden.

153. Es desproporcionada en relación con el derecho que tienen colombianos, peruanos, bolivianos y venezolanos, entre otras nacionalidades, a su derecho de ingresar al país como turistas y obtener su regularización conforme a la ley. Asimismo, también lo es con los propios haitianos que ingresaron al país con anterioridad al 9 de abril de 2018. Se trata de un desconocimiento del principio del derecho internacional de que la migración irregular no es, en sí misma, constitutiva de delito. Sin embargo, mediante estas medidas, los haitianos son el símbolo de la migración desordenada, viendo ellos reducida sus perspectivas de ingreso al país, mediante este requisito. Reducido los tiempos de permanencia en el país, más allá de lo que la ley dispone (6 meses) limitándolo a 30 días. Configurado, además, como un visto consular de turismo simple, el cual solo permite un ingreso al país. Porque deja en suspenso las posibilidades de reagrupación familiar y porque no ofrece un horizonte de vida laboral razonable para personas que emigran por razones socioeconómicas. Está definida la voluntad de “eliminar la posibilidad de solicitar el visado temporario por motivos laborales mediante meros oficios”⁴¹ representativos de una voluntad política restrictiva y hostil.

154. Mediante el DS N° 776, de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se buscó a aquéllos que están en la posición más débil, en donde están dependiendo de sus vulnerabilidades (económicas, lingüísticas y raciales), para restringir esa perspectiva de que el derecho de emigrar tenga una oportunidad consolidada en Chile. El hacerlo con los ciudadanos más pobres del continente no puede ser motivo de orgullo ni ejemplo de orden migratorio. Es un sacrificio de los derechos de las personas y una señera mancha a la tradición constitucional de asilo, de refugio y de no distinción entre nacionales y extranjeros. Por eso, no pasa el test de proporcionalidad en sentido estricto.

X.- Colofón: la exigencia del visto consular es una medida arbitraria, desproporcionada y discriminatoria

155. La medida de requerir un visto consular o registro previo de turismo simple cambia drásticamente el panorama de vida de los haitianos. Ellos, como grupo migratorio, no son esencialmente distintos a nacionales de otros países. (i) La migración haitiana se concentra en los últimos años, como la mayoría de la población migrante del país. (ii) Los haitianos entran como turistas y luego cambian su estatus migratorio, tal como lo permite la ley y como lo

⁴¹ Intervención de Rodrigo Ubilla, Subsecretario del Interior, Departamento de Extranjería y Migración, en Seminario “Perspectivas para el desarrollo de Chile: ¿Cuáles son los desafíos del nuevo gobierno?”, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas PUC, abril de 2018.

han hecho otros grupos antes, actualmente y en el futuro. (iii) No existen datos oficiales que demuestren que el problema son los haitianos sin mirar el conjunto de los grupos migratorios presentes en el país. Tampoco fueron aportados por el Ejecutivo los datos que permitan estimar que los haitianos son víctimas (o más que otros) del delito de trata de personas. Asimismo, la medida establecida por el decreto no es idónea ni proporcionada con las finalidades expresadas por el Ejecutivo. Más allá de reducir la migración haitiana a Chile por un tiempo, no hay argumentos que expliquen cómo esta medida protege a los haitianos.

156. Con todo, se trata de una medida que está fundada en argumentos que no se sustentan en datos reales y verificables, unidos a muchas conjeturas y saltos lógicos que debilitan sus fundamentos. Si la finalidad expresada por el Ejecutivo es verdaderamente proteger a los inmigrantes haitianos, esta medida no es idónea. La migración, como fenómeno que afecta a Chile en las últimas décadas continuará en aumento, y lo único que produce la exigencia de visa consular es discriminar qué tipo de extranjeros entran a Chile por vías regulares. La decisión de limitar la migración haitiana, sin que existan argumentos razonables para considerar este caso como especial o distinto, unido a las categorías sospechosas de diferenciación permite afirmar que se trata de una diferenciación arbitraria y por ende, discriminatoria vulnerando el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución lo que nos lleva a acoger el presente requerimiento y estimar la inconstitucionalidad del decreto impugnado.

X.- Kolofon: egzijans nan je konsila se yon mezi abitrè, disproporsyone ak diskriminasyon

157. Mezi pou egzije yon viza konsilè oswa anrejistreman anvan nan touris senp la chanje sitiyasyon lavi Ayisyen yo. Yo, kòm yon gwoup migratè, yo pa esansyèlman diferan de sitwayen nan lòt peyi yo. (i) Migrasyon ayisyen konsantre nan dènye ane yo, tankou majorite popilasyon migran peyi a. (ii) Ayisyen antre kòm touris epi chanje kondisyon imigrasyon yo, jan lalwa pèmèt ak lòt gwoup yo te fè anvan, kounye a ak nan fiti. (iii) Pa gen okenn done ofisyèl ki montre ke pwoblèm lan se Ayisyen yo san yo pa gade tout gwoup migratè yo prezan nan peyi an. Ni Egzekitif la te bay done yo ki pèmèt estimasyon Ayisyen yo viktim (oswa plis pase lòt moun) nan krim lan nan trafik moun. Menm jan an tou, mezi ki etabli pa dekrè a pa ni apwopriye ni pwopòsyonèl ak objektif eksprime Egzekitif la. Beyond diminye migrasyon ayisyen nan peyi Chili pou yon tan, pa gen okenn agiman ki eksplike ki jan mezi sa a pwoteje Ayisyen.

Sepandan, li se yon mezi ki baze sou agiman ki pa sipòte pa done reyèl ak verifyab, ansanm ak anpil konjekti ak leap ki lojik ki febli fondasyon li yo. Si objektif Egzekitif la ekspri se vrèman pou pwoteje imigran ayisyen yo, mezi sa a pa apwopriye. Migrasyon, tankou yon fenomèn ki afekte Chili nan dènye dekad la, ap kontinye ogmante, epi bagay la sèlman ki pwodui egzijans yon viza Konsila se fè diskriminasyon ki kalite etranje antre nan Chili nan chanèl regilye.

Desizyon pou limite migrasyon ayisyen, san yo pa gen agiman rezonab pou konsidere ka sa a kòm espesyal oswa diferan, ansanm ak kategori sispèk nan diferansyasyon, pèmèt nou afime ke sa a se yon abitrè ak, Se poutèt sa, diferansyasyon diskriminasyon an vyolasyon Atik 19, nimewo 2 °, nan Konstitisyon an ki mennen nou aksepte egzijans prezan an epi estime enkonstitisyonnalite de defi defye a.

Redactó la sentencia el Presidente del Tribunal, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y, la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 4757-18-CDS

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en el ejercicio de su cargo.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.