Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 203
AÑO LXVI
ENERO - JUNIO 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTE

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EL ESTATUS CONSTITUCIONAL DE EXTRANJEROS
(NOTAS ACERCA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EXPULSION DE EXTRANJEROS)

FRANCISCO ZUÑIGA URBINA
Profesor Universidad de Chile

I. PROLEGOMENOS

Recogiendo la vieja terminología germana el término estatus nos refiere a la posición de la personalidad o subjetividad de la que emergen situaciones jurídicas en relación al Estado, y que pueden ser positivo, negativo, activo y pasivo (Jellinek)[1]. En este contexto para el liberalismo jurídico alemán del período guillermino la subjetividad jurídica se afirma en oposición al Estado, y precisamente, la persona en cuanto parte del pueblo (población) de un Estado, obtiene una "esfera de Derecho Público" reconocida por el ordenamiento, que puede expresarse en la noción de *subditus* o de *cives temporarius*. Tales posiciones de la persona frente al Estado son plenas cuando ésta tiene un estatus primario de nacionalidad (*subditus*).

De esta manera, el concepto de nacionalidad como estatus emerge histórica y positivamente ligado a su par antinómico: el concepto de extranjería, que se recuerda tiene antecedentes en el peregrino del antiguo Derecho Romano y en el "sin derecho" (Rechtlose) del antiguo Derecho germano, en que los sujetos *son sujetos de deberes, aunque la Lex Antoniniana de Civitate del emperador Caracalla del año 212 n.e. concedió el "derecho de ciudadanía" romana a todos los habitantes libres del Imperio.*

[1]Jellinek, Georg: *"Teoría General del Estado"* (trad. F. de los Ríos), Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970. p. 313.
Idem: "Voz estatuto", *Vocabulario Jurídico*, H. Capitant, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 264-265.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En el contexto descrito el status de nacionalidad es un problema de Estado moderno, aunque se indaguen remotos antecedentes románicos. Así para Kelsen el pueblo o ámbito personal de validez del orden jurídico en su calidad objetiva es el "conjunto de obligados" y en su calidad subjetiva "un conjunto de titulares de facultades jurídicas, de derechos subjetivos", siendo el extranjero en un principio sinónimo de "enemigo" carente de protección, de derechos, lo que paulatinamente se modificó. "En contraposición al concepto de extranjero, falto de derechos y de protección o por lo menos, *capite minuido*, surge el concepto de 'ciudadano'. Este concepto conserva todavía importancia, porque el extranjero no ha alcanzado aún la igualdad de derechos"[2].

Para la teoría tradicional del Estado la población como elemento del orden estatal permite hacer el distingo entre nacionales y extranjeros, como estatus diferenciados. "Los primeros –dice Pérez Serrano– están sujetos al *imperium* estatal por razón de su misma condición de nacionales, por el vínculo que los une con la comunidad espiritual (Nación) y con la política (Estado), lazo que supone intimidad de conexión, título de cooperaciones y motivo de obediencia, y que no desaparece por la ausencia del territorio. En cambio, los extranjeros sólo a través de éste, y mientras dure su estancia allí, están sometidos al Estado (cuestión independiente es la de sus bienes)"[3]. En este orden de ideas, el estatus de nacionalidad y de extranjería en relación a la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales giran en torno a la noción de "estandar mínimo internacional", lo que ciertamente tiene una difícil relación con el tradicional "derecho de expulsión" del Gobierno de extranjeros que como bien observaba Otto Mayer es reflejo de una "gran inferioridad de situación jurídica general"[4].

II. DERECHO DE EXTRANJERIA EN DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional estudia la nacionalidad y extranjería como estatus específicos en el campo del ámbito de validez personal de los Estados. Así para un internacionalista clásico como A. Verdross el concepto de nacionalidad es de carácter jurídico-internacional, no coincidiendo con el status de ciudadanía que es de carácter jurídico interno[5]. "La regulación de la nacionalidad por parte del Derecho Internacional no significa en modo alguno que éste distribuya a los hombres entre los distintos Estados. Muy al contrario, el Derecho Internacional (D.I.) confía en principio a los propios Estados la libre promulgación de

[2]Kelsen, Hans: *Teoría General del Estado* (trad. L. Legaz), Editora Nacional, México D.F., 1965. p. 209.

[3]Pérez Serrano, Nicolás: *Tratado de Derecho Político*, Edit. Civitas S.A., 2ª ed., Madrid, 1994. Pág. 115.

[4]Mayer, Otto: *Derecho Administrativo Alemán* (trad. del original francés por H.H. Heredia y E. Krotoschin), Edit. Depalma, Buenos Aires, 4 vol, 2ª ed., 1982. Tomo IV, pp. 354-355.

[5]Verdross, Alfred: *Derecho Internacional Público*, trad. A. Truyol, Edit. Aguilar S.A., Madrid, 1957, pp. 205 y ss.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

normas acerca de la adquisición y pérdida de su nacionalidad" (Verdross). Tal principio fue recepcionado en el Convenio relativo a los conflictos de leyes sobre nacionalidad (1930) y la Conferencia de La Haya (1930-1937). Uno de los principios generales del Derecho Internacional es que ningún Estado puede determinar las consideraciones de adquisición y pérdida de una nacionalidad extranjera; por lo que la "naturalización" estará siempre presidida por el consentimiento del extranjero que adquiere la nacionalidad del Estado[6]. La contrapartida del estatus de nacionalidad es en el Derecho Internacional el estatus de extranjería que obliga a los Estados entre sí a que traten de determinada manera a sus respectivos súbditos (A. Verdross).

El Derecho de extranjería en el Derecho Internacional se divide en tres secciones: la admisión de los extranjeros, la situación de los extranjeros en el país y la expulsión de los mismos, todo en tiempos de paz, ya que el derecho de la guerra es un cuerpo específico de normas.

a) Admisión de los extranjeros. En D.I. común se establece que ningún Estado puede cerrarse arbitrariamente hacia el exterior. "Pero –advierte Verdross– los Estados pueden someter la entrada a determinadas condiciones, impidiendo a ciertos extranjeros el acceso a su territorio por motivos razonables"[7]. En suma la determinación de las condiciones de admisión es materia de "legislación nacional" (Sh. Oda)

b) Situación de los extranjeros. No existe en Derecho Internacional, una regla que imponga la equiparidad entre nacionales y extranjeros, luego tal equiparidad es más de hecho que jurídica, puesto que desde esta última perspectiva es usual que la situación de nacionales es mejor que la de los extranjeros. En todos los modernos tratados de comercio y establecimiento se tiende a tal equiparación. "Todos los derechos –sostiene Verdross– de los extranjeros que se fundan en el Derecho Internacional común parten de la idea de que los Estados están obligados entre sí a respetar en la persona de los extranjeros la dignidad humana. Y a ello se debe el que haya de concederles los derechos inherentes a una existencia digna de tal nombre"[8]. De esta idea se deducen derechos que se agrupan en cinco categorías:

1. Todo extranjero ha de ser reconocido como sujeto de derecho.
2. Los derechos privados adquiridos por los extranjeros han de respetarse en principio.
3. Han de concederse a los extranjeros los derechos esenciales relativos a la libertad.
4. Han de quedar abiertos al extranjero los procedimientos judiciales.
5. Los extranjeros han de ser protegidos contra delitos que amenacen su vida, libertad, propiedad y honor.

[6]Opinión Consultiva de Corte Permanente de Justicia Internacional de 1923, citada por *Manual de Derecho Internacional Público*, Edit. Max Sorensen: Sh. Oda y otros, p. 454.
[7]Verdros, A.: Ob. cit. p. 263.
[8]Verdross, A.: Ob. cit. p. 265.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

c) Expulsión de los extranjeros. Se admite que los extranjeros "no tienen un derecho incondicional a la residencia", pero el D.I. prohíbe a los Estados disponer y llevar a cabo a su arbitrio la expulsión de extranjeros, imponiendo límites por medio de tratados y jurisprudencia internacional (Verdross). La expulsión de extranjeros sólo es lícita en D.I. "si hay motivos suficientes para ella". "La expulsión –señala Sh. Oda– de un extranjero no es un castigo, sino un acto del órgano ejecutivo que contiene una orden en que se indica al extranjero que abandone el Estado. El Poder Judicial a veces tiene la facultad de intervenir en caso de abuso de la facultad discrecional del Ejecutivo, pero al extranjero no siempre se le concede el derecho de impugnar la decisión del Ejecutivo ante el Poder Judicial. La expulsión no debe efectuarse causando sufrimiento o ejerciendo violencia o daño innecesario al extranjero que se expulsa. La detención obligatoria de un extranjero, bajo orden de expulsión debe evitarse, salvo en casos en que niegue a partir o trate de escapar del control de las autoridades del Estado. Además, debe concedérsele un plazo razonable para arreglar sus asuntos personales antes de salir del país, y debe permitírsele escoger el Estado a donde puede solicitar su admisión"[9]. Con todo, el recurso judicial no es regla de D.I. común.

Con independencia de la naturaleza reglada o discrecional de la potestad del órgano Ejecutivo en orden a expulsar a extranjeros, los motivos en D.I. corresponden a las categorías siguientes:

1. Poner en peligro la seguridad y el orden del Estado de residencia.
2. Ofensa inferida al Estado de residencia.
3. Amenaza u ofensa a otros Estados.
4. Delitos cometidos dentro o fuera del país.
5. Perjuicios económicos ocasionados al Estado de residencia, por ejemplo, mendicidad, vagancia, insolvencia.
6. Residencia en el país sin autorización.

En suma, el D.I. exige un "estándar mínimo internacional" para el trato a extranjeros[10], de suerte que el Estado no obligado a admitir extranjeros, una vez admitido con el estatus específico debe tratarles correctamente y en caso de infracción del estándar el Estado incurre en "responsabilidad" de D.I. de tipo reparatorio frente al Estado de la nacionalidad del extranjero. Especial desarrollo en el Derecho Internacional tiene la responsabilidad de los Estados por expropiación de extranjeros, sean personas naturales o jurídicas.

[9]Oda, Sh.: Ob. cit. pp. 462-463.

[10]Akehurst, Michael: *Introducción al Derecho Internacional*, trad. M. Medina, Alianza Edit.S.A, Madrid, 2ª edic., 1982, p. 120.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El concepto de "estándar mínimo internacional" exige una precisión, ya que por una parte el Derecho Internacional general no impone al Estado ninguna obligación de trato de sus propios nacionales pero paradójicamente obliga a los Estados a un trato protectivo de los extranjeros, sea que gocen o no de algún privilegio diplomático o consular. "Si los extranjeros son admitidos –señala Kelsen– el orden jurídico del Estado en cuyo territorio se encuentran tiene que otorgar a estos individuos un mínimo de derechos y no imponerles ciertas obligaciones, de lo contrario el derecho del Estado al cual jurídicamente pertenecen se considera violado. "En lo que se refiere a derechos, cada Estado está obligado por el Derecho Internacional general a otorgar a lo extranjeros, por lo menos la igualdad ante la ley con sus nacionales en cuanto a la seguridad de las personas y la propiedad"[11]. En consecuencia, una violación al Derecho internacional general acerca del trato de extranjeros acarrea responsabilidad reparatoria del Estado, ya que este orden jurídico exige un "nivel mínimo de civilización" (Kelsen). Como contrapartida cada Estado tiene derecho de proteger a sus propios nacionales contra violaciones de Derecho Internacional que se refieran al trato de extranjeros, derecho a un protegido que depende del derecho nacional de ese Estado; ya que opera en especial en el caso de "denegación de justicia", es decir, la "negación de protección apropiada por los tribunales (el debido procedimiento legal) " (Kelsen).

Es menester destacar para concluir que el "estándar mínimo internacional" se aplica al "derecho de expulsión", sea en cuanto a las causales de expulsión, como también al procedimiento administrativo seguido por órganos competentes (debido proceso), todo sin perjuicio de limitaciones impuestas por el Derecho Internacional convencional.

En el "estandar" de extranjeros la medida de expulsión no es una pena, sino el fruto de una potestad de policía de seguridad; pero si fuere una medida inmotivada o carente de fundamento, aún tratandose de una potestad discrecional como ocurre con el art. 84 de nuestra Ley de Extranjería, se genera responsabilidad del Estado que puede ser ventilada ante un órgano jurisdictor de Derecho Internacional por el Estado a que pertenece el extranjero.

III. DERECHO DE EXTRANJERIA EN DERECHO INTERNO

El principio general en que el extranjero, por el hecho de entrar en el "ámbito soberano del Estado, cae automáticamente bajo la supremacía territorial del país en que se encuentra, aunque continúe subordinado, al mismo tiempo, a la supremacía personal de su Estado patrio, salvo que forme parte de la clase de

[11]Kelsen, Hans: *Principios de Derecho Internacional* (trad. H. Caminos y E.C. Hermida), Ed. "El Ateneo", Buenos Aires, 1965. p. 210.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

personas que gozan de la denominada extraterritorialidad"[12], "Aparte –dice Oppenheim– de la protección de las personas y de los bienes, y aparte de la igualdad de protección ante los Tribunales para los derechos que disfrutan los extranjeros por virtud de la ley del país, los Estados pueden tratar discrecionalmente a los súbditos extranjeros, salvo que su libertad de acción esté limitada por tratados internacionales"[13].

Por otra parte en el Derecho Constitucional el principio general es el estatus jurídico personal, es decir, a partir de los valores de dignidad, libertad e igualdad los derechos fundamentales como expresión de derechos subjetivos públicos, encuentran en la persona humana su titular por excelencia. Incluso autores de horizonte iusnaturalista como Bidart Campos sostienen que la nacionalidad no es sustrato válido del "estatus" jurídico personal, ya que si bien los derechos se ejercen dentro del Estado, ello no significa un estatus previo para su titularidad y ejercicio. "El Estado –señala Bidart Campos– es la organización política de una convivencia humana asentada en un espacio geográfico o territorio y dentro de él y frente a él sólo hay hombres, sin especificidad de nacionalidad en cuanto a la titularidad de los derechos que invisten en cuanto hombres-personas"[14]. Ciertamente la creciente internacionalización de los derechos humanos y progresividad nos llevan paulatinamente a estimar secundario el distingo entre nacionales y extranjeros en relación a la titularidad y ejercicio de derechos subjetivos públicos, ya que se ha sobrepasado el "estándar mínimo internacional", transformándose la persona en sujeto de Derecho Internacional. Pero tal secundariedad nos exige aún un estudio acerca de esta materia conjetural, así como del "derecho de expulsión".

En cuanto al Derecho de Extranjería interno éste es una parcela del Derecho Administrativo especial (Mayer) y por cierto conecta con el Derecho Constitucional tanto en relación a derechos fundamentales cuanto a la naturaleza de la potestad pública del Gobierno en materia de estatus de extranjeros en el Estado.

1. Derechos fundamentales y extranjería. Conforme al artículo 19 de la Constitución Política de la República (C.P.R.) la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales corresponde a las personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras. Sin embargo, esta regla exige hacer precisiones o matizaciones, tanto en relación a personas jurídicas cuanto a extranjeros, a saber:

1.1. En materia de derechos civiles (libertades e igualdades) o derechos de la primera generación, la regla es que no cabe distingo entre nacionales

[12]Oppenheim, L.: *Tratado de Derecho Internacional Público* (8ª ed., inglesa a cargo de H. Lauterpacht, traducida por L. López Oliván y J. M. Castro-Riol), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961, Tomo I, Vol II, p. 250.

[13]Oppenheim, L.: Ob. cit. pp. 260-261.

[14]Bidart Campos, Germán: *Teoría General de los Derechos Humanos*, Edit. UNAM, México D.F., 1993. p. 420.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y extranjeros como lo declara el art. 57 del Código Civil, art. 1º del Código de Bustamante, y art. 1º y 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

1.2. En materia de derechos políticos, éstos por regla están excluidos de la titularidad y ejercicio por extranjeros, salvo tratándose del derecho de sufragio (art. 14 C.P.R. y art. 37 de Ley Nº 18.556).

1.3. En materia de derechos sociales, económicos y culturales, lo relevante no es un estatus, sino la necesidad colectiva que derechos prestacionales cubren y que hacen de estos derechos, derechos colectivos *status positivus socialis*, recogiendo una reformulación de la vieja doctrina de Jellinek acerca de derechos subjetivos públicos.

El referido distingo entre nacionales y extranjeros sigue siendo, a pesar de su secundariedad, significativo, ya que si bien tradicionalmente en el Derecho Público interno nacionalidad y extranjería son estatus de la persona frente al Estado, se ha consolidado en el Derecho Internacional convencional el "derecho de nacionalidad" como un derecho esencial que arranca de la dignidad humana; en cambio la extranjería es un estatus "precario"[15]. De lo expuesto se colige una diferencia capital entre nacionalidad y extranjería, a saber, los nacionales no pueden ser objeto de expulsión del Estado respecto del cual son súbditos, y en cambio, los extranjeros (y apátridas) pueden ser objeto de expulsión del Estado en que son residentes.

Hemos sostenido en este punto el reconocimiento de Derecho Internacional del "derecho de expulsión" del Gobierno, concebido como potestad discrecional, pero sometido a un principio de interdicción de la arbitrariedad. Ello exige dar cuenta, como lo hemos hecho de las "causas justas de expulsión de los súbditos extranjeros" (Oppenheim), sea en tiempos de guerra en que se acepta una amplísima potestad del Estado o en tiempos de paz en que ésta se limita a "causas justas".

2. Naturaleza de la potestad pública. En relación a la naturaleza de la potestad pública del órgano administrativo que tiene a su cargo la fiscalización de las normas del Derecho de Extranjería interno, tiene una respuesta tradicional en el marco de la *potestad de policía de seguridad*, en que el concepto capital es el orden público circunscrito a la idea de orden material, externo y objetivo[16]. En un sentido político el orden público es más amplio y menos material u objetivo que en su sentido administrativo, pues concierne al funcionamiento normal de las instituciones en la órbita competencial de cada cual y al ejercicio normal de las libertades públicas. "La policía de seguridad –dice Bielsa– en virtud de su función esencial debe estar constantemente prevenida, para impedir cualquiera perturbación del orden; su fin primordial es prevenir, no reprimir y sus facultades comprenden lo ejecutivo del 'poder de policía' o sea reglamentación y coerción, dentro, bien entendido, de los límites señalados por la ley fun-

[15]Batiffol, Henri: *Traité Elementaire de Droit International Privé*, 1959.
[16]Bielsa, Rafael: *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, pp. 599 y ss.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

damental, los principios de libertad y los derechos civiles y políticos que ella reconoce y garantiza; toda ley de policía debe subordinarse a esos principios"[17].

La naturaleza de la potestad pública del Estado en relación a los extrajeros y en particular del "derecho de expulsión" es coincidente en el Derecho Internacional y en el Derecho Público interno (Mayer). "La expulsión –indica Oppenheim– no es, al menos en teoría, una pena, sino una medida de índole administrativa consistente en un mandato gubernativo constriñendo al extranjero a abandonar el país. Debe, pues, llevarse a cabo con prudencia e indulgencia compatibles con las circunstancias y condiciones especiales del caso, singularmente cuando haya sido decretada contra un súbdito extranjero domiciliado"[18].

Una manifestación de la potestad de policía de seguridad se ejerce respecto de los extranjeros, tanto en su admisión, situación jurídica y expulsión, y como tal se configura en la Ley de Extranjería vigente (art. 1º).

En nuestro ordenamiento jurídico la naturaleza de la potestad pública de los órganos en relación al estatus de los extranjeros, dado que es reconducida al concepto de orden público (concepto jurídicamente indeterminado axial de la potestad de policía de seguridad), parece más bien en su esencia una función política del poder estatal. Tal función política del Ejecutivo se materializa en actos políticos, sean actos de gobierno y actos institucionales[19].

Los actos políticos son resultado de las decisiones de los órganos estatales en ejercicio de atribuciones propias, dictadas en defensa de la seguridad y el orden público estatal, a fin de vigilar "la observancia de la Constitución, el funcionamiento de los poderes públicos y las relaciones del Estado con las potencias extranjeras".

Esta tesis original que define el "derecho de expulsión" como acto de gobierno tiene fundamentos dogmáticos y positivos, a saber:

a) La Constitución distingue entre gobierno y administración, como funciones asignadas a la cabeza jerárquica del Gobierno, el Presidente de la República (art. 24 C.P.R.).

b) Las funciones de gobierno y de administración se expresan en actos políticos y actos de la Administración respectivamente, que en un régimen presidencialista tiene una cabeza que es un órgano monocrático y una estructura subordinada con facultades delegadas o atribuidas en virtud de la ley.

c) La Constitución de alguna manera reduce el ámbito de la función gubernativa a "todo cuanto tiene por objeto la conservación del *orden público* en el interior y la *seguridad externa* de la República de acuerdo con la Constitución y las leyes" (art. 24, inc. segundo C.P.R.).

d) El referido distingo entre función gubernativa y función adminis-

[17]Bielsa, R.: Ob. cit. p. 600.
[18]Oppenheim, L.: Ob. cit. p. 266.
[19]Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*; idem José R. Dromi: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, reimp. , 1978. Pp. 114 y ss.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

trativa se extiende al régimen interior del Estado (Cap. XIII) y a las unidades geográficas de regiones y provincias. Así intendentes y gobernadores son órganos "bifrontes", tienen atribuciones propias de la función gubernativa y de la función administrativa.

e) Así conforme a la Ley Nº 19.175 orgánica constitucional sobre Gobierno y Administración Regional se consigna como atribución política del intendente como representante del Presidente de la República en la región: "a) aplicar administrativamente las disposiciones de la Ley de Extranjería, pudiendo disponer la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, en los casos y con arreglo a las formas previstas en ella" (art. 2°, letra g). Análoga atribución ejerce el gobernador en la provincia (art. 4°, letra b).

f) La Ley de Extranjería –L.E.– (D.L. Nº 1.094, de 1975) y su Reglamento de Extranjería –R.E.– (D.S. Nº 597, del Ministerio del Interior, 1984), en materia de admisión y expulsión de extranjeros del territorio del Estado se caracteriza por conferir por regla general a los órganos administrativos habilitados potestades de tipo discrecional.

g) El control judicial sobre estos actos políticos ligados a la potestad de policía de seguridad de extranjeros, como v. gr. en materia de expulsión, en que se instituye un recurso o reclamo (art. 89 D.L. Nº 1.094, de 1975), sólo confirma que se trata de un acto de gobierno, y no de un acto institucional. El referido control judicial del acto político versa sobre la fundamentación, es decir, razonabilidad del D.S. del Ministerio del Interior que dispone la expulsión, todo sin perjuicio de recursos administrativos.

Además, cabe agregar que el Decreto del Ministerio del Interior (o resolución) de expulsión de extranjeros está sometido a un control de legalidad vía el trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República (resolución Nº 55, de 1992, modificada por res. Nº 423, de 1996 de CGR, parráfo III, art. 3°, Nº 16). Sin embargo, la expulsión de extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o que prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá sin más trámite por resolución del Intendente Regional respectivo, resolución exenta del control de legalidad referido (art. 84, L.E. y art. 167 R.E.).

3. *Límites al Derecho de Extranjería Interno*

3.1. Derecho Internacional común o general. Son tales las reglas de Derecho Internacional que aseguran el "estándar mínimo internacional" de extranjeros (y apátridas), en particular en relación a sus derechos de contenido patrimonial.

La Convencion sobre Condición de los Extranjeros (Conferencia Internacional Americana de 1928, La Habana) resume los principios y reglas del Derecho Internacional general, siendo relevantes los preceptos siguientes:

Art.1°. Los Estados tienen el derecho de establecer por medio de leyes las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en sus territorios.

Art. 4°. Los extranjeros están obligados a las contribuciones ordinarias

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

o extraordinarias, así como a los empréstitos forzosos, siempre que tales medidas alcancen a la generalidad de la población.

Art. 6°. Los Estados pueden, por motivo de orden o de seguridad pública, expulsar al extranjero domiciliado, residente o simplemente de paso por su territorio.

Art. 7°. El extranjero no debe inmiscuirse en las actividades políticas privativas de los ciudadanos del país en que se encuentre; si lo hiciere, quedará sujeto a las sanciones previstas en la legislación local.

3.2. Derecho Internacional convencional. Los principios y reglas de Derecho Internacional "codificados" en tratados internacionales son también un conjunto de límites al Derecho de Extranjería Interno y a la potestad pública, sea en razón de un "estándar mínimo internacional", o de reglas de *ius cogens*. Cabe citar fragmentariamente los tratados más relevantes en la materia:

3.2.1. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (NU, 1951 y notificada en 1972 con reserva):

Art. 3°. Prohibición de la Discriminación. Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.

Art. 4°. Religión. Los Estados Contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos.

Art. 5°. Derechos otorgados independientemente de esta Convención. Ninguna disposición de esta Convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención, otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados.

Art. 10. Estatuto personal. 1. El estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia. 2. Los derechos anteriormente adquiridos por cada refugiado y dependientes del estatuto personal, especialmente los derechos inherentes al matrimonio, serán respetados por todo Estado Contratante, siempre que el derecho que se trate sea de los que habrían sido reconocidos por la legislación del respectivo Estado, si el interesado no hubiera sido refugiado.

Art. 16. Acceso a los tribunales. 1. En el territorio de los Estados Contratantes, todo refugiado tendrá libre acceso a los tribunales de justicia. 2. En el Estado Contratante donde tenga su residencia habitual, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales, incluso la asistencia judicial y la exención del *cautio judicatum solvi*. 3. En los Estados Contratantes distintos de aquel en que tengan su residencia habitual, y en cuanto a las cuestiones a que se refiere el párrafo 2, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional del país en el cual tenga su residencia habitual.

Art 26. Libertad de circulación. Todo Estado Contratante concederá a

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general.

Art. 32. Expulsión. 1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público. 2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente. 3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual puede gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

Art. 33. Prohibición de expulsión y de devolución ("Refoulement"). 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrán invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Art. 34. Naturalización. Los Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible los derechos y gastos de tales trámites.

3.2.2. Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (NU, 1965, ratificada en 1971):

Art. 1º.1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

1.3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Art. 5°. En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2° de la presente Convención, los Estados se comprometen a prohibir y eliminar las discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia;
b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;
c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;
d) Otros derechos civiles, en particular:

   i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;
   ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país;
   iii) El derecho a una nacionalidad;
   iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge;
   v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros;
   vi) El derecho a heredar;
   vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;
   viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión;
   ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

   i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;
   ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;
   iii) El derecho a la vivienda;
   iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;
   v) El derecho a la educación a la formación profesional;

   vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;
   f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras jurisdicciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

3.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (NU, 1966, ratificada en 1972):

Art. 2º. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Art. 12. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

Toda persona antes mencionada no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Art. 13. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas desig-

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Art. 16. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Art. 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

3.2.4. Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (NU, 1979, ratificada en 1989):

Art. 1°. A los efectos de la presente convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Art. 9°. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el testimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge. 2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

3.2.5. Convención sobre Derechos del Niño (NU, 1959, ratificada en 1990):

Art. 1°. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Art. 2°. 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Art. 7°. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Art. 8°. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Art. 11.1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Art. 22. 1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

3.2.6. Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, inhumanos degradantes (NU, 1984, ratificada en 1988):

Art. 3°. 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

3.2.7. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, notificada en 1990):

Art. 1°.Obligación de Respetar a los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Art. 3°. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Art. 20. Derecho a la Nacionalidad. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. Toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado o los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Art. 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

3.2.8. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948):

Art. I. Derecho a la Vida, a la Libertad, a la Seguridad e Integridad de la Persona. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. II. Derecho de Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Art. VIII. Derecho de Residencia y Tránsito. Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad.

Art. XVII. Derecho de Reconocimiento de la Personalidad Jurídica y de los Derechos Civiles. Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Art. XVIII. Derecho de Justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionales.

Art. XIX. Derecho de Nacionalidad. Toda persona tiene derecho a la

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nacionalidad que legalmente le corresponde y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

Art. XXVII. Derecho de Asilo. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

3.2.9. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948):

Art. 1°. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 2°. 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Art. 3°. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 4°. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Art. 8°. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Art. 15. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

IV. LEGISLACION DE EXTRANJERIA

La Ley de Extranjería (D.L. N° 1.094, de 1975) y su Reglamento (DS. N° 597, de 1984, del Ministerio del Interior) en un sumario análisis descriptivo puede ser reducido a tres grupos de materias:

1. Admisión de Extranjeros. Corresponde la regulación de entrada y residencia (Párrafo 2, art. 2° - 14), impedimentos de ingreso (Párrafo 3, art. 15-17).

2. Situación de Extranjeros. Comprende los estatutos del extranjero en el territorio: residentes oficiales y demás residentes: sujeto a contrato, residente, estudiante, residente temporario, residente con asilo refugiado. (Párrafo 4, art. 18 -43). También se regula estatuto de turistas y de tripulantes (Párrafo 1°, art. 44 - 49 y Párrafo 7°, art. 50-51).

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Finalmente, se regulan los egresos (art. 54-56) reingresos (art. 57-61), infracciones, sanciones y recursos (Titulo II, Párrafos 1°, 2° y 3°, art. 68-90).

3. Expulsión de Extranjeros. La Legislación de Extranjería regula los rechazos (art. 62-64), revocaciones (art. 65-67), y expulsiones y otras medidas de control y traslado (Título II, Párrafo 3°, art. 81-90).

En este apartado sobre expulsión de extranjeros, cabe un desarrollo sumario de la materia tanto en cuanto a la expulsión misma cuanto a la revocación del estatus de residencia.

La Ley de Extranjería, cuyo texto se contiene en el Decreto Ley Nº 1.094, de 1975, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 57, de 1984, del Ministerio del Interior, señalan, por una parte, las situaciones en que debe revocarse el permiso de residencia definitiva concedido a un extranjero y, por la otra, los casos en que la medida puede adoptarse facultativamente por la autoridad.

3.1. Permisos que deben revocarse. El artículo 65 de dicho cuerpo legal enumera los permisos que se encuentran en esta condición:

"1. Los otorgados en el extranjero a personas que se encuentren comprendidas en alguna de las prohibiciones indicadas en el artículo 15".

Este precepto, a su vez, detalla las situaciones en que se prohíbe el ingreso de un extranjero al país.

"2. Los otorgados en Chile, con infracción a lo dispuesto en el artículo 63.

Esta disposición se refiere a las causales de rechazo de la solicitudes de prórrogas de turismo, visaciones, prórrogas de visaciones y permanencia definitiva".

"3. Los extranjeros que con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento de permisos de que son titulares, realicen actos que queden comprendidos en los números 1 ó 2 del artículo 15 o en el Nº 3 del artículo 63".

El Nº 1 del artículo 15 veda el ingreso al país de los extranjeros que "propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado".

El Nº 2 prohíbe el ingreso de "los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, a la trata de blancas y, en general, que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres".

El Nº 3 del artículo 63 alude a "los que entren al país valiéndose de documentos de ingreso falsos o adulterados o expedidos a favor de otra persona y los que incurran en iguales falsedades con respecto a la documentación de extranjería otorgada en Chile, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 y de la responsabilidad penal a que haya lugar".

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3.2. Permisos que pueden revocarse. El artículo 66 de la ley citada versa sobre esta materia y declara que "pueden revocarse los permisos de aquellos extranjeros que con motivo de actuaciones realizadas o de circunstancias producidas con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso o autorización de que son titulares, queden comprendidos en algunos de los casos previstos en el artículo 64".

Ese artículo 64, por su parte, determina las situaciones en que pueden rechazarse las solicitudes de extranjeros relativas a los mismos permisos, todas las cuales corresponden a hechos producidos al solicitar el permiso y con posterioridad a ingreso al país.

3.3. Revocación. Al tenor de lo prescrito en el artículo 67 de la ley, corresponde al Ministerio del Interior resolver sobre ambas clases de revocaciones de los permisos concedidos a extranjeros, a los que debe fijar un plazo inferior a 72 horas para que abandonen voluntariamente el país luego de la revocación.

3.4. Expulsión. El incumplimiento del plazo para abandonar el país determina la expulsión del afectado, aplicando por decreto, que es reclamable personalmente o por un miembro de su familia ante la Corte Suprema en el plazo de 24 horas contados desde el conocimiento del acto, conforme lo dice el artículo 89 de la ley:

Este recurso debe ser fundado y se tramita breve y sumariamente por la Corte, que debe fallarlo dentro de una plazo de 5 días contados desde su presentación, la que suspende los efectos del decreto impugnado.

3.5. Revocación de residencias definitivas. Tal como se infiere de las normas relacionadas la revocación del permiso de residencia definitivo puede proceder tanto por situaciones producidas antes es de obtenerlo, cuanto por hechos ocurridos con posterioridad.

Tratándose de situaciones posteriores al otorgamiento del permiso, la medida es sólo obligatoria si se ejecutan actos comprendidos en los Nº 1 y 2 del artículo 15 o en el Nº 3 del artículo 63 de la Ley de Extranjería, en virtud de los prescrito en el Nº 3 citado artículo 65 de este texto legal.

En cambio, ella es facultativa para la autoridad en las situaciones posteriores a la concesión del permiso, que estén consideradas en el artículo 64, de acuerdo con lo que previene el también mencionado artículo 66 de la misma ley.

Antes de concluir con el examen de la Legislación de Extranjería, es pertinente anotar que nuestro país sólo en 1959 vino a otorgar desarrollo legislativo a la Convención sobre Condición de los Extranjeros (1928), con la dictación de la Ley Nº 13.353 sobre Extranjería y su Reglamento (DS Nº 5.021, de 1959), entendiéndose derogada orgánicamente la Ley Nº 3.446 de Residencia de 1918.

La Ley de Extranjería de 1959 regulaba la entrada, permanencia, sali-

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

da y expulsión de extranjeros. En cuanto a la expulsión de extranjeros también estaba prevista como medida sancionatoria en D.S. Nº 120, de 1946 sobre "Inmigrantes Libres", Ley Nº 8.716, de 1943, Ley Nº 12.927 de Seguridad del Estado. La Ley de Extranjería de 1959 también distingue entre la expulsión y la revocación o rechazo de un permiso (art. 9º). Debe destacarse que la Ley de Extranjería no contemplaba un recurso judicial para reclamar de la medida de expulsión, sin embargo, en la especie fue usual la práctica de recurrir de amparo (art. 16) ante la Corte de Apelaciones respectivamente, siendo la jurisprudencia contradictoria, inclinándose a admitir el recurso de amparo, lo que la doctrina entendió como coherente con el art. 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

V. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LEY Y REGLAMENTO DE EXTRANJERIA

En cuanto a la doctrina jurisprudencial sobre extranjería de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, cabe destacar:

1. Concepto de discrecionalidad en el ejercicio de las atribuciones conferidas al Ministerio del Interior por el artículo 13 del Reglamento de Extranjería. Con relación a la discrecionalidad de que habla el artículo 13 del Reglamento de Extranjería, la Corte Suprema ha declarado: "Comete arbitrariedad y, por lo tanto, vicia el acto que dicta el Ministerio del Interior que deniega una residencia temporal sin que existan fundamentos para ello. La atribución de discrecionalidad que dispone la ley para ejercer potestades administrativas no habilita de modo alguno a la autoridad para decidir sin la correspondiente justificación racional de la medida que aporta, fundada en los hechos y conforme a las exigencias que la ley indica" (sentencia de 19 de marzo de 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 89, sec. V., p. 113; *Fallos del Mes* Nº 400, sent. 8, pág. 34).

2. Procedencia de conceder la licencia de residencia temporal a los extranjeros que tuvieron permiso de residencia definitiva y vuelven al país, en el que tienen vínculos familiares. Con relación al artículo 49 del Reglamento de Extranjería la Corte Suprema ha declarado: "Es ilícita la decisión del Ministro del Interior que deniega el otorgamiento de un permiso de residencia temporal en el país a un matrimonio de nacionalidad, casados en Chile, cuyos hijos han nacido en él, y con cerca de veinticinco años de permanencia definitiva que, alejados del país en tiempo reciente por más de un año, vuelven, por cuanto poseen vínculos de familia o interés en el país, es decir los requisitos que precisamente exige la ley para obtener la residencia solicitada" (sentencia de 19 de marzo de 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 89, sec. V., p. 113; *Fallos del Mes* Nº 400, sentencia 8, pág. 34).

3. Expulsión de extranjero y recurso de amparo. Si un extranjero entra en el país con visa de turista y no obtiene después visa de residencia tempo-

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

raria por haber infringido la prohibición de desarrollar actividades remuneradas y ser objeto de reiteradas quejas relativas al incumplimiento de sus obligaciones civiles y comerciales, resulta justificada su expulsión del territorio nacional. Y si la orden de expulsión fue dictada por funcionario competente, mal puede calificarse ésta de arbitraria e ilegal. Por tanto, y de acuerdo con los artículos 306 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, cabe rechazar el recurso de amparo interpuesto (C. Sup. 13 junio 1994, confirmatoria de la sentencia de la C. Apelaciones de Concepción de 3 junio 1994, *Gaceta Jurídica* Nº 168, página 94).

4. Expulsión de un extranjero por alterar el orden público; legalidad de la medida no obstante haber sido dejado en libertad por el tribunal a cuya disposición fue puesto el inculpado. Comprobada la alteración del orden público efectuada por un extranjero no puede tacharse de ilegal la resolución del intendente que ordena su expulsión del territorio nacional. La sola circunstancia de haber sido detenido el extranjero por alterar el orden público y puesto a disposición del tribunal correspondiente, habilita al intendente para disponer la expulsión del inculpado pues está facultado formalmente para ello. El hecho de que el tribunal ante el cual fue puesto a disposición lo hubiese dejado en libertad, por sí solo es un antecedente suficiente para desautorizar al intendente. De este modo no puede calificarse el actuar de dicha autoridad como ilegal o arbitrario. No es ilegal, por cuanto la decisión está fundada en norma legal –D.L. Nº 597– que lo faculta para ello: y no es arbitraria toda vez que procedió a raíz de la detención y denuncia que hizo del inculpado Carabineros de Chile (C. Sup., 18 de abril 1994, sentencia confirmatoria del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago fechado en 30 de marzo 1994, *G.J.* Nº 166, sent. 1, p. 33 (considerandos 1º a 4º, p. 34)).

5. Procedencia del recurso de reclamación contra una medida de expulsión de extranjeros tomada por resolución ministerial. Si bien es verdad que el artículo 174 del Reglamento de Extranjería franquea a los extranjeros el recurso de reclamación contra la medida de expulsión del país dispuesta por un derecho supremo, es inconcluso que ello no excluye la posibilidad de reclamar por esta vía de la aplicación de la misma medida mediante el arbitrio de una resolución ministerial (Corte Suprema, 19 de marzo 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 89, sec. 5ª, pág. 113; *Fallos del Mes*, Nº 400, sent. 8, pág. 34).

6. Derechos de Extranjería y procedencia del recurso de protección. "3º. Que es arbitrario el acto que carece de razones que constituyan su fundamento y lo revistan de justificación o que exhibe otras incompatible con la lógica o el sano juicio; 4º. Que de la sola lectura de la pieza documental que encabeza el legajo que se custodió según certificado de 7 vta., el veintidós de agosto reciente el señor Cónsul Honorario de Chile en Hong Kong se limitó a expresar a los ciudadanos taiwaneses, radicados en su país, que lamentaba informarles que la solicitud de visación temporaria les fue rechazada por el Ministerio de

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Relaciones Exteriores de Chile y que les agradecía su atención, sin una sola explicación. Ese es todo el acto administrativo que se reprocha o, al menos, la consumación del mismo. Como puede advertirse, actuación semejante carece de toda fundamentación, pues no exhibe una sola razón tendente a explicar a los destinatarios la causa de la negativa ni les proporciona las informaciones que de ordinario van aparejadas a un acto de autoridad, con miras a persuadir en torno a sus bondades, razonabilidad y legitimidad. Trátase propiamente de un acto arbitrario, caprichoso, absolutamente falto de apoyo. Y es justamente eso lo que el Estado de Derecho quiere evitar en Chile, tanto ante el nacional cuanto ante el extraño, al establecer el resorte del artículo 20 de la Ley Principal, supuesta que sea la concurrencia de los demás elementos de ese arbitrio constitucional; 5. Que, por otra parte y sin perjuicio de la sentada arbitrariedad, es ilegal el acto que no se compadece con la normativa por la que debe regirse. Esa normativa está constituida en la especie, fundamentalmente por la Constitución Política del Estado, por el Decreto Ley Nº 1.094 de 1975, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile; por el Decreto Supremo Internacional Nº 597 de 1984, que reglamenta dicha legislación, y por el Decreto Supremo de Relaciones Exteriores Nº 172 de 1977, que contiene el Reglamento Consular. Que en lo que hace pendiente, es dable destacar, de entre la preceptiva anteriormente señalada, lo siguiente: 1) Constitución Política; a) Según el inciso 1º del artículo 1º, los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y conforme al inciso 4º del mismo artículo, el Estado está al servicio de la persona humana; b) El exordio del artículo 19 reza que la Constitución asegura a todas las personas, entre otras cosas: *La igualdad ante la ley, porque no hay persona ni núcleos privilegiados y porque la autoridad no puede establecer diferencias arbitrarias; *La igualdad protección de la Ley en el ejercicio de los derechos; *El derecho a entrar y salir del territorio nacional. 2) Decreto Ley Nº 1.094 de 1975. Su artículo 4º inciso 1º sostiene que los extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de residentes, de acuerdo con las normas de dicha legislación. El artículo 5º conceptualiza la visación como el permiso otorgado por la autoridad competente, estampado en un pasaporte válido y que autoriza a su portador para entrar al país y permanecer en él por el tiempo que determine. De conformidad con el artículo 29 inciso 1º, se otorgará visación de residente temporario al extranjero que tenga el propósito de radicarse en Chile, siempre que acredite intereses en el país –u otras circunstancias para estos efectos irrelevantes– disposición legal que se encarga expresamente de establecer que la visación se hará extensiva a los miembros de la familia que vivan con el solicitante. A su turno, los artículos 15 y 16 de la Ley señalan las prohibiciones e impedimentos para otorgar visa de ingreso al territorio chileno, ninguna de las cuales se relaciona con la situación que en estos autos viene formulada. Por último, el inciso 2º del artículo 6º estatuye que las visaciones de los extranjeros que encuentren fuera de Chile serán resueltas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con las instrucciones generales conjuntas que impartan los Ministerios del Interior y de Relaciones Exteriores, ajustadas a la política de migraciones fijada por el Supremo Gobierno. 3) Decreto Supremo del Interior Nº 597 del 1984. De conformidad con su artículo

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

49 la visación de residencia temporaria se otorgará al extranjero que pretenda radicarse en Chile, siempre que acredite intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa. Es decir, la autorización se otorgará, disyuntivamente y no conjuntivamente, sea al que acredite intereses en el país, sea a aquel cuya residencia estimada útil o ventajosa, debiendo entenderse que la calificación de semejante utilidad y ventaja queda ciertamente entregada a la autoridad de Interior y de Relaciones Exteriores, al tenor de lo que preceptúan los artículos 91 y 92 del Decreto Ley Nº 1.094, antes referido. En todo caso, en virtud de lo preceptuado por el artículo 50, inciso 2º, habrá de estimarse que concurren tales utilidad o ventaja cuando se trate de extranjeros empresarios, inversionistas, comerciantes, rentistas y, en general, personas de negocios que se radiquen con motivo de sus actividades o intereses en Chile, pues en tal evento se entiende, al mismo tiempo, que esas actividades son de interés para la patria (letra a). 4) Decreto Supremo de Relaciones Exteriores Nº 172 de 1977. Su artículo 69 Nº 3 consigna que el otorgamiento de las visaciones a los extranjeros que se encuentren fuera del país será resuelto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia, y especialmente con las contenidas en los reseñados Decretos Ley 1.094 y Supremo Nº 597, añadiendo que esa atribución será ejercida en forma discrecional, ateniéndose la autoridad especialmente a la conveniencia o utilidad que reporte al país la concesión de la visación de que se trate. Es claro que se está en presencia de una facultad reglamentada, puesto que se la somete expresamente a las disposiciones legales y reglamentarias de la Ley y del Reglamento de Extranjería –" de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias que rijan la materia y especialmente las contenidas..." –, por lo que la discreción a que alude la parte final del citado precepto no puede entenderse referida a otra cosa que a la ponderada prudencia con que es dable actuar se ha dejado en este orden de materias. Que,por otra parte, también buscan refugiarse los recurridos en la frase final del mismo artículo 64 del Decreto Ley Nº 1.094, semejante al inciso homónimo del 138 de su Reglamento. Es cierto que allí se permite el rechazo de las peticiones de visación por razones de conveniencia o utilidad nacionales. Sin perjuicio de reiterarse lo que se acaba de señalarse en cuanto al contenido del resto de ese precepto, es necesario precisar, para el correcto entendimiento del discurso legislativo, que el rechazo que aquí se tolera en caso alguno podría aplicarse de manera inconsistente o incoherente con la sistemática en la que ha de enmarcarse este tipo de acto de autoridad, cuyos parámetros fundamentales han sido anteriormente destacados. Primeramente y como está dicho, el Cónsul en Hong Kong no adujo a los señores taiwaneses razón alguna de conveniencia o utilidad nacionales, por lo que malamente podría la judicatura dar retroactiva y legitimidad a un comportamiento de suyo caprichoso, por la vía de presentarse explicaciones a esta Corte, treinta y siete días después de habérselo consumado. Eso, desde luego. Pero, en segundo lugar, ya se vio que se trata de inversionistas, industriales o comerciantes que detentan intereses en Chile, porque internaron capitales con la autorización de la autoridad cambiaria y con ellos constituyeron sendas actividades formalmente productivas, situación que los coloca de lleno

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la prerrogativa de la letra a) del inciso 2° del artículo 50 del Reglamento de Extranjería. Por lo tanto, no se divisa la conveniencia o utilidad nacionales en que pudiera haberse fundado la negativa, la que tampoco ha sido claramente explicitada; 9°. Que, con todo y en relación con lo anterior, no quiere ni debe esta Corte desconocer la atribución que el Estado de Chile, a través de sus órganos, debe siempre reservarse para tutelar el superior interés patrio mediante un estricto control en el ingreso de personas al territorio nacional". (Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso N° 2841 de 28 de noviembre de 1995).

7. Unidad de la Administración y política de extranjería. 10. Que en otro orden de ideas resulta que en el presente caso se atenta flagrantemente contra el principio de unidad de la administración. En efecto, el Banco Central de Chile y el Ministerio de Relaciones Exteriores son órganos del Estado cuya gestión no puede conducir a situaciones contradictorias entre sí. Desde el instante en que el primero autorizó a las personas que vienen demandando el ingreso de capitales al país con los propósitos que han quedado singularizados, debió el segundo ser consecuente con esa venia y no disponer de una manera tal que impidiera consumarse lo que era, al menos en términos prácticos, accesorio a lo primero, es decir, la venida por algún tiempo de los titulares de esos bienes, para velar por su correcta tutela en un país que, por quedarles distante y por pertenecer a una cultura diferente, como es de pública notoriedad, hacía comprensible dicho desvelo. Restablecer el imperio del derecho importa en el caso *sub judice*, velar por la unidad de la administración local; 11°. Que al decidir lo pendiente conviene no olvidar que en esta era de tan ágiles comunicaciones y crecientes hermandades, no han de ser las fronteras patrias, cadenas que impidan el libre desplazamiento de los habitantes de esta tierra, sino puertas de entrada destinadas a acoger a todo el que, por no constar su mezquino o procaz propósito, ha de ser bienvenido por sus gentes e instituciones. No se entiende, bajo ese prisma, cómo puede apelarse a fs. 18 a la "unidad espiritual de la nación" y "a la nación" y a la incorporación de "elementos humanos aptos y fácilmente asimilables a la realidad sociocultural del país" y, menos aún, por qué se califica la pretensión de los comparecientes como una "inmigración disfrazada de familias taiwanesas" (fs. 13). En suma, creen estos jueces que están en presencia de una conducta arbitraria e ilegal, restando saber si ella atenta en contra de alguna de las garantías constitucionales que se pide amparar". (Idem).

Finalmente cabe agregar en este punto una referencia a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, órgano que mediante dictamen N° 026936 de 1997 se pronuncia sobre la juridicidad de la circular N° 029 de 1996 del Ministerio del Interior que instruye acerca de la aplicación del art. 78 de la Ley de Extranjería y del art 158 de su reglamento. El dictamen señala en la materia: Por el contrario, debe tenerse en consideración sobre este punto que la existencia de una facultad discrecional supone, necesariamente, el otorgamiento de una potestad en virtud de la cual, frente a una misma situación, la autorización puede optar entre dos o más altenativas legalmente in-

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

diferentes, basándose en criterios de oportunidad o de conveniencia, atribución que no se advierte que haya sido conferida a las autoridades que mencionan las disposiciones citadas. En estas circunstancias tiene plena vigencia el deber que el ordenamiento jurídico ha impuesto a todo funcionario público de denunciar a la Justicia, con la debida prontitud, los crímenes y simples delitos de que tome conocimiento de sus funciones, contemplado en el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal y reiterado en el artículo 55, letra K), del Estatuto Administrativo. Por otra parte, y en lo que dice relación con la oportunidad en que la autoridad administrativa debe proceder a la expulsión del extranjero que ingresa en forma clandestina al territorio nacional, cabe señalar que dicha medida no puede llevarse a cabo sin que previamente se haya formulado la correspondiente denuncia ante el Tribunal competente, toda vez que, conforme lo dispone el artículo 69 del Decreto Ley Nº 1.094, de 1975, y lo reitera el artículo 146 del Reglamento de Extranjería, la expulsión debe decretarse una vez cumplida la pena impuesta por el Tribunal, o bien, cuando el extranjero detenido o procesado haya obtenido su libertad. En nada obsta a lo anteriormente expresado, el hecho de que el citado decreto ley disponga que el denunciante puede solicitar al Tribunal que le tenga por desistido de la acción. Ello, por cuanto dicha actuación por su naturaleza sólo es procedente si existe un proceso judicial ya iniciado. En estas condiciones, cabe concluir que la referida circular Nº 29, de 1996, de la Subsecretaría del Interior, en cuanto instruye a los intendentes regionales para que procedan a expulsar derechamente al extranjero que haya ingresado en forma clandestina al país, sin que previamente se haga la correspondiente denuncia ante los Tribunales de Justicia, contraviene las disposiciones a que se ha hecho mención.

VI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EXTRANJERIA

En el apartado II nos hemos referido de modo sumario a la titularidad de los derechos fundamentales por extranjeros, materia que resulta menester profundizar; haciendo referencia a los antecedentes históricos constitucionales y techo ideológico del constituyente de 1980.

En el plano histórico constitucional nuestro primer constitucionalismo liberal recoge en el artículo 24 del Reglamento de 1812 la norma siguiente: "Todo habitante libre de Chile es igual de derecho: sólo el mérito y la virtud constituye acreedor a la honra de funcionario de la patria. El español es nuestro hermano. El extranjero deja de serlo si es útil... A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades"; y la Constitución Provisoria de 1817 nos refiere al "hombre" como titular de derechos a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil (art. 1º Cap. I art. 1º, Cap. II).

La Constitución de 1822 que regula el estatus de nacionalidad (Título I Cap. II) y ciudadanía (Título II, Cap. II), hace un distingo en materia de titularidad de derechos entre nacionales y extranjeros (art. 6º, 9º, art. 205-229, art. 243). La Constitución de 1828 retorna a la tradición liberal disponiendo en el Cap. III "Derechos Individuales", art. 10: "La nación asegura a todo hombre, co-

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mo derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición y la facultad de públicar sus opiniones", lo que por lo demás resulta consistente con las garantías de los artículos 11, 13, 14, 15, 16, 18, 19 y 20 [20].

De este modo, la Constitución de 1833 en su artículo 12 dispone: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República" un conjunto de derechos y garantías que enumere, y que guarda armonía con las garantías de la seguridad y propiedad (Cap. X). Esta fórmula de aseguramiento de derechos a "habitantes" es reiterada por la Constitución de 1925. Un autorizado comentarista de la Constitución Pelucona Jorge Huneeus, comentando el encabezamiento y epígrafe del artículo 21, indica su filiación liberal y de Derecho Natural. "Según esto –con fineza indica Huneeus– si al enumerar una Constitución los derechos naturales o primitivos del individuo, aquellos de que no puede ser privado sin violentar su naturaleza i sus facultades físicas, intelectuales morales, incurriere en omisiones, no haciendo mérito de alguno de esos derechos; de ese silencio no podía en manera alguna decidirse que el individuo careciera o pudiera ser privado del ejercicio del derecho omitido. El derecho existe como condición necesaria de la existencia del individuo:; es inherente a su ser mismo, i no hai poder humano, por elevado que sea que pueda sobreponerse a aquello que emana de una voluntad superior: la del Supremo Creador" (...) "La Constitución de un país bien organizado debe evitar tales estremos, i, para ello, debe asegurarse, lo que es mui diverso de conceder, a todos los habitantes del Estado, sean nacionales o extranjeros, sin distinción alguna, todos aquellos derechos que corresponden al ser racional por el hecho solo de serlo; cuidando de señalar ella misma los únicos casos en que es lícito a toda autoridad, aún al legislador mismo, poner limitaciones al ejercicio de esos derechos" (..) "Reconociendo que los derechos naturales del individuo existen con anterioridad a toda lei humana, los asegura, los afianza en buenos términos, i así como la fianza es una obligación accesoria que supone una principal, así las garantías que se crean a favor de un derecho presuponen la existencia de éste. Y esas garantías o seguridades son aplicables a todos los habitantes de la República, porque todos son miembros de la especie humana que gozan de idénticos derechos ante la razón i la lei natural. He aquí por qué si en materia de derechos políticos se establecen siempre distinciones, más o menos marcadas, entre los nacionales i los estranjeros, ellas no son admisibles con relación a los derechos primitivos o naturales"[21]. Esta larga cita a un iuspublicista liberal del siglo pasado de cierta manera nos ilustra básicamente acerca de posteriores comentarios al art. 10 de la Carta de 1925 (Guerra, Silva Bascuñan) y al art. 19 de la Constitución de 1980 (Verdugo y Pfeffer), situados en un horizonte iusnaturalista menos racionalista que el de Huneeus[22].

Ciertamente, el telos ideológico iusnaturalista del constituyente de 1980, resulta evidente, en particular al referirnos al concepto de persona huma-

[21]Valencia Avaria, Luis: "Anales de la República", 2 tomos, 2ª edic., Edit. Andrés Bello, 1986.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

na y de su dignidad, por lo que existe efectivamente un solo estatus personal para definir la titularidad de derechos fundamentales (Bidart), lo que es confirmado por la historia fidedigna del artículo 19 de la Constitución Política de la República (Sesión 87° Comisión de Estudio de la Nueva Constitución).

Por otra parte, sin necesidad de fundar una reconstrucción dogmático-positiva desde el Derecho Natural, resulta indudable que merced la concepción personalista del Estado consagrada en nuestra Constitución (art. 1° C.P.R.) y la funcionalidad de los derechos humanos *lato sensu* en un sentido teleológico como traducción normativa de valores superiores o socialmente dominantes (dignidad, libertad e igualdad) y su sentido funcional como técnicas de legitimación del poder estatal (limitación y control) también conocida como derechos subjetivos públicos (art. 5° inciso segundo C.P.R.)[23]; no cabe distingo relevante en cuanto al ejercicio y titularidad de derechos entre nacionales y extranjeros. Luego, cuando el estatus de nacionalidad o de ciudadanía son significativos para el ejercicio y titularidad de derechos, deben ser objeto de interpretación estricta y restrictiva, como ocurre con derechos políticos como el derecho de asociación política (art. 19 Nº 15 inciso quinto C.P.R. y art. 1° Ley Nº 18.603 orgánica constitucional de Partidos Políticos), igualdad ante los cargos públicos (art. 19 Nº 17 C.P.R., art. 52 y 53, Ley Nº 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y art. 10 de la Ley Nº 18.834 que aprueba Estatuto Administrativo), derecho de optar a cargos de elección popular (art. 13 inciso segundo C.P.R., art. 25 inciso primero, art. 44 y 46, y art. 113 C.P.R., Ley Nº 18.556 orgánica constitucional de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral y Ley Nº 18.700 orgánica constitucional de votaciones populares y escrutinios), libertad de trabajo (art. 19 Nº 16 inciso tercero C.P.R.), entre otros. Además, la aludida taxatividad e interpretación restrictiva de derechos fundamentales excluidos o limitados para extranjeros, es conclusión necesaria de reglas hermenéuticas constitucionales, como el principio de progresidad y el principio *pro cives* o *favor libertatis*, a que debe someterse el operador jurídico público y privado.

Para concluir, la antes aludida noción de "estándar mínimo internacional" o "nivel mínimo de civilización" en Derecho Internacional general y convencional exigen a los Estados, reconocer para los extranjeros derechos específicos

[21]Huneeus, Jorge: *La Constitución ante el Congreso*. Imprenta Los Tiempos, 2 vols., Stgo., tomo I, 1878. pp. 44-45-46.

[22]Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional* (3 vols.), Edit. Jurídica, Stgo., 1963, tomo II, vol I, pp. 205-207.

Idem: Verdugo, M. Mario, Pfeffer V., E. y Nogueira A., H.: *Derecho Constitucional* (2 vols), Edit. Jurídica, Stgo., 1994, vol. I, pp. 186-190.

Idem: Guerra, J. G.: *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Balcells y Co, Stgo., 1929. pp. 99.

[23]Prieto Sanchís, Luis: "Estudios sobre Derechos Fundamentales", Edit. Debate S.A., Madrid, 1990. pp. 20, 122-126.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

referidos a la igualdad de trato en el ejercicio de los derechos, garantía de interdicción de la arbitrariedad, derecho a la nacionalidad y derecho de acción para impugnar en el Estado todo acto lesivo del plexo de derechos fundamentales de la que la persona es titular. Este derecho de acción (derecho inderogable) para obtener tutela jurídica de derechos lesionados que asiste al extranjero está referido a los derechos fundamentales de que es titular, pero también respecto del estatus del extranjero conforme a la Ley de Extranjería y a la eventual impugnación del acto emanado del "derecho de expulsión", de que está revestida la autoridad.

En suma, con prescindencia del "horizonte iusnaturalista" de este tipo de materia atingentes a la dogmática de los derechos fundamentales, la definición del estatus constitucional de los extranjeros exige de un desarrollo adecuado a nuestro Derecho positivo (Derecho de Extranjería) y un encuadramiento en el marco del "estándar mínimo internacional" que prescribe el Derecho Internacional general y convencional[24].

VII. A MODO DE CONCLUSION

A modo de conclusión cabe señalar:

1. El estatus constitucional de los extranjeros en Chile exige metodológicamente hacer converger el Derecho Internacional y el Derecho interno, de suerte que, el "estándar mínimo internacional", sea la base de definición del estatus, y la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por el extranjero guarde armonía con la concepción personalista del Estado y el techo ideológico de la Constitución.

En consecuencia, el principio de igualdad y la garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos es el cristal dogmático y positivo para leer el estatus o posición del extranjero en nuestro ordenamiento jurídico.

2. La potestad pública en materia de estatus de extranjería debe insertarse en la función gubernativa o política, por lo que los actos de los órganos habilitados son actos políticos.

En particular la expulsión de extranjeros, no siendo una pena sino una medida de policía seguridad, está sometida a un control judicial específico y a un control de legalidad por la Contraloría General de la República.

[24]Por vía ejemplar, es el método empleado por Ignacio Borrajo Iniesta: "El Status Constitucional de los Extranjeros", en obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (5 vols., Edit., Civitas S.A., Madrid, 1991, Tomo II, pp. 697-766.

Idem: Klaus Stein: ***Derecho del Estado de la República Federal Alemana*** (trad. J. Pérez Rojo y P. Cruz Villalón), Edit. CEC, Madrid, 1987, pp. 498-503.

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por lo tanto, observamos en este campo una paradoja, por una parte un estatus constitucional garantista de extranjeros en Chile que se traduce en un disfrute de derechos fundamentales casi equivalente entre nacionales y extranjeros, y por otra parte, una Ley de Extranjería y Reglamento que dada la amplitud de la potestad pública (actos políticos y administrativos) redunda en una precaridad del estatuto legal-reglamentario del extranjero en diferentes ámbitos: ingreso territorio, residencia, permanencia definitiva, egreso, reingreso, expulsión y control.

También es una paradoja que el estatus constitucional garantista concede o reconozca a extranjeros un plus de derechos fundamentales, comparado con el "estandar mínimo internacional".

Por último, el "derecho de expulsión" de nuestro Derecho de Extranjería guarda armonía con el Derecho Internacional general, que reconoce a la potestad pública del Estado residente una extraordinaria amplitud y que puede redundar en una precariedad estatutaria antes anotada.

3. El control judicial específico opera vía recurso del artículo 89, de Ley de Extranjería; y controles judiciales genéricos vía recurso de protección o de amparo, según el derecho subjetivo público invocado por el recurrente.

La reclamación de extranjería o las acciones constitucionales v. gr. el recurso de protección destinadas a impugnar los actos de la autoridad sectorial, guardan armonía con el derecho de acción o de recurso efectivo, derecho inderogable reconocido por el Derecho Internacional, y por cierto con fundamento constitucional en el derecho de petición e igualdad ante la justicia (art. 19 Nº 14 y Nº 3 C.P.R.).

4. Conforme a la L.E. y R.E. las potestades públicas de los órganos habilitados (Ministerio del Interior: ministro, subsecretario y departamento del rubro; intendentes y gobernadores) son potestades discrecionales.

Ciertamente no cabe confundir la potestad discrecional con el acto político, pero la naturaleza de acto político que posee en particular la medida de expulsión resulta de la configuración concreta de la potestad en nuestro ordenamiento positivo.

Debe agregarse que la justiciabilidad de los actos de la autoridad de extranjería, junto con reafirmar la naturaleza de acto político de éstos, debilita la importancia teórico-práctica de la mentada naturaleza de los actos referidos.

5. En la L. E. y R. E. la revocación y expulsión conforme a las calidades específicas del extranjero tiene su fundamento en conceptos jurídicos indeterminados como el de orden público; lo que refuerza el componente discrecional de la actividad de la autoridad de extranjería y la caracterización de estos actos como actos políticos.

6. Por la vía ejemplar, la conculcación sistemática de derechos fundamentales por parte de una secta o grupo constituida por extranjeros, es una genérica infracción de derechos subjetivos públicos reconocidos por la Constitu-

Artículo: El estatus constitucional de extranjeros
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción, ya que ésta como ley suprema vincula a los detentadores y destinatarios del poder estatal. Tal infracción también constituye una alteración del orden público, concepto jurídicamente indeterminado que incorpora la noción de orden político y que autoriza a ejercer el "derecho de expulsión".

Con todo, el "derecho de expulsión" sólo puede ejercerse legítimamente respecto de personas determinadas y de modo individual, no siendo procedentes las expulsiones masivas de extranjeros.

7. En este contexto, el Estado puede ejercer su potestad de policía de seguridad respecto de extranjeros conforme a L.E. y R.E.; y eventualmente cualquier persona podrá interponer un recurso de amparo preventivo si una secta o grupo conculca el derecho de libertad personal y seguridad individual de sus miembros o de terceros (art. 21 y art. 19 Nº7 C.P.R.).

En el contexto paradójico o contradictorio sumariamente descrito se enmarca el estatus constitucional de los extranjeros en Chile, por lo que la reconstrucción dogmática y positiva de dicho estatus debe dar cuenta del garantismo constitucional y de la precariedad estatutaria legal-reglamentaria del extranjero.

En razón de ello, nuestro planteamiento, enmarcado en valores superiores y principios positivados en la Constitución, ofrece una reconstrucción inacabada, reconociendo en el extranjero una "persona" (natural o jurídica) titular de un plexo de derechos fundamentales y de derechos humanos *lato sensu*, cuyo eje es el principio de igualdad y el principio de interdicción de discriminaciones arbitrarias, axial en la relación con los órganos que ejercen la potestad pública de extranjería.