

# RESERVA LEGAL Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INMIGRANTES.

**Jaime Bassa Mercado**<sup>1</sup>

## **I. RESUMEN.**

Los derechos fundamentales son atributos de la persona, sin consideraciones de raza, sexo, religión, etc. En este sentido, los inmigrantes podrían encontrarse en una situación especial, dada la permanencia del que podría ser el último factor de discriminación: la ciudadanía. Sin embargo, las normas internacionales y la propia Constitución chilena reconocen titularidad sobre los derechos que garantizan a todas las personas, pero, en la práctica, ello no es tan efectivo como la declaración normativa pretende. Ante ello, la relación entre restricción a los derechos fundamentales de los inmigrantes y el principio de reserva legal puede aportar luces en torno a la titularidad de estos derechos por parte de los inmigrantes.

## **II. INTRODUCCIÓN.**

1. El fenómeno de la migración ha estado presente en nuestra sociedad desde antiguo. Desde sus orígenes, la población del territorio estuvo constituida, principalmente, por inmigrantes (salvo los nativos), fenómeno que varió sustancialmente luego de la Independencia; excepto por políticas de inmigración esporádicas y destinadas a poblar parte del territorio nacional, Chile no ha sido muy receptivo de corrientes migratorias importantes.

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho, mención en Público, Universidad de Chile. Doctor © en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Viña del Mar.

Sin embargo, producto de los crecientes efectos de la globalización, y de la mala situación económica que afecta a la mayoría de los países vecinos, Chile se ha convertido en un importante receptor de inmigrantes que ven en nuestro país las posibilidades económicas que faltan en sus países de origen. Ambos fenómenos traen como consecuencia que hoy Chile vea radicalmente revertida su situación migratoria de los últimos treinta años: de ser un país esencialmente emigratorio (en la década de 1990, por cada extranjero que vive en nuestro país, seis chilenos viven en el exterior<sup>2</sup>), hemos pasado a recibir cantidades importantes de inmigrantes.

De esta manera, el fenómeno inmigratorio ha comenzado a tener un protagonismo inusitado en nuestro país, lo que ha comenzado a revertir tanto una larga tradición de políticas públicas ajenas a la inmigración como la propia historia reciente, marcada por el fenómeno inverso.

2. Desde esta perspectiva, es primordial estudiar la situación de los inmigrantes ante el ordenamiento jurídico chileno, tan ajeno a sus realidades locales como aplicable durante su permanencia en Chile. Claramente, los inmigrantes deben respetar la legislación vigente del país en el que residen, que les impone deberes inexcusables en las más diversas áreas del Derecho. En efecto, el Derecho regula respecto de los extranjeros (de la misma manera que para los nacionales) todas las relaciones jurídicas que puedan originarse durante su estadía en el país, desde las relaciones laborales hasta las obligaciones tributarias hacia el Estado. De esta manera, el inmigrante no puede excusarse de cumplir con las obligaciones que le impone el ordenamiento jurídico local.

No obstante lo anterior, se ha generado una cierta controversia jurídica en torno al reconocimiento que deben hacer los Estados de los derechos fundamentales de los inmigrantes. Dicha discusión tiene plena vigencia en la realidad contemporánea, y prácticamente en todos los países occidentales que comparten nuestra historia y cultura jurídico-institucional. En efecto, tanto en Europa (fuertemente asediada por corrientes migratorias desde África y los países del este), como en Estados Unidos (agravado por su excesivo control migratorio debido a su paranoia terrorista) y, quizá en menor medida, en América Latina (por la precaria situación económica de sus países) la discusión sobre el reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales a los inmigrantes tiene plena aplicación concreta a sus realidades jurídicas.

---

<sup>2</sup> Informe Anual de Derechos Humanos en Chile. 2003. Hechos de 2002. Santiago: Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2003, pág. 339.

Quizá el derecho fundamental que se encuentra en mayor peligro en la realidad del inmigrante sea el derecho al trabajo, especialmente el derecho a un trabajo digno y a su justa remuneración, mas no es el único derecho en entredicho.

3. Los derechos fundamentales surgen de la necesidad de limitar el poder público que puede ejercer la Administración del Estado, y a pesar de que doctrinas modernas reconocen su vigencia normativa en las relaciones entre particulares (vigencia horizontal de los derechos fundamentales, *drittwirkung der grundrechte*), sigue siendo el Estado el agente que tiene las mayores posibilidades de atentar o poner en peligro a los derechos fundamentales.

En razón de ello, el ordenamiento jurídico ha establecido un sistema de protección y garantía de los derechos fundamentales, para lo cual ha establecido claros límites para el ejercicio del poder público. De esta manera, el Estado/Administración debe dar cumplimiento a una serie de requisitos formales y sustanciales en su actuar, principalmente cuando dicho actuar implica restricción, limitación o vulneración de los derechos fundamentales. A este respecto, el principio de reserva legal en materia de restricción de derechos fundamentales es trascendental en el control de los actos de la Administración y en la protección de estos derechos<sup>3</sup>.

Respecto de los inmigrantes, la situación es la misma; o debiera ser la misma: ¿el Estado reconoce los mismos límites en su actuar cuando se trata de derechos de los inmigrantes?, o dicho de otro modo, ¿los derechos fundamentales de los inmigrantes limitan el ejercicio del poder público de la Administración local? Si consideramos que el artículo 5º de la Constitución chilena reconoce como límite al ejercicio del poder el respeto de los derechos esenciales del hombre, y si consideramos los principios normativos contenidos en el artículo 19 N<sup>os</sup> 2 y 3 de la Carta Fundamental (igualdad ante la ley e igual protección en el ejercicio de los derechos), la verdadera pregunta es si los derechos fundamentales de los inmigrantes tienen el mismo valor que los derechos de los nacionales para limitar y condicionar el ejercicio del poder público. A mi juicio, la respuesta es afirmativa.

---

<sup>3</sup> Vale aclarar que en el presente trabajo sólo me ocuparé del control formal en la protección de los derechos fundamentales, dejando de lado el control sustancial, presente en la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.

## 1. Los Derechos Fundamentales de los Inmigrantes: reconocimiento y garantía.

La discusión sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales a los inmigrantes está comenzando a tomar vuelo en las comunidades jurídicas más avanzadas. El fenómeno migratorio que está caracterizando a la Europa de hoy ha obligado a los juristas a cuestionarse la forma en la que el ordenamiento jurídico responde a dicha presión; la necesidad de estudiar desde una perspectiva jurídica el fenómeno de la migración se ve acentuada con las políticas antiinmigratorias que han adoptado los países de la Unión Europea en los últimos meses. Como consecuencia de lo anterior, resulta imperioso abordar desde una perspectiva jurídica el reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes.

En efecto, se viene planteando desde hace algún tiempo la necesidad de que la teoría de los derechos fundamentales avance hacia un nuevo estadio, en el cual sea posible superar la última barrera que establece distinciones entre los individuos a la hora de reconocer y garantizar sus derechos fundamentales, cual es la de disociarlos de la ciudadanía.

La discusión que se ha sostenido en Europa en este sentido ha tenido diversas aristas, tanto a favor del expreso reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a los inmigrantes como en contra. Una de las posturas favorables se ha centrado en la posición jurídica que sostuvo el viejo continente luego del descubrimiento de América, cuando se justificó la ocupación del continente a través de la doctrina desarrollada por Francisco de Vitoria en sus *Relecciones de Indis recenter inventis* de 1539, quien consideró un derecho natural común a todos los hombres el derecho a la migración así como el derecho a establecer domicilio en cualquier ciudad. Esta discusión se ve reflejada en las palabras del profesor italiano Ferrajoli, quien ha afirmando que *“hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos (...) si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos”*<sup>4</sup>. En eso consiste tomarse *los derechos en serio*, frase ya célebre de Dworkin: en reconocer que los derechos fundamentales son de titularidad de la persona, del individuo, sin distinción de sexo, raza, religión o ciudadanía, debiendo superar ya las categorías de individuos (heredadas del Antiguo Régimen), que sólo obstan a un cabal reconocimiento y protección de los derechos fundamentales verdaderamente universales.

---

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, **Derechos y garantías. La ley del más débil**, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 31.

Por lo demás, los derechos fundamentales que a partir de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII se han reconocido a las personas, siempre han sido de titularidad de las personas en cuanto tales, mas no en cuanto ciudadanos, ya que no se requiere dicha categoría para ejercer los derechos fundamentales. La propia Constitución chilena asegura el estatuto de los derechos fundamentales *a las personas*, según señala en sus artículos 5º y 19 (tanto en su enunciado como en su desarrollo), entre otros.

Ahora bien, la visión de Ferrajoli respecto de la situación de los inmigrantes en el viejo continente es particularmente interesante y dramática, por cuanto se trata de un jurista heredero de la cultura occidental que habla, precisamente, desde la perspectiva de los supuestamente perjudicados con las oleadas de inmigrantes que ingresan diariamente a Europa. Él ha señalado que *“Hoy, cuando la situación se ha invertido y son los pueblos del tercer mundo los empujados por el hambre hacia nuestros opulentos países, esos derechos sólo pueden ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, al precio de una pérdida de credibilidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias”*<sup>5</sup>. Claramente, a los ojos del autor, los propios fundamentos de las democracias occidentales contemporáneas se verían seriamente desacreditados si los derechos fundamentales, cuya declaración de universalidad ha sido uno de los mayores sustentos del Estado moderno desde su creación, fueran reservados a determinados grupos privilegiados de personas, bajo la excusa de la ciudadanía.

Siguiendo con el autor ya citado, es importante destacar las consecuencias jurídicas que conllevan las afirmaciones reproducidas con anterioridad, principalmente en lo que importa para los objetivos del presente ensayo: la ciudadanía constituye un elemento de discriminación entre las personas que impide la efectiva concretización de uno de los principios fundantes de nuestros estados modernos, cual es la igualdad entre los individuos, que se manifiesta en la igualdad en derechos, igualdad en aquello que es jurídicamente relevante, como lo es la igual titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. Al efecto, el autor señala: *“...la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”*<sup>6</sup>. Sin desconocer que en América Latina aún existen otros factores de discriminación en el

---

<sup>5</sup> Ibid, pág. 32.

<sup>6</sup> Ibid, pág. 117.

ejercicio de los derechos fundamentales, nos centraremos en este específico aspecto de discriminación en la titularidad de los derechos.

Ciertamente, esta afirmación tiene claros efectos en el ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente en aquellos derechos que afectan más sensiblemente a los inmigrantes, que en definitiva “*significa, en concreto, transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países*”<sup>7</sup>; en efecto, no es posible condicionar la titularidad de los derechos fundamentales, y su ejercicio, a la calidad de ciudadano. En este entendido, abordaremos la situación de los inmigrantes en el ordenamiento jurídico chileno, en lo que se refiere a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales; principalmente, se estudiará frente a la posibilidad de proteger los derechos fundamentales de los inmigrantes ante la intervención administrativa, a la luz del estatuto de garantías vigente, el cual protege los derechos de los inmigrantes de igual manera como protege los derechos de los nacionales.

## **2. Aplicación del ordenamiento jurídico local: titularidad y universalidad de los Derechos Fundamentales.**

La teoría jurídica que niega el carácter de titulares de derechos fundamentales a los inmigrantes no puede encontrar, a nuestro juicio, asidero en el ordenamiento jurídico chileno; aun cuando la legislación establezca ciertas regulaciones especiales respecto de los inmigrantes, ello obedece a su especial situación de nuevos residentes del territorio nacional, mas no a una diferencia en cuanto personas respecto de los chilenos.

En efecto, la Constitución Política de Chile reconoce un estatuto jurídico de derechos fundamentales, en el cual no se hace distingo alguno respecto de la titularidad de dichos derechos, por el contrario, la Constitución señala expresamente en su artículo 19: “*La Constitución asegura a todas las personas...*”, reconociendo desde ya que los derechos fundamentales son de titularidad de la persona en cuanto tal, sin miramientos a estatutos especiales, como consecuencia directa de la universalidad de los derechos fundamentales.

Dicha afirmación es respaldada por diversos numerandos del artículo citado; así, el Nº 2 asegura a todas las personas la igualdad ante la ley,

---

<sup>7</sup> Ibid, pág. 117.

estableciendo expresamente que no existirán grupos privilegiados ni se podrán realizar diferencias arbitrarias por los organismos públicos; asimismo, el Nº 3 del art. 19 asegura desde ya la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, sin distinción.

Las normas citadas permiten concluir que el ordenamiento jurídico ha recogido normativamente los principios de igualdad ante la ley y de universalidad de los derechos fundamentales, por lo que las consecuencias jurídicas –para efectos del presente trabajo– son claras: a nivel constitucional, no se ha establecido diferencia alguna en la titularidad o en el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de los inmigrantes; por el contrario, el legítimo ejercicio de sus derechos se encuentra garantizado de igual manera que respecto de los nacionales.

De esta manera, nos encontramos frente a un principio normativo que ha sido recogido expresamente por el constituyente, al reconocer a todas las personas, sin distinción, la igualdad ante la ley y la igualdad en el ejercicio de sus derechos. En cuanto principio, su aplicación normativa es un imperativo, razón por la cual –en el caso que nos convoca– no es posible desconocer la validez normativa de la declaración constitucional citada *so pretexto* de argumentar que dicha igualdad no es aplicable o reconocible respecto de los inmigrantes; como lo ha señalado la doctrina, “*no hay que olvidar que el principio, lejos de ser una simple declaración, es una norma jurídica, es decir, que contiene un deber ser, un mandato de optimización que exige proyectarse en la realidad social y en los desarrollos normativos*”<sup>8</sup>

La igualdad ante la ley, así como la igualdad en el ejercicio de los derechos, ambos principios normativos reconocidos en la Constitución vigente, imponen la obligación de optimizar la aplicación de estos preceptos a las realidades jurídicas que ellos regulan; por esta razón, la igualdad *en lo jurídicamente relevante* (la igualdad en la titularidad de derechos) entre chilenos e inmigrantes es un hecho en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, es posible aceptar como cierta la afirmación que “*el derecho fundamental como norma de principio impone que determinado comportamiento reciba una protección jurídica preferente frente a otro en determinadas situaciones; y la preferencia y su necesaria imposición a todos los sujetos del ordenamiento jurídico viene establecida en una norma de rango constitucional, y no por la voluntad de quien deba hacer efectiva*

---

<sup>8</sup> Peña Freire, Antonio Manuel, **La garantía en el Estado constitucional de derecho**, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 122.

*dicha preferencia*”<sup>9</sup>. La igualdad reconocida en la Constitución chilena no puede dejar de ser aplicada por la autoridad, por cuanto su validez normativa no reside en su voluntad, sino en un principio de rango constitucional que determina el rango de acción de la Administración.

En definitiva, queremos establecer que la titularidad de derechos fundamentales por parte de los inmigrantes es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto no se establece diferencia alguna en su ejercicio. Ello obedece a que los principios normativos que recoge la Constitución imponen claros límites y deberes al Estado en el ejercicio del poder, tanto a nivel legislativo (regulación de los derechos fundamentales) como a nivel de la Administración (reglamentación de la ley).

De esta manera, el estatuto jurídico de protección y garantía de los derechos fundamentales, así como todo el sistema de control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la Administración, son plenamente aplicables respecto de los inmigrantes y respecto de las relaciones que estos puedan entablar con la Administración pública.

### **3. Marco Teórico de la Potestad Reglamentaria y restricción de Derechos Fundamentales. La reserva legal.**

a. A la hora de analizar los supuestos que determinan la actividad estatal, no hay que perder de vista que la actividad administrativa del Estado se encuentra esencialmente limitada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos. La finalidad garantista de la legislación en la protección de los derechos individuales determina la forma de aplicar e interpretar las normas que regulan la intervención administrativa, precisamente porque *“la actividad administrativa solo tiene sentido y justificación ahí donde es necesario amparar derechos y libertades públicas, individuales y colectivas”*<sup>10</sup> (regulación del ejercicio de los derechos de libertad, obligaciones de hacer del Estado en los derechos prestacionales).

---

<sup>9</sup> Villaverde, Ignacio, “Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales”, en: Varios autores. **La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente**. Madrid: varios editores, 2002, pág. 331.

<sup>10</sup> Cordero Vega, Luis, “Limitando la ley de procedimiento administrativo. Una interpretación intolerable (comentario al Dictamen N° 39.353 CGR)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30 N° 3 (1993), pág. 549



El ordenamiento constitucional ha establecido un claro sistema de protección del individuo frente al accionar del aparato estatal. En los más diversos ámbitos de acción de la Administración, su intervención se encuentra determinada por principios que han sido recogidos constitucionalmente, tales como la legalidad del acto, la interdicción de la arbitrariedad, entre otros.

Sin embargo, en lo referente a regulación y limitación de derechos fundamentales, principalmente para el caso en estudio, el principio de reserva legal es determinante en la actividad de la Administración; en efecto, el estatuto jurídico de los derechos fundamentales ha establecido una serie de mecanismos de protección ante sus limitaciones y restricciones, a fin de evitar la vulneración de estos derechos. Dentro de dichos mecanismos de seguridad, el principio de reserva legal permite evitar que cualquier autoridad administrativa pueda vulnerar los derechos fundamentales mediante el ejercicio de su función pública, particularmente a través de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. En virtud de este principio, sólo la ley puede limitar los derechos fundamentales o su ejercicio, quedando vedado a la Administración realizar cualquier acto en ese sentido; la intervención administrativa quedará siempre condicionada a una habilitación legal previa.

La reserva de ley en materia de derechos fundamentales es reflejo de la función esencialmente representativa que cumple el Congreso; la Constitución ha entendido que allí se manifiesta la máxima expresión de la voluntad soberana, por cuanto es el organismo en el que confluyen de manera más representativa las distintas tendencias de la sociedad. Esta es una tradición jurídica que se remonta al inicio de las revoluciones burguesas de fines del siglo XVIII; al respecto, se ha señalado que *“El pensamiento liberal, en su lucha contra el absolutismo, había supuesto que la libertad quedaría perfectamente garantizada en cuanto el pueblo fuera quien detentara el ejercicio del poder a través de la ley, entendida como expresión de la voluntad general. De ahí la confianza de los autores de la Declaración de 1789 en la ley como instrumento más adecuado para establecer el contenido y el límite de los derechos fundamentales”*<sup>11</sup>. Así, se reconoce a la ley como portadora de la voluntad soberana, de la voluntad de los individuos, precisamente los titulares de los derechos fundamentales, el medio más idóneo para regular y limitar estos derechos.

---

<sup>11</sup> Prieto Sanchís, Luis, **Estudios sobre derechos fundamentales**, Ed. Debate, Madrid, 1990, pág. 168.

Por lo demás, en el actual modelo de Constitución pluralista, reflejo del pacto entre los diversos ideales políticos, “*la ley expresa (...) las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer los puntos irrenunciables de cualquier combinación. La ley mantiene así su carácter de acto creador de derecho y no viene degradada a mera ejecución de la Constitución*”<sup>12</sup>. Corresponde, por tanto, al legislador la tarea de concretar los principios constitucionales, quedando la Administración condicionada por lo dispuesto por aquél.

De esta manera, corresponde a la Constitución el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y, por su parte, la ley regula su ejercicio; estos dos elementos condicionan el actuar de la Administración, que deberá respetar los presupuestos contenidos en la Constitución y en la ley, ambos presupuestos normativos de mayor jerarquía, formal y sustancial.

b. Dada la legitimidad sustancial del legislador para regular los derechos fundamentales, la doctrina ha sido conteste en señalar que la potestad reglamentaria de ejecución debe respetar el marco que ha determinado la ley. La reserva legal impone a la potestad reglamentaria la habilitación legal previa; dicha habilitación determina no sólo la forma de actuar de la Administración, sino que también determina el contenido de dicha actividad. Como veremos, tal es el caso en estudio, por cuanto el Decreto Supremo reglamentario que regula la inmigración en Chile, debe adecuarse a lo dispuesto por la norma legal (en este caso, por el Decreto Ley Nº 1.094 de 1975).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “*ella [la potestad reglamentaria] puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia jurídica secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica*”<sup>13</sup>. Esta potestad reglamentaria, que deriva de la habilitación legal previa, debe remitirse a aspectos netamente reglamentarios, aquellos que por su casuística escapan al rango de acción del legislador. Sin embargo, el fondo de la institución

<sup>12</sup> Zagrebelsky, Gustavo, **Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**, Editorial Trotta, Madrid, 2003, 5ª edición, pág. 97.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol Nº 370, Estudio de impacto urbano, Considerando 23º.

regulada es de exclusiva competencia legal, y la Administración podrá intervenir en ella sólo si la habilitación legal limita suficientemente la actividad reglamentaria. De esta manera, los elementos esenciales de los derechos fundamentales quedarán siempre bajo el imperio del legislador, ya en la limitación de los derechos, ya en la atribución de competencias a los órganos públicos.

Esta idea ha sido reforzada por el Tribunal Constitucional en diversos fallos, en virtud de los cuales se ha asentado la doctrina que reconoce la unidad armónica que debe existir entre la ley y el reglamento que regula su aplicación, que ha sido denominado “razonabilidad técnica”; en virtud de dicha razonabilidad<sup>14</sup>, debe existir una adecuada relación entre los fines propuestos por el legislador y los medios idóneos establecidos en el reglamento para lograrlos<sup>15</sup>, debiendo la reglamentación ceñirse a lo determinado por la ley.

En el ordenamiento jurídico chileno, la potestad reglamentaria de ejecución se encuentra determinada por los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución. Como se ha señalado previamente, el ejercicio de esta potestad tiene determinados límites que deben ser respetados. Por una parte, existen límites formales que condicionan la forma de actuar de la Administración; entre ellos se encuentra el principio de reserva de ley. Por otra parte, existen límites de fondo, que imponen el deber de concordancia sustancial entre el acto de la Administración y el contenido de las normas de superior jerarquía, así como el respeto por el contenido esencial de los derechos fundamentales.

De esta manera, la potestad reglamentaria del Presidente de la República se encuentra limitada por el principio de legalidad que, como se ha visto, impide a la Administración regular materias de derechos fundamentales sin habilitación legal previa; asimismo, existe una legitimidad sustancial que debe ser respetada por los actos administrativos, por cuanto las normas de superior jerarquía condicionan el contenido de dichos actos.

Dicho lo anterior, es posible concluir que el ejercicio de la potestad reglamentaria está destinada a reglamentar la aplicación de la ley, abarcando aspectos menores de la realidad regulada, teniendo siempre como límite lo que ya ha normado el texto legal. En este sentido, el Tribunal Constitucional

---

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 373, Áreas verdes, Considerando 23°.

<sup>15</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 370, Estudio de impacto urbano, Considerando 24°.

ha entendido que la ley y su reglamento forman un todo armónico<sup>16</sup>, en el cual no pueden existir contradicciones entre las normas, y se debe tener siempre presente la jerarquía normativa de ambos textos, quedando impedido al acto administrativo exceder el rango de acción predeterminado por la ley, para lo cual el reglamento debe cuidar que los derechos fundamentales sean, en definitiva, ejercidos o limitados en la forma prevista por el legislador.

Asimismo, tanto la ley como su reglamento deben adecuarse a los límites que impone el ordenamiento jurídico, particularmente lo preceptuado por la Constitución; ello impone una limitación de fondo o sustancial, que en definitiva impide desnaturalizar los derechos fundamentales al punto de hacerlos impracticables.

e. Como consecuencia de lo anteriormente señalado, es posible afirmar que, aun cuando la Administración pública se encuentra bastante restringida en la regulación de los derechos fundamentales, no se encuentra totalmente impedida de limitarlos ya que, previa habilitación legal, igualmente podrá influir sobre los derechos fundamentales mediante la reglamentación de la ley; el punto es fijar las exigencias para que la potestad reglamentaria, aun existiendo habilitación legal previa, pueda limitar derechos fundamentales. Al respecto, el propio Tribunal Constitucional ha creado, a través de diversos fallos, una doctrina que determina la forma en que la potestad reglamentaria puede restringir o limitar derechos fundamentales.

El principio de reserva legal, como ya se ha visto, impone una habilitación legal previa a la potestad reglamentaria a fin de que la autoridad administrativa pueda limitar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales a través de la reglamentación que regula la aplicación de la ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional –en diversos fallos<sup>17</sup>– ha entendido que para que dicha figura opere dentro del marco de la constitucionalidad, la legislación debe contemplar dos requisitos copulativamente a fin de permitir a la potestad reglamentaria limitar derechos fundamentales, a saber, los requisitos de *especificidad* y de *determinación*.

El Tribunal ha conceptualizado dichos elementos, señalando que: “*las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de ‘determinación’ y ‘especificidad’*. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta,

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 253, Vivienda, Considerando 9°.

<sup>17</sup> Especialmente STC N°s 325, 370, 373, 376 y 388.

*en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal”*<sup>18</sup>. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha estimado que la potestad reglamentaria puede abocarse a materias de derechos fundamentales, regulando y limitando su ejercicio, previa habilitación legal; ahora bien, dicha habilitación legal, a su vez, debe cumplir con los requisitos de determinación y especificidad, en concordancia con uno de los principios que condicionan la actividad administrativa: la interdicción de la arbitrariedad.

La Administración pública se encuentra limitada en el ejercicio del poder, como ya hemos visto, por los derechos fundamentales; dicha limitación obedece a la propia justificación de la existencia del Estado, cual es la de proteger y garantizar el legítimo ejercicio de los derechos de quienes han dotado al Estado del poder que ejerce. En ese entendido, el ordenamiento jurídico ha intentado que el marco de acción de la Administración sea siempre determinado normativamente, impidiendo que su actuar pueda ser influido por la arbitrariedad de las decisiones de un funcionario público determinado, razón por la cual el principio de la interdicción de la arbitrariedad tiene pleno valor normativo, siendo recogido en la legislación chilena, tanto en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado como en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Ello justifica la imposición de dichos requisitos por parte del Tribunal Constitucional, que son reflejo del propio estatuto jurídico de los derechos fundamentales, donde su aplicación es particularmente importante. En efecto, dichos requisitos son el reflejo del principio de la reserva legal en materia de derechos fundamentales, ya que la habilitación legal a la Administración sólo puede satisfacer dicho principio en tanto señale específicamente qué derecho fundamental podrá ser limitado por la Administración y qué medidas concretas podrán ser aplicadas en dicho sentido. Lo contrario implicaría otorgarle a la Administración la facultad para determinar, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, todos los aspectos del derecho fundamental, desde su contenido hasta su ejercicio,

---

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol Nº 325, Restricción vehicular, Considerando 40º.

con la consecuente subordinación ontológica –y material– del individuo y de la sociedad civil al Estado.

Por lo demás, la presencia de facultades discrecionales por parte de la Administración conlleva una inconstitucionalidad en sí misma, en la medida que el ejercicio de dichas facultades se encontrará al margen del necesario control que debe ejercer el ordenamiento jurídico sobre dichos actos, en definitiva, sin el debido contrapeso. No debemos olvidar que la idea de control se encuentra intrínsecamente ligada a la idea de limitación del poder público<sup>19</sup> que, a su vez, constituye la razón de ser del ordenamiento jurídico como tal. En definitiva, se trata de controlar el ejercicio del poder, determinando los límites dentro de los cuales se puede desempeñar la Administración; ello implica, a su vez, limitar al legislador, que podrá habilitar a la potestad reglamentaria en la medida que dicha habilitación no implique *“ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica”*<sup>20</sup>, particularmente en relación con los derechos fundamentales, donde el principio de reserva legal se encuentra consignado, especialmente, en la protección de los individuos. Tal importancia tiene el control sobre el ejercicio del poder público en el constitucionalismo actual, que se ha llegado a señalar que *“sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma”*<sup>21</sup>.

En definitiva, los requisitos de determinación y especificidad, como se señaló, han sido recogidos por el Tribunal Constitucional en diversos fallos, lo que permite hablar de una doctrina jurídica que permite determinar la forma en que se controlará la constitucionalidad, principalmente, de la potestad reglamentaria; esta cuestión será preponderante en el comentario de la situación de la legislación chilena sobre inmigración. De acuerdo a lo señalado precedentemente, la constitucionalidad de la normativa reglamentaria de dicha materia será estudiada a la luz de los requisitos definidos por el Tribunal Constitucional, es decir, de la determinación en el derecho que puede ser limitado y de la especificidad de las medidas concretas que la Administración puede adoptar en tal sentido.

<sup>19</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, “Controles de la potestad legislativa y reglamentaria”, en: *Ius et Praxis* año 7 Nº 2 (2001), pág. 110.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol Nº 370, Estudio de impacto urbano, Considerando 19º.

<sup>21</sup> Aragón Reyes, Manuel, **Constitución y control del poder. Introducción a una teoría de constitucional del control**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, 148 pp., p. 15.

d. Sin embargo, y aun cuando la base jurídica en la materia es el principio de reserva legal, que entrega al legislador la potestad de limitar y restringir el ejercicio de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha entendido que una aplicación en extremo rígida del principio puede significar, en definitiva, una desprotección de los derechos de los individuos o de la sociedad; incluso, el Tribunal ha preferido interpretaciones finalistas que permitan resguardar de mejor manera derechos fundamentales en colisión, antes que aplicar el principio de reserva legal en forma pétrea<sup>22</sup>. Aun cuando esta interpretación escapa del objetivo del presente trabajo, es importante tenerla presente, ya que da cuenta de la finalidad garantista de la aplicación del estatuto jurídico de los derechos fundamentales, que debiera irradiar el ordenamiento en su conjunto; es precisamente esa finalidad garantista la que justifica las presentes líneas.

Es esa misma finalidad garantista la que se tendrá presente al analizar la concurrencia de los requisitos de determinación y especificidad en el Reglamento de extranjería.

#### **4. El Reglamento de Extranjería, Decreto Supremo Nº 597 de 1984, Ministerio del Interior, y las facultades de restringir el ingreso al país.**

Teniendo presente lo visto, en torno al carácter de titulares de derechos fundamentales de los inmigrantes, a cómo el ordenamiento jurídico protege dichos derechos y a la forma en la que opera el principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales, analizaremos parte del régimen legal de inmigración, particularmente en lo relacionado a ciertas facultades discrecionales que el Reglamento otorga a la Administración.

a. El régimen de extranjería en nuestro país se encuentra regulado por el Decreto Ley Nº 1.094 de 1975 (cuya última modificación fue mediante la Ley Nº 19.806, de 2002), que establece las normas sobre extranjeros en Chile; a su vez, el Reglamento de la ley fue establecido mediante Decreto Supremo Nº 597, del Ministerio del Interior, de 1984 (cuya última modificación fue a través de Decreto Nº 2.910 de 23 de mayo de 2000, del mismo ministerio). Ambas normativas establecen, entre otras disposiciones, los requisitos de entrada y salida del país y así como de permanencia para los inmigrantes.

---

<sup>22</sup> A este respecto, ver Tribunal Constitucional, sentencia Rol Nº 325, Restricción vehicular, especialmente Considerando 46º.

El DL 1.094, en sus artículos 15 y 16, establece las causales que inhabilitan a un extranjero para ingresar al país, ya sea en términos absolutos (art. 15) o en términos relativos (art. 16). La diferencia entre ambos tipos de impedimentos radica en que el art. 16 faculta a la autoridad competente para permitir el ingreso al país de los inmigrantes, aun cuando se encuentren dentro de las situaciones previstas en dicho artículo; en definitiva, la Ley (DL) ha otorgado a la autoridad la facultad de autorizar o denegar el ingreso al país, facultad que se debe ejercer dentro de los límites expresamente establecidos por el legislador.

La facultad de autorizar o denegar el ingreso al país a un inmigrante que se encuentra en una de las hipótesis del artículo 16 recae, por expresa mención de la Ley, en la Dirección General de Investigaciones, Carabineros de Chile o en la Autoridad Marítima, de acuerdo a los supuestos señalados en el art. 10. De esta manera, es la propia legislación la que otorga dichas competencias, determinando a su vez el derecho que puede ser restringido y la medida concreta a tal efecto.

Recordemos que a este respecto se está afectando un derecho humano fundamental, cual es el derecho a la libre circulación y a fijar domicilio, que queda a la discrecionalidad de la autoridad, pero dentro de los límites señalados por el legislador: sólo se puede denegar si el inmigrante se encuentra en alguna de las situaciones previstas en la ley.

c. El presente trabajo se centra en las causales de impedimento relativo para el ingreso al país, por cuanto presentan una mayor posibilidad de discrecionalidad administrativa en el ejercicio de dicha competencia; asimismo, esta normativa legal ha sido reglamentada por el Decreto Supremo ya citado, el que también será objeto de análisis, toda vez que reglamenta el ejercicio de estas potestades.

El artículo 16 del Decreto Ley establece taxativamente las causales de impedimento relativo, facultando a la autoridad a impedir el ingreso a dichos inmigrantes, o bien permitirlo, lo que se desprende claramente de su enunciado. El artículo en cuestión señala:

*“Artículo 16. Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros:*

- 1. Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos;*
- 2. Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno y no estén comprendidos en el N° 6 del artículo anterior;*



*3. Los expulsados de otro país por autoridad competente, y*

*4. Los menores de 18 años que viajan a Chile sin ser acompañados de su padre, madre o guardador y carezcan de autorización escrita de una de ellos o del Tribunal competente, debidamente refrendada por autoridad chilena.*

*Las prohibiciones de este artículo y del anterior, serán aplicadas por las autoridades señaladas en el artículo 10 de este decreto ley”.*

De esta manera, la Ley ha establecido los impedimentos de carácter relativo de ingreso al país, otorgando la competencia necesaria para la aplicación de la ley a las autoridades ya señaladas. Considerando lo dicho precedentemente en relación a la reserva de ley en la materia, podemos concluir que en el caso concreto dicha reserva se cumple: estamos en presencia de una Ley (DL) que limita el ejercicio de derechos fundamentales, que señala la competencia que tendrá la autoridad para cumplir la ley, y que determina el rango de vigencia de la discrecionalidad de la administración, en clara concordancia con el principio de interdicción de la arbitrariedad.

A su vez, el Reglamento de ejecución de dicha norma legal (Decreto Supremo Nº 597, Ministerio del Interior), regula la aplicación de la ley, abordando los elementos prácticos necesarios para permitir la ejecución de lo dispuesto en la Ley. A tal efecto, el artículo 26 del Reglamento reproduce el artículo 15 del Decreto Ley –referente a los impedimentos absolutos de ingreso–, y el artículo 27 del Reglamento hace lo propio con la norma del artículo 16 de la Ley –referente a los impedimentos relativos–; a continuación, los artículos 28 a 30 abordan aquellos aspectos normativos reglamentarios necesarios para la ejecución de la ley.

Sin embargo, el inciso final del artículo 28 del Reglamento fue más allá de lo estrictamente reglamentario y abordó materias que se encuentran reservadas al legislador, de acuerdo a lo señalado previamente (Nº 3). El inciso en cuestión señala:

*“Asimismo, por Decreto Supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacional”.*

Como es posible apreciar, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, la Administración Pública violó el principio de reserva legal en, al menos, tres aspectos del estatuto jurídico de los derechos fundamentales que han sido comentados en este trabajo: 1. estableció una limitación a un derecho fundamental no prevista en la ley; 2. otorgó competencias a la autoridad administrativa no contempladas en la ley; 3. la

competencia atribuida no tiene límites claros, toda vez que utiliza términos jurídicamente ambiguos, dejando mucho espacio para la discrecionalidad de la Administración; todo ello, sin habilitación legal expresa y sobrepasando los límites establecidos por el legislador.

En definitiva, el reglamento estableció una nueva causal de impedimento relativo, autorizando a la Administración, vía Decreto Supremo, para que prohíba el ingreso al país de determinados extranjeros, según criterios de interés o seguridad nacional, ampliando la aplicación de la ley al otorgar competencias que no están respaldadas en el texto legal. Asimismo, el reglamento no determinó suficientemente los límites dentro de los cuales se ejercerá dicha facultad, toda vez que los conceptos de interés y seguridad nacional son demasiado amplios, constituyendo conceptos jurídicos indeterminados; ello obsta a la efectividad del principio de interdicción de la arbitrariedad.

##### **5. Potestad Reglamentaria de ejecución: exceso al marco legal y constitucional.**

De acuerdo a lo que se ha comentado precedentemente, el inciso final del artículo 28 del Decreto Supremo Nº 597 no se ajusta a los elementos que constituyen la reserva legal, vulnerando el sistema jurídico de protección de derechos fundamentales contenido en la Constitución y que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional. Creemos que esta vulneración se debe tanto a una discordancia formal –ya que no existe habilitación legal previa– como sustancial –ya que atenta contra la finalidad garantista del ordenamiento jurídico y de legitimidad sustancial del legislador para limitar derechos fundamentales–, al exceder la competencia reglamentaria y regular el contenido de derechos fundamentales en discordancia con el ordenamiento.

A nuestro juicio, la normativa reglamentaria analizada adolece de vicios de constitucionalidad, de acuerdo a lo expuesto precedentemente y considerando la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional, según los siguientes antecedentes.

a. Falta de habilitación legal previa. El Decreto Ley que regula la situación de los inmigrantes en Chile estableció claramente las causales en virtud de las cuales se impide, o se puede impedir, el ingreso al país de determinados extranjeros; para ello, señaló taxativamente los supuestos de hecho para cada tipo de causal (absoluta o relativa). De esta manera, la ley daba cumplimiento a los presupuestos del principio de reserva legal, ya que

en virtud de una ley se limitó el ejercicio de un derecho fundamental y, a la vez, se determinaron expresamente los casos para dicha limitación.

Como ya señaláramos, es el legislador el órgano que históricamente ha recibido la carga de regular el ejercicio de los derechos fundamentales, precisamente porque *“sólo la ley puede dar contenido y limitación a los Derechos Fundamentales, siendo este principio, una de las piezas claves del Estado de Derecho. Lo anterior (...) obedece a que la ley, en su esencia, refleja la voluntad de todos los gobernados”*<sup>23</sup>.

En el caso que se comenta, el legislador se limitó a establecer las causales de impedimento para el ingreso al país, mas no habilitó a la Administración para ejercer la potestad reglamentaria en esta materia, por el contrario, señaló causales taxativas al efecto. Recordemos que esta habilitación legal previa es un requisito que ha sido ampliamente recogido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, principio que entrega competencias para limitar derechos fundamentales sólo al legislador.

Sin embargo, la Administración no tuvo en consideración dichos elementos al ejercer la potestad reglamentaria, y estableció una nueva limitación el derecho fundamental que no autorizaba la ley, vulnerando con ello el principio de reserva legal.

b. Falta de determinación y especificidad. Siguiendo con el principio de reserva legal, hemos visto que el Tribunal Constitucional ha sostenido que se deben cumplir dos requisitos copulativamente cuando se trate de restricción de derechos fundamentales: determinación y especificidad, es decir, determinar el derecho que será limitado y especificar la medida concreta en tal sentido<sup>24</sup>.

El caso del inciso final del artículo 28 del Reglamento es algo confuso al respecto ya que, *a priori*, podría decirse que la normativa tanto legal como reglamentaria cumple con los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional, toda vez que el derecho limitado está determinado por la Ley (el derecho a la libre circulación y a fijar residencia) así como la medida concreta que lo limita (denegar el ingreso al país). Sin embargo, aceptar esto implica desconocer la aplicación contextual de dichos requisitos, así como la finalidad garantista con la que deben ser interpretadas las normas de derechos fundamentales. El caso en estudio nos muestra que el Reglamento reiteró los elementos contenidos en la ley

<sup>23</sup> Gómez Alcalá, Rodolfo, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 190 (destacado en el original).

<sup>24</sup> STC N<sup>os</sup> 325, 370, 373, 376, 388.

(determinación y especificidad), según consta en los artículos 26 y 27 del Decreto Supremo, pero lo hizo alterando el *sentido* de la reserva legal al agregar una nueva causal de impedimento para ingresar al país; asimismo, dicha causal fue vinculada al ejercicio de una potestad que no contemplada en la Ley, y cuyo ejercicio fue atribuido a un organismo distinto a los determinados por el cuerpo legal.

Así, a mi juicio, no se cumple a cabalidad con el requisito de la *especificidad*, toda vez que la medida concreta que limita el derecho fundamental—inicialmente contemplada en la ley— se encuentra alterada por estos elementos que ha agregado el Reglamento; al hacerlo, la potestad reglamentaria ha modificado la esencia de la medida que limita el derecho, ya que aun cuando en abstracto es la misma (impedimento para ingresar al país), en concreto difiere sustancialmente de lo señalado en la Ley, ya que modifica la causal (a la enumeración taxativa se agrega el interés o seguridad nacional) y se modifica el organismo que puede ejercer la potestad (otorgándosele al Presidente de la República). Creo que el requisito de la especificidad tiene una doble dimensión: formal y sustancial a la vez, lo que obliga a la Administración a respetar el principio de reserva legal tanto en la forma como en el fondo.

c. Competencias públicas otorgadas por Reglamento. Como se señaló previamente, el Decreto Supremo abordó materias propias del legislador al otorgar a la autoridad pública la titularidad de potestades sancionatorias. De acuerdo a lo señalado por la Constitución, se encuentra reservado al legislador la facultad de otorgar competencias a los organismos públicos, según el artículo 60 N<sup>os</sup> 2 y 14 en conformidad con el artículo 62 N<sup>o</sup> 2. De esta manera, el inciso final del artículo 28 del Reglamento invade, nuevamente, materias que se encuentran reservadas al legislador por expreso mandato constitucional.

Esta circunstancia ya ha sido estudiada por el Tribunal Constitucional, a propósito de casos similares. En efecto, se pronunció sobre la materia al conocer del Decreto Supremo N<sup>o</sup> 1 de Bienes Nacionales (STC Rol N<sup>o</sup> 245, Acceso a playas), señalando expresamente que “*el Decreto Supremo N<sup>o</sup> 1, de Bienes Nacionales, de 1996, al otorgarle atribuciones a las Secretarías Regionales Ministeriales ha invadido el campo del legislador y en consecuencia viola el artículo 60 de la Carta Fundamental que señala las materias propias de ley, entre las que se encuentran aquellas que la Constitución exige sean reguladas por una ley y las que la Constitución señala como de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo*

60 N<sup>os</sup> 2 y 14)”<sup>25</sup>. Ello es completamente aplicable al Reglamento de inmigración, por cuanto atribuye potestades a organismos del Estado vulnerando la reserva de ley en la materia.

Este criterio de constitucionalidad ha sido sostenido reiteradamente por el Tribunal Constitucional, respaldando el criterio sostenido precedentemente. A mayor abundamiento, el ejercicio de esta potestad normativa ni siquiera puede ser delegada por el legislador, quedando la potestad reglamentaria restringida sólo “a desarrollar o pormenorizar las atribuciones y facultades que se encuentran ya previstas en la legislación”<sup>26</sup>, sin que pueda atribuir nuevas facultades, ya que la potestad reglamentaria “es solo ejecutiva de las leyes y siempre dependiente de lo que dispongan o preceptúen éstas últimas con antelación”<sup>27</sup>; en efecto, es muy distinto que el Reglamento detalle ciertas atribuciones para su ejecución a un caso concreto a que establezca atribuciones completamente nuevas y de aplicación general, no contenidas en la Ley.

Sin duda que a este respecto, el Reglamento adolece de inconstitucionalidad toda vez que vulnera la reserva legal al atribuir potestades públicas al Presidente de la República que no se encontraban previstas por la legislación.

d. Interdicción de la arbitrariedad y contrapesos al poder. Como se ha visto en la redacción del inciso final del artículo 28 del Reglamento, la potestad atribuida ha sido extendida en términos muy amplios; en efecto, la autorización al Presidente es extremadamente discrecional. Los presupuestos que determinan el ejercicio de la facultad otorgada dependen de conceptos jurídicos que no han sido determinados por el legislador – interés y seguridad nacional–, quedando su determinación a la discrecionalidad de la Administración.

De esta manera, la Administración quedará facultada para ponderar en cada caso concreto los presupuestos fácticos que determinan la concurrencia de dichas causales, atribución que es susceptible de entregar a un juez, mas no a un órgano administrativo. Esta situación genera un importante grado de inseguridad jurídica, toda vez que el ejercicio del derecho fundamental podrá ser severamente restringido por la autoridad administrativa sin que existan razones medianamente objetivas, o al menos un procedimiento contradictorio preestablecido, que determine la aplicación de la medida.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 245, Acceso a playas, Considerando 55°.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 373, Áreas verdes, Considerando 15°.

<sup>27</sup> Ibid, Considerando 20°.

A mayor abundamiento, esta facultad atribuida a la Administración por el Reglamento no contempla los contrapesos necesarios para controlar el ejercicio del poder público, particularmente sensible si consideramos que el ejercicio de estos derechos fundamentales dependerá de la discrecionalidad de la Administración. Se encuentra en las bases del ordenamiento jurídico la necesidad de controlar los actos de la Administración, en especial cuando se puede afectar el ejercicio de derechos fundamentales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional recalcó la necesidad de controlar el ejercicio de las potestades públicas, señalando que no se protegen suficientemente los derechos cuando se *“dota a un servicio público, Consejo de Defensa del Estado, de facultades absolutamente discrecionales (...). Las facultades conferidas se ejercen por el servicio sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna, pues no se prevén recursos especiales u ordinarios que permitan una revisión de lo actuado o decretado por una instancia superior, con lo cual, salvo el ejercicio de acciones constitucionales, dejan en indefensión a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se puedan ver involucradas con una investigación como la que se autoriza al Consejo de Defensa del Estado en el proyecto de ley en examen”*<sup>28</sup>.

El ordenamiento jurídico tiene el deber de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que el Tribunal Constitucional ha entendido, correctamente a nuestro juicio, que incluso la eventualidad de vulneración de derechos fundamentales debe ser declarada inconstitucional, precisamente por contrariar tanto la finalidad garantista del ordenamiento como el contenido sustancial que en materia de derechos fundamentales ha determinado la Constitución. El Tribunal complementa su afirmación al señalar que *“la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede, coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción a control judicial alguno, en posición de que con su actuación, afecte o desconozca las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas”*<sup>29</sup>.

e. Ley penal en blanco. Finalmente, el inciso final del artículo 28 del Reglamento de inmigración contiene otra vulneración al ordenamiento constitucional chileno, al establecer una sanción cuya tipificación depende,

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol Nº 198, Tráfico de estupefacientes, Considerando 10º.

<sup>29</sup> Ibid, Considerando 10º.

como se señalara previamente, de conceptos jurídicos no determinados por el legislador, dejando dicha determinación a la autoridad administrativa.

El Reglamento vulnera el principio de legalidad en la materia, al establecer penas que no han sido determinadas por el legislador; la Constitución ha señalado claramente que sólo se puede sancionar en virtud de una ley previa (art. 19 Nº 3 inciso 7º), reservando exclusivamente esta competencia al legislador. En este aspecto, el Reglamento es abiertamente contrario al principio de legalidad, al establecer sanciones por la vía reglamentaria y no legal.

Asimismo, la norma cuestionada en estas páginas vulnera el precepto contenido en el artículo 19 Nº 3 inciso final de la Constitución, toda vez que establece una sanción (prohibición de ingresar al país) sin determinar la conducta sancionada; por el contrario, dicha sanción depende de una valoración subjetiva que deberá realizar la Administración para determinar jurídicamente el alcance de los conceptos interés y seguridad nacional, lo que vulnera no sólo el principio de legalidad, sino el de interdicción de la arbitrariedad, con la consecuente inseguridad jurídica en el ejercicio del derecho fundamental en cuestión. En definitiva se trata de una competencia muy imprecisa, que pone en serio riesgo el ejercicio del derecho.

Conociendo de facultades sancionatorias otorgadas a la Administración, el Tribunal Constitucional ha destacado la validez normativa de los principios de legalidad y tipicidad, ambos en serio entredicho en el Reglamento de inmigración: *“Es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”*<sup>30</sup>; claramente, ni la legalidad ni la tipicidad son observados en la reglamentación en comento.

Tal es la relevancia jurídica del principio de reserva legal en esta materia que el Tribunal Constitucional ha delimitado dicho principio, señalando que el legislador es competente en forma exclusiva y excluyente, reforzando la validez normativa del principio: *“la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y sólo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de*

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol Nº 244, Ley de caza, Considerando 10º.

*exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política”<sup>31</sup>.*

---

<sup>31</sup> Ibid, Considerando 12º.



### III. CONCLUSIONES.

a. El ordenamiento jurídico chileno ha recogido en términos normativos el principio de la igualdad ante la ley y de la igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que trae como consecuencia directa el reconocimiento de la universalidad de los derechos fundamentales en cuanto a su titularidad. Así, es posible afirmar que ante la Constitución, los inmigrantes son titulares de derechos fundamentales en cuanto personas, reconociendo la igualdad en derechos con los nacionales.

b. La legitimidad sustancial del legislador para regular el ejercicio de los derechos fundamentales es el fundamento del principio de reserva legal, que inhibe a la Administración de limitar derechos fundamentales sin habilitación legal previa; sin embargo, el principio de reserva legal tiene una doble dimensión, formal y sustancial, limitando de doble manera la intervención Administrativa en la materia. Así, esta requiere no solo de habilitación legal previa, sino que la actividad ejercida fruto de dicha habilitación debe respetar los límites sustanciales determinados por la Constitución y por el legislador.

c. El Tribunal Constitucional estableció que deben concurrir dos requisitos copulativos para cumplir adecuadamente con el principio de reserva legal: determinación del derecho limitado y especificidad de la medida concreta al efecto. Sin embargo, estos requisitos, particularmente el de especificidad, deben ser aplicados con miras a una finalidad garantista, de protección de los derechos fundamentales, por cuanto su aplicación formalista puede significar una desprotección de los derechos fundamentales frente a la discrecionalidad de la Administración.

d. En cuanto a la normativa analizada, creo que es claro que no se ha respetado a cabalidad el principio de reserva legal en materia de limitación de derechos fundamentales. En efecto, el Decreto Supremo Nº 597 establece sanciones y otorga facultades discrecionales a la Administración no contempladas en la Ley (Decreto Ley Nº 1.094 de 1975), ambas en perjuicio del ejercicio de derechos fundamentales, en este caso, de los inmigrantes. Esta vulneración importa un desconocimiento a las doctrinas sostenidas por el Tribunal Constitucional, que ha defendido el principio de reserva legal al reconocer que solo el legislador se encuentra legitimado para desarrollar los preceptos normativos de la Constitución y limitar, con ello, el ejercicio de los derechos fundamentales.