

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS: LA DESPROTECCIÓN COLECTIVA

**Francisca Vargas Rivas¹
Martín Canessa Zamora²⁻³**

- 1 Abogada, magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional, Universidad Diego Portales. Profesora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, Universidad Diego Portales.
- 2 Abogado. Docente en Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Abogado de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado.
- 3 Agradecemos enormemente el trabajo de las y los ayudantes de investigación de este capítulo, Sebastián Bahamondes, Isadora Castro, Vicente Jiménez, Ignacio Millanao, Eduardo Madariaga, Constanza González, Camila Durán, Lucca Biondi y Daniela Cerón. Sin ellas y ellos este trabajo simplemente no hubiese sido posible.

*A Mauricio Vargas Zec.
Que tu calma y optimismo nos siga
iluminando en lo pedregoso del camino.*

RESUMEN

El presente capítulo tiene como objetivo dar a conocer algunos de los aspectos más importantes en materia de movilidad humana en Chile durante el último año y medio, período en el cual la sociedad ha sufrido las consecuencias de una pandemia mundial, la que ha exacerbado algunas problemáticas a las cuales ya se veían enfrentadas las personas migrantes.

PALABRAS CLAVE: migración, expulsiones colectivas, derechos políticos, nueva ley de migraciones.

INTRODUCCIÓN

En el título del capítulo (en el concepto “desprotección colectiva”) se adelanta la que será nuestra tesis central. El tratamiento que el Estado de Chile da a las personas en movilidad humana desprotege a toda la población. Esto, en al menos dos formas: primero, desprotege a las personas migrantes y a sus derechos; y, segundo, desampara, también, a la población general (incluida la nacional), que sufre las consecuencias del abandono por parte del Estado de las personas migrantes. Esas vulnerabilidades se acrecientan en el contexto de la grave crisis sanitaria provocada por la Covid-19.

Esta sección aborda los siguientes temas: 1) movilidad humana en el mundo y en Chile, datos y afectación de la pandemia; 2) expulsiones colectivas, el “Plan Colchane” y la lógica de ordenar la casa; 3) derechos políticos de las personas migrantes en el marco del proceso constituyente, y 4) nueva ley de migraciones.

1. MOVILIDAD HUMANA: DATOS Y AFECTACIÓN DE LA PANDEMIA DE COVID-19

En 2020 había aproximadamente 281 millones de personas migrantes en el mundo,⁴ representando, así, un 3,6% de la población mundial.⁵ Según datos de la División de población del departamento de asuntos económicos y sociales de Naciones Unidas, producto de la pandemia mundial, se estima que la migración internacional se habría desacelerado en un 27%, sin perjuicio de que en cifras absolutas sigue aumentando.⁶

La migración forzada ha seguido aumentando. La pandemia ha acrecentado las vulnerabilidades ya existentes en los países de origen y

4 United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2020), *International Migration 2020 Highlights* (ST/ESA/SER.A/452), p.1.

5 ONU, *Aspectos destacados de la migración internacional 2020*, enero de 2021.

6 United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2020). *International Migration 2020 Highlights* (ST/ESA/SER.A/452), p.5.

la búsqueda desesperada de una vida digna. Las cifras proporcionadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) nos indican que a fines de 2020 había 82,4 millones de personas desplazadas en el mundo, de las cuales 26,4 eran refugiadas y 4,1 solicitantes de asilo. Esto incluye a las personas venezolanas desplazadas forzosamente que no han adquirido el estatuto de refugiadas ni son solicitantes de asilo, que alcanzan los 3,9 millones,⁷ en lo que ACNUR ha catalogado como una de las mayores crisis de desplazamiento en el mundo, en el último tiempo.⁸ La mayoría de ellas están necesitadas de protección internacional, de acuerdo con la definición ampliada de persona refugiada contenida en la Declaración de Cartagena de 1984.⁹

En relación con los efectos de la pandemia sobre las personas migrantes, un informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL), de 2020, indicó que, dentro de los ciclos migratorios, los principales riesgos asociados al Covid-19 son las dificultades para la reagrupación familiar, el cierre y militarización de las fronteras, las expulsiones, una mayor exposición al tráfico de migrantes y trata de personas, la irregularidad migratoria, el hacinamiento, y los procesos de retorno forzado, entre otros.¹⁰ El mismo informe señala, también, que “las condiciones de habitabilidad (...) que tienen una gran incidencia entre la población migrante— representan un obstáculo grave en lo que respecta a prevenir los contagios y a evitar que la enfermedad se propague en estas comunidades”.

En este escenario, el llamado ha sido a brindar respuestas humanitarias a la población migrante y, también, un acceso en igualdad de condiciones a las vacunas. Un conjunto de órganos internacionales hizo un llamado a los Estados en tal sentido, indicando que las vacunas deben ser entregadas sin diferenciar por nacionalidad o situación migratoria.¹¹

7 ACNUR, *Tendencias globales*, 2020.

8 ACNUR, *Situación en Venezuela* (Disponible en: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>).

9 ACNUR, *Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I*, 21 de mayo de 2019.

10 ONU y CEPAL, *Los efectos del COVID 19: una oportunidad para reafirmar la centralidad de los derechos humanos de las personas migrantes en el desarrollo sostenible*, 2020.

11 Comité de Trabajadores Migratorios, el relator especial de Naciones Unidas para los derechos humanos de los migrantes, el alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el relator especial de Naciones Unidas para los derechos de las personas refugiadas, solicitantes de asilo, desplazados internos y migrantes en África, el representante especial del secretario general sobre migración y refugiados del Consejo de Europa, y la Relatoría sobre derechos de los migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración conjunta “Joint Guidance Note on Equitable Access to COVID-19 Vaccines for All Migrants”, marzo de 2021.

En Chile la población migrante alcanza los 1,5 millones de personas, de acuerdo con cifras actualizadas a finales de 2019. La nacionalidad predominante de personas extranjeras en nuestro país es la venezolana, seguida por la peruana, haitiana, colombiana y boliviana.¹²

En relación con la pandemia de Covid-19 y el fenómeno migratorio en Chile, cabe destacar positivamente dos respuestas que el Estado ha brindado a la población migrante.

El primero ha sido el acceso a vacunas. Aunque en un inicio la información fue confusa y estaba orientada a no permitir la vacunación de personas migrantes en situación migratoria irregular o turistas, lo cierto es que el Ministerio de Salud corrigió esta situación. Mediante oficio ordinario N°794, del 3 de marzo de 2021, señaló que la población migrante, en especial aquella que se encuentra en situación migratoria irregular, está en una particular condición de vulnerabilidad frente a la pandemia y que, en efecto, el acceso a la vacuna debe ser universal para toda la población, de modo que ningún centro de salud o institución similar puede requerir información acerca del estatus migratorio de la persona.

Lo mencionado no ha estado carente de polémicas, pues la resolución exenta N°135, del Ministerio de Salud, del 10 de febrero de 2021, anterior al oficio, precisaba en relación a la campaña de vacunación contra la Covid-19 que la “población que vive en Chile” es “aquella que tiene nacionalidad chilena, permanencia definitiva, visa de residente, visa de estudiante o visa sujeta a contrato, o quienes cuenten con una solicitud de visa temporal o definitiva ingresada a trámite, excluyendo a aquellos que están transitoriamente en el país exclusivamente con una visa de turista”. Evidentemente esto trae problemas de comprensión al analizarse en conjunto con el oficio N°794, pues, aunque puede haber motivos plausibles para no vacunar a quienes están de paso por Chile (como los turistas), lo cierto es que ningún lugar de vacunación puede solicitar información sobre la situación migratoria a la persona.

No obstante, numerosos lugares de vacunación han insistido en solicitar cédula de identidad chilena a las personas migrantes –documento que solo pueden obtener cuando son titulares de un permiso de residencia en el país, excluyendo así a la población en situación migratoria irregular–. Algunos, incluso, han negado derechamente la vacuna a personas extranjeras en situación migratoria irregular que portan su pasaporte.¹³

12 Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración, *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre 2019*, marzo de 2020.

13 Información obtenida por la coautora de su trabajo en la Clínica jurídica de migrantes y refugiados de la UDP.

Nos parece que el oficio N°794 es claro y que, tanto por motivos de respeto y protección de derechos humanos, como por razones de salubridad pública, debe vacunarse a las personas migrantes con independencia de su estatus migratorio regular o irregular en el país.

El segundo avance significativo ha sido el incremento de los trámites digitales disponibles en el sitio web del Departamento de Extranjería y Migración. Si bien este proceso venía dándose desde antes de la pandemia, la situación sanitaria condujo a una mayor rapidez en el traspaso de los trámites físicos a telemáticos. Así, en el marco de esta investigación, pudimos verificar que, a mayo de 2021, existían 36 trámites digitales, de los cuales un poco más de la mitad requieren contar con clave única –lo que implica que la persona cuente con cédula de identidad chilena para extranjeros/as–. Sin embargo, persisten problemas importantes en la demora de la tramitación de permisos de residencia y otros, y no existen canales expeditos de consulta para la población, por lo que los avances en esta materia se ven mermados.

2. EXPULSIONES COLECTIVAS: EL “PLAN COLCHANE” Y LA LÓGICA DE ORDENAR LA CASA¹⁴

2.1. El contexto

En enero de 2021, los medios de comunicación dieron cuenta de grandes aglomeraciones de personas extranjeras en la frontera chileno-boliviana de Pisiga-Colchane.¹⁵ Se trataba, en su mayoría, de personas venezolanas huyendo de la grave crisis de su país de origen, a veces solas y otras con sus familias completas. Esto provocó un descontento en la población nacional, el cual –sin jamás justificar actitudes racistas o xenófobas– se puede llegar a entender, en algún sentido, toda vez que el Estado no dio una respuesta coordinada y humanitaria a la situación que se estaba viviendo: no prestó apoyo a las autoridades locales,¹⁶ y dejó de lado herramientas adecuadas desde la óptica de los derechos humanos al aplicar como única respuesta la sanción migratoria, cuestión en la que ahondaremos más adelante.

14 Todo lo señalado en este acápite ha sido utilizado por la coautora del capítulo para informes remitidos al Comité de Trabajadores Migratorios y al Senado de Chile, así como para columnas de opinión en medios de comunicación.

15 Véase: BBC News.com: “La crisis ‘sin precedentes’ de la pequeña Colchane, el pueblecito chileno que tiene más migrantes que habitantes”, 6 de febrero de 2021; Ciper.cl: “A pie por Colchane: cómo la política de gobierno forzó un ingreso desesperado de migrantes a Chile”, 5 de febrero de 2021; Chilevisión Noticias.cl: “PDI de Tarapacá denunció el ingreso clandestino de 1227 extranjeros durante enero”, 25 de enero de 2021.

16 Véase: Emol.cl: “Alcalde de Colchane advierte tensión por crisis migratoria y dice que es ‘responsabilidad’ del gobierno controlar la situación”, 3 de febrero de 2021.

¿Por qué ingresan irregularmente estas personas al país? Porque las vías de ingreso regular son muy limitadas frente a un flujo migratorio alto, tal como advertimos en el *Informe 2018*, cuando nos referimos a la entonces reciente creación de la visa especial para personas venezolanas, llamada Visa de Responsabilidad Democrática (VRD), y a la imposición de visado de turismo consular para personas haitianas.

Desde 2019 se les exige a los nacionales de Venezuela, también, contar con un visado consular para poder ingresar a Chile, todo bajo la lógica de propiciar una supuesta migración ordenada, segura y regular. Lamentablemente, como advertimos desde un inicio, el efecto ha sido el contrario: han aumentado los ingresos irregulares de la población migrante en general, y la población venezolana en particular. La demora en la tramitación, la alta tasa de rechazos y el cierre masivo de procesos de VRD a finales del año 2020,¹⁷ son factores que se han convertido en una suerte de tormenta perfecta que, sumada a las necesidades propias en el país de origen –en el caso de Venezuela, ligadas a la falta de alimentos, medicamentos y seguridad, y, en el caso de otros países, a la pobreza y conflictos internos–, provoca desesperación y con ello incita a que las personas migrantes intenten ingresar a Chile por cualquier medio.

Esta situación ha cobrado la vida de ocho¹⁸ personas que han fallecido cuando, en la búsqueda de una mejor calidad de vida, han ingresado al país por un paso no habilitado.

Al respecto, las cifras muestran que entre enero y julio de 2021 ingresaron al país 23.673 personas por pasos fronterizos no habilitados, de las cuales 17.914 corresponden a personas provenientes de Venezuela. Si retrocedemos a años anteriores, antes del endurecimiento de los requisitos migratorios de ingreso ocurridos en 2018,¹⁹ podemos ver que en 2017 los ingresos irregulares no superaban los 3.000 en general y, en relación con las personas venezolanas, no hubo ninguna de esa nacionalidad que ingresara de manera irregular.²⁰

Frente a esta situación que estaba ocurriendo, el Estado respondió con expulsiones, ejecutadas en enero y reanudadas en abril, al alero

17 Cuestión a la que, lamentablemente, no nos podremos referir en el presente capítulo debido a la extensión del mismo.

18 Recordamos a Wladimir, Elvia, Ricardo, Daniela, Ana, Domingo y Antonio, entre otras personas lamentablemente fallecidas en su intento de ingresar a Chile por pasos no habilitados. Véase: La Tercera.com: “El drama de morir en la frontera”, 2 de abril de 2021; y Diario U de Chile.cl: “Otra vida perdida en la frontera chileno-boliviana: don Antonio Pocoana, no olvidemos este nombre”, 21 de junio de 2021.

19 *Informe 2018*, pp. 233-266, pp. 483-538.

20 En efecto, en 2017 se registraron 2905 ingresos por pasos no habilitados, el año anterior este número fue de 2665 y en 2010 de 415. Información sistematizada por el Servicio Jesuita de Migrantes (disponible en <https://www.migracionenchile.cl/visas-e-ingresos/>).

del denominado “Plan Colchane”, que consistió en la contratación de 15 vuelos con la empresa Sky Airlines, destinados especialmente a la expulsión de personas, en particular (aunque no únicamente) venezolanas.²¹

En cuanto a las expulsiones dictadas y las efectivamente ejecutadas, podemos citar como ejemplo que en febrero y marzo, las entonces intendencias de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta, dictaron 285,²² 610²³ y 103²⁴ resoluciones de expulsión por ingreso por paso no habilitado, respectivamente. El total general de expulsiones ejecutadas en los mismos meses asciende a 215, de acuerdo con cifras de Policía de Investigaciones de Chile.²⁵ Veremos cómo esta diferencia entre las dictadas y las ejecutadas se debe, entre otros factores importantes, a la cantidad de recursos y acciones jurisdiccionales presentadas –y acogidas– a fin de dejar sin efecto las medidas de expulsión.

Estas expulsiones fueron dictadas en contravención a la normativa aplicable, tanto por no cumplirse con los presupuestos de derecho para expulsar, como por ser colectivas.

2.2. La ilegalidad en sentido estricto

La Ley de Extranjería y Migración aún vigente en Chile (D.L. N°1.094), en su artículo 69, señala que el ingreso por paso no habilitado o de manera clandestina es un delito y que, una vez cumplida la condena, la persona será expulsada del país. Por el contrario, las expulsiones administrativas llevadas a cabo en Chile, desde los primeros *Informes*, y especialmente desde inicios del año 2021, no cumplen con este requisito legal. Utilizando como antecedente el parte policial –que se produce con la “autodenuncia”, donde se indica que la persona habría ingresado irregularmente–; la querrela por el delito de ingreso clandestino, y su inmediato desistimiento, la administración ha pretendido justificar

21 En marzo, la Subsecretaría del Interior comenzó una licitación, por un valor de 300 millones de pesos, para llevar a cabo las expulsiones. La tercera.com: “El plan del gobierno para expulsar a 1800 extranjeros, trece vuelos privados a Venezuela, 2 a Colombia y un costo de \$ 300 millones”, 5 de abril de 2021. En abril esa licitación fue adjudicada a Sky Airlines: ExAnte.cl: “El gobierno contrata 15 aviones a Sky Airline para expulsar a extranjeros ilegales en medio de crisis migratoria”, 21 de abril de 2021. En Junio, el Ministerio del Interior firmó un contrato por 1.500 millones de pesos con Sky Airlines como parte del Plan Colchane: El Mostrador.cl: “Plan Colchane: Ministerio del Interior firmó contrato por 1500 millones con Sky Airlines en proceso de expulsión a migrantes”, 23 de junio de 2021.

22 Respuesta a solicitud de acceso a la información N° AB007T0000160, de fecha 28 de mayo de 2021, dirigida a la Intendencia Regional de Arica y Parinacota, mediante Of. Ord. N° 807/2021.

23 Información disponible en <http://www.intendenciarapaca.gov.cl/>

24 Respuesta a solicitud de acceso a la información N° AB008T0000120, de fecha 28 de mayo de 2021, dirigida a la Intendencia Regional de Antofagasta, mediante Of. 354.

25 Respuesta a solicitud de acceso a la información N° AD010T0012642, de fecha 17 de abril de 2021, dirigida a Policía de Investigaciones de Chile.

esta forma de proceder en una supuesta autorización que le otorgaría el reglamento de la ley. Esta habilitación no es efectiva y aunque lo fuera infringiría el principio constitucional de reserva legal. La jurisprudencia constante de los tribunales superiores de justicia chilenos ha dado cuenta de esta ilegalidad, dejando sin efecto las órdenes de expulsión dictadas de esta forma.

Antes de entrar en el aspecto normativo, corresponde detenerse en el trámite de la “autodenuncia”. Esta diligencia no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico y es una de las maneras que tiene la autoridad para enterarse de que ha ingresado al país una persona por un paso no habilitado. Consiste en que la misma persona que ha ingresado irregularmente al país informa de su ingreso a la autoridad. Paradójicamente, la autodenuncia es concebida por las personas migrantes como un trámite que presuntamente les permitirá regularizar su situación migratoria, lo que no es cierto, pues, legalmente, solo es un mecanismo de alerta a la autoridad para que proceda a dictar la medida de expulsión. En todo caso, sin la medida de expulsión en mano, no hay manera de que la persona pueda intentar una defensa jurídica, ni menos regularizar su situación migratoria en el país, precisamente por la absoluta ausencia de un procedimiento administrativo previo a la dictación de la medida en cuestión.

En la autodenuncia, un funcionario o funcionaria de la Policía de Investigaciones (PDI) puede tomar una declaración a la persona, que redactará él o ella mismo/a, además de efectuar exactamente las mismas gestiones que realizaría si la persona no estuviera autodenunciándose, sino que hubiera sido sorprendida por la autoridad policial en el momento o luego de hacer ingreso irregular al país. Estas consisten en verificar distintos sistemas de información computacionales, por ejemplo: sistema de gestión policial; sistema de la Jefatura Nacional de Migraciones y Policía Internacional; sistema informático B3000; y O.C.N Interpol. Esta revisión toma aproximadamente 3 minutos y constituye toda la “investigación criminalística” del informe elaborado por la PDI, el cual es el fundamento que utiliza la autoridad migratoria (Intendencia o actual Delegación Presidencial Regional)²⁶ para dictar la orden de expulsión.²⁷

Volviendo a la normativa, el artículo 78 del D.L. 1.094 señala que las intendencias regionales pueden desistirse de la denuncia o querrela por el ingreso irregular al país, extinguiéndose la acción penal y debiendo dejarse sin efecto las medidas cautelares que se hayan dictaminado. De

26 En el texto se utilizará el nombre Intendencia para referirse a la misma o a su sucesora, la Delegación Regional Presidencial.

27 Al efecto, ver a modo de ejemplo, informe policial N°20200466771/02146 de la Policía de Investigaciones, obtenido en el marco de la causa de amparo rol 532-2021 ante la Corte de Apelaciones de Iquique.

dicha norma se desprende que, al desistirse la Intendencia y extinguirse la acción penal, desaparece definitivamente el presupuesto legal del artículo 69 para expulsar: el cumplimiento de la condena. Sin embargo, las intendencias igualmente expulsan a las personas, pese a haberse desistido de la denuncia incluso el mismo día de presentada.²⁸

En su insistencia argumentativa, la autoridad señala que las medidas de expulsión se adoptan conforme a la ley, citando los artículos 146 y 158 del reglamento de la Ley de Migración y Extranjería. El artículo 158 señala lo mismo que el artículo 78 antes mencionado, agregando que el tribunal debe dictar el sobreseimiento definitivo de la persona involucrada. El artículo 146 replica el artículo 69 de la ley y agrega, en su inciso final, que una vez cumplida la pena u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158, se deberá disponer su expulsión.

Es importante relevar dos aspectos sobre estas normas reglamentarias. Primero, lo que estas señalan no son sinónimo de que con el solo desistimiento de la denuncia al Ministerio Público la Intendencia puede expulsar. Debe, a lo menos, dictarse el sobreseimiento definitivo y la persona tiene que quedar en libertad, como se ha explicado.²⁹

Segundo, y más importante a nuestro juicio, es el hecho de que estas normas reglamentarias (particularmente lo contenido en el inciso final del artículo 146) son contrarias al D.L. 1.094. En efecto, como se indicó, el artículo 69 del D.L. 1.094 exige el cumplimiento de una condena por parte del extranjero para luego poder ser expulsado. La norma reglamentaria en cuestión es contraria a la ley pues otorga facultades a la autoridad que sobrepasan lo que la ley estableció.³⁰ Además, las expulsiones así dictadas impiden a las personas defenderse en el marco de un juicio penal por un delito que no se comprueba, pero que es el fundamento de la expulsión. Tampoco pueden defenderse en el marco de un procedimiento administrativo de expulsión, quedando sin posibilidades de aportar sus alegaciones frente a la sanción más gravosa dentro del ordenamiento jurídico migratorio, como es la expulsión. La persona solo se entera de la medida cuando es notificada; nunca se le comunica el inicio de un proceso en su contra, lo que le impide una adecuada defensa. Además, se vulnera el ejercicio de derechos tan importantes como el derecho a ser escuchado de niños y niñas familiares involucrados/as y de los propios afectados por la decisión de expulsión. Ello contraviene

28 Revisar, a modo de ejemplo, causa amparo rol 532-2021 ante la Corte de Apelaciones de Iquique.

29 En este sentido ha fallado, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Temuco en causa de amparo, rol 111-2019.

30 Ver Corte de apelaciones de Santiago, fallo de causa de amparo rol 1058-2015, confirmado luego por la Corte Suprema en fallo de causa rol 8435-2015.

directamente las disposiciones constitucionales sobre debido proceso y los estándares internacionales en la materia, identificados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las relatorías de migrantes del sistema interamericano y universal de protección de los derechos humanos, entre otros.³¹

A modo de ejemplo, podemos citar –entre febrero y junio de 2021– 115 sentencias de la Corte de Apelaciones de Iquique que, firmes o confirmadas por la Corte Suprema, dejan sin efecto medidas de expulsión de personas extranjeras que habrían ingresado irregularmente al país; y otras 4 de la misma Corte Suprema que revocan sentencias rechazadas en primera instancia, acogiendo las acciones de amparo por los mismos motivos, a saber: la contravención al artículo 69 del D.L. 1.094, la insuficiencia de los antecedentes tenidos a la vista por la autoridad a la hora de expulsar y las vulneraciones a las garantías de un debido proceso, todo lo cual transgrede la libertad ambulatoria de la persona afectada.

En la misma Corte de Apelaciones de Iquique, solo 10 acciones de amparo de personas que habrían ingresado irregularmente al país fueron rechazadas y quedaron firmes; y otras 6 que habían sido acogidas en primera instancia, fueron luego revocadas por la Corte Suprema. Eso sí, 5 de estos rechazos se produjeron en febrero de 2021, cuando su Segunda Sala Penal estaba compuesta de manera diferente a lo habitual y se apartó de su jurisprudencia constante.

Por último, cabe destacar la contravención una de las normas vigentes en la actualidad de la nueva Ley de migraciones. Se trata del artículo 8 transitorio, el cual, en una primera parte se refiere al proceso de regularización migratoria para quienes hayan ingresado al país en forma regular, cumpliendo además otros requisitos adicionales relacionados con la fecha de ingreso al país, la inexistencia de antecedentes penales, etc. Una segunda parte de este proceso alude a las personas extranjeras con ingreso irregular al país a quienes, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 8° transitorio, se les da un plazo de 180 días desde la publicación de la ley para abandonar el país sin ser sancionados.

El no ser sancionado implica, de acuerdo con el D.L. 1.094 vigente, que la persona no quedará con una prohibición de ingreso en su contra y podrá solicitar desde fuera del territorio nacional, un visado para poder ingresar regularmente.

Nos encontramos en una situación en que, al mismo tiempo en que se invita a las personas extranjeras con ingreso irregular al país a salir sin ser sancionadas, se efectúan procesos de expulsión colectiva, privándolas de acogerse a esta norma legal.

31 Ver *Informe 2018*, pp. 483-538.

2.3. Expulsiones colectivas

Las expulsiones que se han producido en Chile son, además, colectivas. El artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 22.1 de la Convención para la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, entre otros, prohíben absolutamente las expulsiones colectivas.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una expulsión colectiva es una medida o procedimiento estatal, dirigida a un grupo de personas extranjeras, para que abandone el territorio del Estado o para prohibirle su ingreso; con ausencia de un análisis previo, objetivo y racional de las circunstancias individuales de cada persona afectada, y la falta de garantía del derecho a recurrir dicha expulsión. Adicionalmente, los tribunales internacionales han considerado otras circunstancias para determinar si se configura la existencia de expulsión colectiva en un caso concreto, como la citación/detención de personas de la misma forma, en el mismo lugar y tiempo; el traslado en los mismos medios y tiempo; la rapidez temporal de ejecución de las expulsiones, y el discurso político sobre planes de expulsión.³²

Si analizamos jurídicamente las expulsiones dictadas, nos encontramos con una resolución exenta de expulsión por cada persona, pero iguales entre sí. A modo de ejemplo, analizamos 610 resoluciones exentas que expulsan del país a personas extranjeras por ingreso clandestino entre febrero y abril de 2021 de la –entonces– Intendencia de Tarapacá. En estas se detallan las normas jurídicas aplicables y el actuar de la policía y la Intendencia, y luego se resuelve la expulsión de la persona. No hay un análisis individualizado de cada caso, pues no se contemplan las razones que llevaron a la persona a ingresar por un paso no habilitado al país; tampoco se estudia la situación de arraigo de la persona en Chile, la existencia de niños/as u otros vínculos humanos en el país, y menos se examinan los riesgos asociados al retorno forzado a su nación de origen, siguiendo lo preceptuado por el principio de no devolución, que es un principio general del derecho consagrado en numerosos tratados internacionales ratificados por Chile.

Una nota importante en este punto es que tampoco se le dan a la persona afectada las posibilidades fácticas ni jurídicas de que solicite asilo e inicie un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiada, conforme a la Ley 20.430 sobre protección de refugiados. Recordemos

32 Esta parte toma el concepto de expulsión colectiva elaborado por el abogado Vicente Jiménez Guajardo, en el marco de su tesis de pregrado dirigida por la autora de este capítulo como profesora guía, y que luego fuera utilizado en un artículo sobre expulsiones colectivas escrito por él mismo y por la autora del presente capítulo, el cual se encuentra en proceso de publicación con la Cruz Roja Internacional y en un texto posterior publicado por el Sr. Jiménez Guajardo. Se agradece a Vicente por su claridad jurídica y solidaridad en compartir sus conocimientos.

que estamos hablando, en su mayoría, de personas provenientes de Venezuela que podrían tener necesidades de protección internacional.

Los demás elementos considerados por la jurisprudencia internacional también concurren, pues estamos frente a medidas dirigidas a un grupo de personas con el fin de que abandonen el territorio nacional y, por cierto, cuyo derecho a recurrir efectivamente en contra de las medidas de expulsión se ve mermado tanto por la falta de un procedimiento previo, como por las falencias en el acceso a un recurso posterior, como explicaremos más adelante.

Los elementos adicionales para configurar una expulsión colectiva, también aparecen:

- i. se ha citado y detenido a las personas en la misma forma, lugar y tiempo. A modo de ejemplo, podemos mencionar que fuimos testigos de la notificación masiva de medidas de expulsión en la residencia sanitaria emplazada en el ex estadio Cavanca en Iquique, el viernes 23 de abril a las 17.00 hrs.;
- ii. se les ha trasladado utilizando idénticos medios y en un mismo momento. En el ejemplo anterior, todas las personas notificadas fueron trasladadas desde la residencia sanitaria mencionada hasta el cuartel de la Policía de Investigaciones en Iquique, el sábado 24 de abril;
- iii. los procesos han sido sumamente rápidos –haciendo alusión al mismo ejemplo desarrollado, las autodenuncias por ingreso irregular fueron efectuadas por las personas el 20 de abril, el 23 se les notificó de la medida de expulsión, el 24 fueron detenidas y el 25 salió el avión destino a Caracas, materializándose la expulsión–,
- iv. y todo se ha hecho bajo el eslogan “ordenar la casa”, en un discurso político que abiertamente se jacta de la masividad de las expulsiones –como ha señalado el subsecretario del Interior a diferentes medios de prensa nacional–.³³

En relación con lo anterior, son numerosas las autoridades internacionales que han denunciado el carácter colectivo y reñido con la legislación internacional de las expulsiones llevadas adelante por el Estado chileno.

Por ejemplo, el Comité de trabajadores migratorios de Naciones Unidas, en el informe sobre su segundo examen periódico a Chile, manifestó su preocupación por las expulsiones colectivas que se han llevado adelante y ha sugerido al país detener esta mala práctica. Asimismo, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los

33 Radio UdeChile: “Plan Colchane: 138 migrantes son expulsados del país”, 10 de febrero de 2021.

migrantes de la ONU llamó a terminar con las expulsiones arbitrarias y colectivas de personas migrantes, quienes tienen derecho a una evaluación individual de su caso en conformidad a los estándares internacionales de derechos humanos, pues de lo contrario se puede someter a la persona a nuevas violaciones de sus derechos humanos, entre las que se incluye la vulneración al principio de no devolución. También se pronunciaron al respecto diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil que se dedican a la protección y resguardo de los derechos humanos.³⁴

2.4. Sobre la notificación en viernes y el problema del acceso a la justicia

En muchos de los casos que hemos conocido durante el presente año 2021, las personas han sido notificadas de sus medidas de expulsión a los pocos días de haber informado su ingreso por paso no habilitado a la PDI.

Como no existe un proceso de defensa previo a la dictación de la medida de expulsión, solo con la resolución en mano la persona puede defenderse. Entre que la persona es notificada y el momento en que se le expulsa, pasan, en ocasiones, menos de 48 horas. De esas 48 horas, cuando la autoridad actúa apegada a las normas jurídicas, la persona está detenida 24 en un cuartel policial.

Entre que la persona es notificada y es detenida, puede en teoría buscar apoyo jurídico, cuestión que en las expulsiones que estamos comentando, es prácticamente imposible. Esto porque, en ocasiones, la persona se encuentra cumpliendo cuarentena en una residencia sanitaria, lugar

34 Expertos de la ONU, entre los que se encuentra el Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, *llaman a que Chile debe detener las expulsiones arbitrarias y colectivas de migrantes, a propósito de las llevadas a cabo en abril de 2021*. Véase: ACNUDH. Org: "Chile: Arbitrary and collective expulsion of migrants must stop - UN experts", 19 de mayo de 2021; Las oficinas ACNUDH, ACNUR, OIM y UNICEF en Chile, expresan su preocupación frente al nuevo proceso de expulsión de personas extranjeras de nacionalidad venezolanas, llevado a cabo en junio de 2021. Véase: UHCR y ACNUR: "Agencias de la ONU en Chile expresan preocupación sobre proceso de expulsiones", 8 de junio de 2021. En junio, diversas organizaciones de la sociedad civil dedicadas a promover y proteger los derechos humanos –entre las que se encuentran ABOFEM, la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP y FASIC– se pronunciaron sobre las vulneraciones de los derechos de las personas migrantes, en el contexto de expulsiones colectivas. (Véase: <https://media.elmostrador.cl/2021/06/Carta-Organizaciones-Sociedad-Civil-sobre-Expulsiones-Colectivas-realizadas-por-el-Estado-de-Chile-1.pdf>); Pronunciamiento de SJM, INDH, Defensoría de la Niñez. Véase: El Desconcierto.cl: "INDH, Defensoría de la Niñez y SJM rechazan expulsión de migrantes venezolanos: 'Es una situación vergonzosa'", 6 de junio de 2021. Presidente de la Corte Suprema, Guillermo Silva, señaló que las expulsiones deben llevarse a cabo en un procedimiento no discriminatorio y con la posibilidad de someter su caso a revisión ante la autoridad. Véase: Cooperativa.cl: "Presidente de la Corte Suprema contra expulsiones masivas de migrantes: 'Tienen derecho a ser oídos'", 19 de junio de 2021. En julio, Humans Rights Watch denunció que las expulsiones llevadas a cabo constituirían violaciones al debido proceso. Véase: HRW.org: "Chile: sentencias protegen los derechos de venezolanos deportados", 28 de julio de 2021.

en donde la autoridad que notifica no les informa cómo acceder a representación legal y tampoco está permitido el ingreso a abogadas/os. Cuando este no es el caso, muchas veces la persona tampoco conoce bien sus derechos ni sabe dónde buscar apoyo jurídico en tan breve lapso.

Luego, cuando es detenida, las opciones de una defensa jurídica se reducen, pues son requisados sus teléfonos celulares y no se les permite el ingreso a los cuarteles policiales a abogadas/os, salvo las/os que pertenecen al Instituto Nacional de Derechos Humanos. Lo anterior priva de la persona de su derecho fundamental a la asistencia legal y es inadecuado, conforme se desprende del reciente dictamen N°0E99506N21, de abril de 2021, de la Contraloría General de la República.

Con todo, al correrse la voz de las detenciones, algunas instituciones logran acceder a las personas que requieren apoyo y presentan acciones de amparo en su favor. Esto tiene un alcance limitado, pues las condiciones prácticas dificultan seriamente el acceso a representación legal.

Finalmente, presentada la acción, puede suceder, como ocurrió a fines de abril del presente año, que exista el riesgo de que la orden de no innovar no pueda verse a tiempo, porque corresponde analizarla justamente un domingo, mismo día en que despegaba el avión de deportación, cuando los tribunales superiores de justicia, en principio, no funcionan, dejando, nuevamente, a las personas, ahora amparadas, en desprotección.

Ahora bien, conociendo de la situación ocurrida en abril y considerando el contexto actual, la Corte Suprema de Justicia ha instruido a las Cortes superiores de nuestro país para que tengan turnos de emergencia frente a situaciones de este tipo. Esto es lo correcto en un Estado de derecho. Como primera cuestión, nos parece que lo adecuado sería detener las expulsiones ilegales y colectivas, y si se llegaran a producir, que sean ejecutadas en un día hábil para que las personas afectadas puedan tener acceso a defensa jurídica.

3. DERECHOS POLÍTICOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL MARCO DEL PROCESO CONSTITUYENTE

Nos parece imposible escribir un capítulo sobre derechos humanos de las personas migrantes sin referirnos a sus derechos de participación política, en general, y de su vinculación con el proceso constituyente, en particular.³⁵ Revisaremos los estándares de derechos humanos más relevantes respecto de la participación política y su estatus como

35 En relación con el proceso constituyente en general, revisar capítulo “El proceso constituyente a la luz de los derechos humanos” en el presente *Informe*.

derecho a la vez que como garantía; para luego analizar los derechos de ciudadanía de las personas extranjeras en Chile, tanto el derecho a sufragio como otros adyacentes.

3.1. Estándares de derechos humanos e importancia de la participación política democrática

Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos asignan al régimen político democrático un lugar esencial en la garantía de los DDHH,³⁶ a la vez que reconocen que la capacidad de ser parte del proceso deliberativo y de la toma de decisiones políticas es un derecho que asiste a todos los miembros de la comunidad política.³⁷ La democracia es un derecho humano a la vez que una garantía, condición de posibilidad para su pleno ejercicio.

Una comprensión adecuada de este vínculo requiere evitar la reducción de la democracia al voto. Reconociendo que el sufragio universal e igualitario es la piedra angular de un régimen verdaderamente democrático (en tanto forma preminente de manifestación de la voluntad popular), cabe señalar que, por sí solo, no permite una garantía plena del más amplio derecho a participar. Así, forman parte del estatuto de derechos políticos, además del derecho a voto (sufragio pasivo), el derecho a postular a cargos públicos (sufragio activo), el derecho a participar en el gobierno y ejercer funciones públicas, y el derecho de asociación en su forma específica de militancia política.³⁸ Adicionalmente, la adecuada garantía de otros derechos humanos –como la libertad de expresión y el derecho de reunión, especialmente en cuanto protege el derecho a manifestarse– constituye también condición de posibilidad del ejercicio democrático, sin perjuicio de exceder el ámbito más restringido del derecho de

36 La DUDH así lo manifiesta en su artículo 21, que no solo confiere a los ciudadanos los derechos de sufragio activo y pasivo, sino que expresa: “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

37 Además de la DUDH (art. 21), el PIDCP también reconoce a los ciudadanos el derecho de participar (25.a), votar (25 b) y acceder a las funciones públicas (25.c). Lo mismo ocurre con la CADH, que bajo el título “derechos políticos” agrupa las mismas posiciones (23.1 a, b y c), agregando una autorización al legislador para “reglamentar” su ejercicio, “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en el proceso penal.” (art. 23.2).

38 Véase, Sonia Picado, “Derechos políticos como Derechos Humanos”, en, Dieter Nohlen y otros (eds.), *Derecho Electoral Iberoamericano*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, pp. 55-65.

participación política.³⁹ Lo mismo ocurre con diversos derechos económicos, sociales y culturales, en tanto condicionan la posibilidad *real* de ejercicio igualitario de la participación democrática.⁴⁰

A diferencia de la mayoría de los demás derechos humanos, los derechos de ciudadanía o de participación democrática admiten restricciones más intensas (o, incluso, diferencias en su titularidad) en razón de la nacionalidad de las personas. Por ejemplo, la DUDH explicita que “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de *su* país” (art. 21.1) y de acceder, “en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de *su* país” (art. 21.2). De un modo similar (aunque no idéntico), el PIDCP establece que “todos los *ciudadanos* gozarán” de los derechos de participación (encabezado del art. 25). Por último, la CADH, además de declarar que “todos los *ciudadanos* deben gozar” de los derechos políticos, añade expresamente que se puede reglamentar por ley el ejercicio de los derechos y oportunidades en relación con estos derechos, exclusivamente por ciertas razones, entre las que encontramos la nacionalidad (art. 23.2).

Esta especial habilitación para establecer diferencias basadas en la nacionalidad de las personas se explica por el vínculo tradicional entre nacionalidad y ciudadanía.⁴¹ En efecto, la categoría de nacionalidad, en tanto vínculo con un Estado y titularidad para impetrar su protección internacional, tradicionalmente ha determinado también la posibilidad de participar de su gobierno, concurriendo algunos requisitos adicionales (como mayoría de edad), a la que se le llama ciudadanía.⁴² Así, tradicionalmente ha sido la nacionalidad la que ha determinado el acceso a la membresía en la comunidad política de un país. Con todo, existen muchas Constituciones en el mundo que han avanzado hacia el reconocimiento de derechos políticos a las personas migrantes.

Lo recién apuntado no implica que dichas restricciones se puedan constituir en la excepción ante al menos dos principios que rigen para

39 Sin perjuicio de que a veces estos derechos se agrupan con los derechos políticos, nos parece que la garantía de, por ejemplo, la libertad de expresión, no está únicamente restringida a este específico ámbito, ni se orienta exclusivamente hacia la construcción de una sociedad democrática. Lo mismo ocurre con el derecho de reunión, incluso en su dimensión de derecho de manifestarse o protestar. Son más bien expresión de la interacción de los derechos políticos con otros derechos humanos y del vínculo existente entre la mayor garantía de estos entre sí.

40 En este sentido, véase la ya clásica obra: T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge: University Press, 1950, pp. 1-85.

41 En este sentido, la Observación General No.15 del Comité de Derechos Humanos, que se refiere explícitamente al art. 25 del PIDESC.

42 Existen países que no realizan esta distinción y simplemente equiparan nacionalidad y ciudadanía, como es el caso de Estados Unidos (*citizenship* se refiere a la pertenencia a la comunidad nacional y no existe concepto que la distinga de la membresía a la comunidad política). En nuestro caso, esta distinción se encuentra expresamente consagrada en los artículos 10 y ss. de la Constitución.

los demás derechos. Por un lado, los estándares establecidos en los instrumentos internacionales citados son ciertamente mínimos que los Estados no pueden transgredir, pero en ningún caso constituyen límites máximos que les impidan reconocer más o más plenos derechos a las personas migrantes. Por otro lado, toda limitación y regulación que se establezca debe estar sujeta a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, así como a no infringir otros derechos humanos, como el derecho a la igualdad, ni incurrir en discriminaciones arbitrarias.⁴³ Lo anterior será relevante para el análisis que sigue.

3.2. El estándar chileno y su contraposición con los intentos por restringir el derecho a sufragio en el proyecto de Nueva Ley de Migración y Extranjería

Existen diferentes modelos de reconocimiento de derechos políticos a las personas migrantes, típicamente relacionados con el ejercicio del derecho a sufragio. Hay Estados que no reconocen a los extranjeros el derecho a voto en ninguna circunstancia; otros que lo hacen solo para elecciones de nivel local; y, por último, aquellos que lo reconocen para elecciones a nivel nacional. De acuerdo con un estudio reciente, “más de 60 naciones del planeta reconocen el derecho de extranjeros residentes a votar en elecciones de gobiernos locales, mientras que menos de 10 Estados en el mundo reconocen el derecho a voto para elecciones nacionales”.⁴⁴ La mayoría de los países que contemplan la participación de personas migrantes en alguna elección, lo hacen adicionando requisitos de residencia.

En América Latina hay ejemplos para las tres fórmulas anteriores, mientras que los requisitos de residencia varían, exigiendo “residencia definitiva” (en el caso de Paraguay), o plazos específicos —siendo el más bajo 2 años (Bolivia) y el más alto, 15 (Uruguay)—. En cuanto al tipo de elecciones en que se reconoce este derecho, Chile, Ecuador y Uruguay se encuentran dentro de los Estados que no limitan, *a priori*, el voto de personas extranjeras a unas u otras.⁴⁵

La historia constitucional chilena devela una tendencia hacia la garantía progresiva de la participación política de los extranjeros. En efecto, ya desde 1925, nuestra Constitución consagraba el derecho a sufragio de los

43 Tanto es así que, precisamente a propósito de la posibilidad de restringir los derechos de las personas migrantes, la Corte IDH ha declarado que el derecho a la igualdad y la no discriminación constituye una norma de *ius cogens* (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 173.4).

44 Valentina Rioseco y Pedro Cisterna, Informe: *Estudio Comparado de Constituciones en materias relevantes para la migración*, Santiago, Servicio Jesuita a Migrantes y Fundación Avina, 2021.

45 Manuel Aragón, Manuel y Francisco Javier Matia, en Dieter Nohlen y otros (eds.), “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, *Derecho Electoral Iberoamericano*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2019, pp. 55-65.

extranjeros en elecciones municipales.⁴⁶ La Constitución de 1980 amplió este derecho, consagrando en su artículo 14 la aptitud de los extranjeros “avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13” de “ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley”.⁴⁷ Así las cosas, Chile se encuentra dentro de los países que reconoce un mayor derecho de participación política a las personas migrantes, a través del sufragio.

Contra aquella tradición de ampliación progresiva de los derechos políticos de las personas migrantes, el proyecto de ley de migración y extranjería contenía, al momento de su despacho por el Congreso, normas más restrictivas (y hasta regresivas). En efecto, la versión del artículo 175 del proyecto (hoy, artículo 174 de la Ley 21.325) que fue despachado por el Congreso, interpretaba el concepto constitucional de avecindamiento, equiparándolo a la tenencia de un permiso de residencia, exigiendo la continuidad del permiso, disponiendo la pérdida del plazo en caso de perderse la calidad de residente y excluyendo de manera absoluta a los trabajadores de temporada. A causa de implicar una medida indebidamente restrictiva de un derecho fundamental y provocar una regresión en nuestra historia, el Tribunal Constitucional (en una decisión que celebramos) declaró inconstitucional parte de la norma propuesta,⁴⁸ corrigiendo lo que se hubiera convertido en una violación flagrante del derecho.

En todo caso, hay en la actualidad una discusión acerca de si las disposiciones de los artículos 13 y 14 constitucionales confieren una forma especial de ciudadanía a los extranjeros residentes (con la restricción expresa de postularse a cargos públicos), o si, por el contrario, solo confieren excepcionalmente el derecho a voto. Existen sentencias de la Corte Suprema que adoptan la primera de estas interpretaciones.⁴⁹ A nuestro juicio, resolver este problema requiere de una lectura sistemática de estas y otras normas legales, que confieren a las personas migrantes una serie de derechos políticos, estándoles exclusivamente restringido el derecho

46 Así lo establecía, para las elecciones de regidores, el artículo 104 inc. 2° de la Constitución de 1925, que señalaba: “Habrà, para este efecto, registros particulares en cada comuna, y, para inscribirse en ellos, se exigirá haber cumplido veintiún años de edad y saber leer y escribir. Los extranjeros necesitarán, además, haber residido cinco años en el país”.

47 CPR, art. 14 inc. 1°. El concepto utilizado, de “avecindamiento”, es deliberadamente distinto de la “residencia”, toda vez que apunta a una realidad material (de estadía en el país, con ánimo de permanecer en él) y no jurídico (como sería la tenencia de un permiso otorgado por la autoridad competente que habilita a un extranjero a permanecer legalmente en el país, por un plazo definido).

48 Véase STC 9930, cc. 141° a 148°.

49 Por ejemplo, en SCS 43005-2017, la Corte resolvió que “siendo un hecho indiscutido que la actora y su familia gozan de residencia permanente en nuestro país, contando incluso con el derecho a sufragio, herramienta palmaria de participación ciudadana, sólo cabe concluir que la recurrente es ciudadana aun cuando no ostente la nacionalidad chilena” (c. 5°).

de sufragio activo (ser electos). Así, por ejemplo, se les permite el sufragio pasivo, el derecho de participación y el derecho de militancia política;⁵⁰ y se les faculta incluso para la obtención del derecho de sufragio activo, previa nacionalización. La restricción específica de un derecho político no implica, inmediatamente, la exclusión de la categoría de ciudadanía, lo que es aplicable tanto a extranjeros,⁵¹ como a chilenos por *ius sanguinis* (nacidos en el extranjero) y por gracia.⁵² Con todo, como veremos a continuación, esta interpretación parece haber sido abandonada tanto por la Corte Suprema como por el Tribunal Calificador de Elecciones, resultando en vulneraciones de los derechos de personas migrantes.

3.3. Participación de las personas migrantes en el proceso constituyente

La adopción del itinerario constituyente en noviembre de 2019 y la aprobación de la reforma que lo habilitó (por la Ley 21.200), gatilló inmediatamente preguntas acerca del espacio que podrían tener las personas migrantes. En un primer momento, el Servicio Electoral (en adelante, Servel) anunció que en el plebiscito solo podrían votar las personas chilenas, toda vez que la Constitución llamaba a “la ciudadanía” a manifestarse en las urnas. Los integrantes de la Mesa Técnica de la reforma contradijeron dicha interpretación, a través de los medios.⁵³ Finalmente, el Servel adoptó la decisión de incorporar en el padrón a todos los habilitados de conformidad con los artículos 13 y 14 de la Constitución, es decir, de permitir la participación de las personas migrantes. Así, las personas extranjeras han podido participar de ambos hitos de votación: el plebiscito y la elección de convencionales constituyentes.

Sin embargo, esta participación ha sido baja. Por un lado, el padrón de extranjeros representa actualmente un porcentaje mínimo en relación con el total de la población migrante.⁵⁴ Esto se debe, entre otras cosas, al

50 La Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, en su artículo 18, inc. 1º, primera parte, dispone: “Para afiliarse a un partido político se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio o extranjero avecindado en Chile por más de cinco años.”

51 El artículo 14 inc. 2º establece: Los nacionalizados en conformidad al N°3º del artículo 10, tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización.

52 El artículo 13 inc. 4º dispone: Tratándose de los chilenos a que se refieren los números 2º y 4º del artículo 10, el ejercicio de los derechos que les confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado avecindados en Chile por más de un año.

53 El Mostrador.cl: “¿Pueden los extranjeros votar en el plebiscito? Presidente del Servel pidió al gobierno que aclare la situación”, 2 de enero de 2020.

54 Se estima que la población extranjera alcanzaría alrededor de 1.462.103, (de acuerdo con estimaciones del Departamento de Extranjería y el Instituto Nacional de Estadísticas, que pueden consultarse en: INE y Departamento de Extranjería y Migración, *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020*, julio de 2021. De ellos, solo 378.829 se hallaban habilitados para sufragar en el plebiscito de octubre de 2020: Servel, *Participación electoral de extranjeros en Chile por nacionalidad plebiscito 2020*.

requisito de cinco años de avecindamiento (que, por su magnitud, impide que las personas llegadas en las olas migratorias más recientes puedan optar al derecho), a las dificultades para acreditar ese avecindamiento y para reclamar contra exclusiones del padrón. Por otro lado, los porcentajes de participación entre los extranjeros habilitados son extremadamente bajos. En efecto, si el plebiscito de octubre de 2020 registró una alta cifra de participación de la población chilena (alcanzando el 51,55%), la población extranjera se mantuvo en el 20,91%.⁵⁵ Lo anterior da cuenta de las dificultades de incorporación a la comunidad política de las personas extranjeras y, por ende, de su falta de representación democrática.

Adicionalmente, el segundo hito del proceso constituyente fue ocasión para que se produjeran otras graves vulneraciones a los derechos de las personas migrantes, en específico, a su derecho a patrocinar candidaturas independientes. Este derecho existía, por supuesto, con anterioridad al proceso constituyente, como mecanismo de participación democrática fuera de los partidos políticos. Sin embargo, a través de la Ley 21.296, se incorporaron a la Constitución normas que facilitaban la inscripción de candidaturas independientes a convencionales, reduciendo excepcionalmente la cantidad de patrocinantes requerida y permitiéndoles conformar listas competitivas.⁵⁶

A nuestro juicio, el derecho a patrocinar candidaturas es un derecho correlativo al sufragio pasivo, toda vez que permite a la comunidad política decidir quiénes llegarán a la papeleta, es decir, qué opciones tendrá disponibles al emitir su voto. Asimismo, tiene una cierta correspondencia con el derecho a militar en partidos políticos, en la medida en que se erige —y así ha sido especialmente durante la última década— en una vía de ejercicio de la participación política por fuera de las estructuras partidarias. De este modo, lo razonable es que las mismas personas que votarán en la elección estén habilitadas para patrocinar candidaturas. Lo anterior se encuentra corroborado por los requisitos de patrocinios, que se establecen en la forma de porcentajes sobre el electorado activo durante la votación anterior.⁵⁷

55 Lo anterior, de acuerdo con cifras del Servel, disponibles en: Servel, *Participación electoral de extranjeros en Chile por nacionalidad plebiscito 2020*. Esta cifra es ligeramente superior a la participación en las elecciones presidenciales y parlamentarias de 2017 (que llegó al 19,17% del padrón de extranjeros, de acuerdo con los datos disponibles en: Servel, Estadísticas de participación por nacionalidad elecciones 2017).

56 Véase especialmente la incorporación de las disposiciones vigésimo novena transitoria y siguientes.

57 Así, la disposición vigésimo novena transitoria, en su inciso 2°, estableció: “Para declarar sus candidaturas, los candidatos y candidatas independientes fuera de lista requerirán el patrocinio de un número de ciudadanos independientes igual o superior al 0,2 por ciento de los electores que hubiesen sufragado en el respectivo distrito electoral en la anterior elección periódica de diputados, de acuerdo con el escrutinio general realizado por el Tribunal Calificador de Elecciones, a menos que dicho porcentaje de electores en un distrito electoral sea menor a 300, en cuyo caso se requerirá el patrocinio de 300 ciudadanos independientes”.

Sin embargo, el Servel impidió a las personas extranjeras el patrocinio de candidaturas independientes, interpretando que el concepto “ciudadanos” correspondía exclusivamente a nacionales chilenos con derecho a sufragio, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución. Esto, en abierta contradicción con la interpretación que previamente se había realizado de la voz “ciudadanía” en el articulado constitucional referente al proceso constituyente.

La decisión del Servel de excluir a las personas extranjeras del derecho de patrocinar candidaturas independientes fue objeto de recursos ante las Cortes de Apelaciones (por la vía de la acción constitucional de protección) y ante los Tribunales Electorales Regionales, llegando eventualmente a la Corte Suprema y el Tricel. Lamentablemente, en ambas sedes el criterio del Servicio fue refrendado, por un lado con argumentos literalistas (aplicando restrictivamente lo establecido en el art. 13, sin poner atención a las demás normas legales y constitucionales aplicables) y, por otro, condonando la abierta contradicción en la que incurrió el Servicio al permitir la participación de los extranjeros en las votaciones a que estaba convocada “la ciudadanía”, pero negándoles el derecho a patrocinar candidaturas independientes conferida en favor de “los ciudadanos” (artificialmente, desdoblado los conceptos).⁵⁸⁻⁵⁹

Sin perjuicio que —como hemos revisado al inicio de este apartado— la normativa internacional de derechos humanos no entrega, en forma directa, titularidad a las personas extranjeras para participar políticamente y habilita la distinción por razones de nacionalidad; nos parece que esta decisión se convierte en una vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación y representa una medida restrictiva

58 La Corte Suprema, conociendo de la apelación en un recurso de protección presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, resolvió: “2°) Que, de la transcripción de las normas pertinentes aparece que la normativa utiliza distintas expresiones para distinguir quiénes pueden ejercer el derecho a sufragio y quiénes están habilitados para patrocinar candidaturas, utilizando en este último caso la expresión “ciudadano”, que encuentra su definición en el artículo 13 de la Carta Fundamental, precepto que es claro en remitirse a las personas chilenas. 3°) Que, en consecuencia, la distinción realizada por la autoridad administrativa se funda en el tenor literal de las normas constitucionales.” La sentencia incluso condenó al Instituto al pago de costas (SCS 39117-2021).

59 Por otro lado, el Primer TER Metropolitano resolvió —esta vez respecto del patrocinio de candidaturas independientes a la alcaldía— “8° Que, de las citadas normas constitucionales y legales, se desprende que no pueden ser patrocinantes de candidaturas independientes los extranjeros, aun cuando cumplan las exigencias legales para tener derecho a sufragio, por cuando el ejercicio de este último derecho no les confiere la calidad de ciudadano, misma que el artículo 13° de la Constitución Política de la República, reconoce sólo a los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. De este modo, el rechazo de los 95 patrocinantes extranjeros, se encuentra ajustado a Derecho” (Sentencia 1er TER Metropolitano 8376-2021). El TRICEL confirmó esta sentencia y su razonamiento, con el voto unánime de sus ministras y ministros (STRICEL 546-2021).

que no satisface de manera suficiente los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo anterior, en la medida que incurre en contradicciones que la hacen adolecer de arbitrariedad, al entregar contenidos diferentes a un mismo enunciado normativo, sin justificación para ello. Además, la lenta tramitación de varios de estos recursos ante los Tribunales Superiores de Justicia (tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema) impidió un adecuado ejercicio del derecho de acceso a la justicia, el debido proceso y la protección de la ley.

4. NUEVA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

El 20 de abril de 2021 se publicó la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, destinada a reemplazar el todavía vigente Decreto Ley 1.094 de 1975. La adopción de esta ley es un hito importante. Con su entrada en vigor –sujeta aún a la dictación de su Reglamento y otros actos administrativos– Chile dejará de tener una de las legislaciones migratorias más antiguas de la región. Además, la ley contempla la creación de una nueva institucionalidad, con un Servicio Nacional de Migraciones que reemplazará al actual (y tremendamente sobrepasado) Departamento de Extranjería y será el principal responsable de la tramitación administrativa de solicitudes de visas, expulsiones, prohibiciones de ingreso, etc.

La tramitación del proyecto no estuvo exenta de problemas y críticas. Así lo demuestra el hecho de que aspectos importantes del proyecto fueron objeto de una Comisión Mixta. También, el que 14 disposiciones del proyecto llegaron a control de constitucionalidad preventivo facultativo, bajo el argumento principal de que se vulneraron diversos derechos fundamentales, y que resultó en la declaración de inconstitucionalidad de siete de ellas.⁶⁰ En sede de control preventivo obligatorio, otra disposición fue declarada inconstitucional, por atentar contra el derecho al debido proceso.⁶¹ Una de las características que el gobierno ha destacado de la nueva Ley de Migraciones consiste en la incorporación de un “enfoque de derechos”. Esto constituiría una variable novedosa en una ecuación previamente dominada por los principios de seguridad nacional y de utilidad del migrante. En las siguientes páginas, exploraremos qué tan efectiva es esta incorporación, comparando la normativa promulgada con algunos estándares de derechos humanos.

60 Dos de estas disposiciones fueron declaradas inconstitucionales con el parecer unánime de las ministras y ministros del Tribunal Constitucional, algo muy infrecuente (véase STC 9930).

61 Véase STC 9939.

4.1. Avance en reconocimiento formal de derechos humanos

Es importante destacar que la Ley de Migración y Extranjería efectivamente contempla una serie de normas que reconocen explícitamente derechos fundamentales a las personas migrantes, así como otras destinadas a facilitar su ejercicio. Estas normas aterrizan, al nivel legislativo, lo que la Constitución ya establece en sus artículos 5° y 19, determinando con mayor especificidad el contenido de estos derechos en el ámbito migratorio.

Así, el Título II “de los principios fundamentales de protección”, contiene una serie de normas generales, una suerte de catálogo de derechos y, por último, ciertos principios en base a los cuales habrá de formularse la “política nacional de migraciones”. El artículo 3°, que lo inaugura, declara en su primer inciso que “El Estado deberá proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria, incluidos los afectos a la Ley N°20.430”. Esta declaración inicial pretende reflejar el espíritu general del Título completo. Con todo, veremos que existen importantes matices, especialmente en el párrafo dedicado a la Política nacional de migraciones y en una serie de excepciones al goce de derechos por las personas migrantes.

Este título se divide, a su vez, en tres párrafos. El primero, bajo el encabezado “Objetivos”, pretende definir ciertos principios, declaraciones generales y reglas que informarían la legislación migratoria, así como habrían de conducir las demás acciones del Estado en esta materia. Además de la “promoción, respeto y garantía de los derechos”, el párrafo consagra el principio del “interés superior del niño, niña y adolescente” (art. 4°), el principio de “procedimiento migratorio informado” (art. 5°), el de “integración e inclusión” (art. 6°), la “migración segura, ordenada y regular” (art. 7°) y dos principios interpretativos: la “interpretación conforme a la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos” (art. 11) y el “principio *pro homine*” (art. 12). Junto con estos principios, contempla dos reglas: la “no criminalización” de la migración, bajo la forma de la despenalización de la migración irregular (art. 9°) y una norma de protección complementaria que nos parece más restrictiva que aquella contemplada en el artículo 4° de la Ley 20.430 (art. 10°). Finalmente, incorpora una declaración general en la cual “el Estado de Chile valora la contribución de la migración para el desarrollo de la sociedad en todas sus dimensiones” (art. 8°).

El segundo párrafo, por su parte, contiene lo que denomina “derechos y obligaciones de los extranjeros”, particularizando el contenido de ciertos derechos fundamentales en el ámbito migratorio. Así, por ejemplo, consagra normas referidas al derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria, el acceso a un procedimiento administrativo racional y justo (art. 13), el goce de derechos laborales (art. 14), el

derecho a la salud (art. 15), a la seguridad social (art. 16), a la educación (art. 17), y el derecho al debido proceso (art. 21). Junto con ello, incorpora tres derechos que en la actualidad no se encuentran internamente reconocidos de manera explícita: el derecho de acceso a la vivienda propia (art. 18), la reunificación familiar (art. 19) y el derecho a enviar y recibir remesas (art. 20).

Nos parece crucial recalcar que la naturaleza de estas normas no consiste, en realidad, en ser creadoras de nuevos derechos, ni en establecer algo así como un “catálogo de derechos de las personas migrantes”. Por un lado, la fuente de esta normativa legal son la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, que con anterioridad (y con mayor jerarquía) ya garantizaban estos derechos a todas las personas, en general, y a las personas migrantes, en particular. Por otro, la incorporación de estas normas responde a una necesidad de especificar su contenido en un ámbito concreto y para una población que ha sufrido especiales vulneraciones de *estos* derechos humanos y fundamentales. Así, la norma debe entenderse dialogando con una realidad particular, pero jamás restringiendo uno u otro derecho al aspecto allí desarrollado, ni mucho menos realizando una enumeración taxativa.

Bajo esta comprensión, varias de sus normas representan un avance en el sentido correcto, hacia la mayor protección de los derechos de las personas migrantes. Especialmente destacable resulta la incorporación de los principios interpretativos armónico y *pro homine*. La declaración contenida en el artículo 11, en cuanto a que “las disposiciones de esta ley y sus reglamentos deberán ser interpretadas siempre en armonía con los valores, principios, derechos y libertades contenidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile”, nos parece que impone un estándar interpretativo exigente y armónico con diversas normas del derecho internacional de los derechos humanos.⁶² Así también, la incorporación del principio *pro persona* —en virtud del cual el artículo 12 ordena la interpretación “más amplia o extensiva” de las normas que consagran derechos, y la más restrictiva de aquellas que los restrinjan o suspendan—, aunque responde a un criterio doctrinariamente generalizado, nos parece reflejo de una

62 Creemos que esta norma tiene un sentido análogo a normas interpretativas contenidas en diversos tratados internacionales de derechos humanos, que obligan a interpretar sus propias disposiciones en un modo que resulte armónico con la garantía de los derechos y libertades que ellos mismos consagran (por ejemplo, art. 30 de la DUDH, art. 5° del PIDCP, art. 5° del PIDESC, art. 29 letras a) y d) de la CADH y artículo 81.2 de la CDTMF) o que otros instrumentos reconocen (por ejemplo, art. 29 letras b) y c) de la CADH). En el caso del artículo 11 de la Ley 21.325, los parámetros de comparación serán precisamente los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Política de la República.

correcta comprensión de los derechos de las personas migrantes como derechos humanos y no meras concesiones del Estado en el ejercicio de su derecho soberano a controlar las fronteras.⁶³

4.2. Excepcionalidad como regla general, concepción restrictiva y transgresiones a la reserva de ley

Con todo, la mayoría de las declaraciones generales relativas a la titularidad y goce de derechos de las personas migrantes viene seguida de una o varias excepciones que arriesgan vaciar de contenido la garantía.

Al respecto, resulta ilustrativo el modo en que la ley, en su artículo 3º, reconoce el derecho a la libertad ambulatoria, a no ser discriminado arbitrariamente y a la aplicación de un procedimiento administrativo racional; pero, inmediatamente después, lo vacía de contenido. En efecto, los incisos 2º y 4º enfatizan que la titularidad de estos derechos –a circular libremente dentro del territorio nacional, a elegir su residencia y a salir del país– se encontraría sujeta a la situación migratoria regular, careciendo de titularidad (de acuerdo con la ley) las personas que se encontraren en situación irregular. Ello es especialmente grave en el caso del inciso 4º, cuya redacción parece sugerir que pueden limitarse los derechos de las personas extranjeras en formas que resultan ajenas a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por Chile, en la medida en que (a) no se hallen todavía en el territorio nacional, (b) hubieren ingresado irregularmente o (c) hubieren incurrido en algún tipo de infracción migratoria que importare su irregularidad, con posterioridad a su ingreso (como la sobreestadía).

Lo anterior colisiona con lo dispuesto en la propia Constitución, así como en diversos tratados internacionales. Ello, en la medida que estos cuerpos normativos (1) reconocen el derecho a la libertad ambulatoria *a todas las personas*, independiente de su nacionalidad e incluso de su situación migratoria irregular⁶⁴ y (2) exigen siempre que la restricción de los derechos se produzca por ley y de conformidad con la

63 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fundado la aplicación del principio pro persona en las normas interpretativas contenidas en el artículo 29 de la CADH, reconociendo que “se ha desarrollado el principio de la “aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos” como derivado del artículo 29.b) y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.a)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Apitz Barbera y otros contra Venezuela* (2008), párrafo 217).

64 El artículo 39 de la Convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias, al reconocer el derecho a la libertad ambulatoria, utiliza deliberadamente el concepto “trabajadores migratorios” (“toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”, de acuerdo con el artículo 2.1), sin utilizar la distinción contenida en el artículo 5º entre trabajadores documentados o indocumentados, de modo que aplica a ambos. El párrafo 2 del mismo artículo señala que dicho derecho no podrá sujetarse a ninguna restricción “salvo las que estén establecidas por ley” y por motivos de seguridad nacional, orden público, salud y moral públicas, o derechos de terceros.

Constitución y con los tratados, sin jamás permitir el vaciamiento del derecho. Es decir, que incluso en lo referido a personas en situación migratoria irregular, deben respetarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad.⁶⁵

Aplicando estas normas constitucionales e internacionales, las Cortes se han abierto a acoger acciones de amparo constitucional –interpuestas en favor de extranjeros que se encuentran fuera de Chile– contra el Estado por actos administrativos que amagan la libertad personal y ambulatoria, en la dimensión del derecho a ingresar al país.⁶⁶ Estas sentencias llevan implícito un reconocimiento de titularidad del derecho a la libertad de circulación, no solo a quienes han hecho ingreso irregular, sino incluso a los que se encuentran fuera del territorio nacional.

La ley desconoce este desarrollo constitucional y jurisprudencial del derecho. En su lugar, adopta un enfoque restrictivo respecto del contenido de la libertad personal y de circulación, en contradicción con los estándares antes fijados. Esto no es meramente un problema declarativo (del artículo 3°), sino que atraviesa buena parte de las disposiciones relativas a la garantía de la libertad personal, incluyendo las prohibiciones de ingreso (imperativas y facultativas) y las causales de expulsión. Tal como se diagnosticó en el *Informe 2018* respecto del proyecto, la

65 La Corte IDH ha declarado que “los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos”; de modo que “las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”. Así, “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria a la consecución de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”; principio que, además, considera constituye una norma de *ius cogens* (Corte IDH, 2003, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 2003, párrafos 168, 172 y 173.4).

66 Por ejemplo, en 2019 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de amparo interpuesto en favor de un niño de nacionalidad haitiana, a quien se había denegado una visa de reunificación familiar que le permitiría viajar a Chile (véase el rol Amparo-76-2019). En el tiempo reciente –y a raíz de los obstáculos que la pandemia y los consiguientes cierres de frontera han implicado para la migración–, diversas Cortes de Apelaciones, así como la Corte Suprema, han acogido acciones constitucionales de amparo en favor de ciudadanos extranjeros, a quienes se les había otorgado algún tipo de visado que, durante la vigencia del cierre de fronteras, fue declarado caduco; o cuyas solicitudes fueron masivamente rechazadas en virtud del cierre de fronteras. Existen numerosas sentencias en el último año, que siguen el siguiente razonamiento por votación unánime: “Que, no obstante corresponder al Estado decidir a quién admite en su territorio y la situación migratoria de los extranjeros, *tales límites al derecho de ingreso de éstos al país, no pueden comprometer la esencia del derecho de la libertad ambulatoria y no debe invertirse la relación entre el derecho y su restricción, esto es, entre la norma general y su excepción*, por cuanto estas últimas deben ser necesariamente aplicadas para proteger los derechos sustanciales, debiendo las restricciones excepciones al ingreso, adecuarse al principio de proporcionalidad que la función protectora que garantiza el derecho fundamental, manifestado en el caso de autos con la autorización para el otorgamiento de la Visa de Responsabilidad Democrática en los términos autorizados por la ley” (SCS 38.274-2021, c. 4°, énfasis agregado; en el mismo sentido, SCS 49.812-2021).

ley contempla una serie de restricciones que no se corresponden con los estándares de derechos humanos previamente enunciados. Así ocurre con la prohibición de ingreso a quienes se encuentren *procesados* en el extranjero; con las prohibiciones facultativas –que, en términos generales, adolecen de un vicio de baja densidad normativa que no permite excluir la arbitrariedad y dificulta el control de su aplicación–; amplios espacios de arbitrariedad a la hora de imponer nuevos requisitos al ingreso de personas de un país específico, por motivos de “interés nacional”; con la existencia de causales de expulsión insuficientemente determinadas y otras normas que obstaculizan la regularidad migratoria. Resulta en especial preocupante que el artículo 133 innove en la materia, facultando a la Subsecretaría del Interior a expulsar a personas migrantes, no en virtud de una causal determinada, sino que “en casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior”; norma que a todas luces transgrede la reserva legal y la tipicidad en materia de sanciones.

Lo propio sucede con el acceso a otros derechos, especialmente a derechos sociales. Algunas normas que consagran dicho acceso, contienen una habilitación amplia (y a veces exenta de parámetros de control) a la autoridad administrativa para que establezca requisitos adicionales. Así ocurre con el derecho a la salud, por ejemplo, en que se declara que “[l]os extranjeros residentes o en condición migratoria irregular, ya sea en su calidad de titulares o dependientes, tendrán acceso a la salud conforme los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales” (art. 15).⁶⁷ Este tipo de disposiciones abre un espacio a la restricción de derechos sin sujeción al principio de reserva legal, esto es, que se haga *por ley* y siempre con la finalidad de asegurar el ejercicio de los derechos de los demás o por motivos de moral, orden público, u otros intereses jurídicamente legítimos.⁶⁸

67 Para un desarrollo *in extenso* de los estándares de derechos humanos aplicables al acceso de personas migrantes al derecho a la salud, véase el *Informe 2018*, pp. 508-512. Especialmente relevantes resultan: (i) Lo establecido en el art. 5 de la CADH que, de acuerdo con la Corte IDH, obliga a los Estados proveer asistencia médica sin discriminación a las personas migrantes e independiente de su situación migratoria (OC-18/03, párr. 112). (ii) El reconocimiento del derecho a la salud contenido en el artículo 25 de la DUDH y en el 12 del PIDESC, establecido en favor de *todas las personas* (de conformidad con el artículo 2 DUDH, salud. Y (iii) la especial protección del acceso a la salud de urgencia, contemplado en el artículo 28 de la CDTMF.

68 Esta garantía encuentra su fundamento en el principio de que una norma legal representa mejores garantías de escrutinio y racionalidad. La Corte IDH, interpretando el artículo 30 de la CADH, concluyó por unanimidad que “no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica”, sino que “la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.” (Corte IDH, OC-6/86, párrafos 22, 26 y 38.)

Adicionalmente, en la propia ley existen normas que, luego de reconocer un derecho a los extranjeros, establecen excepciones demasiado amplias al goce del mismo, que arriesgan dejarlo sin contenido exigible.

Es el caso del derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 16. Este artículo comienza con una declaración general garantista y generosa: “Para el caso de las prestaciones de seguridad social y acceso a beneficios de cargo fiscal, los extranjeros podrán acceder a éstos, en igualdad de condiciones que los nacionales, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias, y con lo dispuesto en el inciso siguiente”. Sin embargo, el inciso inmediatamente siguiente restringe el acceso a estas prestaciones y, con ello, el goce del derecho, al disponer que: “Respecto de aquellas prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas, respecto de los cuales no se establezcan, en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos Residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes, que hayan permanecido en Chile, en tal calidad, por un período mínimo de veinticuatro meses”.

Bajo esta disposición, se altera la norma general en materia de goce de derechos previsionales: igualdad como norma general, restricción como norma excepcional. Así, por regla general, las personas migrantes no podrán acceder a beneficios como el Bono Marzo, la Asignación Familiar y Maternal, el Subsidio al Empleo Joven y el Ingreso Familiar de Emergencia, y cualquier otro beneficio que tenga las características del inciso citado. En la medida en que estos instrumentos se han transformado en herramientas esenciales a través de las cuales el Estado garantiza el acceso a la seguridad social de todos y todas, esta disposición constituye una restricción del derecho, tal cual está consagrado en el artículo 9° del PIDESC y en el artículo 27.1 de la CDTMF, que exige otorgar el mismo trato que a los nacionales, sin perjuicio de la posibilidad de definir “modalidades” para su goce.

Esta restricción afecta, además, los derechos de niños, niñas y adolescentes, toda vez que acceden a la seguridad social a través de sus padres y madres. De este modo, a pesar de que el artículo declara que las restricciones a los beneficios sociales no contributivos no se aplicarán a NNA ni a beneficios en contextos de educación, lo cierto es que la mayoría de las veces sí afectará sus derechos, por la vía de excluir a sus madres o padres. Así lo advirtió la Defensoría de la Niñez, a propósito de la impugnación de este mismo artículo ante el TC.⁶⁹

69 Defensoría de la Niñez, Oficio N°27, *Remite opinión técnica sobre materias de competencia de la Defensoría de la Niñez en causa N°9930*, 24 de febrero de 2021.

Finalmente, las garantías tendientes a asegurar el derecho a la vivienda adolecen del mismo problema. Así, el artículo 18 contempla una doble restricción. Por un lado, exige detentar la calidad de residente definitivo, lo que de conformidad con el artículo 79 puede implicar una residencia previa mínima de hasta cuatro años, sin contar el tiempo de tramitación de la residencia definitiva (que, actualmente, podría extenderse por otro año y medio más, totalizando más de cinco años antes de poder acceder al derecho). Por otro, consagra el acceso a la vivienda *propia*, sin contemplar las demás formas de tenencia que, de conformidad con el desarrollo de este derecho humano, deben garantizarse y protegerse.⁷⁰ Adicionalmente, las normas contenidas en el artículo 175 N°13, que modifica la ley de arrendamiento de predios urbanos, pretenden acabar con el arriendo abusivo, pero solo a través de sancionar al oferente (al arrendador abusivo), sin atacar el problema de raíz: la demanda (el déficit habitacional y el problema de acceso a la vivienda que las restricciones del artículo 18 agudizan).

4.3. Avance sustantivo en la garantía de derechos laborales

Los problemas diagnosticados más arriba no se replican respecto de todos los derechos que la ley consagra. Específicamente, en materia de derechos laborales la normativa representa un avance sustantivo y muy esperado. Así, además de la declaración general contenida en el artículo 14, la misma norma resuelve expresamente que el goce de los derechos laborales no dependerá de la situación migratoria del extranjero, obligando al empleador a dar cumplimiento estricto a sus obligaciones laborales y previsionales.

Junto con ello, el inciso final del artículo 117 contempla una suerte de “garantía de indemnidad” en materia laboral-migratoria, estableciendo que los migrantes no serán sancionados por trabajar de manera irregular si efectúan denuncias contra su empleador por cualquier incumplimiento de la ley y ante cualquier órgano o tribunal. Esta norma tiende a eliminar una importante barrera para el ejercicio de los derechos laborales de las personas migrantes y causa de vulneración de estos: el miedo a ser denunciados a las autoridades migratorias.

Por último, resulta particularmente beneficiosa para el goce de los derechos laborales, pero también para los demás derechos –en particular los sociales–, la incorporación de un mecanismo de acceso al Rol Único Nacional (RUN). El art. 44 dispone que cualquier institución

70 Comité DESC de la ONU, *Observación General N°4, sobre El derecho a una vivienda adecuada*, 6° período de sesiones (E/1992/23). De acuerdo con el Comité, la seguridad en la tenencia debe contemplar no solo la propiedad, sino también el arriendo e incluso la tenencia precaria. Llama la atención, justamente, la exclusión del acceso a la vivienda en forma de arriendo, cuando la población migrante es la que más utiliza esta forma de acceso y puede beneficiarse de dicha política pública.

pública (o privada de previsión, salud o educación) podrá solicitar al Registro Civil que asigne un Rol Único Nacional a cualquier extranjero que requiera sus servicios. La misma norma establece que, en situaciones de urgencia, el RUN no podrá ser obstáculo para el otorgamiento de los servicios o prestaciones requeridas. A pesar de que el desarrollo concreto del mecanismo queda sujeto a un reglamento por dictarse, nos parece que la norma podría permitir acabar con uno de los obstáculos más importantes que experimentan las personas migrantes en el ejercicio de sus derechos y en el acceso a servicios públicos.

4.4. Otras perspectivas en juego: persistencia de la doctrina de la seguridad nacional

Junto con las dudas señaladas respecto de la efectividad del llamado “enfoque de derechos”, es importante notar que persisten en la ley –tal cual ha sido el tenor de nuestras legislaciones anteriores– la seguridad nacional y la “utilidad del migrante” como los enfoques predominantes. En ese sentido, diversas normas develan que, en el intento legislativo por conjugar estos tres principios, muchas veces no han primado los DDHH.

La existencia de estos enfoques se hace patente en la regulación acerca de la Política Nacional de Migración en el artículo 22, para la cual se habrán de tener en consideración, entre otros: (i) Elementos relacionados con la seguridad nacional: “la política de seguridad interior y exterior del Estado, y el resguardo del orden público, especialmente en lo referente a la prevención y represión del crimen organizado transnacional, del narcotráfico y del terrorismo, del tráfico ilícito de migrantes y de la trata de personas” (N°3). (ii) Elementos relacionados con la utilidad de la migración: “la realidad local, social, cultural, económica, demográfica y laboral del país” (N°1), “los intereses de los chilenos en el exterior (N°5), “la contribución de la migración al desarrollo social, económico y cultural del país” (N°7). Y (iii) “el respeto y promoción de los derechos humanos del migrante (...) con especial preocupación por grupos vulnerables como niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores” (N°2).

4.4.1. ¿Se ha incorporado el principio de regularidad y la no criminalización?

Una de las esperanzas cifradas en la nueva legislación consistía en la incorporación del principio de regularidad migratoria, así como de la no-criminalización. Sin perjuicio de que ambos se encuentran formalmente reconocidos, existen importantes obstáculos a su eficacia.

El primero de estos avances formales consiste en la no-criminalización, en virtud de la cual se declara que “la migración irregular no es constitutiva de delito”. Esta norma deja atrás la consagración de los

delitos de ingreso irregular de los artículos 68 y 69 del actual Decreto de Ley 1.094. Con todo, para quienes nos desempeñamos en la defensa de los derechos de las personas migrantes, esta norma abre un espacio de incertidumbre precisamente para todos aquellos migrantes que hayan ingresado por paso no habilitado.

Actualmente, la normativa dispone que la expulsión de quienes hubieran hecho ingreso irregular solo se producirá una vez cumplida la condena penal, lo que supondría el desarrollo de una investigación, un proceso penal racional y justo, con acceso a defensa jurídica, y una sentencia dictada por un juez con competencia penal. Todas, garantías para el imputado. Como se desarrolló en extenso en el apartado 2, las Intendencias típicamente han prescindido de la vía penal, imponiendo la sanción administrativa de hecho.

Contra esta sanción administrativa, las Cortes del país han acogido recursos de amparo, reprochando precisamente la omisión de las garantías procesales asociadas al juicio penal, así como el déficit de fundamentación de las órdenes, que solo invocan informes policiales. En este marco, la derogación del delito de ingreso irregular eliminará este requisito, permitiendo que sea la administración la que, por sí y ante sí, determine la ocurrencia del ilícito y la aplicación de la sanción. Así, contraintuitivamente, la despenalización del ingreso irregular podría hacer más difícil controlar el ejercicio del *ius puniendi* estatal, especialmente ante la falta de un procedimiento administrativo con garantías de debido proceso, como ocurre en la nueva ley.

4.4.2. Obstáculos para el principio de regularidad: persistencia de los problemas diagnosticados en el Informe 2018

Finalmente, a lo largo de la tramitación del proyecto persistieron –y hoy son ley– varios de los problemas que se habían diagnosticado en relación al régimen de visado. Uno muy crucial consiste en la prohibición de cambio de calidad migratoria⁷¹ que, en conjunto con la ausencia de un visado de oportunidades laborales que pueda obtenerse en frontera, podría acarrear un aumento en la irregularidad migratoria por sobreestadía de permanencias transitorias (el símil al actual permiso de turismo). La consecuencia práctica de esta normativa será transformar el grueso de los permisos de residencia en visados consulares, al punto de que quienes ingresen al país en calidad transitoria, deberán siempre salir de Chile para obtener un visto consular una vez estando afuera

71 El artículo 58 de la Ley 21.325 establece: Artículo 58.- Cambio de categoría o subcategoría migratoria. Los titulares de permiso de permanencia transitoria que se encuentren en el país no podrán postular a un permiso de residencia, salvo que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 69.

(salvo algunas excepciones relacionadas con la unidad familiar).⁷²

Tal y como se diagnosticó en el *Informe 2018* –y se ha reafirmado por la evidencia empírica acerca del aumento de flujos de migración irregular a propósito de imposiciones de vistos consulares de turismo– “la experiencia chilena ha demostrado que los visados consulares no funcionan cuando hablamos de flujos migratorios abundantes”.⁷³ De este modo, la herramienta elegida por el legislador para “controlar” la migración o administrar los flujos resulta no solo tremendamente gravosa (en tanto arriesga sumir en la irregularidad a un porcentaje mayor de personas), sino derechamente inidónea. No se condice, pues, con estándares de derechos humanos en la materia, que exigen –como hemos dicho más arriba– que las medidas adoptadas cumplan con estándares de proporcionalidad, razonabilidad y dignidad. Adicionalmente, la delegación a la política nacional migratoria de determinar qué extranjeros podrán eximirse de la prohibición de cambio de calidad migratoria, constituye una infracción de la reserva legal y una ventana para posibles discriminaciones arbitrarias.

5. CONCLUSIONES

La pandemia ocasionada por la Covid-19 ha aumentado las vulnerabilidades de las personas en movilidad humana. Se ha mantenido un aumento paulatino de la migración global, pese a la pandemia, y, en nuestro continente, la continuidad de los procesos migratorios de nacionales de países como Venezuela y Haití. En Chile podemos encontrar algunas consecuencias tangenciales de la pandemia que resultan positivas, como el aumento en la digitalización de los trámites migratorios; pero que no son contrapeso a las problemáticas que han surgido o se han exacerbado en materia de movilidad humana en el país.

Dado que la pandemia no ha acabado con las crisis en los países de origen de las personas migrantes, sino que, por el contrario, las ha profundizado, muchas personas han optado por la migración como alternativa, sin importar si pueden o no acogerse a un proceso regular de movilidad.

Ahora bien, entre todas las herramientas de política migratoria válidas, deben siempre seleccionarse aquellas más idóneas para lograr el objetivo esperado. En el caso de Chile, aunque se restó del Pacto

72 Al respecto, el artículo 69 dispone que “se podrá conceder a quienes acrediten tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos, a aquellos cuya estadía sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería, y en otros casos debidamente calificados por la Subsecretaría del Interior mediante resolución, previo informe del Servicio”.

73 *Informe 2018*, op. cit., p. 503.

mundial para una migración segura, ordenada y regular, adoptado en 2018 con el auspicio de las Naciones Unidas, lo cierto es que el actual gobierno públicamente ha argumentado que la selección de las herramientas de política migratoria responde a los objetivos enunciados en el título de dicho Pacto. Una de estas herramientas, probablemente la principal, ha sido el endurecimiento de los requisitos migratorios de ingreso al país. Esto, a través del establecimiento de visados consulares obligatorios para personas provenientes de países con altos flujos migratorios hacia Chile, como son Venezuela y Haití, lo cual ha significado, como adelantamos en el *Informe 2018*, un contrapropósito, pues, de hecho, han aumentado los ingresos irregulares al país, precisamente por la falta de acceso a las vías regulares para la migración. Dicho en palabras simples, frente a una situación de necesidad, como la que viven las personas provenientes de países latinoamericanos en crisis, la emigración puede presentarse como única alternativa para tener una vida digna, y dicho proceso se buscará a toda costa. Si las vías regulares de acceso no dan abasto, por ejemplo, por el bajo otorgamiento de visados consulares, el cierre masivo de solicitudes o la lentitud de los procesos, entonces las vías irregulares aparecen como opción cierta y concreta.

Lo anterior ha provocado un aumento exponencial de los ingresos a Chile por pasos no habilitados, situación que encontró un primer punto crítico, en febrero de 2021, en las cercanías del paso fronterizo Colchane-Pisiga, y que se ha mantenido a lo largo del año. Evidentemente, el ingreso en masa de migrantes al territorio nacional provocó significativas concentraciones de personas extranjeras en algunas localidades del país, lo que trajo un descontento generalizado de la población en aquellas ciudades o pueblos pequeños que no están preparados para una recepción de esa magnitud. Esto ha resultado aún más grave en el contexto de la crisis sanitaria, donde el distanciamiento social es una de las herramientas más eficaces para prevenir contagios.

Frente a esta situación y bajo la lógica de “ordenar la casa”, el gobierno de Chile ha reaccionado llevando a cabo procedimientos de expulsión no solo ilegales sino además colectivos, los cuales se encuentran prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Pese a los llamados de atención de diferentes organizaciones e instituciones internacionales, dichos procedimientos no han cesado. Estas irregularidades y verdaderas transgresiones a los derechos humanos de las personas migrantes han obligado al Poder Judicial, a través de sus Cortes superiores de justicia, a tomar cartas en el asunto. En efecto, mediante fallos en el marco de acciones de amparo, las Cortes han revocado las medidas de expulsión de un gran número de personas migrantes, las que si aún no han sido deportadas, podrían buscar la regularidad migratoria, o, estando ya fuera del país producto de la expulsión, pueden

intentar regresar directamente o a través de la obtención de un visado consular, si es el caso.

En materia de derechos políticos —especialmente en relación con el proceso constituyente— hemos detectado que, si bien el estándar chileno es particularmente elevado en cuanto a conferir a las personas migrantes derechos de participación política, existen problemas relevantes en su ejercicio y eficacia. Lo anterior, tanto en lo que respecta a la baja proporción de la población migrante que se encuentra efectivamente habilitada para sufragar, como en la participación efectiva de esta en los distintos procesos electorales, en los cuales alcanza porcentajes extremadamente bajos. Adicionalmente, la normativa constitucional vigente —en los artículos 13, 14, 29° transitoria y siguientes—, así como en una diversa normativa legal, ha generado problemas de interpretación, desembocando en la vulneración del derecho de las personas migrantes a patrocinar candidaturas, de manera incompatible con el derecho humano a la igualdad, a la no discriminación arbitraria y a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Por último, vemos con preocupación que haya existido voluntad política en el Congreso y el Ejecutivo para restringir más el derecho a sufragio de los extranjeros, a través de una reforma legal; y, consecuentemente, destacamos como positiva la decisión del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional aquella norma propuesta.

En lo pertinente a la nueva Ley de Migración y Extranjería, se evidencian avances en el reconocimiento formal de derechos humanos a las personas migrantes, así como en algunas normas destinadas a asegurar su ejercicio (especialmente destacable resulta el artículo 44 sobre obtención de Rol Único Nacional). Sin embargo, la mayoría de las normas relativas a derechos fundamentales se encuentra seguida de excepciones demasiado amplias o delegaciones indebidas al ente regulador, que infringen la reserva legal.

Por otra parte, en materia de “regularidad migratoria y no criminalización”, hemos detectado obstáculos importantes, relacionados con un diseño institucional que se obstina en intentar trasladar la frontera al Consulado y hacer caso omiso de los efectos que los visados consulares han tenido en los flujos migratorios y el aumento de ingresos irregulares. Estas medidas arriesgan aumentar la irregularidad migratoria —ya no solo por ingresos clandestinos, sino también por sobreestadías difíciles de solucionar—, aumentando la precariedad jurídica y material que afecta a las personas migrantes.

Todo lo anterior desemboca en la desprotección general y colectiva de las personas que el Estado debe proteger, pues a la vez que se desasiste a las personas migrantes en Chile, se desampara a la población en general, la que ve afectada, de una u otra forma, sus derechos debido al abandono y falta de respuestas certeras por parte del Estado.

6. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al gobierno detener los procedimientos de expulsiones colectivas de personas migrantes y realizar un análisis objetivo y verdaderamente razonable de la situación personal, familiar y proteccional de las personas expulsables.
2. Se recomienda al Estado de Chile la creación, ya sea por la vía administrativa o de reforma legal, de un procedimiento administrativo que contemple las garantías de un debido proceso, el cual permita a las personas migrantes aportar antecedentes y alegaciones y, en general, defenderse de manera previa a su eventual expulsión del país.
3. Se recomienda al gobierno buscar mecanismos de gestión de las migraciones que contemplen la situación territorial propia de la zona de que se trate, adecuando las políticas migratorias a los desafíos y necesidades de la comunidad receptora, siempre respetando, promoviendo y protegiendo los derechos humanos de las personas migrantes.
4. Se recomienda al Servicio Electoral ajustar los criterios con que ha aplicado las normas contenidas en la reforma constitucional, en la Ley sobre votaciones y escrutinios y en la Ley orgánica constitucional sobre municipalidades, permitiendo a las personas extranjeras patrocinar candidaturas independientes, de conformidad con las demás normas constitucionales y legales aplicables.
5. Se recomienda a la Convención Constitucional abordar la discusión sobre los derechos políticos de las personas migrantes desde una perspectiva progresiva –compatible con su categoría de derechos humanos y fundamentales– y honrando la historia constitucional chilena consistente en la ampliación sucesiva de los derechos en este ámbito.
6. Se recomienda introducir reformas a la nueva Ley de Migración, para corregir las infracciones a la reserva legal, eliminando la delegación al ente regulador en aquellos espacios que se han identificado como improcedentes; así como ampliar el goce de los derechos humanos (especialmente económicos y sociales), de un modo coherente con su estatuto de derechos fundamentales.
7. Se recomienda el establecimiento de visados fronterizos por la vía administrativa (a través del Decreto de subcategorías migratorias) o, eventualmente, a través de la reforma legal. Especialmente se sugiere la modificación de la norma que impide el cambio de categoría migratoria.

