

NORMATIVA MIGRATORIA EN CHILE: ALGUNOS COMENTARIOS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS RESPECTO A LOS DESCAs

Migration Regulation in Chile: A Few Comments in a Human Rights Approach Regarding ESCE

MARÍA IGNACIA SANDOVAL GALLARDO¹
Universidad de Talca, Santiago, Chile

Resumen

Durante los últimos años en Chile los derechos de las personas migrantes han sido objeto de debate nacional, esto producto de la entrada en vigor, durante el año 2022 de la Ley de Migración y Extranjería, que por una parte viene a modernizar la institucionalidad migratoria y a establecer principios y derechos. Pero también, otra instancia de discusión en la materia se ha producido en los procesos constituyentes. La principal temática de análisis de este texto será como la nueva regulación aborda los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Palabras clave

Migración, DESCAs, Procesos constituyentes.

Abstract

In the last years in Chile the discussion about migrant's human rights has become a subject of national debate, especially regarding the in force in 2022 of new law of migration and foreign affairs, it's main objective was to modernize migration institutions and to establish principles and rights. But also, there is another instance of discussion in the matter which are the constitutional processes. The main theme of analysis of this document is how the new legal regulation approaches the economic, social, cultural, and environmental rights.

Keywords

Migration, DESCAs, Constitutional Processes.

1. Introducción

Durante el año 2022, ocurrieron dos hitos que merecen ser analizados: uno constituye el Proyecto de Nueva Constitución rechazado el 4 de septiembre de 2022 mediante plebiscito. El otro es una norma legal relevante para nuestro estudio. Respecto de la primera, si bien la norma constitucional propuesta no entrará en vigor hay normas referentes a personas en contexto de movilidad humana que merece la pena rescatar por el impacto en el goce efectivo de derechos. Por otra parte, en materia legal, durante el año 2022 entró en vigor la nueva ley de Migración y

¹ Abogada (Chile), Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Investigadora y profesora del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Profesora Adjunta Derechos Fundamentales y Derecho Nacional Ambiental Universidad Andrés Bello. Profesora de Derecho Constitucional, Profesora en Diplomado en Derechos Humanos (módulo migrantes) del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de Universidad de Talca. Correo electrónico: masandoval@utalca.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4235-3851>.



Extranjería. Igualmente, el 31 de mayo de 2023 la Comisión de Expertos aprobó el anteproyecto de Constitución que será objeto de debate por el Consejo Constitucional. Adicionalmente, el Consejo Constitucional (órgano electo para la redacción del texto fundamental) entregó la propuesta de Constitución que será objeto de plebiscito por la ciudadanía el 17 de diciembre.

Así las cosas, con estos elementos nos proponemos a analizar en una doble perspectiva: primera desde la norma legal, determinando si efectivamente la nueva ley constituye o no un avance en la protección y goce efectivo de derechos fundamentales, especialmente, en lo referente a los DESCA. Por otra parte, revisaremos los dos procesos constituyentes en Chile y cómo han abordado la problemática de la movilidad humana.

Sostenemos que la normas jurídicas analizadas, no están en conformidad con estándares internacionales de derechos humanos, especialmente, considerando que el enfoque primordial es la protección de la seguridad de nacional y no con un enfoque o perspectiva de derechos². El avance o retroceso se medirá en contraste con *corpus iuris* migratorio (jurisprudencia de la Corte Interamericana, opiniones consultivas de la Corte Interamericana, Informe periódico Chile del Comité de Trabajadores Migratorios y sus familiares, informes relatoría sobre los derechos de las personas migrantes, etc.).

El trabajo se estructura de la siguiente forma: en una primera parte se referenciarán algunos datos estadísticos entregados por la institucionalidad migratoria en Chile. En un segundo apartado, abordaremos los procesos constituyentes. En una tercera parte se referencia la nueva ley sobre migración y extranjería, y finalizaremos con algunas conclusiones.

2. Contexto de la migración en Chile

La población en contexto movilidad, de acuerdo con el marco normativo aplicable, puede distinguirse entre migrantes y refugiados. Desde esta perspectiva, los migrantes en Chile asciende a 1.462.103 personas, de las cuales 744.815 son hombres y 717.288 son mujeres, un 57,1% del total se encuentra dentro del rango etario entre 20 y 39 años (Sandoval, 2022, pp. 123-124; INE- DEM, 2021). Respecto de las personas refugiadas podemos entregar las siguientes cifras correspondientes al año 2021, en cuanto a las solicitudes de refugio formalizadas fueron 3867, reconocidas corresponden a 19 y rechazadas ascienden a 3082 (SERNAMI, 2022).

Como dato estadístico relevante, haremos referencia a la cantidad de permisos de residencia tramitados, los que se desglosan en residencias temporales (es aquél entregado a los extranjeros que tengan el propósito de establecerse en Chile por un tiempo limitado, art. 66 Ley n.º 21.325) y residencias definitivas (es aquél para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a desarrollar cualquier actividad lícita, art. 78 Ley n.º 21.325). Durante el año 2022, se tramitaron 101.113 residencias temporales, los que podemos desglosar de la siguiente forma: 52.989 corresponde a mujeres (los rangos etarios con un número mayor de permisos son de 18 a 29 años con 17.591 y de 30 a 44 años con 17.954). Del total de permisos un 52% corresponde a personas venezolanas, le sigue un 16% Colombia y un 13% Perú. La Región Metropolitana contó con un 60% de los permisos de residencia tramitados.

Adicionalmente, si consideramos los datos de las residencias definitivas fueron entregadas 93.989, de las cuales 42.016 correspondieron a permisos entregados a mujeres (los rangos etarios con un número mayor de permisos son de 18 a 29 años con 10.314 y de 30 a 44 años con 22.663). Del total de permisos un 71% corresponde a personas venezolanas, le

² La perspectiva de derechos consiste en una técnica jurídica consistente en determinar, por una parte, las desigualdades, discriminaciones (jurídicas o fácticas) y obstáculos que implican dificultado o impedimentos al ejercicio efectivo de derechos y por otra parte, consiste en un mandato a los Estados de ajustar tanto normas, prácticas y políticas públicas en los estándares de derechos humanos, esto incluye los DESCA (CARO, 2022, pp. 157-167).

sigue un 7% Colombia y un 6% Haití. La Región Metropolitana contó con un 66% de los permisos de residencia tramitados.

Los datos anteriores son respecto de la migración regular, en cuanto a la migración irregular, podemos señalar el aumento exponencial de ingresos a Chile por pasos no habilitados, así podemos indicar que en el año 2019 se registraron 8489 casos, en el 2020 la cifra llegó a 16.848 casos; en el año 2021, se alcanzaron 56.586 casos y los datos hasta agosto del 2022 registran 38.410 casos (Morales y González, 2022; Álvarez et al., 2022, p. 274; SJM, 2022, pp. 15 y 16). Dentro de las razones a mencionar del aumento de los ingresos por paso no habilitados encontramos la engorrosa tramitación de visas consulares, las fracturas sociopolíticas de los países de origen, pandemia Covid-19, crisis climática, entre otras (CIPER CHILE, 2022; Colmenares y Abarca, 2022, pp. 166 y 167). Los datos, además, proveen otra información aún más relevante, las cifras entregadas corresponden a los registros de personas que voluntariamente se autodenuncian ante la Policía de Investigaciones, por lo tanto, no podemos afirmar certeramente si estos números son exactos. Sí podemos sostener que la política migratoria y el Estado de Chile han sido incapaces de atacar y hacerse cargo de las razones estructurales de ingresos irregulares y de la protección de los derechos de las personas en contexto de movilidad (Álvarez et al., 2022, pp. 276-294). Esta afirmación se sustenta en que los requisitos, procedimientos engorrosos y tardíos, falta de acceso a la información sobre las solicitudes de residencias ha operado como un disuasivo del ingreso regular al país. Sumado a ello es necesario hacer presente que durante febrero de 2022 la zona norte de Chile estuvo bajo estado de excepción constitucional lo que implicó un despliegue militar en las zonas fronterizas; luego, en febrero de 2023, mediante un decreto con fuerza de ley, mantuvo la presencia militar en las fronteras como un forma de control migratorio. Estos antecedentes nos llevan a sostener que la institucionalidad vigente y la normalidad constitucional fueron insuficientes para el gobierno para hacer frente a una crisis de carácter humanitaria (BBC 2023, DW, 2022).

Con base en lo anterior, en nuestro país tenemos personas en situación migratoria regular e irregular, esto es relevante, ya que el acceso y ejercicio efectivo de derechos está supeditado a contar con un número de RUN. El cual se obtiene previa tramitación y otorgamiento de un permiso de residencia.

Para la norma legal vigente en Chile, Ley n.º 21.325, se define como condición migratoria irregular: “Aquella en la cual se encuentra un extranjero presente en el país y que carece de un permiso vigente que lo habilite para permanecer en él” (art. 1.4). Por su parte la Convención Internacional de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares se entiende por no documentados aquellas personas que no han sido autorizadas para ingresar, a permanecer, y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales de los que ese Estado sea parte” (art. 5)³. A todo luces la definición más completa de migrante, es la que entrega la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la resolución 04/2019 “Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas”, en que señala que:

Cualquier persona que se encuentre fuera del territorio social, afectivo o político al que pertenece. Para los fines de estos Principios, una persona migrante es alguien que se encuentra fuera del territorio del que es nacional, sin consideración de su situación migratoria, su

³ La convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares fue ratificada por Chile y publicado en el Diario Oficial el 8 de junio de 2005.

intención y su temporalidad. También comprende a las personas apátridas migrantes y a las víctimas de la trata de personas según los definen las legislaciones nacionales y los convenios internacionales pertinentes.

En definitiva, el contexto migratorio en Chile conlleva un escenario con múltiples problemáticas en los referente a los derechos de las personas migrantes. Ha sido precisamente esta temática objeto de discusión no solo parlamentaria, sino que también a nivel a constitucional, por lo que en los siguientes apartados se abordarán.

3. Procesos Constituyentes en Chile años 2022 y 2023

En este apartado haremos referencia, en primer lugar, al proceso constituyente pasado, concluido el 4 de septiembre de 2022 con el rechazo de la propuesta de nueva constitución elaborado por la Convención Constitucional y, en segundo lugar, al proceso constitucional en curso, donde haremos referencia al anteproyecto aprobado por la Comisión de Expertos el 31 de mayo de 2023 y el texto aprobado por el Consejo Constitucional el 30 de octubre de 2023 y que será entregado al presidente de la República el 7 de noviembre.

Antes de tratar las normas relevantes para este trabajo de los textos producto de los procesos constituyentes hay que partir de lo que hoy se encuentra vigente a nivel constitucional, es decir, qué dice nuestra norma fundamental.

Desde esta perspectiva, la actual constitución no distingue entre chilenos y extranjeros, por ello entendemos que los extranjeros son titulares de derechos fundamentales, tanto aquellos consagrados de forma expresa como implícitamente en la Carta Fundamental, todas las personas inclusive los migrantes, independientemente de su situación migratoria (Olano 2016, p. 81, Aguilar, 2016, p. 44. Aguirre, 2007, p. 93).

Lo anterior en virtud de lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución, esta norma juega un rol trascendental para los derechos fundamentales ya que establece la limitación de la soberanía estatal y uno de estos límites son los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes y, por tanto, obligatorios para nuestro país. Por otra parte, desde la jurisprudencia y la doctrina nacional se ha entendido que dicha normativa es aplicable a las personas extranjeras, en virtud del bloque constitucional de derechos (Nogueira, 2015, pp. 312-313).

Así las cosas, precisamente ha sido el derecho internacional de los derechos humanos el que ha permitido, ingresando mediante el bloque constitucional de derechos, proteger los derechos de las personas migrantes. La normativa chilena infraconstitucional, tanto la vigente como la que la precedió (D.L. 1904 de 1975 y su reglamento Decreto Supremo n.º 597, de 1984), han mantenido una perspectiva de protección de fronteras y seguridad nacional (Bassa y Mercado 2015, p. 107).

3.1. Proyecto de Nueva Constitución año 2022

Dentro de las normas de la propuesta de texto constitucional es necesario pronunciarse respecto de los principios generales, como la interculturalidad e igualdad sustantiva (Convención Constitucional, 2022, Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022). Así el artículo primero indicaba:

1. Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico.
3. La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las

condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo.

Igualmente, hay que mencionar el artículo 15 que consagra el rango constitucional de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, como, de otras fuentes del derecho internacional, a saber:

1. Los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional.
2. El Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos.

Asimismo, hay que relacionarlo con la titularidad de los derechos fundamentales, en dicho sentido decía así: “Titularidad de los derechos. Las personas naturales son titulares de derechos fundamentales. Los derechos podrán ser ejercidos y exigidos individual o colectivamente”. A su vez, cabe referirse al artículo referente a la Cláusula de obligaciones generales y sujetos obligados que dice que “el Estado debe respetar, proteger, garantizar y promover la plena satisfacción y ejercicio de los derechos fundamentales, así como adoptar las medidas necesarias para eliminar todos los obstáculos que pudieran limitar o entorpecer su realización”.

Toda persona, institución, asociación o grupo deberá respetar los derechos fundamentales, conforme a la Constitución y las leyes” (Convención Constitucional, 2022, Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2022).

Por su parte, es del caso mencionar la norma sobre el principio de progresividad y no regresión, en el siguiente tenor: “El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr de manera progresiva la plena satisfacción de los derechos fundamentales. Ninguna medida podrá tener un carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida injustificadamente su ejercicio” (Convención Constitucional, 2022, Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2022).

Además, se consagró el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, haciendo expresa referencia a la prohibición de la discriminación por situación migratoria o de refugio que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos (artículo 25.4).

Finalmente, se estableció el derecho a la libertad ambulatoria y de circulación en el siguiente tenor: “Toda persona tiene derecho a la libertad ambulatoria y a la libre circulación, a residir, permanecer y trasladarse en cualquier lugar del territorio nacional, así como a entrar y salir de él. La ley regulará el ejercicio de este derecho” (Artículo 69).

Si bien, como ya señalamos estas normas no entrarán en vigor, vale la pena destacar su contenido y el avance que habría significado la incorporación de la perspectiva de género, igualdad sustantiva y de género y la interculturalidad.

¿En qué habría consistido el avance? Primero que todo al establecer que Chile es un Estado social de derecho, significaba cambiar el paradigma actual de Estado subsidiario, principio constitucional, que tiene particular impacto en materia de DESCA. El Estado Social se vincula con el rol del Estado de satisfacer las necesidades básicas que permitan una vida digna (Viera, 2014). Pero el principal avance se aprecia en la incorporación al bloque constitucional

de derechos de otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, la norma propuesta entregaba herramientas efectivas para lograr un enfoque de derechos y además, solucionaba un vacío de la norma constitucional vigente que es la fuerza normativa de las fuentes del derecho internacional.

Ahora bien, un progreso importante decía relación con la noción de igualdad sustantiva y prohibición de discriminación por situación migratoria o refugio, es decir, pone de relieve el carácter de titular de derechos fundamentales de las personas en contexto de movilidad humana y por sobre todo estableció un deber de abstención para el Estado y particulares (efecto horizontal de los derechos) de considerar la situación migratoria como un criterio para realizar diferencia arbitrarias; esto, claramente, implica que no pueden existir normas jurídicas discriminatorias y que estas no podrían aplicarse con la finalidad de menoscabar la dignidad de la persona.

Entrando ya en derechos fundamentales propiamente, no hubo mayor innovación para consagrar principios de interpretación como el *propersona* o la interpretación conforme, sin perjuicio de que se entienden parte de la constitución material por la norma de apertura al derecho internacional. Otro comentario en esta misma línea dice relación con la falencia consagrar normas referentes, por ejemplo, a debido proceso en materia administrativa o normas específicas para personas en contexto de movilidad.

Referente al derecho a la libertad personal y seguridad individual su redacción quedó en términos bastantes similares a la que señala la norma constitucional vigente.

3.2. Anteproyecto de la Comisión de Expertos 2023

A fines de mayo de 2023 la Comisión de Expertos, uno de los órganos del proceso constitucional, concluyó la aprobación del anteproyecto constitucional que fue entregado el miércoles 7 de junio a los miembros del Consejo Constitucional.

Dicho documento no contiene referencia a derechos específicos para personas en contexto de movilidad; por ello, haremos referencia a algunas normas generales que podrían incidir en los derechos de las personas migrantes. Así comenzaremos con algunos principios contenidos en el capítulo I titulado Fundamentos del orden constitucional:

El artículo 1 hace referencia a los valores constitucionales, especialmente la dignidad de la persona, y enuncia que Chile es un Estado social y democrático de derecho:

1. La dignidad humana es inviolable y la base del derecho y la justicia. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Su respeto y garantía es el primer deber de la comunidad política y de su forma jurídica de organización.
2. Chile se organiza en un Estado social y democrático de derecho, que reconoce derechos y libertades fundamentales y promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”.

Por su parte, el artículo 5 trata las limitaciones a la soberanía del Estado indicando:

1. El ejercicio de la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona y los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.
2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con aquellos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.
3. La ley determinará la forma y el procedimiento en que el Estado cumplirá las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción ha reconocido.

Esta norma consagra la interpretación propersona de las normas internas del Estado estableciendo la compatibilidad del derecho interno con los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes. Esta norma no contempla las otras fuentes del derecho internacional. Asimismo, no establece cuál será la fuerza normativa de los tratados internacionales.

Por su parte, en el Capítulo II titulado derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales, en materia de titularidad el anteproyecto no innovó y se mantuvo la frase “se asegura a todas las personas”, por lo sostenido supra en el punto 2 de este texto sería aplicable respecto de la no distinción entre chilenos y extranjeros en la titularidad de derechos fundamentales.

En el art. 16 n.º 4 se consagra el derecho a la libertad personal y seguridad individual, dice en sus letras a y b lo siguiente:

- a) Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley.
- b) La ley regulará el ingreso, estadía, residencia y egreso de extranjeros del territorio nacional.

En materia de nacionalidad se establece como fuentes de ella, el *ius solis*, *ius sanguinis*, carta de nacionalización y nacionalización por gracia. Respecto de aquellas personas que nace en Chile, serán chilenas con “con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena”. La expresión de hijos de extranjeros transeúntes ha generado en la práctica situaciones de desconocimiento de la nacionalidad por la autoridad administrativa y que la Corte Suprema ha resuelto vía acción constitucional de reclamación de nacionalidad estableciendo la nacionalidad chilena (algunos ejemplos de sentencias Corte Suprema Rol n.º 7580-2012, sentencia de 22 de enero de 2013; Corte Suprema Rol n.º 11654-2014, sentencia de 22 de agosto de 2014; Corte Suprema Rol n.º 17.883- 2015, sentencia de 28 de febrero de 2017; Corte Suprema Rol n.º 4721-2022, sentencia de 24 de agosto de 2022).

En materia de derechos políticos, el artículo 21 mantuvo la norma constitucional que habilita al ejercicio del derecho de sufragio a los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, cumpliendo con los requisitos que señala la ley.

Por lo tanto, con base en lo señalado, el avance en materia de derechos de las personas migrantes no ha presentado avances significativos a lo que hoy constitucionalmente está vigente. Quizás el elemento a destacar de este anteproyecto sería la incorporación en el art. 5 la interpretación propersona. Dicha incorporación representa una conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos⁴. El principio propersona es un mandato al Estado a aplicar, entre dos o más disposiciones, aquella que sea más favorable para proteger los derechos.

Si consideramos lo que señala la resolución 4/19 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Principios Interamericanos sobre los derechos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas:

Principio 3: Los Estados deben utilizar la interpretación que sea más favorable a la persona le ofrezca la más amplia protección ante dos o más interpretaciones posibles. Además, los

⁴ El art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra este principio de interpretación. Este tratado fue ratificado por Chile y se encuentra vigente. Fue publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

Estados deben aplicar la interpretación más favorable para garantizar los derechos humanos, y la más restrictiva para la limitación de esos derechos.

También hay que tener presente la protección de las personas en situación de vulnerabilidad en contexto de movilidad humana, en el principio 13 se señala:

El deber de los Estados de adoptar medidas positivas para revertir o modificar las situaciones discriminatorias existentes que sean perjudiciales para un grupo particular de personas, aplicando una perspectiva de género e interseccional en la determinación de las condiciones que producen la vulnerabilidad para poder proveer medidas y respuestas adecuadas y comprensivas de sus necesidades.

3.3. Propuesta de Nueva Constitución año 2023

En este apartado haremos referencias a tres normas que forman parte del texto aprobado por el Consejo Constitucional el 30 de octubre de 2023. La primera norma respecto a los límites a la soberanía, la segunda norma en torno al derecho a la libertad personal y seguridad individual y finalmente a la norma referente a las acciones constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

Partiremos con el artículo 3 que consta de tres incisos: el primero señala los límites a la soberanía; el inciso segundo plantea un principio de interpretación conforme al derecho interno, y el tercero se hace referencia a la forma de aplicación de sentencias internacionales.

Artículo 3:

1. La Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos.
2. Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con la Constitución, y considerando las disposiciones referidas a derechos y libertades de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante.
3. La ley determinará la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido, y a los acuerdos o soluciones alternativas de controversias.

Comentarios que merece la norma

En primer lugar, el inciso primero referente a los límites de la soberanía del Estado no presenta una diferencia con la norma constitucional hoy vigente. De la lectura del inciso segundo se desprenden dos elementos preocupantes, el primero de ellos es la obligación de interpretación conforme a la Constitución del derecho interno, que podría presentar el siguiente problema: el Tribunal Constitucional ha entendido que los Tratados Internacionales tiene una fuerza normativa supralegal pero infraconstitucional (Rol n.º 346-2002), lo que podría llegar a entenderse que los tratados internacionales, como fuente del derecho internacional, deben interpretarse en conformidad a la Constitución lo que es jurídicamente insostenible (Noguiera, 2002, pp. 563-581). El segundo elemento preocupante, es la relación con la distinción entre

normas internacionales vinculantes de las que no lo serían, siendo las primeras la que podrán considerarse en la interpretación del derecho interno. A todas luces, la disposición constitucional desconoce el valor del *soft law* no solo en la interpretación, sino que también en la generación del derecho internacional.

Ahora nos referiremos al artículo 16 que asegura a todas las personas una serie de derechos fundamentales, el numeral 4 se refiere a la libertad personal y seguridad individual, nos abocaremos a lo que norma señala respecto de las personas migrantes.

Artículo 16.4. El derecho a la libertad personal y seguridad individual. En consecuencia:

- b) La ley regulará el ingreso, estadía, residencia y egreso de extranjeros del territorio nacional. Todos los procedimientos y medidas regulados por dicha ley deberán llevarse a cabo con pleno respeto de la dignidad humana, los derechos y garantías fundamentales y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile.

La ley establecerá los casos, procedimientos, formas y condiciones del egreso o expulsión en el menor tiempo posible, según corresponda, de aquellos extranjeros que hayan ingresado al territorio nacional de forma clandestina o por pasos no habilitados, así como de aquellos que hayan cumplido en Chile una pena de presidio efectivo por crímenes o simples delitos. Se procurará que dichos extranjeros cumplan la referida pena en su país de origen, cuando así corresponda de conformidad con la ley y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Con todo, no se aplicarán las disposiciones del párrafo precedente en los casos de refugio, asilo o protección, expresamente contemplados en la ley, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Toda persona, institución o grupo que organice, financie o ejecute, con ánimo de lucro, el ingreso ilegal de personas al territorio de la República incurrirá en las sanciones que determine la ley.

Comentarios que merece la norma

La mención a que la ley regulará el ingreso, estadía y egreso o expulsión de las personas y su supeditación a los derechos fundamentales y obligaciones internacionales, constituye una reiteración de contenidos constitucionales ya expresados, por una parte, ya en el capítulo primero se hace alusión a los valores y principios constitucionales, entre ellos, la dignidad y las limitaciones a la soberanía. Adicionalmente, la propia norma fundamental hace referencia expresa al principio de reserva legal en materia de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

Respecto del segundo párrafo que hace alusión a los procedimientos de expulsión, que constituye la sanción administrativa más grave de todas, basada en el ingreso clandestino o paso no habilitado. Es decir, es una referencia expresa a la situación migratoria irregular y se establece que la expulsión debe realizarse en el menor tiempo posible. Esta norma constitucionaliza la criminalización del ingreso irregular. Si bien el párrafo concluye con una referencia a los tratados internacionales ratificados y vigentes, el contenido de la norma es en sí mismo contrario a derecho internacional, especialmente, considerando que podrían generarse situaciones de discriminación en su aplicación basadas en la condición migratoria.

Finalmente, merece la pena referirse a la norma que consagra la acción constitucional de protección, que es una acción de tutela de derechos fundamentales. El artículo 26 consta de dos incisos: el primero establece los requisitos de la acción para derechos civiles y

políticos; y el segundo regula los requerimientos de la acción tratándose de derechos sociales (prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación). Hay, por lo tanto, un tratamiento diferenciado entre la tutela de derechos sociales y otros derechos fundamentales.

Artículo 26.2:

2. Tratándose de las prestaciones sociales vinculadas al ejercicio de los derechos a la salud, a la vivienda, al agua y al saneamiento, a la seguridad social y a la educación establecidos en el artículo 16 de esta Constitución, el que por causa de actos u omisiones ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de prestaciones regladas expresamente en la ley podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que ordenará el cumplimiento de la prestación, asegurando la debida protección del afectado.

Comentarios que merece la norma

La tutela judicial de los derechos sociales en la norma constitucional restringe la posibilidad de acudir ante el juez solo en la medida que existe una afectación al ejercicio de una prestación legal, excluyendo la posibilidad de reclamación judicial ante la vulneración del contenido constitucional del derecho. Esta distinción implica un desconocimiento de la naturaleza de los derechos fundamentales, sus características y la dignidad de la persona. Tampoco nos parece jurídicamente razonable distinguir en la justiciabilidad de los derechos.

3.4. Estándares interamericanos sobre derechos de los migrantes

El derecho de los migrantes ha sido cultivado, principalmente, a través de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de la propia Convención Americana de otros instrumentos internacionales pertinentes, que llevan al efecto útil de los derechos y a la interpretación coherente del *corpus iuris* internacional del derecho de los migrantes y refugiados. Estos estándares parten del principio general y esencial de la igualdad y no discriminación, siendo este fundamental para que se garanticen los derechos humanos de toda persona. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de manera enfática:

que los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos de toda persona sujeta a su jurisdicción a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados (CIDH (2015), Movilidad humana, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15).

La importancia de estos estándares mínimos conlleva que los Estados, dentro de su facultad de establecimiento de políticas migratorias, no podrán nunca vulnerar derechos humanos y que, además, deban siempre tener en consideración al establecer dichas políticas, la prohibición de la discriminación, directa o indirecta, *de iure* o de facto discriminación consagrado en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República dominicana, de 28 de agosto de 2014. Véase también Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Además, ver Corte Interamericana de Derecho Humanos, OC- 21/14, de 19 de agosto de 2014).

En cuanto a los estándares mínimos emanados de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los derechos de los migrantes, es necesario distinguir entre:

- 1) Derecho a las garantías judiciales y garantías del debido proceso respecto de los procedimientos de expulsión y procedimientos de determinación de la calidad de refugiado.
- 2) Derecho a la nacionalidad.
- 3) Derecho a la protección de la familia. Partiendo, estos estándares, de la obligación general de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación que es independiente del estatus migratorio de una persona (Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República dominicana, de 28 de agosto de 2014 y Corte Interamericana de Derechos Humanos caso familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013).

Referente al derecho a las garantías judiciales y garantía del debido proceso respecto a los procedimientos de expulsión y procedimientos de determinación de la calidad de refugiado se puede señalar que, la Corte IDH ha señalado que los Estados deben respetar las siguientes garantías procesales en los procedimientos administrativos:

- a) Deben existir condiciones mínimas de detención durante el procedimiento de expulsión, y la privación de libertad solo procederá cuando sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de la expulsión, debiendo siempre estar basada en razones objetivas, que carezcan de arbitrariedad.
- b) Derecho a ser notificado de la decisión de expulsión o denegación de la calidad de refugiado.
- c) Derecho de recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir de la decisión de expulsión o de denegación de la calidad de refugiado.
- d) Derecho a ser oído por una autoridad competente.
- e) Facultad de ser representado ante dicha autoridad administrativa competente.
- f) Derecho a contar con la asistencia de un intérprete.
- g) Derecho a asistencia consular (Boza, 2014, pp. 280-289).

En atención a los procedimientos de determinación de la calidad de refugiado es necesario agregar, a lo ya señalado, otras obligaciones de los Estados:

- a) Se debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).
- b) La solicitud debe examinarse con objetividad y realizarse una entrevista personal, dentro del marco del procedimiento ante autoridad competente. Además, se deben proteger los datos de los y las solicitantes y de la solicitud en todas las etapas de procedimiento, protegiendo el principio de confidencialidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013).

Serían garantías mínimas en los procedimientos de expulsión:

- a) Ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y el motivo de la expulsión o en su caso el motivo fundado.
- b) Notificación de la denegación de la calidad de refugiado.

Lo anterior implica:

- a) La posibilidad de exponer las razones para oponerse a dicha decisión.
- b) Obtención de representación y asesoría legal.
- c) Asistencia consular.
- d) En caso de una decisión desfavorable debe existir el derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014. También Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013).

En relación con el derecho a la nacionalidad la Corte IDH ha establecido que es necesario que todos los Estados, al regular el otorgamiento de la nacionalidad, tengan en cuenta:

- a) Su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.
- b) Su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación. Lo que conlleva que los Estados no podrán adoptar prácticas o legislación, en esta materia, cuya aplicación favorezca el aumento del número de personas apátridas, adquiriendo gran relevancia el *Ius Solis* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014. En esta sentencia utiliza también la Convención de los Derechos del Niño. Además, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n.o 3/08, del año 2008).

Respecto a los estándares a la protección de la familia, en este punto, la Corte IDH señaló que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino que también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias que impliquen el aseguramiento del ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Especial alusión realiza en cuanto a las eventuales separaciones por razones migratorias ya que, si bien el establecimiento de políticas migratorias es una potestad de los Estados estas no pueden vulnerar derechos humanos, por lo que en caso de separaciones legales de la niña o el niño de su familia solo puede proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, siendo excepcionales y, en lo posible eventuales y que no pongan en riesgo la supervivencia y desarrollo de los niños.

La Corte Interamericana ha dicho que cuando un Estado adopte una decisión que conlleve alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse a las disposiciones que rigen esta materia.

Es por lo anterior que lo niños, dentro de procedimientos administrativos ya sea de expulsión y de determinación de la calidad de refugiado, sea que se trate de menores acompañados o no o separados, tiene el derecho a ser oído y expresar sus opiniones y participar de una manera significativa. Existe una relación ente el derecho a ser oído y el interés superior del niño, pues este facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que le afecten.

Hay dos principios rectores que rigen esta materia, el interés superior del niño y el principio de unidad familiar, el primero:

es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y niñas, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre de 2013, C. 128).

Por lo que no solo debe tomar medidas especiales de protección sino que, también, tomar en consideración la situación en la que se halle el niño o niña. El segundo implica que el Estado no solo está obligado a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños sin también favorecer, de la manera más amplia posible, el núcleo familiar. Hay que señalar que tiene aplicación trascendental el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de los niños y niñas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre de 2013).

4. Ley n.º 21.325 Sobre Migración y Extranjería ¿un avance real en materia de derechos?

Durante febrero del año 2022 entró en vigor la ley n.º 21.325 sobre Migración y Extranjería que revisaremos a continuación algunos temas relacionados con los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Dentro del articulado, cabe señalar el principio de promoción, respeto y garantía de derechos (artículo 3), que indica respecto de los DESCAs lo siguiente: “[...] de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se compromete a adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado, para lograr la plena efectividad de los derechos [...]”. Asimismo, esta norma refuerza el principio de igualdad y no discriminación.

Respecto de los derechos consagrados, podemos mencionar la integración e inclusión (artículo 6). Dicha norma señala:

El Estado [...] propenderá a la integración e inclusión de los extranjeros dentro de la sociedad chilena en sus diversas expresiones culturales, fomentando la interculturalidad, con el objeto de promover la incorporación y participación armónica de los extranjeros en la realidad social, cultural, política y económica del país, para lo cual deberá reconocer y respetar sus distintas culturas, idiomas, tradiciones, creencias y religiones [...].

Asimismo, se consagra la prohibición de la discriminación, existiendo en el artículo 23 inciso final una referencia expresa a la mujer en el siguiente tenor:

El Estado promoverá el respeto y protección hacia la mujer extranjera, cualquiera que sea su situación migratoria, para que en todas las etapas de su proceso migratorio no sea discriminada ni violentada en razón de su género. Las mujeres migrantes tendrán acceso a todas las instituciones y mecanismos que resguarden su bienestar. Las mujeres embarazadas, víctimas de trata de personas, o de violencia de género o intrafamiliar, u objeto de tráfico de migrantes, tendrán un trato especial por el Estado. En virtud de lo anterior, el Servicio Nacional de Migraciones podrá entregar una visa que regule su permanencia, de acuerdo a antecedentes fundados requeridos a los organismos competentes.

En lo referente a los derechos sociales, *lato sensu*, la norma contempla derechos laborales (art. 14) indicando la igualdad entre chilenos y extranjeros y que la condición migratoria

no obsta al cumplimiento de las obligaciones del empleador. El derecho al acceso a la salud (art.15) señala que los extranjeros, indistintamente de su situación migratoria, “tendrán acceso a la salud conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales”. También se consagra el acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal (art. 16) bajo el criterio de igualdad en el acceso a prestaciones de seguridad social y beneficios fiscales, cumpliendo los requisitos que establezcan las leyes. A su vez, la norma establece un requisito de residencia de 24 meses para prestaciones que sean financiadas netamente por fondos fiscales, aunque por razones humanitarias no será necesario este requisito. La norma agrega que las restricciones establecidas en este artículo no aplican respecto de los niños, niñas y adolescentes cualquiera sea la situación migratoria de los adultos de quienes dependan.

En cuanto al derecho a la educación (art. 17) señala que se garantiza “el acceso a la enseñanza preescolar, básica y media a los extranjeros menores de edad establecidos en Chile, en las mismas condiciones que los nacionales”. Agrega que este derecho no podrá denegarse o limitarse en razón de la condición migratoria de sus padres o quienes tenga el cuidado personal. Asimismo, establece la facultad de acceder a las instituciones de educación superior en igualdad de condiciones que los nacionales. En relación con el derecho al acceso a la vivienda propia (art. 18) indica que “los extranjeros titulares de residencia definitiva gozarán de los mismos derechos en materia de vivienda propia que los nacionales, cumpliendo los demás requisitos legales”.

De lo dicho hasta ahora, la norma central en materia de derechos de las personas en contexto de movilidad humana es la igualdad y no discriminación. Si bien los otros derechos señalados no lo indican, consideramos que, precisamente, al tratarse de una norma de *ius cogens* debería formar parte del contenido interpretativo de todos los derechos (Sandoval, 2021, p. 184) y así la perspectiva o enfoque de derechos pasaría a ser parte del contenido normativo de las normas indicadas. Ya desde la opinión Consultiva 18/03 la Corte IDH ha sostenido el carácter de *ius cogens* de la igualdad y no discriminación, y esta norma ha sido la piedra angular en la construcción de estándares mínimos de derechos de las personas en contexto de movilidad. Por ello sostenemos que este principio debería ser parte del contenido interpretativo de los derechos, es decir, al momento de aplicar una norma interna el Estado deberá no solo interpretarla sino que aplicarla de forma tal que no incurra en ningún tipo de discriminación, teniendo siempre presente el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Lo anterior se sustenta precisamente en la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la Opinión Consultiva OC 18/03, que señala que las políticas migratorias deben tener como objetivo respetar los derechos humanos y su ejecución debe llevarse a cabo con pleno respeto y garantía a estos derechos. A su vez, si bien admite la posibilidad que los Estados hagan distinciones con base en la situación migratoria del migrante, estas deben ser objetivas, proporcionales y razonables (Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 168).

También podemos mencionar la Opinión Consultiva OC 21/14, que señala que los Estados deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Esto conlleva garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, de cumplir con las obligaciones conexas que emanan de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados (Opinión Consultiva OC 21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 39).

A su vez, podemos mencionar la Opinión Consultiva 25/18, que se pronuncia sobre el derecho humano al asilo en el sistema interamericano y las obligaciones que los Estados

tiene respecto de ella, especialmente, el principio de no devolución ha señalado que: “la prohibición de devolución por mandato convencional ofrece una protección que alcanza a cualquier persona extranjera, no necesariamente solicitantes de asilo y refugio, cuyos derechos se encuentren amenazados” (OC 25/18, 2018, párr. 186). Así las cosas:

el principio de no devolución no sólo es fundamental para el derecho de asilo, sino también como garantía de diversos derechos humanos inderogables, ya que justamente es una medida cuyo fin es preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida (OC 25/18, 2018, párr. 180).

El principio de no devolución, y la interpretación evolutiva del mismo que realiza la Corte IDH, significa aplicar el contenido de la no devolución a contextos de movilidad humana más amplios que el asilo o refugio, y si consideramos el contexto social latinoamericano y el tipo de flujo migratorio que recibe Chile, esta norma jurídica podría perfectamente aplicar para personas en cuyos países de origen existe una violación sistemática, por ejemplo, a derechos sociales.

A nivel de jurisdicción contenciosa, la Corte IDH ha desarrollado estándares de los derechos que tienen las personas migrantes y ha manifestado que no pueden ser objeto de trato discriminatorio y deben ser tratados bajo el principio de igualdad ante la ley, sin tener relevancia su situación migratoria regular o irregular (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, de 28 de agosto de 2014. También ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor vs. Panamá, 23 de noviembre de 2010).

Desde una perspectiva de *soft law*, podemos mencionar los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, específicamente consagra en el principio 8 la perspectiva de género y el enfoque diferenciado en el siguiente tenor:

Las leyes y políticas de migración que aplican los Estados deben incorporar una perspectiva de género que considere los riesgos específicos, así como los efectos diferenciados, que enfrentan las mujeres, hombres, niños y adolescentes de ambos sexos y personas LGTBI en el contexto de la movilidad humana (CIDH, Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

Si bien la norma legal (Ley n.º 21.325 sobre Migración y Extranjería), miramos con preocupación la justiciabilidad de los derechos consagrados en la norma legal, considerando que la norma remite a la Carta Fundamental, y el estatus que los DESCA tienen hoy en la Constitución vigente, es precisamente su no justiciabilidad.

Actualmente, la ley señala en su artículo 9: “No criminalización. La migración irregular no es constitutiva de delito”. Miramos con preocupación la existencia de un proyecto de ley que busca tipificar como delito el ingreso al territorio nacional por pasos no habilitados (Boletín n.º 15261-25), específicamente el proyecto de ley indica:

Artículo 119 bis. El que, no reuniendo las condiciones para ser declarado como refugiado en nuestro país, o reuniéndolas, no provenga directamente de un territorio en donde su vida o libertad estén amenazadas, hiciere ingreso al territorio nacional de manera clandestina por un paso no habilitado o eludiendo el control migratorio, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

A los extranjeros que ingresaren al territorio nacional, mediante alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior y existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, se les aplicará la pena de presidio menor en su grado medio. Sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo el que entrare al territorio chileno o intentare salir de él valiéndose de un documento de identidad o de viaje falso o faltando a la verdad en la información requerida por la autoridad para autorizar el ingreso o la salida.

Entonces ¿cuáles serían las razones para modificar la norma a poco más de un año de entrar en vigor? Como respuesta a esta interrogante podemos mencionar dos razones predominantes, la primera el aumento exponencial de los ingresos por pasos no habilitados, especialmente en la frontera norte de Chile, ello sin perjuicio de que desde inicios del 2023 dicha zona se encuentra militarizada debido a las atribuciones entregadas a las fuerzas armadas en control migratorio. La segunda razón sería la vinculación existencia entre la migración irregular y la delincuencia.

Nos parece que los elementos considerados para buscar establecer este delito es una medida contraproducente para hacer frente a una crisis migratoria, sobre todo, si el foco se pone en la seguridad nacional más que en la protección de los derechos de las personas, indistintamente de su situación migratoria⁵. Hoy la ley tiene herramientas jurídicas sancionatorias suficientes para castigar el incumplimiento de la norma legal⁶. Por ello, además, si consideramos qué tipo de eficacia tendría esta criminalización, solo tendería a potenciar la migración irregular, aumentando así las eventuales violaciones a derechos fundamentales. Adicionalmente, esta medida carece de toda proporcionalidad, se propicia una potencial discriminación en desmedro de la protección de derechos de las personas en contexto de movilidad lo que atenta contra el derecho internacional de los derechos humanos.

Los migrantes que no pueden gozar de manera efectiva de sus derechos humanos, que corren un mayor riesgo de sufrir violaciones y abusos, y que, por consiguiente, tienen derecho a reclamar una mayor protección a los garantes de derechos (Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos, Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad (3 de enero de 2018, documento A/HRC/37/34 de las Naciones Unidas, párr. 12). En esta misma línea podemos agregar el último informe periódico de Chile del Comité de los Trabajadores Migratorios y sus familiares que instó a nuestro país a cumplir con las siguientes recomendaciones:

- 1) Insuficiente enfoque basado en los derechos de los migrantes y sus familiares, la protección de los derechos de migrantes en situación irregular, los mecanismos de regularización,

⁵ La existencia de la política migratoria en Chile se enfoca en esto ya que forma parte de uno de sus ejes que es seguridad, control de fronteras y crimen organizado. Hay dos objetivos a destacar de este eje: por una parte, se pretende “robustecer las capacidades y tecnologías para el resguardo de las fronteras, particularmente de pasos no habilitados, de manera de mantener un control efectivo sobre ingresos y egresos irregulares de personas, así como mantener el control sobre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas” y por otra “perfeccionar los procedimientos que permitan aplicar con eficacia y oportunidad las sanciones administrativas que establece la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, para las infracciones menos graves, que serán sancionadas desde amonestación hasta multa, y sobre las infracciones graves que serán sancionadas con la salida forzada del país del extranjero, mediante decreto de expulsión”.

⁶ La ley vigente en comento contiene una serie de medida a ser aplicadas ante el incumplimiento de las normativas migratorias, a saber, el capítulo VII se titula infracciones y sanciones migratorias, hace una distinción entre infracciones migratorias menos graves y graves y se establecen como sanciones multas y amonestaciones, expulsión administrativa y judicial, prohibición de ingreso al país. Además, se establecen medidas de control para los extranjeros infractores tales como toma de declaración, fijar domicilio y presentación en dependencias de la autoridad. Asimismo, en el caso de la expulsión la norma contempla la posibilidad de privar de libertad con el objeto de ejecutar la expulsión por un máximo de 5 días corridos.

el derecho a un debido proceso y garantías procesales, el reconocimiento del estatuto de refugiado y otras formas de protección internacional, y el acceso a servicios sociales.

- 2) Proceso que pueda resultar en la expulsión de una persona migrante debe ser individual, de modo de evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio.
- 3) El Comité insta al Estado parte a reconocer por ley la nacionalidad chilena a hijas e hijos de migrantes en situación irregular nacidos en el territorio del Estado parte y así evitar cualquier riesgo de apatridia (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile, 11 de mayo de 2021).

Precisamente, la situación migratoria irregular tiene como consecuencia aumentar esta vulnerabilidad, lo que los expone especialmente a ser discriminados y a la vulneración de sus derechos humanos. Situación que ya generó preocupación y una serie de recomendaciones a Chile para ajustar sus normas y conductas al derecho internacional de los derechos humanos.

Con lo analizado hasta este punto podemos señalar que la aplicación de la norma migratoria por una parte mantiene un ámbito de discrecionalidad de la autoridad lo ha producido un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales y, por otra, los intentos de su modificación, especialmente, la tipificación como delito de la migración irregular tiene claramente un carácter regresivo.

5. Conclusiones

A modo conclusivo podemos señalar que, si bien, la Ley n.º 21.325 sobre Migración y Extranjería es un avance legislativo importante, no solo porque actualiza la regulación de la movilidad humana en Chile sino que también, incorpora elementos acorde a las obligaciones en materia de derechos humanos como principios de interpretación, no discriminación debido a la situación migratoria entre otros.

A pesar de la evolución señalada referente a principios, derechos e institucionalidad migratoria que constituye un avance respecto de la norma infraconstitucional anterior, la normativa sigue manteniendo una perspectiva de seguridad nacional en torno a la regulación de la migración. Asimismo, miramos con preocupación la carencia de mecanismos de justiciabilidad de los derechos, en especial los DESCAs, precisamente porque la propia Carta Fundamental vigente regula, de forma restrictiva, precisamente la posibilidad de acudir a un juez ante la vulneración de derechos. Sobre todo, considerando que en el ejercicio de algunos se distingue entre situación migratoria regular e irregular.

También, nos parece importante destacar que de la propuesta constitucional, rechazada el 4 de septiembre de 2022, hay elementos rescatables en lo que dice relación con los DESCAs. Específicamente el cambio de paradigma respecto de los derechos sociales, al consagrar que Chile es un Estado Social o las obligaciones específicas en torno a los DESCAs como el principio de progresividad y no regresión. A su vez, la consagración expresa de la perspectiva de género y la igualdad y no discriminación como norma transversal en materia de derechos.

En definitiva, el avance legal existente aún dista bastante de los estándares internacionales. Queda por ver cómo será aplicada e interpretada la norma legal por las autoridades administrativas, especialmente en lo referente a los derechos y, ante su eventual vulneración, qué herramientas jurisdiccionales prevalecerán para su justiciabilidad.

Respecto del texto aprobado por el Consejo Constitucional, este incorporó la criminalización de la migración irregular a nivel constitucional lo que es contrario a los derechos humanos de las personas migrantes. Queda pendiente el plebiscito de 17 de diciembre en que la ciudadanía se manifestará sobre el texto constitucional propuesto.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, G. (2016). Principio de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional (pp. 13-59). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Año XLIX, n.º 146).
- Aguirre, J. (2007). *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>
- Álvarez, V., Cárdenas, M., Nazar, C., y Vargas, F. (2022). Derechos de las personas migrantes y refugiadas: ingresos por pasos no habilitados y desprotección. En D. Judith Schönsteiner (ed.) *Informe Anual Derechos Humanos 2022* (pp. 271- 318). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos: UDP.
- Bassa, J., y Torres, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Revista Estudios Constitucionales*, 13(2), 103-124.
- BBC Mundo. (2023). *La crisis migratoria lleva al gobierno de Boric a militarizar la frontera norte de Chile, 27 de febrero de 2023*. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-64764691>
- Boza, D. (2014). Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012-2103). *Revista El Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2013(2013), 273-298.
- Cámara de Diputadas y Diputados (2023). *Boletín 15261-25 modifica la ley n.º 21.325, de migración y extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino a territorio nacional*. Recuperado de: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15772&prmBOLETIN=15261-25>
- Caro, M. (2022). Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una mirada desde el enfoque Basado en Derechos Humanos y Goce Efectivo de Derechos. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, 14 (27), 155-179.
- Roessler, P., y Ureta, W. (2022). *Qué hemos aprendido sobre irregularidad migratoria*. Recuperado de <https://www.ciperchile.cl/2022/03/28/que-hemos-aprendido-sobre-irregularidad-migratoria/>
- Colmenares, N., y Abarca, K. (2022). La migración a nivel local en Chile. Desafíos, demandas y políticas en tiempos de pandemia. *Revista Si Somos Americanos*, 22(1), 164-192.
- Comisión de Expertos (2023). *Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile*. Recuperado de <https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/06/Anteproyecto-Constitucion-Politica-Republica-de-Chile.pdf>
- Convención Constitucional (2022). *Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022*. Recuperado de <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-CPR-2022.pdf>
- DW (2022). *Chile militariza cuatro provincias por crisis migratoria, 13 de febrero de 2022*. Recuperado de <https://www.dw.com/es/chile-militariza-cuatro-provincias-por-crisis-migratoria-en-el-norte/a-60759544>.

- INE- DEM (2021). *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020*. Recuperado de <https://serviciomigraciones.cl/estadisticasmigratorias/estimacionesdeextranjeros/>
- Migraciones Chile (2022). *Estadísticas migratorias- permisos de residencia definitiva otorgadas*. Recuperado de <https://serviciomigraciones.cl/estadisticasmigratorias/registrosadministrativos/>
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Gobierno de Chile (2023). *Política Nacional de Migración y Extranjería*. Recuperado de <https://serviciomigraciones.cl/gobierno-de-chile-presenta-pnme/>
- Nogueira, H (2002). Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional. *Revista Ius et Praxis*, (1), 563-581.
- Morales, A., y González, J. (2022). *Política migratoria: un balance*. Recuperado de <https://www.ciperchile.cl/2022/11/07/politica-migratoria-un-balance/>
- Nogueira, H. (2015). El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Revista Estudios constitucionales*, 13(2), 301-350.
- Olano, H. (2016). Teoría de Control de Convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, 14(1), 61-94.
- ONU. (2021) Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile*. 11 de mayo de 2021.
- Sandoval, M. (2021). Sentido y alcance del contenido esencial del derecho a migrar en Chile. *Estudios Constitucionales*, 19(2), 170-198.
- Sandoval, M. (2023). Refugiados, Proyecto de Nueva Constitución y Derechos Fundamentales. En G. Aguilar Cavallo (coord.). *El Constitucionalismo Transformador en el Siglo XXI* (pp. 1473-1497). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Servicio Jesuita a Migrantes, SJM (2022). *Migración en Chile. Lecciones y desafíos para los próximos años: Balance de la Movilidad Humana en Chile 2018 – 2022*, Santiago, Chile. Recuperado de <https://www.migracionenchile.cl/publicaciones>
- Viera Álvarez, Christian (2014). Estado social como fórmula en la constitución chilena. *Revista de Derecho Coquimbo*, 1(2), 453-482.

Normas Jurídicas

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
- Convención Internacional de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 18 de diciembre de 1990.
- Ley n.º 21.325 sobre Migración y Extranjería, Diario Oficial 20 de abril 2021, entrada en vigor 12 de febrero de 2022.

Sentencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C n.º 272.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C n.º 282.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012). *Caso Khlaifia y otros Vs. Italia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. No. 16483:

Corte Suprema (2012). Rol n.º 7580-2012. Sentencia de 22 de enero de 2013.

Corte Suprema (2014). Rol n.º 11654-2014. Sentencia de 22 de agosto de 2014.

Corte Suprema (2017). Rol n.º 17.883-2015. Sentencia de 28 de febrero de 2017.

Corte Suprema (2022). Rol n.º 4721-2022. Sentencia de 24 de agosto de 2022.

Convenciones, tratados y conferencias

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*. Adoptada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019.

Observaciones, opiniones, recomendaciones e informes

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno*. 15 de julio de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Opinión Consultiva OC 18 /03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay respecto de los derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*. 19 de agosto de 2014

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Opinión Consultiva 25/18, solicitada por la República del Ecuador sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. 30 de mayo de 2018.

ONU (2018). *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos, Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad*. 3 de enero de 2018.