

# MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS



**Informe Temático**

**2016**



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS



# MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Informe Temático  
2016

**Directoras de investigación**

Liliana Galdámez Zelada  
Rita Lages de Oliveira

**Coordinadora**

Valentina López Garrido

**Equipo de ayudantes**

Bárbara Alicia González Guerrero  
Claudio Javier Fredes Morales  
Natalia Paz Morales Cerda  
Natalia Victoria Morales Márquez  
Tomás Alejandro Cortés Aracena



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

## Informe Temático 2016 Migración y derechos humanos en Chile

Diseño y diagramación: Maudie Thompson  
Fotografía de portada: Nicolás Slachevsky  
Edición: Centro de Derechos Humanos  
Facultad de Derecho – Universidad de Chile  
Pío Nono 1, Providencia  
Santiago de Chile  
Teléfono (56) 229785297  
[www.cdh.uchile.cl](http://www.cdh.uchile.cl)

ISSN: 0719-8299  
Diciembre 2016

### Equipo de trabajo del Informe Temático 2016

#### Directoras de investigación

Liliana Galdámez Zelada  
Rita Lages de Oliveira

#### Coordinadora

Valentina López Garrido

#### Equipo de ayudantes

Bárbara Alicia González Guerrero  
Claudio Javier Fredes Morales  
Natalia Paz Morales Cerda  
Natalia Victoria Morales Márquez  
Tomás Alejandro Cortés Arcena



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional

# Contenido

Presentación	1
Abreviaturas	3
Preliminares	5
1. Antecedentes históricos de la migración en Chile	5
2. La migración en el Chile de hoy	12
Bibliografía	13
Fuentes normativas	14
Jurisprudencia	15
<b>Capítulo I. Marco jurídico actual de personas migrantes en Chile</b>	<b>16</b>
1. La Ley y el Reglamento de extranjería	16
2. Normativa infralegal	18
2.1. Instrucciones generales	19
2.2. Instrucciones en materias específicas	21
a) <i>Salud</i>	21
b) <i>Educación</i>	22
c) <i>Mujeres víctimas de violencia</i>	23
d) <i>Trabajo y seguridad social</i>	24
2.3. Trata y tráfico de migrantes	25
Bibliografía	27
Fuentes normativas	27
Jurisprudencia	28
<b>Capítulo II. Jurisprudencia nacional relevante</b>	<b>29</b>
1. Migración y criterios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	29
2. La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema	31
3. Fichas de jurisprudencia	35
DS N° 597, 14 de junio de 1984	35
Decreto Ley N°1094 de 1975	38
D.S N° 597, de junio de 1984 y DL N°1094 de 1975	64
Ley N° 18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad	68
<b>Capítulo III. Enfoques sobre migración en la prensa chilena</b>	<b>69</b>
1. Algunas reflexiones sobre estos hallazgos	72
1.1. Crimen y marginalidad	73
1.2. Visibilización	74
1.3. Derechos	75
1.4. Política migratoria	77
1.5. Migraciones hoy	78
Bibliografía	79
Prensa consultada	79

<b>Capítulo IV. La protección jurídica de las personas migrantes en el derecho internacional de los derechos humanos</b>	<b>81</b>
1. Consideraciones generales	81
2. El principio de igualdad y no discriminación en materia migratoria	83
3. El estándar mínimo internacional de trato o protección en materia migratoria	87
3.1. Contenido del estándar mínimo internacional de derechos humanos en materia migratoria	88
Bibliografía	97
Jurisprudencia	99
Conclusiones finales	101

# Presentación

En los últimos días, el fenómeno de la migración en Chile ha irrumpido en la agenda política dando cuenta de la actualidad y vigencia del tema, cuyo origen se encuentra en la una visible diversidad relativamente novedosa en nuestro país, y cuyo impacto aún carece de una reflexión más profunda en cuanto sus consecuencias en la vida comunitaria.

Presentamos el primer informe temático elaborado por un equipo de académicas y ayudantes del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, titulado Migración y derechos humanos en Chile, queremos agradecer también a Constanza Núñez Donald, por su valiosa colaboración en la fase inicial de este trabajo.

Con este informe esperamos dar inicio a una serie de estudios anuales, cuyo objetivo es describir y analizar un problema específico relacionado con los derechos humanos, con ello se busca contribuir a la creación de conocimiento sobre sus aspectos críticos. Con estas investigaciones esperamos reforzar la visibilidad a esos problemas y, ojalá, contribuir al desarrollo de acciones concretas que permitan superarlos.

Para este informe, el Centro de Derechos Humanos propone analizar y conocer cuál es la situación en la que se encuentran las personas migrantes en Chile. Es conocido que los flujos migratorios hacia el país se caracterizan por su sostenido y progresivo aumento. La principal norma que incide en su regulación es el DL 1094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile. Dicha norma entró en vigencia el 14 de julio de 1975 y lleva la firma de la Junta Militar de Gobierno; con el retorno a la democracia dicha norma no ha sido derogada y los cuestionamientos a su contenido y alcance provienen de los más variados sectores.

El propio Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 2273-12-INA, de 4 de julio de 2013, conoció sobre una norma estratégica del DL 1094, el art. 13 que señala: “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones”. En su sentencia, el Tribunal Constitucional opinó que “Se trata de una norma preconstitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno”.

El trabajo que se presenta a continuación tiene, además, un enfoque distintivo. Intentaremos integrar en el análisis de la migración en Chile, el estudio de las normas, la jurisprudencia, la historia y otras fuentes que permitan comprender la complejidad del fenómeno migratorio, más allá del análisis estrictamente jurídico, aproximándonos a su estudio desde una perspectiva que incorpore distintos saberes.

Este estudio, no hace más que ratificar el carácter extemporáneo de las normas migratorias, la distorsión que produce su aplicación y la necesidad de adecuar la normativa nacional a los nuevos paradigmas que la globalización plantea, especialmente en lo que se refiere a la migración y los derechos humanos. Ya los informes del Comité de migrantes han recomendado a Chile elaborar con urgencia una norma democrática que regule y sea acorde con los estándares nacionales e internacionales de respeto y promoción de los derechos humanos y fundamentales.

El informe contiene los siguientes apartados. La introducción se dedica a analizar aspectos históricos de la migración en Chile; el capítulo I se dirige a definir y delimitar el marco jurídico que regula la migración y también el conjunto de normas de rango infralegal que reconoce algunos derechos sociales para las personas migrantes; en el capítulo II, se analizarán algunos criterios jurisprudenciales en esta materia, especialmente sus criterios a propósito de las expulsiones de las personas migrantes y sus fundamentos a partir de la normativa actualmente aplicable; el capítulo III analiza y muestra la manera en que la prensa nacional retrata la inmigración y los estereotipos asociados. En el capítulo IV y final se sistematizará el estándar internacional en la materia. El trabajo concluye con un apartado de conclusiones.

El informe que se presenta no habría sido posible sin la valiosa contribución y empeño de del equipo de ayudantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a quienes además de agradecer, celebramos por el desarrollo de sus habilidades en la investigación jurídica en temáticas sobre derechos humanos y por comprometerse en la resolución de problemas que afectan a aquellos que buscan construir un proyecto de vida en este país. Este esfuerzo representa el espíritu propio de la Universidad de Chile y su compromiso con los asuntos de interés público.

### **Directoras de investigación**

Liliana Galdámez

Rita Lages



# Abreviaturas

DFL	Decreto con fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
DS	Decreto Supremo
CADH	Convención americana de derechos humanos
CCT	Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes
CDFUE	Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea
CIDH	Comisión interamericana de derechos humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CORTE IDH	Corte Interamericana de derechos humanos
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos
DUDH	Declaración universal de derechos humanos
OC	Opinión consultiva
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIDCP	Pacto internacional de derechos civiles y políticos
PIDESC	Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales
PFCT	Protocolo facultativo a la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes
SIDH	Sistema interamericano de derechos humanos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal europeo de derechos humanos



# Preliminares<sup>1</sup>

## 1. Antecedentes históricos de la migración en Chile

El análisis de datos y las investigaciones históricas<sup>2</sup> coinciden en que Chile no se caracteriza por ser un país de inmigración masiva<sup>3</sup>, como sí lo han sido otros países latinoamericanos como Brasil, Argentina, Venezuela y Costa Rica<sup>4</sup>. No obstante ello, el fenómeno migratorio en Chile ha estado presente desde los inicios de su formación como nación, si bien es importante tener presente que los flujos migratorios han experimentado variaciones.

Existe información censitaria que da cuenta de que antes de 1885 el porcentaje de inmigrantes en relación a la población total no alcanzaba el 1,5%, y si bien la cifra se fue paulatinamente incrementado, aun en el periodo en que la inmigración alcanzó su mayor magnitud (entre las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX) ésta sólo llegó a representar un poco más del 4% de la población, teniendo como máximo 132.312 personas el año 1907<sup>5</sup>.

- 1 Este apartado ha sido redactado por Natalia Victoria Morales Márquez, ayudante de investigación equipo CDH.
- 2 Entre otros, María Verónica Cano; Magdalena Soffia Contrucci y Martínez Pizarro, Jorge, *Conocer para legislar y hacer política, los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio*. (Serie libertad y desarrollo, Santiago: CEPAL, 2009 <<http://archivo.cepal.org/pdfs/2009/S0900516.pdf>> [consulta: 01.03.2016]; Cano, Verónica y Soffia, Magdalena. “Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada. *Papeles de Población*, vol. 15 n° 61 (2009): 129-167 <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11211806007>> [consulta: 01.03.2016]; Cano, Verónica y Soffia, Magdalena, “Normativa y política migratoria en Chile a la luz de los derechos humanos”. *Entre Tierras. Boletín sobre política migratoria y Derechos Humanos*, edición especial, septiembre 2009a. <<http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/4/37774/ENTRETIERRASchile.pdf>> [consulta: Marzo 2016]; Baldomero Estrada, “La historia infausta de la inmigración española en Chile a través de los conflictos comerciales y políticos”. *Historia* (Santiago), vol. 35 (2002): 63-89. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-71942002003500005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942002003500005&lng=es&nrm=iso)>. [Consulta: 01.03.2016]; Gilberto Harris Bucher. *Emigrantes e inmigrantes en Chile, 1810-1915: todo revisitado todo recargado*, 2ª edición (Valparaíso: editorial Puntángelos Universidad de Playa Ancha, 2012); María Florencia Jensen, *Inmigrantes en Chile, la exclusión vista desde la política migratoria chilena*, en *Temáticas Migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración*, 1ª edición, ed. Eduardo Bologna (Río de Janeiro: Asociación Latinoamericana de Población, 2009), 105-130; Carmen Norambuena, “Política y legislación inmigratoria en Chile 1830-1920”, *Cuadernos de Humanidades*, vol. 10 (1990); Nicolás Palacios, *Raza chilena: libro escrito por un chileno y para los chilenos*, 4ª edición (Santiago: ediciones Colchagua, 1988); Antonia Rebolledo, “La turcofobia. Discriminación antiárabe en Chile, 1900-1950”, *Revista Historia*, n° 28 (1994): 249-272; María Rosaria Stabili, “Las políticas inmigratorias de los gobiernos chilenos desde la segunda mitad del siglo pasado hasta 1920”, *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, n° 2 (1986); Carolina Stefoni, “Representaciones Culturales y Estereotipos de la Migración Peruana en Chile”. Informe final del concurso: Culturas e identidades en América Latina y el Caribe (Programa Regional de Becas, CLACSO, 2001). <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/becas/20101111100353/stefoni.pdf>> [consulta: 01.03.2016]; Carolina Stefoni, “Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante”, en *La construcción social del sujeto migrante en América Latina Prácticas, representaciones y categorías*. (Quito: FLACSO, CLACSO, Universidad Alberto Hurtado, 2011), p. 81; Sergio Villalobos, *Chile y su Historia*, 11ª edición (Santiago: Universitaria, 2014), 248-249.
- 3 Cano, Soffia y Martínez Pizarro 2009, 11; Cano y Soffia 2009, 130; Villalobos 2014, 248-249; Jensen 2009, 105.
- 4 Cano, Soffia y Martínez Pizarro 2009, 11; Jorge Martínez, *El encanto de los datos: socio demografía de la inmigración en Chile según el censo de 2002*. (Serie Población y Desarrollo, 49, Santiago: CELADE-CEPAL, 2012), 21-23 <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7187/S0312937\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7187/S0312937_es.pdf?sequence=1)> [consulta: 01.03.2016]. Organización mundial para las migraciones. *Panorama Migratorio de América del Sur 2012* (Buenos Aires: OIM, 2012), 9-18. <[https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Panorama\\_Migratorio\\_de\\_America\\_del\\_Sur\\_2012.pdf](https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Panorama_Migratorio_de_America_del_Sur_2012.pdf)>.
- 5 Cano, Soffia y Martínez Pizarro 2009, 12.

Durante el transcurso del siglo XX, la cantidad de inmigrantes disminuyó progresivamente, teniendo las cifras más bajas en la década de los 80, con 84.345 personas representativas del 0,7% de la población, para volver a aumentar de forma progresiva tras el retorno de la democracia, hasta el día de hoy<sup>6</sup>. Por otra parte, y si bien en los últimos años se ha percibido un aumento sostenido en la magnitud del fenómeno migratorio, los datos recopilados aun dan cuenta de una inmigración por debajo de las cifras internacionales: “En general, Chile ha mantenido en las últimas décadas una proporción de inmigrantes que fluctúa entre el 1% y el 2%, porcentaje siempre inferior al de inmigrantes a nivel mundial (2,8%)”<sup>7</sup>.

Si bien estas cifras dan cuenta de la escasa influencia numérica de la población migrante en Chile, también dan cuenta de la permanencia y continuidad del proceso. Durante distintos momentos de la historia del país, la migración ha motivado reacciones institucionales y políticas, que han buscado darle cierto orden y dirección con mayor o menor éxito.

Haciéndose cargo de la presencia permanente de personas extranjeras en suelo nacional, desde muy temprano se incluyó referencias a la migración en la normativa. Siguiendo al Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N° 2273-12<sup>8</sup>, el Tribunal señala que dicha legislación, “devela una amplia consideración al extranjero” que es posible observar en el articulado de los ensayos constitucionales. En el Reglamento Constitucional de 1812, se señala: “el español es nuestro hermano. El extranjero deja de serlo si es útil (...) A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades”<sup>9</sup>; el artículo 10° de la Constitución de 1818 agrega que, “a ninguno se le puede privar de la libertad civil, que consiste en hacer todo lo que no daña a la religión, sociedad o a sus individuos, y en fijar su residencia en la parte que sea de su agrado, dentro o fuera del Estado”<sup>10</sup>; y finalmente la Constitución de 1828 le reconoce los derechos imprescriptibles a la libertad a todo “hombre”, añadiendo en su artículo 11: “en Chile no hay esclavos; si alguno pisase el territorio de la República recobra por este hecho su libertad”<sup>11</sup>. Posteriormente, en la Constitución de 1833 se introduce la fórmula de aseguramiento de derechos a los “habitantes de la República”<sup>12</sup>, sin distinguir entre nacionales y extranjeros.

Sin embargo, en la misma sentencia el Tribunal Constitucional previene que estas normas se refieren “a la regla de la admisión general de extranjeros, pero aún es más estricta la legislación sobre el inmigrante”<sup>13</sup>. Así, en la Constitución de 1833, la fórmula de “habitantes de la República” buscó preservar “un margen de maniobra respecto de quienes aún no habitan tal territorio (...) [que] fue utilizado por el legislador para establecer reglas que diferenciaron el ingreso de extranjeros turistas, residentes e inmigrantes”<sup>14</sup>.

Desde los inicios del surgimiento de la nación, la inmigración no fue equiparada a la llegada de cualquier inmigrante, teniendo los primeros una caracterización singular en la historia. Para Cano y Soffia, el concepto de migración en un principio se identificó con un proceso especial:

---

6 Cano *et al.* 2009, 12, cuadro 1.

7 Cano *et al.* 2009, 11.

8 Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia del 4 de Julio del 2013. Rol N° 2273-12, considerando 16.

9 Reglamento Constitucional Provisorio 1812, de 12 de Octubre de 1812., artículo 24°

10 Proyecto de Constitución provisoria para el Estado de Chile, de 10 de Agosto de 1818, capítulo I, título I, artículo 10°.

11 Constitución Política de la República de Chile, 8 de Agosto de 1828, artículos 10° y 11°.

12 Constitución Política de la República de Chile, 25 de Mayo de 1833, artículo 12°.

13 TC. Rol N° 2273-12, considerando 20.

14 TC. Rol N° 2273-12, considerando 24.

la colonización dirigida<sup>15</sup>, al amparo de la denominada “Ley de Colonización” de 1845<sup>16</sup>. Esta normativa constituyó la primera política estatal en torno al tema<sup>17</sup>, que optó por un enfoque de recepción restrictiva acorde al ideario de la época, orientado a concretar los objetivos de ocupar territorios deshabitados en el sur del país y, a través del contacto y mestizaje con los colonos “mejorar la raza” de los chilenos<sup>18</sup>. Para ello se estableció una prelación de nacionalidades consideradas como “deseables”, preferentemente europeas<sup>19</sup>, y una serie de incentivos económicos para promover la llegada de estas personas, entre otros, la concesión de las tierras, y la entrega de elementos para el cultivo, el no pago de casi la totalidad de las contribuciones existentes en la época, y la concesión de la nacionalidad por el solo hecho de avecindarse en las colonias<sup>20</sup>.

Consecuentes con esta visión idealizada del europeo y sus efectos en la sociedad chilena, la mayoría de los trabajos que analizan este periodo, elogian los resultados de esta inmigración destacando el aporte cultural, económico y social de los colonos en Chile<sup>21</sup>. En este sentido, por ejemplo, Sergio Villalobos señala, “Fueron los primeros colonos un ejemplo de lo que puede el hombre que lucha contra la naturaleza, cuando le asiste la fe en el porvenir y le sostienen los naturales atributos de ella, la fe y la abnegación”<sup>22</sup>. Sin embargo, cierta doctrina matiza estas afirmaciones señalando que las cifras de la época delatan que los flujos espontáneos de europeos fueron siempre más considerables que las migraciones planificadas y que en términos cuantitativos nunca se logró captar el flujo de europeos esperado: “el impulso activador del Estado chileno se centró en la inmigración selectiva, cuando las condiciones lo requirieron, pero esa inmigración, fue superada ampliamente por la libre y espontánea, que sin estar protegida por el gobierno presentó las características de ser más masiva y más constante en el tiempo”<sup>23</sup>. Asimismo, otros autores plantean otras perspectivas respecto a la mitificación de la inmigración europea, afirmando que la condición social de aquellos que vinieron en razón de los beneficios ofrecidos no se correspondía con lo que se buscaba<sup>24</sup>, y que muchos de estos inmigrantes se integraron, finalmente, con los sectores más pobres de la población<sup>25</sup>.

Esto que se ha identificado como “otra migración”, por su parte, no fue materia de políticas claras, acentuando la diferenciación entre el colono y el inmigrante libre. Stefoni, por ejemplo, ha descrito que en la ley de colonización de 1845 está el origen de lo que ella denomina “*entendimiento dual de la condición de inmigrante*”, que los ha separado en dos categorías: “*un extranjero deseable –el colono– y otro no deseado –el espontáneo*”<sup>26</sup>. Las normas posteriores a la Ley de colonización<sup>27</sup> en el siglo XIX, siguieron la misma línea, reglamentando

15 Cano y Soffia 2009, 131-132.

16 Ley de Colonias de naturales i extranjeros- Se autoriza al ejecutivo para establecerlas, de 18 de noviembre de 1845. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1062510&buscar=ley+de+colonias>>.

17 Cano *et al.* 2009, 47.

18 Stefoni 2001, 8; Cano *et al.* 2009, 13; Jensen 2009, 106.

19 Así lo consignan los documentos de trabajo de la Comisión nombrada por el supremo Gobierno para estudiar la inmigración extranjera en 1856 informe de Rafael Larrain al ministro del interior Santiago, 15 de agosto de 1856. Harris 2001, 133.

20 Ley de Colonias de naturales i extranjeros (1845), artículos 1°, 4° y 5°.

21 Villalobos 2014, 248-249; Stabili 1986, 183; Estrada 2002, 63-89.

22 Villalobos 2014, 248.

23 Norambuena 1990, 25; Cano, Soffia y Martínez 2009, 14; Harris 2012, 202.

24 Harris 2012, 203 y ss.

25 *Ibidem*; Estrada 2002, 63-89.

26 Stefoni 2011, 81.

27 Entre 1845 y 1913 fueron más de treinta leyes consultadas. Anguita, Ricardo. *Recopilación de leyes entre 1810 y 1913*

concesiones de terrenos específicos, aumentos continuos de presupuesto para la ejecución del plan de colonización, y aspectos técnicos como la definición de la institución a cargo de la administración de los colonos en el país (ubicarlos, o registrar su entrada o salida), tarea que fue encomendada sucesivamente a distintos organismos<sup>28</sup>. La cantidad de leyes y su especificidad delata además la elaboración desordenada e inorgánica de la política migratoria que necesito bastantes ajustes.

A lo largo del siglo XIX, a los europeos no contratados se sumaron personas de países árabes y asiáticos, además de la siempre existente y significativa (aunque poco abordada) migración fronteriza<sup>29</sup>. “Mientras que para el primer grupo, los inmigrantes libres, se dispusieron requisitos raciales, sanitarios, morales, culturales y económicos, para el segundo se normaba sobre los beneficios, concesión de títulos de dominio –previo asentamiento asignado- y se establecía la imposibilidad de transferencia de tierras asignadas”<sup>30</sup>.

El rechazo local a una inmigración en ese entonces creciente, también fue un problema transversal y relevante para estas personas. Conocidos representantes del mundo intelectual se manifestaban en contra de la inmigración<sup>31</sup>, siendo paradigmático de esta postura el libro “Raza Chilena” de Nicolás Palacios, que defendía abiertamente el rechazo al inmigrante por consideraciones de raza: “es en la tierra la especie humana está formada de razas cuyas diferentes capacidades van, por lo menos, de una a cien, i el mundo no está políticamente dividido en regiones sino en naciones distintas i rivales unas de otras (...) Es por eso que los pueblos que adopten ese medio (la colonización) de poblar sus territorios deshabitados deben ser en el mayor grado cuidadosos de la calidad de esos colonos, de que ellos sean de raza superior a la nacional si es posible, sino quieren que tarde o temprano la nación este poblada por una raza que caerá infaliblemente bajo el dominio de otra superior”<sup>32</sup>.

Harris y Agar dan cuenta de que la prensa, los partidos políticos, y las organizaciones obreras también manifestaban opiniones de rechazo<sup>33</sup>: “Es simple y es muy notorio/ que desde la inmigración/ ha habido propagación/ de horrores que a nadie halaga/ pues esta ha sido una plaga/ que ha arruinado la nación”<sup>34</sup>.

A este respecto, es necesario mencionar que no hubo mención de este tipo de migración a nivel normativo hasta principios del siglo XX, cuando con el objetivo de fomentar la producción nacional, se dictó el “Reglamento de Inmigración Libre” en 1905, y una ley para proveer a este plan de fondos<sup>35</sup>, un año después se crea la Inspección General de Colonización e Inmigración. La inmigración libre desde el punto de vista institucional “consistía en permitir la llegada de

---

(Santiago: Imprenta litografía y encuadernaciones Barcelona, 1913), en tomo I: 150, 473, 527, 620; tomo II: 54, 249, 278, 340, y 383; tomo III: 89, 235, 259, 274, 285, 301, 313, 370, 411, 440, 443, 460, 472, 478, 488, 491, 500, 512, y 517; tomo IV: 78, 82, 137, 232, 265, 353 y 443.

28 El primero de ellos fue la Oficina General de Colonización (en 1872), luego el Servicio Nacional de Agricultura (1881) y después la Inspección General de Colonización (1895) respecto de los inmigrantes agrícolas y de la SOFOFA respecto de los inmigrantes industriales. Cano *et al.*, 48.

29 Cano *et al.* 2009, 15.

30 Cano *et al.* 2009, 85.

31 Rebolledo 1994, 264

32 Palacios 1988, 470 y 532.

33 Rebolledo 1994, 264.

34 Pedro Villegas. *La injusticia en Chile: la vida infame y la plaga de inmigración: los lamentos del reo: fusilamiento de Bernal y Salas*, Am. II, 505 *apud* Harris 2012, 201.

35 Ley N° 1.884. Fondos para fomentar la inmigración libre. Diario Oficial, de 22 de noviembre de 1906.

inmigrantes motivados por situaciones coyunturales, tales como la explotación del salitre y el cobre, el tráfico naval, el comercio o la invitación de parientes, y no necesariamente para colonizar territorios chilenos<sup>36</sup>. Pero paralelamente el proceso de colonización anterior continuaba, lo que se delata por ejemplo en la dictación de una ley para consolidar la propiedad de los colonos ya asentados<sup>37</sup>, la disposición de más recursos para continuar el plan colonizador de acuerdo a la normativa anterior<sup>38</sup>, y la destinación de nuevos territorios como Tacna<sup>39</sup>. Así, se continuaron aplicando criterios de selectividad ahora en el marco del “proceso de industrialización iniciado en el país”, que “llevó a la inclusión de nuevos perfiles de colonos en el programa, abriendo espacio a técnicos y obreros especializados”<sup>40</sup>.

La persistencia en el ideario selectivo se evidencia también con la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953, que constituye la segunda normativa oficial destinada a regular la migración en Chile<sup>41</sup>, cuyo mensaje es claro respecto a sus principios fundantes: “una inmigración seleccionada producirá el aumento de la población, el mejoramiento técnico de la misma y una racionalización en el consumo, que elevará el estándar de vida del país; Que la inmigración con elementos de selección contribuirá a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza”<sup>42</sup>. Con este decreto se crea el Departamento de Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores, ahora encargado del control migratorio. En su articulado, el DFL N° 69 separa a los migrantes en las categorías de “inmigración libre”, aquel que costea su viaje y establecimiento<sup>43</sup>, y “inmigración dirigida”, aquella que se efectúa con la ayuda económica de instituciones nacionales, extranjeras o internacionales y con el objeto de radicar al inmigrante en una zona determinada<sup>44</sup>. En el trabajo “La ley migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante” Carolina Stefoni reflexiona sobre cierta continuidad de este reglamento respecto a la ley de Colonización, manteniendo la “migración dirigida y espontánea en un caso, migración deseable y no deseable, en otro”<sup>45</sup>.

Tras el quiebre institucional de 1973 se asume una posición oficial de fronteras cerradas en el país, que se concreta con la elaboración de la denominada “Ley de Extranjería”: el Decreto Ley 1.094<sup>46</sup> de 1975. En palabras de Rodrigo Sandoval<sup>47</sup> este decreto “no solo mantiene el reseñado espíritu restrictivo en las políticas de ingreso de las normas que la precedieron, sino que además incorpora elementos de la Doctrina de Seguridad Nacional, sustentada en tres ejes que

---

36 Cano *et al.* 2009, 49.

37 Ley N° 2.027, se concede título definitivo de propiedad de terrenos a los nacionales i extranjeros nacionalizados que hayan ocupado i cultivado tierras fiscales situadas al sur de la provincia de concepción. Diario Oficial, de 17 de Febrero de 1908.

38 Ley N° 2.465, autoriza la inversión de \$200.000 en el cumplimiento de las leyes de colonización y radicación de indígenas. Diario Oficial, de 10 de Febrero de 1911.

39 Ley N° 2207, se dispone que las leyes de colonización sean aplicadas a los terrenos baldíos o fiscales de la provincia de Tacna. Diario Oficial, de 13 de septiembre de 1909.

40 Stefoni 2011, 85.

41 Cano *et al.* 2009, 49.

42 Decreto con Fuerza de Ley N° 69, crea el departamento de inmigración y establece normas sobre la materia. Diario Oficial, 8 de Mayo de 1953.

43 DFL N° 69 (1953), artículo 9°.

44 DFL N° 69 (1953), artículo 10°.

45 Stefoni 2011, 86.

46 Decreto Ley N° 1094, establece normas sobre extranjeros en Chile. Diario Oficial, de 19 de julio de 1975.

47 Jefe Nacional del Departamento de Extranjería y migración del Ministerio del Interior

definen el paradigma migratorio que actualmente configura la normativa vigente: la amenaza, la amplia discrecionalidad y un fuerte control de las fronteras (externas e internas)”<sup>48</sup>.

También en el contexto de la Doctrina de la Seguridad Nacional, se agregan al Decreto Ley 1.094 el Reglamento de Extranjería<sup>49</sup> y el decreto que delega en autoridades de Gobierno de Interior atribuciones relativas a extranjeros<sup>50</sup>, que con “fundamento en el control y seguridad del territorio nacional”<sup>51</sup>, constituyendo así el estatuto legal de los Inmigrantes en Chile hasta hoy. Para Stefoni con esta regulación se “consolidó al extranjero como una amenaza para el Estado-nación. Ello, sin embargo, no supuso una ruptura total respecto de la legislación anterior, sino una consolidación de ciertos elementos que venían gestándose desde fines del siglo XIX y principios del XX”<sup>52</sup>.

Paradójicamente, en este mismo periodo, la redacción por la que adoptó la Constitución de 1980 para consagrar el aseguramiento de derechos “a todas las personas”<sup>53</sup>, más allá de los fundamentos del constituyente al elaborar esta fórmula, en la práctica, para Francisco Zúñiga, ella provoca que se tenga, “por una parte un estatus constitucional garantista de extranjeros en Chile que se traduce en un disfrute de derechos fundamentales casi equivalentes entre nacionales y extranjeros y por otra parte una ley de extranjería y reglamento que dada la amplitud de la potestad pública (actos políticos y administrativos ) redundan en una precariedad del estatuto legal- reglamentario del extranjero en diferentes ámbitos”<sup>54</sup>; diferenciándose de hecho una vez más al extranjero en general del migrante, situación que se mantiene en la normativa con la vigencia de DL 1.094.

Con el retorno a la democracia, la tendencia migratoria del país se ha revertido, recibiendo Chile más personas de las que lo dejan. El desarrollo de la economía nacional y la estabilidad política han sido factores de atracción para los extranjeros, en particular para los de países vecinos que aspiran a mejorar su calidad de vida, acceder a trabajos y a mayores ingresos. Esta tendencia, sumada a la tendencia continental sobre aumento de la migración intrarregional, ha convertido a Chile, paulatinamente, en uno de los destinos de esta inmigración, recibiendo a personas de nacionalidades fronterizas en cantidades cada vez más significativas y sumando a las ya conocidas nacionalidades de origen otras nuevas. Este nuevo ciclo en la migración ha estado acompañado de gran visibilidad, siendo más llamativa respecto de ciertas nacionalidades como la peruana o boliviana en un inicio, o la colombiana, haitiana y dominicana en la actualidad. “Para citar un ejemplo bien conocido, durante la década de 1990 la inmigración peruana fue vista como una invasión y una amenaza, no así la inmigración argentina que en esos años era mayoritaria”<sup>55</sup>, la disparidad de trato a los inmigrantes según su nacionalidad delata la persistencia de una diferenciación entre extranjero e inmigrante, estando aún este último asociado a una percepción negativa en el imaginario nacional. A este respecto Stefoni

48 Rodrigo Sandoval, “Hacia una política nacional migratoria”, en *Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración*, ed. María Emilia Tijoux (Santiago de Chile: Universitaria, 2016), 104.

49 Decreto Supremo N° 597, aprueba nuevo reglamento de extranjería. Diario Oficial, de 14 de junio de 1984.

50 Decreto Supremo N° 818, delega en autoridades de interior que indica las atribuciones relativas a extranjeros, que señala. Diario Oficial, de 8 de Septiembre de 1983.

51 Cano *et al.* 2009, 50; Jensen 2009, 106.

52 Stefoni 2011, 82.

53 Constitución Política de la República de Chile, artículo 19.

54 Francisco Zúñiga, “El estatus constitucional de extranjeros”. *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), año LXVI n° 203 (1998): 329.

55 Correa, Josefina. “La inmigración como ‘problema’ o el resurgir de la raza. Racismo general, racismo cotidiano y su papel en la conformación de la Nación” en Tijoux *et al.* 2016, 39.



indica “El incremento en el número de emigrantes y su presencia mayoritaria en la Región Metropolitana, es lo que genera nuevos (y quizá también viejos racismos. El significado atribuido a rasgos fenotípicos, la condición de extranjero y el lugar de procedencia operan de manera conjunta en el proceso de racionalización, construyéndose como un factor de exclusión y discriminación en los pasos fronterizos, en la contratación de trabajadores, en el arriendo de una casa o pieza y en la forma como la sociedad chilena se vincula con tal o cual migrante”<sup>56</sup>.

Desde la perspectiva institucional, la migración del siglo XIX también significó nuevos desafíos, con miras a adecuar los estándares de Chile al marco internacional en esta materia. Por esto “los programas e iniciativas impulsados por los distintos gobiernos democráticos buscaron *solucionar los problemas que genera una ley anquilosada, restrictiva y lejos de las premisas de Derechos Humanos que debieran inspirarla*”<sup>57</sup>, siendo algunas de las manifestaciones de este cambio modificaciones introducidas en la Ley de extranjería entre 1993 y 2000<sup>58</sup>, la suscripción de tratados internacionales en la materia<sup>59</sup>, la dictación de una nueva ley en materia de refugio<sup>60</sup> y de Trata y tráfico<sup>61</sup> y la promoción de soluciones prácticas a nivel administrativo para las vulneraciones de derechos que se han advertido en los años posteriores, principalmente a través de convenios intersectoriales y ordenanzas<sup>62</sup>, entre otras medidas.

Pese a estos importantes avances, la legislación no ha sido modificada subsistiendo aun una normativa desactualizada y basada en principios de seguridad nacional que no se ajusta al estándar internacional, éste último más garantista de los derechos humanos de los migrantes. Si bien, han existido intentos de modificar la normativa en distintos gobiernos después del retorno de la democracia<sup>63</sup>; hasta la fecha ninguno se ha convertido en ley. En palabras de

56 Stefoni, Carolina. “Migrantes como buenos trabajadores en el sector de la construcción”, en Tijoux *et al.* 2016, 70.

57 Stefoni 2011, 81.

58 Ley N° 19.273 de 199, deroga las disposiciones de salida y entrada a los residentes extranjeros en el territorio nacional. Ley N° 19.476 de 1996: Modifica la Ley de Extranjería en materia de asilo y refugio, reconociendo el principio de no devolución y despenalizando el ingreso irregular al territorio nacional de extranjeros que soliciten refugio o asilo. Ley N° 19.581 de 1998: Crea la categoría de ingreso “habitante de zona fronteriza”, que facilita el ingreso y egreso de quienes cumplen las condiciones entre ciertos países. Decreto N° 2.910 de 2000: Permite a los solicitantes de residencia temporaria y sujeta a contrato, obtener una autorización para trabajar mientras se tramita su permiso de residencia.

59 En ese periodo: Decreto N° 84, ratifica la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 12 de abril de 2005; Decreto N° 342, ratifica la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los Protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 20 de diciembre de 2004; Decreto N° 830 ratifica la Convención de los derechos del niño, 14 de agosto de 1990; Decreto 225 del 8 de agosto de 2003 y Decreto 248 del 9 de Septiembre de 2003, ratifican sus protocolos adicionales; y Decreto N° 873 ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 23 de agosto de 1990.

60 Ley 20.430 de 2010, establece disposiciones sobre protección de refugiados. Diario Oficial, 15 de Abril de 2010.

61 El 8 de marzo de 2011 y según oficio N° 9340 emitido por la Cámara de Diputados, el Congreso Nacional aprobó el proyecto de ley que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y persecución criminal (Boletín N° 3778-18).

62 En materia de educación, hay a destacar: Oficio circular N° 6.232 de mayo 2003; Oficio ordinario N° 07/1008-1531-agosto 2005, Ministerio de educación. En materia de protección a la mujer embarazada: Oficio circular N° 1.179 de enero 2003 Ministerio de Salud. Acceso de niños al sistema público de salud: resolución exenta N° 1.914, de marzo 2008, Ministerio de salud. Convenio con JUNJI para el acceso a la educación parvularia: resolución exenta N° 6.677, de noviembre 2007. Convenio con SENAME, que facilita acceso a la red de protección de la infancia: Resolución Exenta N° 10.654, diciembre 2009. Convenio con SERNAM que facilita el acceso a la Red de Protección de víctimas de violencia intrafamiliar: Resolución Exenta N° 80.388, diciembre 2009.

63 Proyecto de Ley sobre migraciones, boletín 1114-06. <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=2891&prmBoletin=1114-06](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2891&prmBoletin=1114-06)> (consulta: 02.11.2016); Proyecto de ley de Migración y extranjería, boletín 8970-06, de 4 de Junio de 2013. <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06)> (consulta: 02.11.2016)

María José Cano: “La historia de la política migratoria chilena es más bien la de las normativas que, cada cierto tiempo, se muestran anacrónicas. Así, las leyes se han ido construyendo en respuesta a la coyuntura, caracterizándose por no mantener una coherencia en el tiempo”<sup>64</sup>.

## 2. La migración en el Chile de hoy

La realidad migratoria de Chile en la actualidad pone en evidencia la necesidad de legislar y actualizar las normas a los estándares internacionales, que erradiquen la doctrina de seguridad nacional. “En el contexto migratorio actual, cuando nos acercamos a medio millón de extranjeros residentes en Chile, existe amplio consenso en que esta regulación no responde a los desafíos que el país enfrenta para alcanzar el desarrollo económico, social y cultural”<sup>65</sup>.

Para contextualizar el fenómeno migratorio en la actualidad y, se debe señalar que Chile se convierte paulatinamente en un país de destino de migración. Desde 1982 a la fecha, ha existido un sostenido aumento de la población migrante en el país, entre otras razones, se atribuye esta situación a la estabilidad económica y social que ha caracterizado a Chile desde el retorno a la democracia. Las cifras elaboradas por el departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad pública<sup>66</sup>, revelan que en los últimos treinta años el número de migrantes ha pasado de alrededor de 83 mil a casi 411 mil; así, actualmente las y los migrantes representan un 2,3% de la población. Estos datos dan cuenta que, si bien Chile aún se ubica por debajo del promedio mundial, lentamente se ha ido consolidando como un destino de migraciones.

Respecto a las características de la población migrante que ha optado por desarrollar un proyecto de vida en el país, el número de mujeres supera levemente al número de hombres, representando un 52,6% del total de la población migrante; la mayoría de estos proviene de países limítrofes y se concentran entre los 20 y 35 años de edad<sup>67</sup>.

En cuanto los países de origen, la mayoría proviene de países limítrofes. En orden decreciente, proviene de Perú (31,7%), Argentina (16,3%) y Bolivia (8,8%). Además, y en un número inferior, provienen de Colombia (6,1%), Ecuador (4,7%), España (3,5%), Estados Unidos (3,1%), Brasil (3,0%), Venezuela (1,9%), China (1,9%), mientras el genérico otros países corresponde al 19,1%.

Otro dato que podría ser relevante, son las regiones donde se concentra la mayor cantidad de las personas migrantes. En este sentido, en términos absolutos la Región Metropolitana lidera con el 61,5% de la población migrante. Sin embargo, en términos relativos -es decir, en comparación con la población total de determinada región- la Región de Tarapacá aparece como la más relevante, pues un 7,4% de su población es migrante; seguida por las regiones de Arica y Parinacota y de Antofagasta, con un 5,8% y 4,6% respectivamente.

En el capítulo I se describirá la actual normativa que regula la situación en la que se encuentra la creciente población inmigrante en Chile.

---

64 Cano y Soffia, 2009a: 6.

65 Rodrigo Sandoval *et al.* 2016, 105.

66 Departamento de extranjería y migración del Ministerio del interior y seguridad pública, *Migración en Chile 2005–2014*, (Santiago: DEM, 2016).

67 DEM 2016.

## Bibliografía

ANGUITA, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile: desde 1810 hasta 1° de junio de 1913*. Santiago: Imprenta litografía y encuadernaciones Barcelona, 1913.

CANO, María Verónica; SOFFIA CONTRUCCI, Magdalena y MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge. “Conocer para legislar y hacer política, los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio”. *Serie libertad y desarrollo*, n° 88, 2009, <<http://archivo.cepal.org/pdfs/2009/S0900516.pdf>> [consulta: 01.03.2016].

CANO, María Verónica y SOFFIA CONTRUCCI, Magdalena. “Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada”. *Papeles de Población*, vol. 15 n° 61 (2009): 129-167. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11211806007>> [consulta: 01.03.2016].

\_\_\_\_\_. “Normativa y política migratoria en Chile a la luz de los derechos humanos”. *Entre Tierras, Boletín sobre política migratoria y Derechos Humanos*, 2009a. <<http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/4/37774/ENTRETIERRASchile.pdf>> [consulta: 01.03.2016].

CORREA, Josefina. “La inmigración como ‘problema’ o el resurgir de la raza. *Racismo general, racismo cotidiano y su papel en la conformación de la Nación*” 35-48 En: *Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración*, editado por María Emilia Tijoux Santiago de Chile: Universitaria, 2016.

DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, *Migración en Chile 2005–2014*, (Santiago: DEM, 2016).

ESTRADA, Baldomero. “La historia infausta de la inmigración española en Chile a través de los conflictos comerciales y políticos”. *Historia* (Santiago), vol. 35 (2002): 63-89. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-71942002003500005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942002003500005&lng=es&nrm=iso)> [consulta: 01.03.2016].

HARRIS, Gilberto. *Emigrantes e inmigrantes en Chile, 1810-1915: todo revisitado todo recargado*. Valparaíso: editorial Puntángeles Universidad de Playa Ancha, 2012.

\_\_\_\_\_. *Emigrantes e inmigrantes en Chile, 1810–1915. Nuevos aportes y notas revisionistas*. Valparaíso: Editorial Puntángeles Universidad de Playa Ancha, 2001.

JENSEN, María Florencia. “Inmigrantes en Chile, la exclusión vista desde la política migratoria chilena”, 105-130. En *Temáticas Migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración*, editado por Eduardo Bologna. Río de Janeiro: Asociación Latinoamericana de Población, 2009.

MARTÍNEZ, Jorge. “El encanto de los datos: sociodemografía de la inmigración en Chile según el censo de 2002”. *Serie Población y Desarrollo* 49, Santiago: Cepal, 2012. <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7187/S0312937\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7187/S0312937_es.pdf?sequence=1)> [consulta: 01.03.2016].

NORAMBUENA, Carmen. “Política y legislación inmigratoria en Chile 1830-1930”. *Cuadernos de Humanidades*, vol. 10 (1990): 1-123.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL PARA LAS MIGRACIONES. *Panorama Migratorio de América del Sur 2012*. (Buenos Aires, Argentina: Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Oficina Regional para América del Sur). Disponible en: <[https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Panorama\\_Migratorio\\_de\\_America\\_del\\_Sur\\_2012.pdf](https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Panorama_Migratorio_de_America_del_Sur_2012.pdf)> [consulta: 01.03.2016].

PALACIOS, Nicolás. *Raza chilena: libro escrito por un chileno y para los chilenos*. 4ª. ed. Santiago: Ediciones Colchagua, 1988.

REBOLLEDO, Antonia. “La turcofobia. Discriminación antiárabe en Chile, 1900-1950”. *Revista Historia*, n° 28 (1994): 249-272.

SANDOVAL, Rodrigo. “Hacia una política nacional migratoria”, 103-112. 65-75. En: *Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración*, editado por María Emilia Tijoux Santiago de Chile: Universitaria, 2016.

STABILI, María Rosaria. “Las políticas inmigratorias de los gobiernos chilenos desde la segunda mitad del siglo pasado hasta 1920”. *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, n° 2 (1986). 181-202.

STEFONI, Carolina. "Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante", 79-109. *La construcción social del sujeto migrante en América Latina Prácticas, representaciones y categorías*, coordinado por Bela Feldman-Bianco et al. Quito: CLACSO y Universidad Alberto Hurtado, 2011.

\_\_\_\_\_. "Representaciones Culturales y Estereotipos de la Migración Peruana en Chile". *Informe final del concurso: Culturas e identidades en América Latina y el Caribe*, Programa Regional de Becas CLACSO, 2001. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/becas/20101111100353/stefoni.pdf> [consulta: 01.03.2016].

\_\_\_\_\_. "Migrantes como buenos trabajadores en el sector de la construcción" 65-75. En: *Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración*, editado por María Emilia Tijoux Santiago de Chile: Universitaria, 2016.

VILLALOBOS, Sergio. *Chile y su Historia*, 11ª edición. Santiago de Chile: Universitaria, 2014.

ZÚÑIGA, Francisco. "El estatus constitucional de extranjeros". *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), año LXVI n° 203 (1998): 301-330.

## Fuentes normativas

Constitución Política de la República de Chile. Congreso General Constituyente, de 8 de Agosto de 1828.

Constitución Política de la República de Chile, de 25 de Mayo de 1833.

Constitución Política de la República de Chile. Decreto Supremo N° 100, Ministerio Secretaría General de la presidencia, de 22 de Septiembre de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N° 69, crea el departamento de inmigración y establece normas sobre la materia. Ministerio de Hacienda, 8 de Mayo de 1953.

Decreto Ley N° 1.094 de 1975, establece normas sobre extranjeros en Chile. Ministerio del Interior, 19 de julio de 1975.

Decreto Supremo N°818, de 1983, delega en autoridades de interior que indica las atribuciones relativas a extranjeros, que señala. Ministerio de Interior, 8 de Septiembre de 1983.

Decreto Supremo N° 597 de 1984, aprueba nuevo reglamento de extranjería. Ministerio del Interior, 14 de junio de 1984.

Ley de Colonias de naturales i extranjeros. Se autoriza al ejecutivo para establecerlas. Congreso Nacional de la República, de 18 de noviembre de 1845.

Ley N° 1.884 sobre fondos para fomentar la inmigración libre. Congreso Nacional, 22 de noviembre de 1906.

Ley N° 2.027, que concede título definitivo de propiedad de terrenos a los nacionales i extranjeros nacionalizados que hayan ocupado i cultivado tierras fiscales situadas al sur de la provincia de concepción. Congreso Nacional, 17 de Febrero de 1908.

Ley N° 2.207, dispone que las leyes de colonización sean aplicadas a los terrenos baldíos o fiscales de la provincia de Tacna. Congreso Nacional, 13 de septiembre de 1909.

Ley N° 2.465, que autoriza la inversión de \$200.000 en el cumplimiento de las leyes de colonización y radicación de indígena. Congreso Nacional, del 10 de Febrero de 1911.

Proyecto de Ley sobre Migraciones, boletín 1114-06. [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=2891&prmBoletin=1114-06](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2891&prmBoletin=1114-06) [consulta: 02.11.2016];

Proyecto de ley de Migración y extranjería, boletín 8970-06, de 4 de Junio de 2013. <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06)> [consulta: 02.11.2016]

Proyecto de Constitución provisoria para el Estado de Chile. Director Supremo de Chile, 10 de Agosto de 1818.

Reglamento Constitucional Provisorio 1812. República de Chile, 12 de Octubre de 1812.

## **Jurisprudencia**

Tribunal Constitucional De La Republica De Chile. Rol N° 2273-12-INA. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de los artículos 13, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, en los autos Rol N° 21751-2012 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el Subsecretario del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.* Sentencia del 4 de Julio del 2013.

# Capítulo I.

## Marco jurídico actual de personas migrantes en Chile<sup>1</sup>

### 1. La Ley y el Reglamento de extranjería

En Chile la regulación legal de la migración se encuentra fundamentalmente en el Decreto Ley N° 1.094 de 1975 (en adelante, ley de extranjería o DL)<sup>2</sup> y el Decreto Supremo N° 597 de 1984 (en adelante, reglamento de extranjería o DS). Adicionalmente, existe una dispersión de normas de rango infralegal –instructivos presidenciales, instrucciones generales, oficios, circulares, resoluciones exentas, convenios de colaboración interministerial, entre otros– mediante los cuales se ha pretendido regular la migración en nuestro país, principalmente a partir del reconocimiento de determinados derechos sociales para la creciente población migrante.

De conformidad al reglamento de extranjería, el órgano encargado de aplicar las disposiciones relativas a la política de inmigración, ejecutar la supervigilancia y control de la entrada y permanencia de las personas migrantes al país, y conocer, informar y resolver sus solicitudes de ingreso, contratación y visaciones, es el Departamento de Extranjería y Migración, órgano dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública<sup>3</sup>.

En relación a la entrada y permanencia de las personas migrantes en Chile, tanto la ley como el reglamento de extranjería regulan una variada tipología de permisos de residencia y visaciones, que difieren tanto en su fundamento, como en los requisitos para el otorgamiento de cada una de ellas. Así, actualmente dentro de nuestra legislación encontramos los siguientes permisos de residencia o visaciones: (i) visa sujeta a contrato de trabajo, (ii) visas temporarias (por vínculo familiar; hijo o hija de extranjero transeúnte; ex-residentes; por interés o por utilidad para el país; acuerdo MERCOSUR; por motivos laborales; para mujeres embarazadas o en tratamiento médico; por unión civil; para víctimas del delito tipificado en el artículo 411 quáter del Código penal), (iii) visa de residencia de estudiante, (iv) visa de residencia oficial, (v) visa de tripulantes, (vi) visación de residente con asilo político y para refugiados, (vii) visación extraordinaria por cumplimiento de condena y (viii) permanencia definitiva.

La ley y el reglamento de extranjería además establecen infracciones migratorias y sus respectivas sanciones. Así, se pueden encontrar infracciones migratorias no constitutivas de delito (por ejemplo, la residencia irregular<sup>4</sup> o el incumplimiento de la obligación de registro y obtención de cédula de identidad)<sup>5</sup> e infracciones migratorias constitutivas de delito (como sean el ingreso o egreso del territorio nacional con documentos falsificados, adulterados o

1 El presente capítulo fue redactado por Natalia Paz Morales Cerda, ayudante de investigación equipo CDH.

2 Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Publicado el 19 de julio de 1975.

3 Decreto con Fuerza de Ley N° 69, que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. Publicado el 08 de mayo de 1953, artículo 3.

4 DL N° 1.094 (1975), artículo 68.

5 DL N° 1.094 (1975), artículo 52.

expedidos a nombre de otra persona<sup>6</sup>, el ingreso irregular al país<sup>7</sup>, la simulación de contrato reincidente<sup>8</sup> y el ingreso al país habiendo orden de abandono o expulsión vigente<sup>9</sup>).

En relación a las sanciones migratorias que impone la normativa vigente en caso de comisión de algunas de las infracciones mencionadas, sean éstas constitutivas de delito o no, existen multas, medidas de control –medidas cautelares provisionales de carácter administrativo, entre las que se encuentra la obligación del extranjero de concurrir periódicamente a firmar a las dependencias de Policía de Investigaciones de Chile o la retención de documentos–, órdenes de abandono y, la más gravosa de todas, orden de expulsión del territorio nacional<sup>10</sup>.

La facultad de dictar una orden de expulsión se encuentra radicada por regla general en el Ministro del Interior y Seguridad Pública, quien “por orden del Presidente de la República”, dispondrá la expulsión del país mediante decreto supremo fundado<sup>11</sup>. No obstante lo anterior, el Decreto N° 818 de 1983 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública<sup>12</sup>, delega esta facultad en los intendentes regionales en el caso quienes hubieren prologando su permanencia en el país luego de expirar su permiso de turismo o de entrada al territorio nacional, y quienes infrinjan el artículo 146 del Reglamento de Extranjería (ingreso clandestino), respecto de los cuales la Intendencia respectiva hubiere obrado previamente conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del mismo reglamento.

Las normas en comento regulan dos tipos de causales de orden de expulsión del territorio. Por un lado, las obligatorias para el órgano competente; y por otro, las facultativas, y por tanto a pesar de encontrarse la persona en la situación de hecho descrita por la norma, el órgano podrá abstenerse de ordenar su expulsión del país.

Las causales facultativas para disponer una medida de expulsión están contempladas en el artículo 17 de la ley de extranjería: la permanencia en el país una vez vencido el plazo de residencia legal<sup>13</sup> y la comisión de infracciones graves o reiteradas de las obligaciones que impone la ley de extranjería, esto es, el incumplimiento de la obligación de registro, de obtener cédula de identidad, o de comunicar a la autoridad, cuando corresponda, el cambio de domicilio o actividades<sup>14</sup>, y el no pago de una multa impuesta con motivo de una infracción migratoria<sup>15</sup>. Por su parte, son causales obligatorias para la dictación de orden de expulsión, el ingreso con documentos falsos o adulterados<sup>16</sup> y el ingreso clandestino, por paso no habilitado o existiendo causales de impedimento o prohibición de ingreso<sup>17</sup>.

---

6 DL N° 1.094 (1975), artículo 68.

7 DL N° 1.094 (1975), artículo 69.

8 DL N° 1.094 (1975), artículo 75.

9 DL N° 1.094 (1975), artículo 69.

10 DL N° 1.094 (1975), artículos 68-77 y 81-90 del DL N° 1.094 y DS 597 (1984), artículos 145-156 y 164-167.

11 DL N° 1.094 (1975), artículo 84.

12 Decreto N° 818, que delega en autoridades de gobierno interior que indica, las atribuciones relativas a extranjeros, que señala. Publicado el 20 de mayo de 2000.

13 DL N° 1.094 (1975), artículo 71 y DS 597 (1984), artículo 148.

14 DL N° 1.094 (1975), artículo 72.

15 DL N° 1.094 (1975), artículo 80 y DS 597 (1984), artículo 160.

16 DL N° 1.094 (1975), artículo 68 y del DS 597 (1984), artículo 145.

17 DL N° 1.094 (1975), artículo 69.

En cuanto al procedimiento para la dictación de una medida de expulsión del país, la norma contenida en el artículo 173 del reglamento de extranjería señala que la expulsión dispuesta conforme a dicho reglamento se transcribirá a Policía de Investigaciones de Chile para su ejecución y deberá ser notificada por escrito y personalmente a la persona afectada, por la misma autoridad policial, bajo su firma, e indicando la fecha y hora en que se practicó. En caso que la persona afectada se negare a firmar, se debe dejar constancia de este hecho en el mismo documento de la notificación, debidamente firmado por quién esté funcionalmente a cargo de la gestión. Sin perjuicio de lo anterior, la normativa en análisis no aporta una regulación pormenorizada de las etapas del procedimiento, por tanto, tiene aplicación supletoria de la Ley N°19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.<sup>18</sup> Luego, el procedimiento administrativo tendiente a disponer la expulsión de un extranjero o una extranjera del territorio nacional debe regirse por los principios y etapas contemplados en la referida ley.

En relación a los recursos que la persona afectada por una orden de expulsión puede interponer, la Ley de Extranjería regula el recurso de reclamación de expulsión<sup>19</sup>. Este recurso, que procede únicamente en contra de aquellas órdenes de expulsión dictadas mediante decreto supremo fundado, contempla un plazo de 24 horas para su interposición, su interposición suspende la ejecución del referido acto administrativo, y durante su tramitación la persona afectada permanecerá privada de libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior y Seguridad Pública, o el intendente regional determinen.

Por su parte, atendido el carácter de aplicación supletoria de la mencionada ley de bases de procedimiento administrativo, proceden en contra de la orden de expulsión los recursos de invalidación<sup>20</sup>, reposición<sup>21</sup>, jerárquico<sup>22</sup> y extraordinario de revisión<sup>23</sup> contemplados en dicha ley.

## 2. Normativa infralegal

Como se ha mencionado anteriormente, existe una dispersión de normas de rango infralegal que progresivamente han reconocido algunos derechos sociales a la población migrante en Chile. En la práctica, este tipo de regulación ha venido a llenar los vacíos legales de protección de derechos de las personas migrantes, causados por una inorgánica y desactualizada legislación nacional en la materia.

Al respecto, se distingue entre instrucciones generales (2.1), materializadas en dos instructivos presidenciales, y regulaciones específicas (2.2.) en áreas determinadas, como la salud, educación, mujeres migrantes, y trabajo y seguridad social.

---

18 Ley 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Publicada el 29 de mayo de 2003 (última versión de 20 de agosto de 2008).

19 DL N° 1.094 (1975), artículo 89.

20 Ley N° 19.880 (2008), artículo 53.

21 Ley N° 19.880 (2008), artículo 59.

22 Ley N° 19.880 (2008), artículo 59.

23 Ley N° 19.880 (2008), artículo 60.



## 2.1. Instrucciones generales

El Instructivo presidencial N° 9 de 02 septiembre de 2008<sup>24</sup>, fija los lineamientos e instrucciones acerca de la política migratoria, según lo establecido en el programa de gobierno para el período 2006-2010, en que se reconoce a Chile como un país receptor de cuotas significativas de inmigrantes. Así, el debate se ha centrado en el deber de los Estado de proteger y respetar los derechos de las personas migrantes independiente de su situación migratoria. Además, se reconoce el vínculo entre migración y desarrollo, la incorporación de la variable de género, cuestión que en caso de Chile resulta fundamental por acoger una migración mayormente femenina<sup>25</sup>, y la necesidad de adoptar medidas específicas en el tratamiento de la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. En ese contexto, se determinaron los ejes que deben orientar la acción gubernamental frente al fenómeno de la migración, con énfasis en la participación ciudadana, en mérito de los cuales se configuró la política nacional migratoria y se resolvió impartir las siguientes instrucciones.

En primer lugar, se instruyó la creación del Consejo de Política Migratoria<sup>26</sup> con el propósito de dar un tratamiento intersectorial a la materia que permita una atención multidisciplinaria al fenómeno de migración internacional. Se trata de un ente gubernamental de carácter asesor de las autoridades superiores de la nación, cuyos principales objetivos son analizar el fenómeno migratorio en general, actualizar la información migratoria, y coordinar los agentes del ámbito estatal y de la sociedad civil.

El Consejo está presidido por el Subsecretario del Interior y Seguridad Pública, e integrado de forma permanente por los servicios públicos vinculados a la materia migratoria, y cuenta con espacio de participación y debate que incorpora a representantes de la sociedad civil.

En segundo lugar, se dispone la modernización de la gestión migratoria<sup>27</sup>. Con dicho propósito, se pretende generar sistemas eficientes de respuestas a las solicitudes de las personas migrantes residentes en Chile, a través de la modernización de la legislación migratoria y otras normas no migratorias, pero con incidencia en el fenómeno, agilizando los procedimientos para la atención de usuarios. En virtud de lo propuesto en el programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria, se contempla la presentación al Congreso Nacional de una nueva ley de migración acorde a los principios expuestos.

En tercer lugar, se dispone que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través del Departamento de Extranjería y Migración, actúe como secretaría técnica del Consejo de Política Migratoria, elaborando una estrategia intersectorial de implementación de los principios establecidos en esta política<sup>28</sup>.

Finalmente, se hace referencia a los compromisos intersectoriales, toda vez que el Consejo de Política Migratoria convocará a los servicios públicos nacionales a suscribir protocolos de

24 Instructivo presidencial N° 9, Imparte Instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”, de 2 de septiembre de 2008. <<http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%C2%BA%209.pdf>> (consulta: 25.10.2016).

25 De acuerdo a datos oficiales entregados por el Departamento de extranjería y migración, en 2014 residían en Chile casi 411 mil extranjeros, representando el 2,3% de la población total, de los cuales 52,6% eran mujeres. Departamento de extranjería y migración, *Migración en Chile 2005 – 2014* (Santiago: Departamento de extranjería y migración, 2016) <[www.extranjeria.gob.cl](http://www.extranjeria.gob.cl)>, pp. 21 y 24.

26 Instructivo presidencial N° 9, párr. 8 a).

27 Instructivo presidencial N° 9, párr. 8 b).

28 Instructivo presidencial N° 9, párr. 8 c).

acuerdo y coordinación para el cumplimiento de los compromisos establecidos en la política nacional migratoria.

Posteriormente, el 6 de noviembre de 2015, se dictó el Instructivo presidencial N° 5, que fija los lineamientos e instrucciones para la política nacional migratoria para 2014-2018<sup>29</sup> y propone principios para el tratamiento de la migración internacional, los que se fundan en un diagnóstico amplio sobre las características de ésta en Chile.

Dicho instructivo reconoce que Chile es un “país de migración”, que el gobierno tiene responsabilidades en la movilidad humana internacional y es su deber que las políticas públicas fomenten la no discriminación e inclusión social de las personas migrantes. En ese contexto, se establecen los ejes que deberán guiar la acción gubernamental en materia de inmigración y emigración, a partir de los cuales se instruye a los órganos y servicios que componen la administración del Estado, a saber, (i) enfoque transversal de derechos humanos; (ii) enfoque transversal de género; (iii) principio no discriminación y de consideración de los grupos vulnerables; (iv) acceso a la justicia en condiciones de igualdad; (v) Chile país intercultural; (vi) regularidad migratoria; (vii) empleo como mecanismo de inserción social; (viii) facilitación de la movilidad de las personas, del conocimiento para el desarrollo y la innovación; (ix) integralidad de la política y gestión migratoria; (x) vinculación y asociatividad para con los y las nacionales residentes en el exterior; (xi) responsabilidad compartida; (xii) participación en las políticas públicas migratorias; (xiii) Chile país de asilo y refugio; (xiv) migración segura; (xv) registro e información como soporte de la política migratoria.

Conforme a los ejes mencionados, se instruyen las siguientes instrucciones a los órganos y servicios que componen la administración del Estado para el desarrollo de sus planes, programas y proyectos.

En primer lugar, se mantiene la definición de migración internacional recogida en el literal a) del numeral 6, esto es, “el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política, con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen. También se incluyen los movimientos de refugiados, personas desplazadas y otras personas forzadas a dejar su país”; y los principios establecidos en el literal a) del numeral 7 del Instructivo presidencial N° 09 de 2008, que imparte instrucciones sobre la política nacional migratoria.

En segundo lugar, para asegurar la transversalidad del componente migratorio al interior del gobierno, se instruye avanzar hacia el establecimiento de un Sistema Nacional de Migración que se definirá como el conjunto de normas, procesos, planes y programas que acompañan el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de la política pública con el propósito de generar una respuesta multidimensional a los procesos migratorios internacionales que vive el país y tendrá como fundamentos los lineamientos fijados por el Consejo de Política Migratoria, creado por el Decreto Supremo N° 1.393 de 2014, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Para el logro de los objetivos propuestos, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en coordinación con los organismos sectoriales que conforman el consejo técnico, podrán generar espacios de coordinación de gestión migratoria a nivel regional, provincial y local. A su vez, el sistema considerará la participación de la sociedad civil para el diseño, ejecución y evaluación

29 Instructivo presidencial N° 5, “Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria”, de 6 de noviembre de 2015. <<http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>> (consulta: 25.10.2016).

de la política. En ese contexto, la política nacional migratoria deberá incluir los siguientes referentes: (i) aplicar estándares de derechos humanos consagrados en los instrumentos internacional ratificados por Chile; (ii) considerar el enfoque de género; (iii) promover el encuentro e intercambio cultural de expresión de las comunidades migrantes, conforme lo consigna la Convención para la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO<sup>30</sup>; (iv) proveer de información técnica tanto a nivel sectorial como institucional para decidir, implementar y evaluar la política nacional migratoria.

En tercer lugar, se busca fortalecer la institucionalidad en la gestión migratoria, toda vez que la legislación vigente no incorpora lógicas de inclusión, dimensión de derechos y la cooperación. En ese contexto, resulta insoslayable actualizarla, en particular en el establecimiento de un sistema robusto de protección de derechos, garantías y deberes, modernización del sistema de visados y la inclusión de estándares de debido proceso para los procedimientos sancionatorios y de control migratorio.

Finalmente, se instruye poner en práctica un plan de acción sobre migración, para lo cual las instituciones del gobierno deben generar metas e indicadores que permitan hacer operativos los ejes y lineamientos establecidos en este instructivo. Las metas deben ser pertinentes, los indicadores sencillos y sus resultados comparables, con la finalidad de hacer pública la gestión estatal en materia migratoria.

## 2.2. Instrucciones en materias específicas

### a) Salud

En materia de salud, la atención se ha centrado en la protección de derechos de las mujeres embarazadas y de los niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular.

Al respecto, mediante el oficio circular N° 1.179 de 28 de enero de 2003, del Departamento de Extranjería y Migración<sup>31</sup>, se instruye a la autoridad migratoria a recibir las solicitudes de visa de residencia temporaria que tengan como fundamentos el certificado de control de embarazo. Asimismo, el oficio circular N° 6.232 de 26 de mayo de 2003 del Departamento de Extranjería y Migración<sup>32</sup>, cuyo propósito es precisar el sentido y alcance de la circular N° 1.179, amplía el beneficio mencionado para las mujeres extranjeras que, habiendo tenido residencia en el país, ésta se encuentre vencida, debiendo acreditar tanto su condición de irregularidad, como que son atendidas en los consultorios públicos correspondientes a su domicilio.

Por su parte, mediante la resolución exenta N° 1.914 de 10 de marzo de 2008<sup>33</sup>, se aprobó el convenio de colaboración entre Ministerio de Salud y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Mediante dicho instrumento los ministerios acordaron generar los procedimientos necesarios para proporcionar atención en los establecimientos de la red pública de salud

30 Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, firmada en París el 20 de octubre de 2005 y en vigor el 18 de marzo de 2007.

31 Oficio circular N° 1.179, de enero de 2003 del Departamento de extranjería y migración <<http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Oficio%20Circular%201179.pdf>>. Véase también el Oficio ordinario N° 3.229 de 11 de junio de 2008 de la Ministra de Salud. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of\\_203229\\_MINSAL.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of_203229_MINSAL.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

32 Oficio circular N° 6.232 de 26 de mayo de 2003 del Departamento de Extranjería y Migración. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Circular\\_6232\\_mayo\\_2003\\_DEM.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Circular_6232_mayo_2003_DEM.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

33 Resolución Exenta N° 1.914 de 10 de marzo de 2008 del Ministerio del interior y seguridad pública. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N\\_1914\\_MINSAL.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_1914_MINSAL.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

en igualdad de condiciones de sus pares chilenos a todos los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años migrantes, con independencia de su situación migratoria y la de sus padres, tutores o representantes legales; e inscribir a los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años que se encuentren en condición migratoria irregular, en los establecimientos de atención primaria correspondientes a su domicilio, pudiendo además solicitar un permiso de residencia temporaria con el certificado que acredite esta inscripción.

Luego, mediante el oficio ordinario N° 3.229 de 11 de junio de 2008 del Ministerio de Salud<sup>34</sup>, a propósito del convenio de colaboración entre el Ministerio de Salud y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública<sup>35</sup>, se instruyó que las personas extranjeras que se encuentren en Chile en condición migratoria irregular, tienen derecho a atención médica de urgencia.

Finalmente, mediante la circular A 15/06 de 09 de junio 2015 del Ministerio de Salud, la autoridad separó la atención de salud de la tramitación de permisos de residencia, situación que anteriormente había operado como barrera de acceso para mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, y para atenciones de urgencia. Así, se instruyó que los establecimientos integrantes del Sistema Público de Salud brindarán atenciones y prestaciones de salud que sean necesarias a las personas extranjeras que estén en el país en calidad de inmigrantes y no cuenten con otro derecho a atención de salud, que carezcan de documentos o permisos de permanencia, en los siguientes casos: mujeres durante el embarazo, el parto y el post-parto hasta los 12 meses; niños y niñas hasta 18 años de edad, todas las prestaciones de salud que requieran incluidas las del Programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial (PADBP) y las del Programa de apoyo al recién nacido (PARN); urgencias médicas, que solo se podrá cobrar en los casos en que el afectado declare que le es posible pagar la prestación recibida; y prestaciones de salud pública, esto es, métodos de regulación de la fertilidad, incluida la anticoncepción de emergencia, vacunas, atención de infecciones de transmisión sexual (TBC, VIH/SIDA, ITS) y educación sanitaria.

## **b) Educación**

En materia de educación, el propósito de la autoridad ha sido asegurar el acceso al sistema educativo de los niños, niñas y adolescentes migrantes. Para ello, el Ministerio de Educación, mediante el oficio ordinario N° 07/1008 (1531) de 4 de agosto de 2005<sup>36</sup>, estableció un procedimiento especial y criterios de admisión al sistema educativo, con el propósito de facilitar la incorporación de niños, niñas y adolescentes a los establecimientos educacionales del país.

Las autoridades educacionales y los establecimientos deberán otorgar todas las facilidades para que los alumnos y alumnas inmigrantes puedan ingresar, a la brevedad, al sistema escolar. Para ello, éstos deben ser aceptados y matriculados provisionalmente en los establecimientos educacionales, previa autorización otorgada por el respectivo Departamento Provincial de Educación y un documento que acredite su identidad y edad.

---

34 Oficio ordinario N° 3.229, ob. cit.

35 Resolución exenta N° 1.914 de 9 de abril de 2008. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N\\_1914\\_MINSAL.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_1914_MINSAL.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

36 Oficio ordinario N° 07/1008 (1531) de 04 de agosto de 2005. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of\\_07\\_1008\\_MINEDUC.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of_07_1008_MINEDUC.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

Luego de ello, los establecimientos educacionales deberán cautelar que los alumnos y alumnas inmigrantes tengan resuelta su situación escolar y estén matriculados en forma definitiva dentro del plazo establecido en el artículo 7° del Decreto Supremo de Educación N° 651 de 1995 y, en todo caso, antes del período de evaluaciones de fin de año. En cuanto al seguro escolar, estos alumnos y alumnas serán igualmente beneficiarios de él.

Por otro lado, en el contexto de la campaña “Por el Derecho a la Educación”, orientada a facilitar y promover la incorporación de los descendientes de migrantes residentes en Chile a los diversos establecimientos de educación general básica y media, se dispuso mediante el ya citado oficio circular N° 1.179 del Departamento de Extranjería y Migración, que éste otorgará permisos de residencia en la condición de estudiante titular a todos los niños y las niñas que fundamenten su solicitud en una matrícula definitiva o provisoria, emanada de establecimientos educacionales reconocidos por el Estado. Esto no implica la regularización de todo el grupo familiar, quienes deberán realizar todos los trámites normales para postular al permiso de residencia que les corresponda.

En materia de educación preescolar, por su parte, la resolución exenta N° 6.677 de 20 de noviembre de 2007 del Departamento de Extranjería y Migración<sup>37</sup> aprobó el Convenio de colaboración y acción conjunta suscrito el 2 de noviembre de 2007 entre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI). En éste se establece que la JUNJI tomará todas las medidas institucionales que sean posibles para facilitar el ingreso a sus programas de educación parvularia a hijas e hijos de familias de inmigrantes y/o refugiados, cualquiera sea la condición migratoria en que los niños y niñas se encuentren.

### ***c) Mujeres víctimas de violencia***

Con el propósito de incorporar la perspectiva de género en el análisis y tratamiento del fenómeno migratorio, la resolución exenta N° 80.388 de 16 de diciembre de 2009 del entonces Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) aprueba el Convenio de colaboración y acción conjunta entre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio Nacional de la Mujer, en donde se establece que el SERNAM tomará las medidas institucionales posibles para facilitar la atención y protección en las casas de acogida existentes a nivel nacional, de las mujeres migrantes, solicitantes de refugio y refugiadas que sean víctimas de violencia intrafamiliar. Asimismo, el SERNAM brindará en sus Centros de la Mujer atención a las mujeres extranjeras víctimas de violencia intrafamiliar, independiente de cuál sea su situación administrativa de residencia.

Por otro lado, el Departamento de Extranjería y Migración, teniendo como base una solicitud formal de las Direcciones Regionales del SERNAM, analizará los antecedentes presentados y evaluará si procede regularizar la situación migratoria de aquellas mujeres migrantes que se encuentren en condición migratoria irregular y que fueren derivadas desde el Ministerio Público a las casas de acogida, debido a su situación de riesgo vital a causa de la violencia doméstica. El mismo procedimiento se aplicará respecto de las mujeres migrantes que se encuentren en condición migratoria irregular y que hayan sido ingresadas a un Centro de la Mujer del SERNAM, siempre y cuando hayan denunciado su situación de violencia. Con base en los antecedentes presentados, se resolverá el otorgamiento de una visa temporaria.

37 Resolución Exenta N° 6.677 de 20 de noviembre de 2007 del Departamento de extranjería y migración. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N\\_%206677%20JUNJI.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_%206677%20JUNJI.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

#### **d) Trabajo y seguridad social**

La circular N° 46 de 14 de abril de 2015 de la Dirección del Trabajo regula el procedimiento especial de fiscalización para los trabajadores extranjeros, cuyo objetivo es orientar una línea de actuación para los fiscalizadores del trabajo, con el propósito de adoptar decisiones adecuadas ante eventuales infracciones a la legislación laboral, previsional, de higiene y seguridad en el trabajo, que pudiesen constatar en el ámbito de su competencia, así como de las otras situaciones que tuvieren conocimiento, como los indicios de tráfico ilícito de migrantes o trata de personas.

Al respecto, en primer lugar, se señala que no existen normas especiales para este tipo de trabajadores; es decir, la regla general es que se aplica la legislación laboral que rige en Chile.

En segundo lugar, se refiere brevemente a los permisos y requisitos para trabajar en Chile y señala que para iniciar una actividad laboral debe acreditar previamente su residencia o permanencia regularizada en el país y contar con autorización para trabajar.

En tercer lugar, se refiere a la situación previsional del trabajador migrante, que está regulada por las normas comunes y generales en la materia<sup>38</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado en la Ley N° 18.156, que concede la posibilidad de no enterar en Chile el pago de cotizaciones previsionales para las prestaciones de enfermedad, invalidez, vejez y muerte a quienes cumplan con ciertas exigencias, tales como que las empresas firmen contratos con personal técnico extranjero; que la persona extranjera se encuentre afiliada a un régimen social fuera de Chile que cubra las prestaciones señaladas (salud, invalidez, vejez y muerte); y que el contrato de trabajo contenga una cláusula relativa a la afiliación previsional fuera de Chile y que la persona extranjera manifieste su voluntad de mantener esa afiliación<sup>39</sup>.

Cabe precisar que no hay diferencias entre un trabajador migrante regular e irregular, para los efectos del cumplimiento de las normas laborales, previsionales y de seguridad y salud. En efecto, los derechos laborales a favor de los migrantes se devengan por igual, aun a falta de autorización para trabajar. No obstante lo anterior, se generan dificultades prácticas pues las personas extranjeras en situación migratoria irregular, por regla general, carecen de cédula nacional de identidad, y en consecuencia el empleador aduciría imposibilidad de enterar sus cotizaciones en alguna entidad previsional. Por lo demás, tanto el empleador que contrata extranjeros en situación migratoria irregular como el trabajador, se encuentran cometiendo una infracción y pueden ser sancionados.

En consecuencia, señala la referida circular, fiscalizar el trabajo de extranjeros requerirá mucho criterio, prudencia e inmediatez en las actuaciones, en las instrucciones y sugerencias de cursos de acción de parte de la asesoría jurídica y la autoridad de Inspección del Trabajo.

Finalmente, en cuanto a la fiscalización laboral, previsional y de seguridad y salud en los lugares de trabajo, en caso de detectarse personal extranjero, autorizado o no para prestar servicios, la fiscalización se sujetará al procedimiento general.

38 DL N° 3.500 de 1980; DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de salud; Ley N° 19.728; Ley N° 16.744.

39 Artículo 1 de la Ley N° 18156, que establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y deroga la Ley N° 9.705. Publicada el 25 de agosto de 1982 (última versión de 24 de julio de 1988).

## 2.3. Trata y tráfico de migrantes

Para hacer frente a la problemática de la trata y tráfico de migrantes, mediante el Decreto Supremo N° 2.821 de 31 de julio de 2008<sup>40</sup>, se creó la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas, comisión asesora de carácter permanente, de composición interministerial e intersectorial, para coordinar las acciones, planes y programas de los distintos actores institucionales en materia de prevención, represión y sanción de la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.

La mesa aborda las siguientes líneas de trabajo: ejercer una labor de coordinación, tanto con agentes públicos como de la sociedad civil, para avanzar en la ejecución de acciones que contribuyan a la prevención, represión y sanción de la trata de personas; colaborar en la generación de sistemas de registro de posibles víctimas de trata, de manera de generar información estadística comparable entre las diversas instituciones públicas que se relacionan con esta materia; y generar campañas de información y sensibilización en la comunidad nacional, con el fin de informar sobre las características del delito y las formas que pueden ser utilizadas para su prevención.

En ese contexto, la mesa intersectorial sobre trata de personas, el 6 de diciembre de 2013, aprobó el Convenio intersectorial para aprobar e implementar el Plan de Acción Nacional contra la Trata de Personas<sup>41</sup>. El referido plan de acción es un instrumento de planificación y de carácter integral, que contiene acciones encaminadas a prevenir, perseguir y sancionar el delito de trata de personas en Chile y de proteger y prestar efectiva asistencia y reparación a sus víctimas.

En el marco de dicho plan se diseñó el protocolo intersectorial de atención a víctimas de trata de personas<sup>42</sup>, en el que se establece la coordinación de las instituciones que prestan asistencia de diversa índole a víctimas del delito de trata de personas con el propósito de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de las víctimas. Así, el objetivo del protocolo intersectorial es “garantizar el ejercicio efectivo de derechos de las personas víctimas del delito de trata de personas orientadas a la atención, protección, reparación y prevención de la victimización secundaria”<sup>43</sup>.

Por su parte, el Ministerio Público cuenta con criterios que deben regir en los tipos penales de trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y asociación ilícita para cometerlos; en su investigación y en la atención y protección de las víctimas de estos delitos, impartidos por el Fiscal Nacional mediante el oficio N° 575 de 07 de agosto de 2015 de Ministerio Público<sup>44</sup>, que regula aspectos generales, penales y procesales de la Ley N° 20.507.

40 Decreto supremo N° 2.821, que crea la mesa intersectorial sobre trata de personas. Publicado el 19 de agosto de 2008.

41 Convenio intersectorial para aprobar e implementar el plan de acción nacional contra la trata de personas. Santiago, 06 de diciembre de 2013. <<http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2015/07/MITP-Convenio-Intersectorial-para-aprobar-e-implementar-Plan-de-Accion-Nacional-contra-la-Trata-de-Personas.pdf>> (consulta: 25.10.2016).

42 Protocolo intersectorial de atención a víctimas de trata de personas. subsecretaría de prevención del delito, Programa de apoyo a víctimas. <<http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2015/07/MITP-Protocolo-Intersectorial-de-Atenci%C3%B3n-de-V%C3%ADctimas-de-Trata-de-Personas.pdf>> (consulta: 25.10.2016).

43 Protocolo intersectorial, *ob. cit.*, p. 2.

44 Oficio N° 575 de 07 de agosto de 2015, de Ministerio Público.

<[www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=21820&pid=183&tid=1&d=1](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=21820&pid=183&tid=1&d=1)> (consulta: 25.10.2016).

&

El DL N° 1.094 fue “en un período en que era hegemónica la teoría de los derechos de ingreso y salida de las personas bajo la óptica de la seguridad nacional”<sup>45</sup>.

Ley y reglamento de extranjería adolecen de un déficit común: no asumen un enfoque de derechos humanos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de una persona extranjera en el país. Al contrario, como ha constatado el Tribunal Constitucional, se trata de una norma preconvenional y preconstitucional, que requiere ser actualizada a la luz del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, en aras de ajustar los preceptos allí contenidos a la condición de derechos que tiene una persona extranjera<sup>46</sup>.

Por otro lado, la normativa en comento se sustenta en la máxima discrecionalidad. En efecto, las prerrogativas conferidas a los órganos que intervienen en la entrada, permanencia y salida del país de las personas extranjeras, se ubican dentro de aquellas facultades que llamamos potestades administrativas discrecionales. La existencia de este tipo de facultades o prerrogativas que, por motivos de debidamente justificados, nuestro ordenamiento jurídico asigna a determinados órganos de la Administración del Estado no es necesariamente problemática. Sin embargo, cuando el objeto a regular son los derechos y garantías fundamentales de las personas, es menester aplicar en este ejercicio de restricción de derechos fundamentales un test de proporcionalidad que permite considerar la necesidad, justificación y finalidad que exponga un objetivo constitucionalmente legítimo que permite a la Administración del Estado realizar un trato diferenciado entre nacionales y no nacionales.

Esto ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional, el cual sostiene que a base de esta discrecionalidad se producen “masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno”<sup>47</sup>, lo que justificaría sustituir esta “máxima discrecionalidad” por un enfoque de derechos humanos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país.

---

45 Tribunal Constitucional de Chile (TC). Sentencia del 4 de Julio del 2013. Rol N° 2273-12, considerando 25.

46 TC. Rol 2273-12, considerando 25.

47 TC. Rol 2273-12, considerando 25.



## Bibliografía

Departamento de extranjería y migración, *Migración en Chile 2005 – 2014*. Santiago: Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2016 <[www.extranjeria.gob.cl](http://www.extranjeria.gob.cl)>.

## Fuentes normativas

Circular N° 46 de 14 de abril de 2015 de la Dirección del trabajo.

Circular A 15/06 de 09 de junio 2015 del Ministerio de salud.

Decreto N° 818, que delega en autoridades de gobierno interior que indica, las atribuciones relativas a extranjeros, que señala. Publicado el 20 de mayo de 2000.

Decreto con fuerza de ley N° 69, que crea el Departamento de inmigración y establece normas sobre la materia. Publicado el 08 de mayo de 1953.

Decreto ley N° 1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Publicado el 19 de julio de 1975.

Decreto supremo N° 2.821, que crea la mesa intersectorial sobre trata de personas. Publicado el 19 de agosto de 2008.

Ley N° 18.156, que establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y deroga la Ley n° 9.705. Publicada el 25 de agosto de 1982 (última versión de 24 de julio de 1988).

Ley 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Publicada el 29 de mayo de 2003 (última versión de 20 de agosto de 2008).

Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, firmada en París el 20 de octubre de 2005 y en vigor el 18 de marzo de 2007.

Convenio intersectorial para aprobar e implementar el plan de acción nacional contra la trata de personas, de 6 de diciembre de 2013. <<http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2015/07/MITP-Convenio-Intersectorial-para-aprobar-e-implementar-Plan-de-Accion-Nacional-contrala-Trata-de-Personas.pdf>> (consulta: 25.10.2016).

Instructivo presidencial N° 9, Imparte instrucciones sobre “política nacional migratoria”, 2 de septiembre de 2008. Disponible en <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%C2%BA%209.pdf> (consulta: 25.10.2016).

Instructivo presidencial N° 5, Lineamientos e Instrucciones para la política nacional migratoria, 6 de noviembre de 2015. <<http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>> (consulta: 25.10.2016).

Oficio N° 575 de 7 de agosto de 2015 de Ministerio Público. <[www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=21820&pid=183&tid=1&d=1](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=21820&pid=183&tid=1&d=1)> (consulta: 25.10.2016).

Oficio circular N° 1.179, de enero de 2003 del Departamento de extranjería y migración <<http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Oficio%20Circular%201179.pdf>>.

Oficio circular N° 6.232 de 26 de mayo de 2003 del Departamento de Extranjería y Migración. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Circular\\_6232\\_mayo\\_2003\\_DEM.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Circular_6232_mayo_2003_DEM.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

Oficio ordinario N° 07/1008 (1531) de 4 de agosto de 2005 del Ministerio de educación. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of\\_07\\_1008\\_MINEDUC.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of_07_1008_MINEDUC.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

Oficio ordinario N° 3.229 de 11 de junio de 2008 del Ministerio de salud. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of\\_%203229\\_MINSAL.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of_%203229_MINSAL.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

Protocolo intersectorial de atención a víctimas de trata de personas. Subsecretaría de prevención del delito, Programa de apoyo a víctimas. <<http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/media/2015/07/MITP-Protocolo-Intersectorial-de-Atenci%C3%B3n-de-V%C3%ADctimas-de-Trata-de-Personas.pdf>> (consulta: 25.10.2016).

Resolución exenta N° 6.677 de 20 de noviembre de 2007 del Departamento de extranjería y migración. [http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N\\_%206677%20JUNJI.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_%206677%20JUNJI.pdf) (consulta: 25.10.2016).

Resolución exenta N° 1.914 de 10 de marzo de 2008 del Ministerio del interior y seguridad pública. <[http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N\\_1914\\_MINSAL.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_1914_MINSAL.pdf)> (consulta: 25.10.2016).

## Jurisprudencia

Tribunal Constitucional De La Republica De Chile. Rol N° 2273-12-INA. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de los artículos 13, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, en los autos Rol N° 21751-2012 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el Subsecretario del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.* Sentencia del 4 de Julio del 2013.

# Capítulo II.

## Jurisprudencia nacional relevante<sup>1</sup>

### 1. Migración y criterios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como se ha señalado en capítulos anteriores, la situación de las personas migrantes en Chile ha sido regulada por un marco normativo originado durante la dictadura y basado en la doctrina de seguridad nacional. La aplicación de esta normativa ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, la que ha debido pronunciarse sobre esa legislación. Uno de los ámbitos más abordados por la jurisprudencia son las de órdenes de expulsión. Además, dicha jurisprudencia, junto con resolver el asunto que se le plantea, ha permitido a los jueces analizar el fenómeno migratorio y su desarrollo.

“(…) en el siglo XXI, un 3 % de la población mundial se encuentra viviendo fuera de su lugar de origen y esta cifra sigue creciendo. Hay un conjunto de factores que promueven la migración: la necesidad de salir de la pobreza extrema, la diáspora de una guerra o confrontación civil, un desastre ecológico, una catástrofe natural, la progresión en los estudios o el libre intercambio comercial. Esta migración tiene una orientación predominante, va desde los países más pobres hacia los desarrollados, se manifiesta una tendencia de lógica Sur-Norte y encuentra múltiples modalidades de tipificación del migrante, desde aquel que carece de destrezas laborales hasta aquel calificadísimo que genera el problema de la fuga de cerebros...”.

Esta reflexión ha sido transcrita de una sentencia elaborada por el Tribunal Constitucional, rol 2273-13 de 4 de julio de 2013 (a la que ya se ha hecho referencia), donde el Tribunal propone un enfoque coherente con los criterios desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la que se dedicará este apartado.

Una de las preocupaciones del Tribunal Constitucional al analizar el DL de Extranjería, se sitúa en un asunto que luego tendrá continuidad en la jurisprudencia de las cortes de apelaciones y en la Corte Suprema, se trata de la fuerte discrecionalidad que caracteriza dicha normativa.

En la sentencia que se comenta, el TC dejará instalado un criterio fundamental al abordar la situación en la que se encuentran las personas migrantes en Chile, se trata del principio de no discriminación, y en este sentido señala: “Cuadragésimo: Que la inexistencia de distinciones en la Constitución respecto de la titularidad de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, sumada al hecho de que la norma fundamental no dispone de reglas que habiliten la privación, a todo evento, del derecho de circulación y residencia de los extranjeros en Chile, obliga a cambiar el modo de analizar estas competencias. Por tanto, el punto de vista correcto es sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional acuerda por mayoría declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 del DL de extranjería “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas

<sup>1</sup> Capítulo redactado por Liliana Galdámez, Valentina López, Claudio Fredes y Tomás Cortés.

y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones”.

Sobre esta norma, señala el Tribunal: “Se trata de una norma preconstitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno”.

Otro elemento central de la sentencia, es la distinción de dos perspectivas de relación a la migración. Por una parte, “Que, frente a esta realidad, el punto de partida es sostener, junto a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país. Es así como el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que:

*1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”... DECIMOPRIMERO: Que el derecho a emigrar de toda persona no supone el deber de los Estados de consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros. Ya lo sostenía Andrés Bello a mediados del siglo XIX en los siguientes términos: “Según el Derecho externo, el soberano puede prohibir la entrada en su territorio, ya constantemente y a todos los extranjeros en general, ya en ciertos casos, o a cierta clase de personas, o para ciertos objetos. Según el Derecho interno, la prohibición debe fundarse en justicia, en motivos razonables de seguridad o conveniencia. De todos modos, es necesario que sea pública, y que lo sean también la pena en que se incurra por la desobediencia, y las condiciones con que se permite la entrada...”.*

Vinculado a lo anterior, la segunda perspectiva que propone el Tribunal es que, a su vez, los estados tienen la potestad, en el ámbito de su jurisdicción interna, de *recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen*, y que incluso en el ámbito de esta libertad están sometidos a un conjunto de principios propuestos desde el DIDH.

*DECIMOTERCERO: Que el conjunto de disposiciones aplicables en la materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Por lo mismo, se pueden configurar los siguientes límites:*

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

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

No cabe duda que los criterios que el Tribunal Constitucional identifica, contribuyen a delimitar el marco de la propuesta normativa que se viene anunciando desde hace tiempo y que debiera armonizarse a la luz de estos criterios elementales.

## 2. La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema

Ya hemos revisado las amplias facultades discrecionales que conceden las normas del D.L. No. 1094/75 y su reglamento. La falta de precisión en la técnica regulatoria así como la inclusión de “conceptos jurídicamente indeterminados” contribuyen a la proliferación de decisiones administrativas infundadas, arrojadas a la mera discreción del administrador y sin bases objetivas.

En el presente capítulo revisaremos una selección de jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia sobre la impugnación de estas resoluciones. La selección responde al interés por exhibir razonamientos contundentes sobre la ilegalidad y/o arbitrariedad del ejercicio de las facultades discrecionales reguladas en la normativa migratoria nacional. Se trata de razonamientos que exceden el mero control formal del acto administrativo para pronunciarse sobre su mérito y resolver en consideración a los derechos constitucionales de las personas migrantes y las circunstancias de hecho que rodean el caso en particular.

Para lo anterior, se recopilaron alrededor de 80 sentencias dictadas entre 2009 y 2015 por la Corte Suprema y algunas Cortes de Apelaciones en conocimiento de acciones constitucionales de amparo y protección, y del recurso especial de reclamación del artículo 89 del D.L. N° 1094/75. Los hechos que han dado origen a estas sentencias tienen en común, la afectación del derecho a la libertad personal, y todas ellas buscan dejar sin efecto un acto administrativo que restringe el ingreso al país y/u ordena el abandono mediante la expulsión y/u ordena otra medida de control. En ellas, las Cortes acogen en base a las garantías del debido proceso y/o la libertad personal.

Un segundo elemento a destacar de la jurisprudencia seleccionada, es que todos los casos seleccionados dan cuenta, con mayor o menor intensidad, de criterios que limitan o re interpretan aquellas normas que facultan a la autoridad para restringir la libertad ambulatoria. Para su estudio y mejor comprensión, las sentencias se han organizado según la norma impugnada y se ha destacado en el apartado -palabras clave-, aquellas nociones más invocadas por dicha jurisprudencia.

Conforme a estos criterios, las Cortes, al revisar la motivación de la decisión y su asidero legal, han entendido que el ejercicio de una facultad discrecional no exime a la autoridad o funcionario del respeto de derechos constitucionalmente garantizados, como son el debido proceso y la libertad personal, por lo cual la restricción a estos derechos en uso de tal potestad debe interpretarse restrictivamente. Así, se revoca la decisión en base a un estándar de proporcionalidad y razonabilidad, que pondera las circunstancias particulares que rodean el caso (arraigo) y el fin de la norma. Al no existir límites objetivos en la facultad de denegar el ingreso al país u ordenar la expulsión (en particular cuando se invocan “razones de conveniencia o utilidad nacional” o “contravención a la moral o buenas costumbres”), las Cortes interpretan conforme los principios generales del derecho y del acto administrativo. Con lo anterior, se refuerza la idea de que si bien la ley es imprecisa, los operadores de la ley, en uso de las facultades discrecionales otorgadas por esta, evaden una interpretación armónica de la misma.

En cuanto a la discrecionalidad es importante tener presente lo que ha dicho el TC en la sentencia que se comentó en el apartado anterior. “En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”.

Cabe resaltar asimismo que el efecto de las decisiones que suspenden la expulsión no resuelve la situación migratoria de la persona que ha sido expulsada, dicho de otra manera, a partir de amparo acogido, la persona puede seguir residiendo en Chile, pero ello no implica que su residencia sea conforme a derecho. Lo que podemos considerar un avance tiene, de otra parte, un aspecto menos positivo si se considera que la situación migratoria seguirá sujeta a las normas legales que la regulan, y con ello la situación puede prolongarse en el tiempo indefinidamente.

En cuanto las normas impugnadas, ellas corresponden principalmente a:

**A. DL N° 1094 de 1975**

Artículo 15.- “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres;”

Artículo 17.- “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 68.- “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta”.

Artículo 69.- “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si entran al país existiendo a sus respectos causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”.

Artículo 71.- “Los extranjeros que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal, serán sancionados con multa de 1 a 20 sueldos vitales, sin perjuicio de que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión.

Artículo 76.- “Los servicios y organismos del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato”.

Artículo 81.- “Los extranjeros que ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el presente decreto ley, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, serán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habitado del territorio de la República, mientras se regulariza su estada o se dispone la aplicación de las sanciones correspondientes”.

**B. DS N° 597 de junio de 1983**

Artículo 138 inciso final.- Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios: (...) las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacional.

Artículo 140°.- “Pueden revocarse los permisos de aquellos extranjeros que, con motivo de actuaciones realizadas o circunstancias producidas con posterioridad a su ingreso a Chile

como turistas, o al otorgamiento del permiso o autorización de que son titulares, queden comprendidos en algunos de los casos previstos en el artículo 138”.

Artículo 164.- “Los extranjeros que ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el presente Reglamento, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile, no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, quedarán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habilitado del territorio nacional.

Estas medidas se adoptarán por el tiempo suficiente que permita al infractor regularizar su permanencia en el país, cuando sea procedente, y según las circunstancias de las infracciones cometidas o se disponga la aplicación de las sanciones correspondientes”.

Artículo 165.- Sorprendido que sea un extranjero contraviniendo alguna de las disposiciones establecidas en el presente Reglamento, la autoridad policial procederá a tomarle la declaración pertinente, le retirará los documentos de identidad que pueda portar, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso necesario para los fines señalados en el artículo precedente y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a la respectiva Unidad Policial.

### **C. Ley N° 18.216**

Artículo 34.- “Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional.

A la audiencia que tenga por objetivo resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído. Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma. El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena.

En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta”.

&

Como puede concluirse, se trata de normas que han sido ya cuestionadas por la misma jurisdicción constitucional, pero no obstante sus evidentes deficiencias, el marco normativo que regula la migración en Chile sigue vigente y es aplicado.

Enseguida se presentará una síntesis de los casos destacados que se han analizado en este informe y que serán presentados en el formato de una ficha para facilitar su lectura y análisis. Las fichas que se adjuntan en el próximo apartado han sido organizadas según la norma que se impugna. En el primer grupo se organizan los casos donde se analiza el DS 597; en el segundo, el DL 1094; en el tercero ambas normas (DS 597 y DL 1094) y el cuarto, la Ley 18.216.

Esperamos que esta síntesis contribuya con argumentos jurídicos a la re-interpretación de las normas vigentes a la luz del respeto a las reglas del debido proceso, la presunción de inocencia y, a la invocación de la razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de las medidas de expulsión.



### 3. Fichas de jurisprudencia

	<b>DS N° 597, 14 de junio de 1984</b>
<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones de Punta Arenas
<b>Rol</b>	12-2012
<b>Fecha de sentencia</b>	08-06-2012
<b>Materia</b>	Acción de amparo

#### Resumen del caso<sup>2</sup>

Acción de amparo preventivo en favor de doña M.P.M, ciudadana colombiana, en contra del Gobernador de la Provincia de Última Esperanza, que resolvió, en Resolución Exenta N°367 de 28 de mayo de 2012, en conformidad con el artículo 138 inciso final del reglamento de extranjería, “rechazar la solicitud de visación temporaria, indicándose además que la amparada debía hacer abandono del país dentro del plazo de 15 días”, “por estimar que su residencia no era útil ni conveniente para el país, en virtud de que registra una suspensión condicional del procedimiento por el delito de lesiones menos grave”.

#### Palabras claves

Presunción de inocencia – libertad ambulatoria

#### Normas relevantes

Artículo 138 inciso final del D.S N° 597, de junio de 1984: “Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios: (...) 8. Los que no cumplan con sus obligaciones tributarias. Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacional”.

#### Considerandos destacados

**SEXTO:** “Que como corolario de lo anterior, **esta medida alternativa no puede estimarse, en ningún caso, como una sentencia condenatoria y por ende la suspensión condicional del procedimiento no afecta la presunción de inocencia<sup>3</sup>** y ello es así puesto que de la simple lectura del artículo 240 inciso 2° del Código Procesal Penal, se desprende que si aquella no es revocada, se extinguirá la acción penal y es imperativo para el tribunal, ya sea de oficio o a petición de parte, dictar el sobreseimiento definitivo, lo que guarda concordancia con el artículo 4 del mismo cuerpo legal, que estipula que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme”.

**SÉPTIMO:** “Que como consecuencia de lo anterior, si bien es cierto, la Resolución Exenta N° 367, se fundó en una causal contemplada en el Reglamento de Extranjería, cual es, razones de conveniencia o utilidad nacional, dictada por una autoridad en uso de su potestad discrecional, **su fundamentación basada en la suspensión condicional del procedimiento, acordada en favor de la amparada M.P.M. , resulta arbitraria e ilegal, toda vez que significa vulnerar el principio de inocencia que le asiste a la imputada, el que sólo podría verse afectado si la suspensión fuere revocada cuando aquella incumpliere sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos (artículo 239 del Código Procesal Penal) y se dictare sentencia condenatoria en su contra (...)**”.

- 2 El resumen de hechos de todos los casos fichados, se ha elaborado teniendo a la vista la sentencia de primera y/o segunda instancia. En algunos casos se reproducen sus apartados y en otros la redacción es libre.
- 3 Lo destacado es nuestro.

## Decisión del tribunal

**NOVENO:** “(...) Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República, artículos 4, 239 y 240 inciso segundo del Código Procesal Penal, se declara:

Que **SE ACOGE el recurso de amparo** (...) en favor de M.P.M en consecuencia se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 367, de fecha 28 de mayo de 2012, de la Gobernación Provincial de la Provincia de Ultima Esperanza, Departamento de Extranjería, que rechaza la solicitud de visación de residente sujeta a contrato y dispuso su abandono del país dentro del plazo de quince días desde la fecha de su notificación.

Se previene que la Ministra Sra. Pinto consideró, además, que la amparada ha obtenido visa de residente sujeta a contrato en la misma Gobernación de Ultima Esperanza, lo que se desprende del hecho de estar solicitando prórroga. Luego, la apreciación de su baja calificación y aporte al desarrollo de la actividad social y económica de la Provincia que se agrega a la calificación de la situación de hecho del caso, por parte de la recurrida, resulta extemporánea y reafirma la arbitrariedad con que se ha procedido, procurando tardíamente justificar de una u otra forma, la decisión”.

“**Acordado lo anterior con el voto en contra del Ministro Sr. Padilla**, quien estuvo por rechazar el recurso de amparo interpuesto, ya que a su juicio la citada resolución Exenta N° 367, fue dictada por autoridad competente y dentro de sus facultades legales, no existiendo en consecuencia un acto ilegal y arbitrario que atente contra la libertad personal y seguridad individual de la amparada”.

<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones de Copiapó
<b>Rol</b>	294-2013
<b>Fecha de sentencia</b>	28-08-2013
<b>Materia</b>	Acción de amparo

## Resumen del caso

Acción de amparo en favor de J.F.A.A., de nacionalidad peruana, presentado contra la Policía de Investigaciones de Chile, por la retención de sus documentos de identidad. El hecho que dio origen al recurso ocurrió el día 26 de junio del 2013, cuando la amparada “concurrió a solicitar un informe de entradas y salidas del país para presentarlo a fin de obtener su visa definitiva, siéndole negado y efectuándose además la aludida retención de documentos” basada en la existencia de una causa pendiente en su contra por presunto contrabando, proceso “donde el Ministerio Público (...) ejecutó el principio oportunidad, el que se tuvo por comunicado por el tribunal mediante resolución” de fecha 20 de junio del 2013.

## Palabras claves

Presunción de inocencia – libertad ambulatoria

## Normas relevantes

Artículo 165 del D.S N° 597, de junio de 1984: “Sorprendido que sea un extranjero contraviniendo alguna de las disposiciones establecidas en el presente Reglamento, la autoridad policial procederá a tomarle la declaración pertinente, le retirara los documentos de identidad que pueda portar, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso necesario para los fines señalados en el artículo precedente y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a la respectiva Unidad Policial”.

## Considerandos destacados

**CUARTO:** “(...) cabe destacar como premisa básica que en nuestro sistema procesal penal rige a favor del imputado la presunción de inocencia, consagrada en el artículo 4° del Código Procesal Penal como disposición general en términos de asegurar como principio inspirador de toda nuestra legislación moderna que: “...Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme...”, amparo legal que ostenta la amparada actualmente desde que de los documentos aportados por la recurrente, aparece que en la investigación impetrada en contra de la peticionaria, el propio ente persecutor de la eventual responsabilidad penal de la misma, fue quien ejerció el principio de oportunidad, en los términos y con los efectos legales que previene el artículo 170 del cuerpo legal antes citado, culminando de este modo con dicha causa y consolidando con ello aquella presunción a favor de la amparada”.

**QUINTO:** “Que, si bien, en el inicio del actuar de la unidad recurrida, ésta actuación del ente persecutor, refrendada por el Juzgado de Garantía competente no aparecía registrado en sus sistemas de información, aparece que aquélla se limitó a ejercer uno de los mandatos contenidos en la disposición invocada por ese informante, no pudiendo desconocer, que posteriormente llegó a su conocimiento esta última información relevante, la que al tenor de los principios básicos de nuestra legislación modifica sustancialmente la situación inicialmente constatada, debiendo con ello haber modificado su determinación y tratamiento respecto de la amparada, **no resultando razonable ni justificado que la autoridad policial se asile en la existencia de una denuncia** - la que por los demás se refiere a los mismos hechos en los que ha operado una causal de extinción penal en asilo de la denunciante - ante el Intendente de la Región de Arica y Parinacota, esta vez, **como una eventual infracción a la Ley y Reglamentos de Extranjería, porque al asistir a la amparada la presunción de inocencia, que impone a toda autoridad y persona que la misma sea “tratada como tal”, no existe motivo alguno para que se le siga restringiendo su derecho a la libertad ambulatoria, de modo que la recurrida al actuar en los términos que lo ha hecho ha excedido sus facultades legales, derivando tal actuación en un acto ilegal y arbitrario que procede enmendar por esta vía conservadora constitucional.**

## Decisión del tribunal

Por estas consideraciones y conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de 19 de diciembre de 1932 sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo, **SE ACOGE el recurso de amparo** (...) debiendo la Policía de Investigaciones de Chile, con sede en la ciudad de Copiapó: a) Hacer inmediata devolución a la amparada de la documentación que le fuera retenida con fecha veintiséis de junio último; b) Proceder a la destrucción de la ficha “extranjera infractora de ley”, y c) Entregar a la peticionaria el certificado de entradas y salidas del país, que oportunamente requirió a la autoridad a fin de continuar con la tramitación de su visa dependiente y definitiva.

Se deja sin efecto, asimismo, la obligación impuesta a la solicitante de firmar regularmente en el cuartel policial”.

## Decreto Ley N°1094 de 1975

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	66-2013
<b>Fecha de sentencia</b>	09-01-2013
<b>Materia</b>	Apelación acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de L.L.P., ciudadano peruano, en contra del Departamento de Extranjería y Migración, por haber dictado el Decreto de Expulsión N°121 de 27 de enero de 2006, que dispone la expulsión del amparado, basándose en su “permanencia irregular en el país por cuanto la visa que le fuera concedida por la Intendencia de la Región Metropolitana se encontraba sujeta a contrato de trabajo y se extendió por un año y, adicionalmente, por haber sido condenado como autor del delito de hurto, (...) sanción que cumplió el 21 de julio de 2006”.

### Palabras claves

Proporcionalidad - interés superior del niño – deber de protección de la familia

### Normas relevantes

Artículo 17 Decreto Ley N°1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 Decreto Ley N°1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

Artículo 71 del Decreto Ley N°1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal, serán sancionados con multa de 1 a 20 sueldos vitales, sin perjuicio de que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión”.

### Considerandos destacados

**CUARTO:** “Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester consignar que la situación de permanencia irregular del amparado aparece como consecuencia de la comisión del delito de hurto, que data del 28 de marzo de 2003. Sin embargo, ese simple delito no constituye ninguno de los tipos penales que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, y tampoco puede ser catalogada en la generalización con que concluye dicha norma, la cual evidentemente pretende incluir en tales conceptos, del todo abstractos, otras conductas de la misma entidad de aquellas que fueron enumeradas en su primera parte, entre las cuales, evidentemente, no se puede considerar la comisión de un simple delito de hurto (...)”.

### Considerandos destacados

**SEXTO:** “Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una pareja estable y un hijo menor de edad de nacionalidad chilena. De manera que de ejecutarse la medida ciertamente se lesionaría el interés superior del menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, **siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta**”.

**SÉPTIMO:** “Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones sancionadas (...)”

### Decisión del tribunal

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 21 de la Constitución Política de la República, 15 N°2, 17 y 71 del DL N° 1094, y 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, se revoca la sentencia apelada (...) y en su lugar se decide que se deja sin efecto el Decreto N° 121 de 27 de enero de 2006, dictado por el Ministro del Interior, que expulsa del país al ciudadano peruano L.P.L.P.”.

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	2314-2013
<b>Fecha de sentencia</b>	16-04-2013
<b>Materia</b>	Acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de J.B.V. , ciudadano colombiano, en contra de la Intendencia Regional Metropolitana y la Jefatura Nacional de Extranjería de la Policía de Investigaciones de Chile, por la Resolución Exenta 631 de 31 de agosto de 2012, que ordena su expulsión del país basado en el ingreso clandestino al territorio nacional con fecha 21 de abril 2011. “El antecedente fundante se originó en la auto denuncia que el amparado formuló respecto de su situación migratoria con fecha 26 de abril de 2011”.

### Palabras claves

Fundamentación – libertad ambulatoria

### Normas relevantes

Artículo 69 Decreto Ley N°1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena (...).Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”.

### Considerandos destacados

**CUARTO:** “Que en la declaración que J.B.V. realizó en sede policial, manifestó que le fue impedido su ingreso al país por vía regular, aserto que ratificó al recurrir de amparo, calificando dicho obstáculo de arbitrario, de manera que debió entrar al territorio nacional burlando el paso fronterizo establecido. Esta circunstancia, unida a su intención inequívoca de subsanar dicha situación mediante su auto denuncia, así como al hecho de haber formulado la autoridad competente el correspondiente requerimiento en su contra para, en el mismo acto, desistirse de él, extinguiéndose consecuentemente la acción penal hecha valer, **demandan un pronunciamiento del funcionario competente con una carga argumentativa superior a la meramente formal expuesta en la decisión atacada**, que se funda únicamente en las disposiciones legales y reglamentarias que cita, así como en la circunstancia no controvertida del ingreso del mencionado J.B.V. al territorio nacional por un paso no habilitado”.

**QUINTO:** “Que, así las cosas, **la resolución atacada, al no hacerse cargo de todos los elementos detallados, deviene en arbitraria por ausencia de fundamentos**, motivo por el cual la presente acción constitucional será acogida, al afectar la libertad ambulatoria del ciudadano colombiano individualizado, sujeto a la medida de expulsión del territorio nacional recurrida.

### Decisión del tribunal

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículo 69 del D.L. 1094 y 21 Constitución Política de la República, **se revoca la sentencia** de cuatro de abril del año en curso, (...) y en su lugar se dispone que **se acoge el recurso de amparo** deducido a favor de J. E. B. V. y consecuentemente se deja sin efecto la resolución 631 de la Intendencia Regional Metropolitana, de 31 de agosto de 2011, que dispone su expulsión del territorio nacional.

**Acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Pierry** quienes estuvieron por confirmar la resolución apelada en mérito de sus propios fundamentos”.

<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones de Santiago
<b>Rol</b>	12.449-2013
<b>Fecha de sentencia</b>	06-08-2013
<b>Materia</b>	Acción de protección

### Resumen del caso

Acción de protección en favor de N.E.A.B., ciudadana peruana, y en contra el Servicio de Registro Civil e Identificación, por la negativa del Servicio de entregar a la recurrente un certificado de antecedentes penales, basado en que la recurrente no tiene cédula de identidad, portando solo su pasaporte como medio de identificación, el cual “tampoco le aceptan, puesto que, según le dijeron, no tenía timbre que acreditara su ingreso al país y tampoco cuenta con visa”.

“El servicio recurrido sustenta su proceder en tres órdenes de razones. En primer término, aduce que ese tipo de documentos es de carácter secreto, de modo que sólo pueden ser proporcionados a su titular, quien debe acreditar su identidad con la cédula correspondiente. Enseguida, argumenta que el artículo 76 de la Ley de Extranjería le obliga a exigir a los extranjeros que realicen trámites ante ese servicio que “previamente comprueben su residencia legal en el país”. Como la recurrente no lo hiciera, su solicitud debió ser denegada. Finalmente, señala que sobre dicha persona pesa un decreto de expulsión”.

### Palabras claves

Derecho a emigrar – razonabilidad – proporcionalidad – igualdad y no discriminación

### Normas relevantes

Artículo 76 del Decreto Ley N°1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los servicios y organismos del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato”.

### Considerandos destacados

**SEGUNDO:** “(...) de la base de datos de ese servicio consta que la recurrente obtuvo en su oportunidad la cédula de identidad para extranjeros, de lo que se sigue que su pasaporte ya fue validado. **Consecuentemente, carece de asidero que se sostenga que no era posible la entrega del documento aludido (certificado de antecedentes) por su carácter reservado o secreto –en razón de los datos sensibles que contiene- toda vez que quien lo requería acreditaba con su pasaporte que era precisamente el titular de la información,** de modo que la explicación no justifica la negativa (...)”.

**CUARTO:** “(...) En ese orden de ideas, cabe poner de relieve que **todo extranjero tiene derecho a emigrar de su país** (STC, 04 de julio de 2013, motivo décimo, Rol 2279-12). Sigue a ello añadir que, además, es titular de los mismo derechos fundamentales que un nacional, puesto que en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, se proclama a tales derechos como asegurados “a todas las personas”, sin distinción alguna, de modo que **el imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, en los términos que alude el artículo 5° de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentran en el territorio de Chile (...)**”.

## Considerandos destacados

**QUINTO:** “Se agrega a lo expresado que, aun cuando no hubiera una simetría exacta entre el derecho a emigrar y el deber del Estado que recibe a otorgar residencia, **lo cierto es que un extranjero avecindado en Chile tiene que disponer –cuando menos- de la posibilidad de intentar la regulación de su estadía, máxime cuando para ese fin busca sujetarse a la normativa internada implementada al efecto. Un parecer distinto significaría un incentivo perverso para la clandestinidad**”.

**SEXTO:** “(...) el sentido del artículo 76 de la Ley de Extranjería, no puede ser otro que impedir que se consolide una situación irregular, pero no con un propósito de degradar derechos sino que, al contrario, velar por la situación especialmente vulnerable de quien atraviesa por esa condición, propiciando entonces la tutela de esos derechos. Por lo tanto, nada está más alejado del fin que debe lograrse con esa disposición legal, que obstaculizar la regularización pretendida por la recurrente. Un significado como ése contraría el orden fundamental. Es más, la manera en que ha actuado el servicio recurrido conduce a una situación absurda o a un círculo vicioso: como la peticionaria no ha regularizado todavía su situación migratoria, no puede obtener cédula de identidad para extranjeros y ocurre que para obtenerla, precisa el certificado de antecedentes que reclama”.

**SÉPTIMO:** “Tampoco es razón atendible la circunstancia que exista a su respecto Decreto de Expulsión, puesto que ello no es óbice para que pueda ejercer sus derechos dirigidos a revertir esa decisión administrativa, de resultar procedente, porque –de lo contrario- implicaría validar una situación vulneradora de la protección igualitaria de derechos que la Constitución le garantiza en su artículo 19 N° 3”.

**OCTAVO:** “Por lo tanto, la actuación cuestionada coloca a la recurrente en un estado de imposibilidad de cumplimiento de las exigencias administrativas, se le obliga a mantenerse en la irregularidad, se la deja en un borde carente de racionalidad y proporcionalidad que, así, deviene en arbitrario e ilegal. Todo ello, afecta a su derecho a la igualdad que consagra el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República que –en la dimensión que interesa- consiste en la necesidad de recibir un tratamiento equivalente entre iguales y que se traduce en un imperativo de no discriminación y de prohibición de la arbitrariedad(...)”.

## Decisión del tribunal

“Por estas razones, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema pertinente en la materia, **se acoge el recurso de protección** (...) Consecuentemente, se ordena al Servicio de Registro Civil e Identificación extender y otorgar un certificado de antecedentes a doña N.E.A.B. (...)”.



<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones de Santiago
<b>Rol</b>	1534-2013
<b>Fecha de sentencia</b>	13-09-2013
<b>Materia</b>	Acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo presentado en favor de K.J.S. ciudadano británico, de doña F.F.A., chilena y del menor de edad también de nacionalidad A.J.S.F., en contra del Ministerio del Interior por haber decretado la expulsión del país del señor K.J.S. a través del Decreto N° 1026 de 21 de septiembre de 2012, en conformidad con el artículo 17 del Decreto Ley 1094 de 1975 en relación numerales 1,2 y 4 del artículo 15, ya que el amparado K.J.S. “registra una condena criminal ejecutoriada por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes” y, además, se encontraría de manera “irregular en el territorio nacional desde el año 2004, fecha que venció su visa temporaria otorgada por un año”.

### Palabras claves

Fundamentación – deber de protección a la familia – ponderación de circunstancias personales

### Normas relevantes

Artículo 17 Decreto Ley N°1094 de 1975, Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 Decreto Ley N°1094 de 1975, Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

- “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

### Considerandos destacados

**CUARTO:** “Que, la causal invocada para la expulsión que se trata, está prevista en el artículo 15 del DL 1094/75, que establece: «Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres»(...)”.

## Considerandos destacados

**SEXTO:** “Que, en razón de lo expuesto, no se puede calificar que la autoridad recurrida haya actuado al margen de la ley, dado que cuenta con competencia para resolver acerca de la expulsión de los extranjeros, en tanto concurran ciertas causales legales”.

**SÉPTIMO:** “Que, sin embargo, la **medida decretada no considera la larga permanencia en Chile del amparado** K.J.S., quien si bien obtuvo una sentencia condenatoria como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, condenándosele a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, obtuvo posteriormente, en el régimen carcelario y por su buena conducta, los beneficios de salida dominical, salida controlada medio día y salida de fin de semana, todo lo cual, unido a su participación en diversos talleres de capacitación y trabajo, propiciaron su reinserción social, laboral y familiar. Lo dicho, demuestra que se trata de una persona que si bien en un momento de su vida no cumplió la exigencia de un comportamiento correcto, lo que determinó la reacción punitiva del Estado, **la postura asumida por el condenado de asumir positivamente el objetivo perseguido por la penalidad de corregir su conducta y demostrar con acciones una reinserción exitosa en los planos social, laboral y familiar dentro del país, ha sido acreditado con sus antecedentes de buen comportamiento durante su permanencia carcelaria**, que informe la autoridad competente e informes sociales y psicológicos emanados de los profesionales respectivos”.

**OCTAVO:** “(...) la **falta de fundamentación de la decisión administrativa por los aspectos antes referidos**, los que, en su oportunidad, en otros casos, la propia autoridad administrativa los ha considerado, **hace que el acto administrativo que dispone la expulsión del territorio a K.J.S., resulte arbitrario y de esa manera se lesione el derecho fundamental del amparado y su familia a no ser restringida su libertad y la de residir y permanecer en Chile (...)**”.

## Decisión del tribunal

“Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y en los artículos 21 y 64 del DL N° 1094 de 1975 de Extranjería, **se acoge el recurso de amparo (...)** a favor de don K. J. S., su cónyuge F. F. A. y el hijo de ambos A. J. S. F.”.

<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones de Santiago
<b>Rol</b>	393-2014
<b>Fecha de sentencia</b>	13-03-2014
<b>Materia</b>	Acción de amparo

## Resumen del caso

Acción de amparo preventivo en favor de K.C.M.P., ciudadana peruana, que se encuentra con orden de expulsión del territorio nacional, en virtud del Decreto N°553 de 21 de junio de 2010 emanado del Ministerio del Interior, “en atención a lo que dispone el artículo 17 del D.L. N° 1094 de 1975, ley de Extranjería, en relación con el artículo 15 N° 2 de ese mismo cuerpo normativo”, ya que la amparada “había sido condenada con fecha cinco de abril de dos mil diez por el delito de hurto agravado, (...) otorgándosele el entonces beneficio de la libertad vigilada”, y asimismo por “la situación irregular en que la referida ciudadana peruana se encuentra en el país debido a que su visa sujeta a contrato por el plazo de un año, expiró el 4 de junio de 2008 ”.

## Palabras claves

Fundamentación – razonabilidad - proporcionalidad

## Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

## Considerandos destacados

**QUINTO:** “Que se advierte de la norma parcialmente transcrita, que el listado que en ella se contiene lo es a modo ejemplar y otorga la posibilidad discrecional a la autoridad para, de acuerdo a su parte final, determinar si una conducta específica atenta en contra de la moral o las buenas costumbres y, como consecuencia, amerita la aplicación de la sanción allí contenida.

Pero, **esta actividad de determinar la gravedad de la conducta, para evitar la arbitrariedad, ha de tener como parámetro comparativo aquellas que allí se enuncian, es decir, la entidad del acto reprochable ha de ser de similar magnitud y gravedad a aquellos que el legislador estimó como conducentes para determinar la expulsión de una persona del territorio nacional (...)**”.

**NOVENO:** “Que de lo expresado fluye que, además de la ilegalidad que afecta al Decreto impugnado y que se ha puesto de manifiesto en el motivo sexto de este fallo, **su cumplimiento, luego de cuatro años de su dictación, se torna arbitrario atendidas las circunstancias anotadas precedentemente**, todo lo cual lleva a esta Corte a adoptar las medidas para otorgar el amparo solicitado en el presente recurso”.

## Decisión del tribunal

“Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República **se acoge la acción de amparo** deducida a favor de la ciudadana peruana K.C.M.P., dejándose sin efecto el Decreto N° 553 de 21 de junio de 2010, emanado del Ministerio del Interior, que decide su expulsión”.

<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones de Santiago
<b>Rol</b>	423-2014
<b>Fecha de sentencia</b>	21-03-2014
<b>Materia</b>	Acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de D.D.C. ciudadano colombiano, en contra del Intendente de la Región Metropolitana, por haber decretado la expulsión del amparado mediante la Resolución Exenta N° 1289 de 15 de junio de 2012, fundado “en su ingreso al país en 2008; su detención por hurto falta, causa que se encuentra concluida al haberse aplicado principio de oportunidad, y la circunstancia que a la fecha el extranjero no había realizado ningún trámite tendiente a regularizar su situación migratoria en el país. Tales hechos configuran, dice la resolución, la situación prevista en los artículos 2, 17 con relación al 15 N° 2, 71, 81 y 84 inciso segundo y demás normas pertinentes del DL N° 1094, así como las que señala del respectivo reglamento”.

### Palabras claves

Libertad personal y seguridad individual – interés superior del niños – deber de protección de la familia – ponderación de circunstancias personales

### Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

Artículo 71 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal, serán sancionados con multa de 1 a 20 sueldos vitales, sin perjuicio de que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión”.

### Considerandos destacados

**QUINTO:** “Que, la alusión al artículo 15 N° 2 sólo puede entenderse referida a los «actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres», puesto que no hay antecedente alguno relativo a que el amparado haya cometido o se dedique a alguno de los delitos que la norma menciona. Por su parte, **es un hecho cierto que ingresó al país con visa de turista y permaneció en él una vez concluido el plazo de ésta, de modo que se encuentra en la hipótesis del artículo 71, que faculta a la autoridad para disponer su expulsión.**”

## Considerandos destacados

**SEXTO:** “Que, tratándose de una facultad, ella ha de ser ejercida tomando en cuenta los demás principios que informan el ordenamiento jurídico, en particular aquellos de rango constitucional, como es el derecho a la libertad personal y seguridad individual, consecuencia del cual es el de entrar y salir del territorio, debiendo interpretarse en forma restrictiva las excepciones a tal derecho, pues hacerlo de otro modo puede resultar en una conducta arbitraria por parte de la autoridad facultada al efecto.

En este contexto debe analizarse la situación de D.D.C., respecto de quien, como se dijo, no se configura ninguna de las situaciones delictuales previstas en la norma del artículo 15 N° 2 de la Ley de Extranjería, como tampoco se le ha imputado hecho concreto alguno que pudiera ser ponderado como un acto contrario a la moral o las buenas costumbres a que alude dicha disposición, formulación cuya naturaleza genérica no obsta a la necesidad de determinar un hecho específico que lo constituya, única forma de justificar su aplicación eludiendo la arbitrariedad.

Resta entonces como causal de la expulsión la circunstancia prevista en el artículo 71, que conlleva una pena de multa, sin perjuicio de la posibilidad de disponer la expulsión. **Esta diversidad de posibilidades punitivas responde evidentemente a la consideración de factores distintos y propios de cada sujeto afectado, entre los cuales no puede dejar de considerarse, en la especie, la circunstancia de ser el amparado padre de cuatro hijos chilenos, a cuyo interés superior no puede la Corte desatender sin violentar el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y el artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que obliga a cualquier esfuerzo para que el niño no se mantenga separado de sus padres, situación que necesariamente ocurriría en el evento de cumplirse al decreto de expulsión, que sólo afecta al padre”.**

**SÉPTIMO:** “Que las motivaciones anteriores permiten concluir que no se configuró, a la época de dictarse la resolución impugnada, una situación de tal entidad que justifique una excepción al derecho de ingresar y permanecer en territorio chileno, por lo cual el presente recurso de amparo deberá ser acogido”.

**OCTAVO:** “Que, para resolver en tal sentido no cabe tener en consideración circunstancias posteriores a aquellas que motivaron la resolución exenta N° 1289 de 15 de junio de 2012, como la situación procesal actual del amparado –imputado por un delito de homicidio y sujeto a prisión preventiva-, ni tampoco la advertencia que contiene la misma resolución en el sentido que la medida de expulsión se entenderá suspendida hasta que se cumplan las respectivas penas en caso de existir condenas pendientes. Dichas circunstancias podrán eventualmente constituir el fundamento para la adopción de una medida similar en su oportunidad, pero no sirven para calificar la pertinencia de aquella que por este recurso se impugna”.

## Decisión del tribunal

“Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 5 y 21 de la Constitución Política, **SE ACOGE el recurso de amparo** deducido en favor de D.D.C. y en contra de la resolución exenta N° 1289 de 15 de junio de 2012 del Sr. Intendente de la Región Metropolitana, declarándose que dicha resolución queda sin efecto y en consecuencia no debe cumplirse la expulsión que por ella se había dispuesto”.

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	10.916-2014
<b>Fecha de sentencia</b>	30-06-2014
<b>Materia</b>	Recurso de reclamación artículo 89 D.L. No. 1094/75

### Resumen del caso

Recurso especial de reclamación en favor de G.S.B., de nacionalidad alemana, en “contra de la medida de expulsión del territorio nacional dispuesta por el Ministerio de Interior y Seguridad Pública mediante Decreto N° 378 de 4 de febrero de 2014, acto administrativo que se funda en la existencia” de una condena “como cómplice de cuatro delitos de violación de menores de 12 años, (...) autor del delito de sustracción de menor y (...) autor de cuatro delitos de no entrega de menor, invocándose al efecto lo dispuesto en el artículo 17 del D.L. N° 1094, en relación con el artículo 15 N 2, 84, 89 y 90 de la misma normativa, y los artículos 26 N° 2, 30, 167, 173, 174, 175 del Decreto Supremo N° 597, del Ministerio del Interior, que aprueba el Reglamento de Extranjería”.

### Palabras claves

Proporcionalidad – razonabilidad – ponderación de circunstancias personales – Derecho Internacional de los Derechos Humanos

### Normas relevantes

Artículo 17 Decreto Ley N° 1094 de 1975, Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

### Considerandos destacados

**OCTAVO:** “Que, del mismo modo, el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados deben ejercer su potestad en relación al ingreso y permanencia en el país de un extranjero. Así, aunque el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él, correspondiendo a cada Estado Parte decidir a quién ha de admitir en su territorio, **su artículo 13 dispone que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.**

## Considerandos destacados

La Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1999, indica en sus párrafos 14 y 15 “que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas”.

**NOVENO:** “Que, por otra parte, el artículo 22 N° 4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares dispone que cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión”.

**DÉCIMO:** “Que esta Corte ha señalado que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad.

En este entendimiento, **no es posible desatender que el reclamante, de 56 años de edad, ha permanecido más de cuatro décadas en el país con permiso de residencia definitiva, contrajo matrimonio en Chile con una mujer que se encuentra en un estado de salud manifiestamente menoscabado, nada de lo cual ha sido siquiera ponderado por la autoridad, coartando al afectado la posibilidad de manifestar lo concerniente a sus derechos, de manera que la decisión alcanzada no aparece como un acto razonado, fruto de un debido proceso.**

En diversas oportunidades se ha resuelto por esta Corte que para la aplicación de las normas de extranjería es importante atender a las circunstancias personales y familiares del reclamante, por cuanto la decisión de la autoridad administrativa en estas materias afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta” (Roles N° 8518-2012, de 3 de diciembre de 2012 y N° 5148-2013, de 12 de agosto de 2013) (...).”.

## Decisión del tribunal

**DÉCIMO PRIMERO:** “Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 15 N° 2, 17, 84 y 89 del Decreto Ley N° 1094, 1 de la Constitución Política de la República, **se acoge el reclamo deducido**, y en consecuencia se deja sin efecto el Decreto N° 378 de 4 de febrero de 2014, dictado por el Ministro del Interior y Seguridad Pública que expulsa del país al ciudadano alemán G.S.B.”.

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	17.132-2014
<b>Fecha de sentencia</b>	10-07-2014
<b>Materia</b>	Recurso de reclamación artículo 89 D.L. No. 1094/75.

### Resumen del caso

Recurso especial de reclamación en favor de W.S.H., de nacionalidad alemana, en “contra de la medida de expulsión del territorio nacional dispuesta por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública mediante Decreto N° 1139 de 11 de noviembre de 2013, acto administrativo que se funda en la existencia de una sentencia dictada por la Corte Suprema (...) de fecha 25 de enero de 2013”, donde el amparado “fue condenado (...) como cómplice del delito de sustracción de menores, concediéndosele el beneficio de la remisión condicional de la pena por el lapso de la condena”, “invocándose al efecto lo dispuesto en el artículo 17 del DL N° 1.094, en relación con los artículos 15 N° 2, 84, 89 y 90 de la misma normativa y artículos 26 N° 2, 30, 167, 173, 174 y 175 del Decreto Supremo N° 597, del Ministerio del Interior, que aprueba el Reglamento de Extranjería”.

### Palabras claves

Razonabilidad – ponderación de circunstancias personales – justo y racional procedimiento

### Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

### Considerandos destacados

**CUARTO:** “Que, el artículo 17 del Decreto Ley 1.094 consagra la facultad de la autoridad administrativa para disponer la expulsión del país de los ciudadanos extranjeros que incurran, entre otros, en los supuestos del artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo normativo. Tratándose de una facultad que se ejerce basada en conceptos jurídicos indeterminados, se hace necesario que la autoridad al dotar de contenido a tales preceptos, efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe relacionarse, además, con la actual situación personal, familiar y el arraigo del ciudadano afectado en el país. De no efectuarse tal evaluación, perteneciente a la motivación del acto administrativo, este contravendrá el principio de razonabilidad.



## Considerandos destacados

Que en la base de todo concepto jurídico indeterminado existe una imprecisión. **Pero el hecho de que la ley al crear un nuevo concepto jurídico indeterminado no establezca con precisión el ámbito de aplicación concreto de la norma, no permite entender o establecer que estamos frente a un caso de habilitación discrecional para la Administración.** (Rubén Saavedra Fernández, Discrecionalidad Administrativa, Legal Publishing Chile, 2011, p. 157) (...).

**SEXTO:** “(...) En el caso de la especie, **aún cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber- constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales**”.

**SÉPTIMO:** “Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas de superior rango, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso.

**La Constitución Política, en su artículo 19 N° 26, dispone que sólo una habilitación expresa de la ley puede autorizar una afectación en el ejercicio de derechos fundamentales y en tal caso, los hechos y fundamentos de derecho del acto de la autoridad administrativa que los limite, restrinja, prive, perturbe o amenace “deberán siempre expresarse”, de acuerdo al inciso segundo del artículo 11 de la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos (...)**”.

## Decisión del tribunal

**DECIMO:** “(...) Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 15 N° 2, 17, 84 y 89 del Decreto Ley N° 1094, 1 de la Constitución Política de la República; **se acoge el reclamo** deducido, y en consecuencia se deja sin efecto el Decreto N° 1139 de 11 de noviembre de 2013, dictado por el Ministro del Interior y Seguridad Pública que expulsa del país al ciudadano alemán W.S.H.”.

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	23-09-2015
<b>Fecha de sentencia</b>	19-02-2015
<b>Materia</b>	Apelación acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de A.L.H.L., de nacionalidad peruana, en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, específicamente el Departamento de Extranjería y Migración, que mediante el Decreto 796/2010, de fecha 4 de Octubre de 2010, decretó la expulsión del país del amparado teniendo como fundamento la condena dictada en su contra el 16 de febrero del 2010, por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, “como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o sicotrópicas y en la situación migratoria irregular en que se encuentra al haber expirado su visa de residente temporario”.

### Palabras claves

Razonabilidad – ponderación de circunstancias personales – justo y racional procedimiento

### Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

### Considerandos destacados

**TERCERO:** “Que establecido someramente el marco fáctico y normativo que fundó la medida, es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. **El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad.**

**En el caso de la especie, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal.** El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber- constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales”.

## Considerandos destacados

**CUARTO:** “Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso”.

**QUINTO:** “Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester consignar que la conducta ilícita que funda la expulsión es de 17 de septiembre de 2008. No se ha reclamado que durante su estadía en el país haya participado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeto a otra investigación penal. **De este modo, el delito cometido no constituye la situación que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y habitualidad, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, lo que no se satisface con una sola conducta aislada que ya ha sido sancionada (...)**”.

**SÉPTIMO:** “(...) no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, quienes cuentan con más de 17 años de residencia ininterrumpida en Chile, con pareja estable desde hace 11 años, también extranjera, la que posee residencia permanente y trabajo como empleada de casa particular y con quien tiene una hija de tres años de edad, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República (...)”.

**OCTAVO:** “Que, por último, la situación migratoria irregular, también fundante de la medida de expulsión, aparece como necesaria consecuencia de la situación judicial del amparado, quien a consecuencia de la comisión de un hecho ilícito se ha visto impedido de proceder a su regularización, por lo que ese hecho no puede ser invocado como motivo adicional del acto administrativo que se impugna, pues esa situación solo puede dilucidarse una vez cumplida íntegramente la pena impuesta”.

## Decisión del tribunal

“Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 21 de la Constitución Política de la República, 15 N° 2, 17 y 71 del DL N° 1094, y 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, **se revoca la sentencia apelada** de dos de febrero de dos mil quince, (...), y en su lugar se decide que **se acoge el recurso de amparo** (...). Consecuencialmente, se deja sin efecto el Decreto N° 796 de 4 de octubre de 2010, dictado por el Ministro del Interior, que expulsa del país al ciudadano peruano A.L.H.L.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Blanco quienes, compartiendo los fundamentos de la sentencia apelada, tuvieron especialmente en consideración que la naturaleza del injusto penal cometido -tráfico de 4.325 gramos de cocaína- por el recurrente justifica la invocación del artículo 15 N° 2 del Decreto Ley N° 1094, desde que las expresiones “se dediquen” que emplea este texto no implican una exigencia de reiteración o habitualidad de la conducta”.**

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	3694-2015
<b>Fecha de sentencia</b>	23-03-2015
<b>Materia</b>	Acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de A.J.D.C., de nacionalidad peruana, en contra del Ministro del Interior, “fundado en que durante la Administración anterior se decretó la expulsión (...) del amparado mediante el Decreto N° 1114 del Ministerio del Interior de 11 de noviembre de 2013”, en conformidad con el artículo 17 en relación con el artículo 15 N° 2 del DL 1094, basada en su “permanencia irregular en el país por cuanto la visa que le fuera concedida sujeta a contrato de trabajo se encontraba vencida y, adicionalmente, en haber sido condenado como autor del delito de usurpación de identidad, (...) sanción que cumplió el 17 de junio de 2014”.

### Palabras claves

Razonabilidad – proporcionalidad – interés superior del niño – deber de protección de la familia

### Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

### Considerandos destacados

**CUARTO:** “Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester consignar que la situación de permanencia irregular del amparado aparece hoy día como consecuencia de la comisión del delito de usurpación de identidad, sin embargo, **ese simple delito no constituye ninguno de los tipos penales que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, y tampoco puede ser catalogada en la generalización con que concluye dicha norma, la cual evidentemente pretende incluir en tales conceptos, del todo abstractos, otras conductas de la misma entidad de aquellas que fueron enumeradas en su primera parte, entre las cuales, evidentemente, no se puede considerar la comisión de un simple delito como el que motivó la condena que se esgrime en sustento de la decisión de expulsión**”.

### Considerandos destacados

**QUINTO:** “Que ratifica lo razonado el hecho que el legislador haya descrito explícitamente en el numeral 3° del artículo 15, que refiere como otro impedimento de ingreso al país, la situación del extranjero que ha sido condenado o sea actualmente procesado por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos, carácter que tampoco reviste el ilícito por el que el amparado fue condenado (...)”.

**SEPTIMO:** “Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones sancionadas, y considerando la afectación que de manera irremediable producirá en su medio familiar, son motivos suficientes para revocar el fallo apelado”.

### Decisión del tribunal

“Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 21 de la Constitución Política de la República, 15 N° 2, 17 y 71 del DL N° 1094, y 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, **se revoca la sentencia apelada** de nueve de marzo de dos mil quince, (...), y en su lugar se decide que **se acoge el recurso de amparo** (...) y en su lugar se decide que se deja sin efecto el Decreto N° 1114 de 11 de noviembre de 2013, dictado por el Ministro del Interior, que expulsa del país al ciudadano peruano A.J. D.C.”.

<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones de Talca
<b>Rol</b>	245-2015
<b>Fecha de sentencia</b>	22-04-2015
<b>Materia</b>	Acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de J.R.C.T., ciudadano cubano, en contra de la Intendencia de Santiago, que “mediante la Resolución Exenta N° 1554 de fecha 23 de agosto del 2010, decidió expulsarlo del territorio nacional por la infracción prevista en los artículos 68 del DL N° 1094, de 1975 y artículo 145 del DS N° 597, de 1984, ambos del Ministerio del Interior”, fundado en que con fecha 02 de septiembre de 2009, “ingreso al territorio nacional premunido de su pasaporte cubano el cual tenía estampada una visa consular de residencia temporaria en calidad de titular, la que se comprobó que era falsificada”. Dicha resolución le fue notificada el 10 de noviembre de 2010, por el Departamento de Extranjería y Policía Internacional de la Policía de Investigaciones.

### Palabras claves

Fundamentación – razonabilidad – libertad ambulatoria

### Normas relevantes

Artículo 68 Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo, debiendo disponerse, además, su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena impuesta”.

### Considerandos destacados

**OCTAVO:** “Que resulta importante considerar que las decisiones administrativas, en general, y la Resolución Exenta N° 1.554 de la Intendencia Metropolitana, de 23 de agosto de 2010, en particular, causan inmediata ejecutoriedad, produciendo sus efectos desde el momento de su notificación, tal como lo dispone el artículo 90 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975 del Ministerio del Interior y el 51 de la Ley 19.880. En base a lo anterior, la decisión de expulsión contenida en la Resolución antes mencionada, ha estado en condiciones de ser cumplida desde el 10 de noviembre de 2010, esto es, desde hace más de 4 años y 5 meses. **Al no ejecutarse, en los hechos, produce en el sujeto pasivo de la misma una condición de permanente conculcación de su libertad personal, además de acarrearle una serie de consecuencias perniciosas en su diario vivir, cuales son la imposibilidad de contar con documentación de identificación, de poder reconocer legalmente a su hija menor y de iniciar actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, todas ellas derivadas de la inejecución de una decisión administrativa.** Por el contrario, se le ha permitido mantenerse al alero de un control de firma ante la autoridad encargada de la ejecución de la decisión administrativa ya referida, lo que de alguna manera denota una inexistente voluntad de dar cumplimiento a lo decidido por la Intendencia Metropolitana”.

**NOVENO:** “Que, en tales circunstancias, **la no ejecución de lo decidido en sede administrativa por el lapso a que se ha hecho alusión, representa una actitud que deviene en arbitraria y, a su turno, la mantención de dicho status quo genera una situación de permanente ilegalidad, lo que afecta, como se dijo, la libertad ambulatoria del amparado,** compelido a abandonar el país, en los términos previstos por el artículo 21 de la Carta fundamental, por lo cual la presente acción constitucional será acogida”.

### Decisión del tribunal

“Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se acoge el recurso de amparo** interpuesto (...) por don J.R.C.T., por lo que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 1.554 de la Intendencia Metropolitana, de 23 de agosto de 2010, que dispuso su expulsión del territorio nacional y los demás actos que sean consecuencia de ella”.

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	5277-2015
<b>Fecha de sentencia</b>	23-04-2015
<b>Materia</b>	Acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de F.M.N.G., ciudadano ecuatoriano, que goza de permiso de permanencia definitiva desde el 2003, y en contra del Ministerio del Interior, por haber decretado su expulsión del país mediante el Decreto N° 329 de fecha 31 de enero de 2014, decisión basada en el hecho que el ciudadano ecuatoriano registra una condena como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, sentencia que fue cumplida a través de la pena alternativa de remisión condicional de la pena.

### Palabras claves

Principio contradictoriedad – principio de transparencia y publicidad – principio de imparcialidad

### Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

### Considerandos destacados

**SEGUNDO:** “Que el Decreto de Expulsión de autos establece como fundamento de hecho que el ciudadano ecuatoriano registra la condena por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, antes referida. Asimismo, deja constancia de la residencia definitiva concedida, pero sin embargo no consigna haberse dejado sin efecto o revocado tal permiso.

Sobre ese punto, cabe destacar que la Ley de Extranjería contempla la posibilidad de revocación de los permisos que se hayan otorgado a los extranjeros, indicando en los artículos 65 a 67 las causales de dicha medida, como la autoridad llamada a decretarla. Al no regular el procedimiento, tal actuación queda sujeta a la normativa supletoria contenida en la Ley N° 19.880, de la que interesa destacar el principio de contradictoriedad consagrado en su artículo 10 que permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 que impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. Finalmente, el artículo 16 de la ley recoge el principio de transparencia y de publicidad, en cuanto en el procedimiento administrativo se debe permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”.

### Considerandos destacados

**TERCERO:** “Que, en estas circunstancias, no es posible adquirir convicción en torno al cumplimiento, de parte de la autoridad administrativa, tanto del hecho de haberse llevado a cabo un proceso de revocación o invalidación del permiso de residencia definitiva con que contaba el amparado como a que en éste, de haberse tramitado, se hayan respetado las normas y principios que reglan los procedimientos administrativos.

De esta manera no resulta procedente decretar la expulsión del ciudadano ecuatoriano, puesto que su autorización para residir en el país no ha sido revocada, trámite que debe realizarse previamente para así dotar a las actuaciones de la administración de la debida coherencia (...)”.

### Decisión del tribunal

**CUARTO** “(...)Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca la resolución apelada** de diez de abril del año en curso, (...) y en su lugar se declara que se **acoge el recurso de amparo** interpuesto(...), en favor de F. M. N. G., dejándose sin efecto el Decreto N° 329 de fecha 31 de enero de 2014, dictado por el Ministro del Interior y Seguridad Pública, que ordenó la expulsión del país del citado ciudadano.

Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch, para revocar la sentencia en alzada y acoger el amparo, tiene además presente que **el delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades cometido por F.M.N.G. se evidencia como una infracción menor, considerando el largo tiempo de residencia definitiva que tiene en el país sin reproches -11 años a la fecha-, y la circunstancia de haber formado una familia con una ciudadana chilena, con quien tiene un hijo menor de edad, cuestión que por un lado demuestra su arraigo ostensible en este país, y por otro lado hace que la expulsión afecte negativamente su núcleo familiar, tornando la decisión en desproporcionada y por ello arbitraria al afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República y los derechos consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño, principalmente en sus artículos 3 y 9”.**

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	5276-2015
<b>Fecha de sentencia</b>	23-04-2015
<b>Materia</b>	Apelación acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo preventivo en favor de S.E.J., ciudadana de nacionalidad Argentina, en contra del Ministro del Interior, por haberse decretado su expulsión mediante el Decreto N°1266 de fecha 24 de Octubre de 2008, que se funda en su condena como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, apoyándose en el artículo 17 en relación con el artículo 15 N° 2, 67, inciso final, 89 y 90 del Decreto Ley N° 1094, y 26, N° 2, 30, 142 bis, inciso final, 167,173,174 y 175 del Decreto Supremo N° 597.

### Palabras claves

Principio contradictoriedad – principio de transparencia y publicidad – principio de imparcialidad – ponderación de circunstancias personales – razonabilidad



## Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: (...) 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

## Considerandos destacados

**SEGUNDO:** “Que el Decreto de Expulsión de autos establece como fundamento de hecho que la ciudadana argentina fue detenida y puesta a disposición de la judicatura por infracción a la Ley N° 20.000, siendo condenada a la pena de cinco años y un día por tráfico ilícito de estupefacientes.

Adicionalmente, la resolución menciona que se dejó sin efecto el otorgamiento de visa temporaria a la extranjera, disponiéndose su abandono del país; sin embargo, de los antecedentes aportados por la recurrida no aparece constancia alguna respecto del procedimiento seguido para adoptar dicha decisión. Sobre ese punto, cabe destacar que la **Ley de Extranjería contempla la posibilidad de revocación de los permisos que se hayan otorgado a los extranjeros, indicando en los artículos 65 a 67 las causales de dicha medida, como la autoridad llamada a decretarla. Al no regular el procedimiento, tal actuación queda sujeta a la normativa supletoria contenida en la Ley N° 19.880, de la que interesa destacar el principio de contradictoriedad consagrado en su artículo 10 que permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 que impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.** Finalmente, el artículo 16 de la ley recoge el principio de transparencia y de publicidad, en cuanto en el procedimiento administrativo se debe permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En estas circunstancias, no es posible adquirir convicción en torno al cumplimiento, de parte de la autoridad administrativa, de las normas y principios que reglan los procedimientos administrativos, de manera que no se erige como un fundamento atendible de la expulsión la invalidación del otorgamiento de visa temporaria a la extranjera, puesto que no se ha demostrado que dicho acto administrativo haya emanado de un procedimiento apegado a la ley”.

**TERCERO:** “Que, en cuanto a las hipótesis contempladas en el artículo 15 N° 2 del Decreto Ley N° 1094 para decretar la expulsión de un extranjero, cabe destacar que si bien se consideran las actividades de tráfico ilícito de drogas como un motivo que las justifica, **debe haber en ellas una dedicación de parte del sujeto, conducta que no es posible vislumbrar en una persona a quien se ha efectuado sólo una imputación en un proceso penal por esta clase de ilícito. Por otro lado, si se pretende aplicar a la extranjera la circunstancia de haber cometido un acto contrario a la moral o a las buenas costumbres, la autoridad que la utiliza debe otorgarle un contenido concreto a estas definiciones, que al ser conceptos jurídicos indeterminados, requieren efectos de evitar la arbitrariedad de una delimitación que no se vislumbra en el acto recurrido**”.

**CUARTO:** “Que para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares de la amparada S.E.J., cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus tres hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar, considerando que los dos mayores cursan sus estudios de enseñanza básica, y el menor se encuentra próximo a hacer su ingreso a la educación formal. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de la familia en este país que torna la decisión de expulsión en desproporcionada y por ello arbitrario al afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República (...) derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño (...)”.

### Decisión del tribunal

**QUINTO:** “(...) Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca la resolución apelada** de diez de abril del año en curso, (...) y en su lugar se declara que **se acoge el recurso de amparo** interpuesto(...), en favor de S. E. J., dejándose sin efecto el Decreto N° 1266 de fecha 24 de octubre de 2008, dictado por el Ministro del Interior y Seguridad Pública, que ordenó la expulsión del país de la citada ciudadana”.

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	8775-2015
<b>Fecha de sentencia</b>	21-07-2015
<b>Materia</b>	Acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de W.S.C.H., ciudadano peruano, en contra el Ministerio del Interior por la dictación del Decreto N° 340 de 17 de marzo de 2015, que ordenó la expulsión del amparado de conformidad a lo establecido en el artículo 17 en relación al 15 N°2, 71, 84, 89 y 90 del Decreto Ley N° 1097 y en los artículo 30 en relación al 26 n° 2, 167, 173 ,174 y 175 del D.S N° 567 de 1984, teniendo como fundamento su permanencia irregular en el país, ya que desde el 22 de noviembre de 2012 “expiró la visación sujeta a contrato que le fue concedida y, además, por haber sido condenado el 16 de mayo de 2014 (...) por el delito de conducción en estado de ebriedad, concediéndosele el beneficio de remisión condicional por el término de un año”.

### Palabras claves

Proporcionalidad – razonabilidad- libertad personal

### Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

### Considerandos destacados

**TERCERO:** “Que a juicio de esta Corte, el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad por el que fue sancionado el amparado, del que no se sabe si ocasionó daños o afectó de otra forma a terceros, no constituye ninguno de los ilícitos que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 precitado, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad, peligrosidad y perniciosas consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio

## Considerandos destacados

nacional para quienes se dedican a ellas, y tampoco puede ser catalogado en la generalización con que concluye dicha norma, la cual evidentemente pretende incluir en tales conceptos, del todo abstractos, otras conductas de la misma entidad de aquellas que fueron enumeradas en su primera parte, entre las cuales no puede considerarse la comisión de los delitos objeto de la condena impuesta y cumplida por el amparado(...).”

**QUINTO:** “Que, de esa manera, las razones entregadas por la autoridad administrativa para fundamentar la expulsión de W.S.C.H **no cumplen las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad propias de una decisión no arbitraria**, si se considera además que el amparado ingresó legalmente al país, no hay antecedentes de incumplimiento o revocación de la medida de remisión condicional impuesta en la causa penal ya mencionada, y que según da cuenta el informe acompañado (...), tiene una pareja estable en este país, J.S.R., y con ella un hijo de nacionalidad chilena nacido el año 2014. Y si bien el amparado fue formalizado por un delito cometido en contexto de violencia intrafamiliar contra la aludida pareja -circunstancia que no sirvió de fundamento al decreto impugnado-, dicho proceso se halla suspendido condicionalmente y actualmente ha vencido el término por el que se impuso la prohibición de aproximarse a ella, quien además refirió tener intención de reanudar su relación con el amparado (...).”

**SÉPTIMO:** “Que en vista de todo lo que se ha venido razonando, **la expulsión del amparado del territorio nacional carece de proporcionalidad en relación a la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones administrativas y penales invocadas en el decreto revisado, y de ese modo, puede estimarse que la Administración amenaza el derecho del extranjero a la libertad personal y seguridad individual con infracción a la Constitución Política**”.

## Decisión del tribunal

“Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca la resolución apelada** de seis de julio de dos mil quince, (...), en su lugar se declara que **se acoge el recurso de amparo** interpuesto (...), a favor del ciudadano peruano W.S.C.H., dejándose sin efecto el Decreto N° 340 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 17 de marzo de 2015.

**Acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Juica y Cisternas** quienes estuvieron por confirmar la decisión en alzada, en consideración a que los fundamentos esgrimidos en la acción ahora interpuesta coinciden con aquellos en que se sostuvo la acción deducida antes por el mismo amparado, y respecto de la cual ya existió un pronunciamiento por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia que se encuentra firme y ejecutoriada. Tal conclusión no se ve alterada por circunstancias verificadas con posterioridad al pronunciamiento del decreto, o sobrevinientes, o porque la presente acción se diga interpuesta también en favor de la pareja e hijo de W.S.C.H., pues la dictación y posterior ejecución de la decisión administrativa cuestionada no ocasiona directamente una privación, perturbación o amenaza en el derecho a la libertad personal y seguridad individual de estos últimos, constituyendo las circunstancias invocadas a su respecto meras consecuencias, del todo eventuales e inciertas, del distanciamiento con el amparado que traería aparejada su salida del territorio nacional”.

<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema
<b>Rol</b>	N°15536-2015 (C.S.) y N° 1438-2015 (C.A.)
<b>Fecha de sentencia</b>	24-09-2015 (C.S.) y 10-09-2015 (C.A.)
<b>Materia</b>	Apelación acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de F.T.C., de nacionalidad peruana, en contra del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, ya que mediante el Decreto N° 337 de 16 de Mayo de 2011, se decretó orden de expulsión del país en contra del amparado, teniendo como fundamento el registrar una condena como “autor del delito de tráfico de estupefaciente, sanción que al 15 de abril de 2015” cumplió íntegramente, y la cual configuraría la conducta del artículo 17 en relación con el artículo 15 N° 2, ambos de Decreto Ley 1094, Ley de Extranjería.

### Palabras claves

Razonabilidad – coherencia - principio contradictoriedad – principio de transparencia y publicidad – principio de imparcialidad

### Normas relevantes

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

### Considerandos destacados

#### Argumentación relevante de la Corte de Apelaciones

**QUINTO:** “Que, como premisa ha de asentarse que la **atribución que se reconoce a la autoridad recurrida en el artículo 17** ya reproducido, reviste la naturaleza de facultad o prerrogativa, la que, como tal, **debe ser ejercida en el marco de la razonabilidad y coherencia que se exige por la Ley N° 19.880** sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos del Estado, a las entidades como la de que se trata, de modo que bajo ese prisma debe examinarse la actuación contra la que se recurre”.

## Considerandos destacados

**SEXTO:** “Que, en ese orden de ideas, cabe destacar que el Decreto que ordena la expulsión del recurrente no se ciñó a ninguna de las bases que establece la citada Ley N° 19.880. En efecto, no se aplicó el principio de contradictoriedad, esto es, no se permitió al afectado aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio; no se respetaron los principios de transparencia y de publicidad, de manera de permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptaron en contra del amparado; asimismo, ninguna de las premisas consagradas en el artículo 17 de la citada Ley aparece materializada en la dictación del Decreto de que se trata, esto es, no se puso en conocimiento del extranjero que se tramitaba en su contra dicha orden de expulsión, ni tuvo oportunidad de formular descargos ni de rendir pruebas.

Tales omisiones por parte de la autoridad recurrida, hacen, desde ya, que la orden que afecta la libertad personal –en el caso de desplazamiento– del recurrente haya sido proferida fuera de los casos previstos por la ley, alejándose de las bases esenciales que la obligaban en conformidad con lo que se ha detallado precedentemente, cuestión que no controvierte el Ministerio recurrido, quien se limita a aseverar que el afectado cuenta con los recursos respectivos, los que no utilizó”.

**OCTAVO:** “Que, en esa línea de deducciones y concordante con los presupuestos fácticos que obran en autos, resulta que la conducta del amparado ha sido única y aislada; sólo en una oportunidad ha sido condenado por el ilícito de tráfico de estupefacientes; no se presenta la habitualidad involucrada en la dedicación exigida por la ley (...)”.

### Argumentación relevante de la Corte Suprema

**PRIMERO:** “Que siendo un hecho del proceso que el amparado cuenta con permiso de residencia definitiva en el país otorgado mediante Resolución N°396 de 24 de febrero de 2000, resulta necesario que la autoridad administrativa, en forma previa a decretar su expulsión, lleve a cabo un proceso de carácter contencioso para la revocación o invalidación de tal autorización, en el cual se dé pleno respeto a las normas y principios que reglan los procedimientos administrativos, y cuya decisión venga precedida de la **ponderación de todos los elementos vertidos en esta sede –arraigo familiar, gravedad del delito cometido, estado de cumplimiento de la condena, situación laboral, entre otros-, y que tienen relevancia a la hora de determinar el destino de la situación migratoria del extranjero”.**

**SEGUNDO:** “Que siendo inconcuso que tal procedimiento previo de revocación o invalidación no ha sido efectuado en el caso de autos, aparece que no es procedente decretar la expulsión del ciudadano peruano, puesto que su autorización para residir en el país no ha sido revocada, lo que implica que las actuaciones de la administración a su respecto no están suficientemente dotadas de la debida coherencia”.

## Decisión del tribunal

“Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se **confirma la sentencia apelada** de diez de septiembre del año en curso, (...)”.

**D.S N° 597, de junio de 1984 y  
DL N°1094 de 1975**

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	1802-2013
<b>Fecha de sentencia</b>	01-04-2013
<b>Materia</b>	Apelación acción de amparo

**Resumen del caso**

Acción de amparo en favor de J.S.C.R., ciudadana colombiana, en contra del Subprefecto de la Policía de Investigaciones, por la detención de la amparada en dependencias de la Policía de Investigaciones entre el 20 de enero y el 14 de marzo, por existir en su contra el Decreto de Expulsión 110/893 de 24 de agosto del 2010, emanado del Intendente Regional de agosto de 2010 y fundado en el artículo 140 del Reglamento de Extranjería.

**Palabras claves**

Proporcionalidad – razonabilidad – libertad personal

**Normas relevantes**

Artículo 140 del Decreto Supremo N° 597 de 1984; Reglamento de Extranjería: “Pueden revocarse los permisos de aquellos extranjeros que, con motivo de actuaciones realizadas o circunstancias producidas con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas, o al otorgamiento del permiso o autorización de que son titulares, queden comprendidos en algunos de los casos previstos en el artículo 138°”.

Artículo 90 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “La medida de expulsión deberá ser notificada por escrito al afectado, quien podrá en dicho acto, si ello fuere procedente, manifestar su intención de recurrir en contra de la medida o conformarse con ella. En este último caso, la expulsión se llevará a efecto sin más trámite. Transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación, en el caso de que no se haya interpuesto recurso o en el de no ser éste procedente, o transcurrido el mismo plazo desde que se haya denegado el recurso interpuesto, la autoridad a que se refiere el artículo 10 procederá a cumplir la expulsión ordenada”.

**Considerandos destacados**

**PRIMERO:** “Que si bien la normativa que rige la materia -Decreto Ley 1.094 de 1975 y el Decreto N° 597 que contiene el Reglamento de Extranjería- establece que la medida de expulsión que afecta a una persona extranjera debe hacerse efectiva dentro de 24 horas desde que le fue notificada, sin que exprese intención de reclamarla o el reclamo fuere desestimado, las posibles restricciones a su libertad que tal procedimiento pudiere acarrearle no pueden exceder los límites naturales de la razonabilidad y proporcionalidad, dentro del contexto inherente al respeto de sus derechos fundamentales, entre los cuales destaca, en primer lugar, su libertad personal (...)”.

## Decisión del tribunal

**SEGUNDO** “(...) Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se confirma la sentencia apelada** de dieciocho de marzo del año en curso (...)”

Acordada la decisión de pasar los antecedentes al Ministerio Público, asimismo, contra el voto del Ministro señor Cisternas quien estuvo por no efectuar esa declaración, pues, en su concepto, no existen antecedentes suficientes para ello.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch**, quien estuvo por revocar la sentencia en alzada y rechazar el recurso de amparo de que se trata porque, en su concepto, esta vía resulta improcedente, pues, en primer lugar, está dirigido en contra de la Policía de Investigaciones de Chile, en circunstancias que ésta sólo ha dado cumplimiento a una orden emanada del Sr. Intendente de la Región de Tarapacá, por lo que, en consecuencia, no se pudo reclamar en su contra, como aquí lo hace; y seguidamente, porque al haberse dispuesto la libertad de la amparada antes que ella fuera ordenada por el presente recurso, a ese momento éste había perdido oportunidad.

Sin perjuicio de lo anterior, el disidente manifiesta que mantiene su convicción respecto de la improcedencia absoluta de remitir los antecedentes al Ministerio Público y al señor Ministro del Interior y al Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, que sostuvo en su voto de 25 de marzo del año en curso.

Al efecto, por tratarse de una cuestión de máxima gravedad y que corresponde al Estado de Chile solucionar, cree que de estos hechos deberán tomar debida cuenta las autoridades pertinentes, por lo que para tal fin cabría a la jurisdicción ponerlos formalmente en su conocimiento”.

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	6650-2013
<b>Fecha de sentencia</b>	09-09-2013
<b>Materia</b>	Acción de amparo

## Resumen del caso

Acción de amparo en favor de D.S.A. , ciudadano peruano, en contra de la intendencia de la Región Metropolitana por decretar la expulsión del amparado mediante Resolución Exenta N°858, de fecha 16 de mayo 2013, fundada “en lo dispuesto en los artículos 81 y 84, inciso 2°, del DL 1094, así como en los artículos 164 y 167, inciso 2°, de su Reglamento”, en virtud que el “recurrente ingresó al país en calidad de turista el 8 de septiembre de 2008, excediendo el plazo de 90 días de permiso con que contaba, sin realizar a la sazón ningún trámite para regularizar su situación en el país; y que, con fecha 16 de febrero de 2011, el 7 Juzgado de Garantía de Santiago aprobó la decisión del Ministerio Público de abandonar la persecución contra el amparado, por el delito de amenaza, en virtud del principio de oportunidad, conforme al artículo 170 del Código Procesal Penal”.

## Palabras claves

Razonabilidad – proporcionalidad – fundamentación – ponderación de circunstancias personales

## Normas relevantes

Artículo 81 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el presente decreto ley, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, serán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habitado del territorio de la República, mientras se regulariza su estada o se dispone la aplicación de las sanciones correspondientes”.

Artículo 164 del Decreto Supremo N° 597 de 1984; Reglamento de Extranjería: “Los extranjeros que ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el presente Reglamento, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile, no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, quedarán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habilitado del territorio nacional.

Estas medidas se adoptarán por el tiempo suficiente que permita al infractor regularizar su permanencia en el país, cuando sea procedente, y según las circunstancias de las infracciones cometidas o se disponga la aplicación de las sanciones correspondientes”.

## Considerandos destacados

**TERCERO:** “Que de los dos primeros preceptos (...) invocados por la autoridad de gobierno para fundamentar la expulsión, se colige que frente a la situación migratoria del extranjero de que se trataba, la ley permite que éste regularice su permanencia en el país o se dispongan las sanciones correspondientes. Esto último demuestra que **frente a la prolongación de la permanencia del extranjero en el territorio, sin cumplir las exigencias legales y reglamentarias del caso, la ley faculta a la autoridad para disponer su expulsión, mas no le impone adoptar esa decisión.**

**Tal diferenciación entre un deber de expulsar al extranjero y una facultad de hacerlo en ciertos casos establecidos en la ley es fundamental, pues la segunda deja un margen a la autoridad administrativa para ponderar otros elementos diversos a la propia conducta descrita en los artículos precitados”.**

**CUARTO:** “Que en ese orden de ideas, en el presente caso la resolución cuestionada no satisface las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria adoptada en el ejercicio del poder público, al basarse en situaciones que objetivamente carecen de una gravedad y trascendencia compatible con lo disruptivo y gravoso de la expulsión del país, así como por desatender completamente la ponderación de otros antecedentes que resultan relevantes en este tipo de situaciones.

En efecto, respecto de lo informado mediante el parte Policial N° 1187, de 25 de enero de 2011, cabe consignar que consta en dicho documento (...), que es el propio amparado quien se presenta ante la agencia policial con la intención de regularizar su situación migratoria y obtener una visa para trabajar sin inconvenientes.

Por otra parte, la copia de la resolución del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, así como la presentación que provee, revelan que el órgano competente en la persecución estimó carente de interés público o de suficiente relevancia social, la conducta atribuida al amparado, sin que por lo demás, exista ningún indicio de mérito respecto a la imputación en cuestión. Y finalmente, nada se dice de otros aspectos relevantes y decisorios en esta materia, como por ejemplo si el amparado ha incurrido desde su ingreso a este país en algún tipo de conducta ilícita -el informe policial ya mencionado indica que no tiene antecedentes policiales-; tampoco se hace alusión a su situación personal o laboral real, respecto de lo cual el libelo refiere que su conviviente y madre de sus dos hijos viven en Chile, aunque no acompaña la documentación fidedigna de respaldo”.



## Decisión del tribunal

**QUINTO:** “(...)Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca la resolución apelada** de veintisiete de agosto de dos mil trece, (...) y, en su lugar se declara que **se acoge el recurso de amparo** interpuesto (...), a favor del ciudadano peruano D.C.S.A., (...) dejándose sin efecto la Resolución Exenta N° 858, de 16 de mayo de 2013, del Intendente de la Región Metropolitana, así como todas las demás actuaciones y resoluciones administrativas derivadas de ésta, en especial aquellas que ordenan hacer abandono, expulsan o prohíben el ingreso del amparado al territorio chileno.

**Las resoluciones que se dicten en adelante, relativas a la permanencia de D.C.S.A. en el territorio nacional, sea de oficio o a petición de éste, deberán considerar todos los antecedentes que actualmente sean atinentes y relevantes para su fundada decisión, especialmente la situación laboral, personal y familiar del amparado, debiendo darse a éste la instancia y oportunidad para aportar dicha información.**

Se previene que el Ministro Sr. Cisternas R., concurre a la decisión de acoger la acción de amparo y revocar la decisión del a quo, únicamente por estimar que la expulsión del amparado del territorio nacional carece de proporcionalidad en relación a la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones invocadas por la Administración, y de ese modo, puede estimarse que la autoridad amenaza su derecho a la libertad personal y seguridad individual con infracción a la Constitución”.

## Ley N° 18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad

<b>Tribunal</b>	Corte Suprema
<b>Rol</b>	70-2014
<b>Fecha de sentencia</b>	08-01-2014
<b>Materia</b>	Apelación acción de amparo

### Resumen del caso

Acción de amparo en favor de ciudadanos bolivianos –“que se encuentran internados bajo la protección de Gendarmería de Chile al encontrarse ejecutoriadas sus sentencias, beneficiados conforme al artículo 34 de la Ley 18.216, por el cual se sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio Chileno”, y en contra de la Intendencia Regional de Tarapacá, ya que aún existen condenados en el país, “a la espera de la materialización de la orden despachada”, “producto de una serie de inconvenientes de índole administrativo”.

### Palabras claves

Principio de celeridad – fundamentación

### Normas relevantes

Artículo 34 de la ley 18.216: “Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional (...)”.

### Considerandos destacados

**SEGUNDO:** “Que para que la norma sea eficaz, la sustitución debe materializarse en un término razonable, de modo que no se torne en una situación más gravosa que la pena privativa de libertad que viene a reemplazar, lo que es coherente con el principio de celeridad contenido en la Ley 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, cuestión que esta magistratura no advierte que se haya acatado, pues ninguna de las razones administrativas que se han esgrimido parecen atendibles ni justifican la excesiva dilación que se ha constatado avalada en trámites tan burocráticos (...)”.

### Decisión del tribunal

**CUARTO:** “(...) Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca la sentencia apelada** de veintiséis de diciembre de dos mil trece, (...) y en su lugar se resuelve que **se acoge el recurso de amparo** (...) en favor de los ciudadanos de nacionalidad boliviana (...) declarándose que deberá darse cumplimiento a la pena sustitutiva en el plazo de diez días contados desde la notificación del cúmplase de esta sentencia.

En lo sucesivo, **los tribunales con competencia en lo criminal de Iquique y Pozo Almonte deberán requerir a la autoridad administrativa correspondiente que la pena sustitutiva de expulsión se cumpla dentro del plazo de treinta días desde que la resolución que así lo determina quede ejecutoriada, el que sólo admitirá prórroga en casos claramente fundados”.**

# Capítulo III.

## Enfoques sobre migración en la prensa chilena<sup>1</sup>

En el marco de este informe parece relevante analizar, dados los crecientes flujos migratorios, de qué manera abordan los medios de prensa las noticias sobre la migración en Chile. En este sentido es importante tener presente que, “Los estudios sobre comunicación informativa han permitido detectar que los medios de comunicación tienden a generar agendas temáticas, a través de la selección de ciertos asuntos en un primer término, y la adjudicación de una especial presencia dentro de sus espacios noticiosos, lo que también ha sido denominada como *saliencia* (McCombs y Shaw, 1972; Scheufele, 2000). Sin embargo, desde la teoría del encuadre o *framing* se ha incorporado un tercer mecanismo a la función informativa, constituido por el tratamiento que ofrecen las noticias de los asuntos (...) Es decir, la labor del periodista conlleva no sólo la cobertura de ciertos asuntos, sino la selección y realce de ciertos aspectos clave que permitan transferir a la audiencia un enfoque o punto de vista sobre dichos asuntos”<sup>2</sup>.

Conforme estos criterios, sin duda, algunos hallazgos se encuentran en el tratamiento que la prensa desarrolla a la hora de abordar el fenómeno migratorio, su estudio contribuye a identificar la perspectiva que utilizan, sus énfasis y la manera en que ellos pueden crear una percepción en los ciudadanos acerca del fenómeno que es cubierto. Dicho esto, no se puede afirmar si acaso en definitiva esos énfasis o enfoques construyen en definitiva una opinión pública sobre la migración, pero son datos que pueden ser contrastados a la luz de otros elementos.

Antes de avanzar en la entrega de los resultados, conviene tener presentes algunas encuestas de opinión que ilustran la relevancia de la información que se analiza. Según encuesta de AVINA (2012), consultadas personas inmigrantes en Chile sobre su percepción del tratamiento de los inmigrantes en la prensa, el 42% está de acuerdo o muy de acuerdo con que “En general, en los medios de comunicación, ser extranjero está asociado a noticias negativas”, en la misma encuesta el 45% de las personas opinan que, “En general, los medios de comunicación chilenos estigmatizan a los extranjeros”<sup>3</sup>. También la encuesta de opinión elaborada por el INDH (2015) aborda la inmigración y la discriminación, dicha encuesta arroja resultados interesantes y señala “El 48,5% de las personas entrevistadas identificó “el trabajo” como el lugar donde más se ejerce la discriminación, y sobre los motivos por los cuales se discrimina el 61,3% respondió “por la apariencia física”, el 57,1% “por ser pobre” y el 52,4% “por la forma de vestir”<sup>4</sup>.

1 Este Capítulo ha sido redactado por Natalia Morales Márquez, Ayudante de investigación equipo CDH.

2 Muñiz Carlos, “Encuadres noticiosos sobre migración en la prensa digital mexicana. Un análisis de contenido exploratorio desde la teoría del framing”. *Convergencia*, vol.18, n° 55 (2011): 215.

3 Fundación Superación de la Pobreza y Escuela de Periodismo de la Universidad Diego Portales. *Encuesta de opinión: Ser migrante en el Chile de hoy*. Santiago: Programa Comunicación y Pobreza, 2012. <<http://www.avina.net/avina/wp-content/uploads/2012/09/SER-MIGRANTE-EN-EL-CHILE-DE-HOY-PDF-copia.pdf>>.

4 INDH. *Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015*. <<http://www.indh.cl/indh-presenta-encuesta-nacional-de-derechos-humanos-2015>>.

En cuanto a la metodología utilizada para este breve estudio, para elaborar la muestra se recopilaron noticias publicadas en la prensa escrita y con correspondencia electrónica en el periodo comprendido entre el primer de diciembre de 2015 y el 15 de septiembre de 2016. La prensa analizada corresponde a cuatro periódicos de alta circulación nacional y que cuentan con formatos electrónicos e impresos<sup>5</sup>. Se examinaron las publicaciones buscando noticias que involucraran al fenómeno migratorio en general, y a los inmigrantes de las nacionalidades peruana, boliviana, colombiana, dominicana y haitiana. Esta selección de nacionalidades obedece a que, como se ha señalado, de acuerdo con información del Departamento de Extranjería y Migraciones, los flujos migratorios más relevantes del último tiempo provienen de Perú, Bolivia y Colombia, mientras que los flujos provenientes de República Dominicana y Haití destacan como los que han experimentado el crecimiento más importante<sup>6</sup>. La finalidad del estudio fue identificar el enfoque que emplean los medios al momento de cubrir noticias que involucren al fenómeno migratorio o a las personas inmigrantes.

En cuanto la sistematización, las noticias registradas fueron clasificadas entre internacionales y nacionales, a fin de contextualizar el fenómeno en su dimensión global; luego, respecto a las noticias nacionales, se distinguieron por temáticas y enfoques. Los enfoques en los que desagregaron fueron:

1. Crimen y marginalidad: reúne noticias que informan sobre eventuales delitos donde se destaca la nacionalidad del inmigrante como aspecto relevante, o donde se muestra a los inmigrantes como un problema social.
2. Visibilización: noticias que se dirigen a difundir la forma de vida de los inmigrantes, principalmente de los “nuevos inmigrantes”, desde un punto de vista personal, recogiendo sus vivencias, costumbres e historias de vida en sus países de origen y en Chile;
3. Derechos de los inmigrantes: noticias que se orientan a informar sobre derechos de las personas inmigrantes, iniciativas para ampliar el reconocimiento de sus derechos, denuncias sobre eventuales violaciones que ponen en evidencia su situación de vulnerabilidad o desigualdad;
4. Política migratoria: noticias que se dirigen a informar o analizar la legislación e institucionalidad migratoria actual, categoría que también incluye el análisis sobre una posible reforma migratoria y anuncios sobre modificaciones en el funcionamiento de las instituciones asociadas;
5. Migraciones hoy: noticias que apuntan a caracterizar la inmigración que experimenta Chile aportando información principalmente estadística;

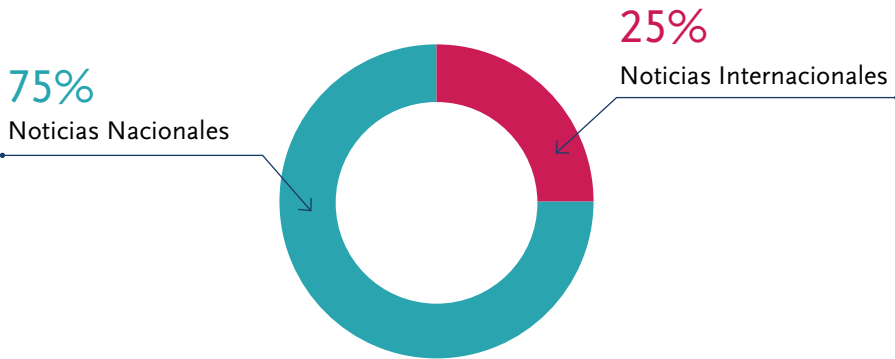
---

5 A saber, *La Tercera*, *El Mercurio*, *La Cuarta* y *Las últimas Noticias*.

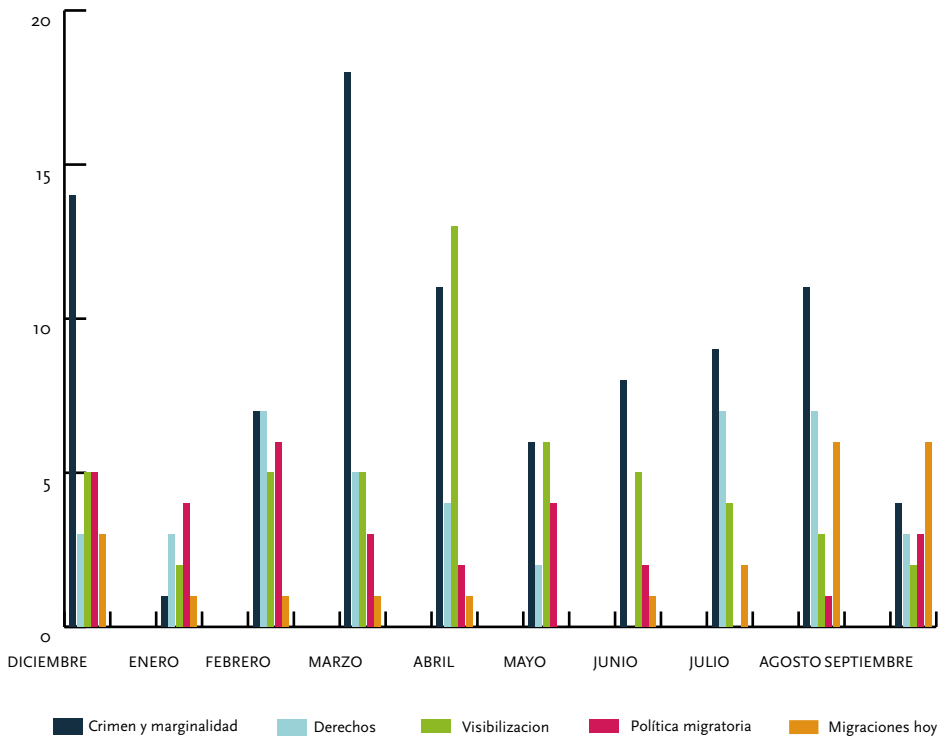
6 Departamento de extranjería y migración. *Migración en Chile 2005-2014* (Santiago: DEM). <<http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/06/Anuario.pdf>>.

De una perspectiva gráfica la muestra arrojó los siguientes resultados:

## NOTICIAS ANALIZADAS: 290



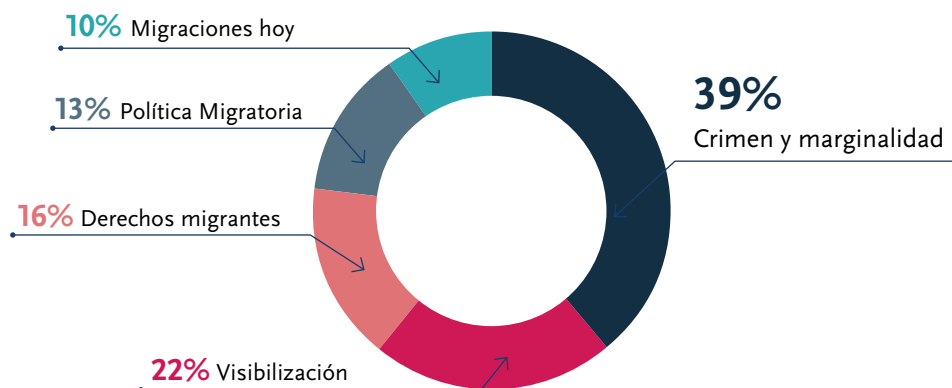
Fuente: elaboración propia con base en las noticias recopiladas entre 1 de diciembre de 2015 y 15 de septiembre de 2016. Equipo CDH.



Fuente: elaboración propia con base en las noticias recopiladas entre 1 de diciembre de 2015 y 15 de septiembre de 2016. Equipo CDH<sup>7</sup>.

7 Se previene que hay noticias que, por encuadrar en dos categorías, fueron contabilizadas dos veces.

## REPRESENTACIÓN DE LAS INMIGRACIONES EN CHILE



Fuente: elaboración propia con base en las noticias recopiladas entre 1 de diciembre de 2015 y 15 de septiembre de 2016. Equipo CDH.

### 1. Algunas reflexiones sobre estos hallazgos

La inmigración es un fenómeno que se hace presente a diario en los medios, persistentemente, con un promedio de 30 noticias al mes vinculadas a esta temática.

En el ámbito internacional, el contexto mundial de las migraciones las noticias que acaparan y concentran la información en el período analizado, son las relacionadas con la crisis de refugiados producida en Europa, la que ha recibido 61 menciones en total entre los periódicos observados. La aproximación a este problema suele ser, por su complejidad, fluctuante entre la preocupación humanitaria por la situación de los refugiados y una preocupación asociada a la seguridad interna de los países receptores, mencionándose frecuentemente crímenes y problemas sociales relacionados con los refugiados en el plano internacional y respuestas de rechazo frente al fenómeno.

Aunque cuantitativamente menos relevante en la prensa, otro elemento presente en la cobertura de las migraciones a nivel internacional, ha sido la que se ha producido en el marco de las elecciones presidencia de los Estados Unidos. En este contexto, se ha dado difusión a declaraciones racistas sobre los inmigrantes, en especial latinos, y con las que los medios se han mostrado críticos.

El panorama de la migración a nivel mundial, desde la óptica de los medios, es, a grandes rasgos, negativa. Si bien es cierto que la condición de refugiado es diferente de la de inmigrante, ambos fenómenos se tratan como similares, marcados por la fórmula de “problema”. En promedio se contaron alrededor de 7 noticias al mes de esta naturaleza.

Ya en el ámbito nacional, la notoriedad del fenómeno migratorio se relaciona con el hecho fáctico del progresivo aumento de los inmigrantes en Chile, que se hace visible cotidianamente

en todos los espacios. Así, los diarios y otros medios, han dado cobertura a esta transformación desde distintos ángulos, con un promedio de 23 noticias al mes.

## 1.1. Crimen y marginalidad

La cobertura de hechos violentos, donde se destaca la nacionalidad de las personas involucradas, es una práctica frecuente en los medios de prensa. Ahora bien, es importante precisar que este tipo de información, donde se asocia inmigración con criminalidad, se produce de forma sutil, sin que se pueda afirmar, sin lugar a dudas, que ese enfoque tiene por objeto crear una imagen en este sentido. En cambio, si se puede afirmar que es una práctica reiterada y muchas veces no cuestionada.

De las noticias encontradas, que presentan a inmigrantes de las nacionalidades ya mencionadas, la mayor cantidad de noticias (89) se refieren a delitos donde se consignaba la nacionalidad de las personas involucradas como un dato de relevancia o que mostraban a la inmigración como delictiva. Este tipo de noticias, sin embargo, no se presenta como portadas o encabezados de página. En la mayoría de los casos, la noticia se presenta a través de un formato breve y con poco detalle sobre los hechos delictivos. A pesar del bajo perfil que se da a esta clase de información, su presencia constante en los medios refuerza la vinculación entre migrantes y delincuencia, sobre todo cuando se resaltan otros elementos, como condición migratoria de las personas involucradas.

El énfasis sobre criminalidad se produce sobre todo respecto de personas de origen colombiano, registrándose 41 noticias en este ámbito:

“(…) cinco ciudadanos colombianos, con edades entre 26 y 36 años, fueron declarados culpables del delito de tráfico de drogas al ingresar a Chile por el paso fronterizo Chacalluta un automóvil cargado con 23 paquetes, con 22,4 kilos de marihuana”<sup>8</sup>.

“En prisión preventiva quedaron cinco ciudadanos colombianos por el delito de usura, en Temuco. Según la PDI, prestaban dinero con intereses abusivos”<sup>9</sup>.

“Cuando intentaban colocar una máquina para “clonar” tarjetas en un cajero automático del mall Alto las Condes, dos colombianos fueron detenidos por Carabineros luego de ser descubiertos por las cámaras de seguridad del recinto”<sup>10</sup>.

La referencia a personas de origen colombiano y hechos violentos, tuvo su máxima expresión en la cobertura del femicidio de una joven colombiana en el mes de marzo, “la chica de los tatuajes”, en manos de su pareja de la misma nacionalidad (10 noticias sobre el mismo caso). De la misma manera, se ha verificado una publicitada vinculación mediática entre la nacionalidad colombiana y la figura de los “sicarios”. Dicha información fue recogida y repetida por los diarios analizados (10 menciones de distintos hechos en los que se refiere a la “llegada” de sicarios).

8 Mario Rojas Martínez, “Narco usa a hijo menor de edad para internar droga a Chile”. *El Mercurio*, 2 de julio de 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-07-02&dtB=10-08-2016%200:00:00&PaginaId=20&bodyid=3>>.

9 “Detienen a banda de colombianos por usura en Temuco”. *La Tercera*, 1 de agosto de 2016, p. 20. <<http://papeldigital.info/lt/index.html?2016080101#>>

10 “Detienen a colombianos que intentaban “clonar” tarjetas”. *El Mercurio*, 17 de agosto de 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-08-17&dtB=18-08-2016%200:00:00&PaginaId=11&bodyid=3>>

“Caso de narcotráfico revela primer crimen cometido por sicarios colombianos en Chile (...) Si bien en un primer momento el crimen se indagó como un ajuste de cuentas entre bandas rivales, las pesquisas posteriores, que incluyeron escuchas telefónicas, revelaron un inédito caso para la Fiscalía Sur: el primer crimen cometido en Chile por sicarios colombianos”<sup>11</sup>.

## “Ilegales”

En esta categoría se ha incluido noticias donde se aborda la migración desde un punto de vista objetivo o estadístico, donde se pone el acento en la irregularidad migratoria vinculándola a hechos delictivos, o tratándola como criminal. Este tipo de noticias también hacen referencia focalizada en ciertas nacionalidades desde una perspectiva negativa.

Pese a la tendencia observada en el ámbito internacional, menos proclive a utilizar la etiqueta ilegal, para designar a los inmigrantes indocumentados, en algunas noticias de prensa se observa el uso de este calificativo. Si bien no se trata de una práctica generalizada, pues prima el uso del término “irregular” o “indocumentado”.

La persistencia del uso de la voz “ilegales” o “inmigrantes ilegales” debe ser advertida, como se observa en algunos ejemplos:

“Plantean que migrantes ilegales puedan ser expulsados tras condenas por crimen”<sup>12</sup>.

“Tacna, la última escala en el extranjero para los migrantes ilegales que viajan hacia Chile”<sup>13</sup>.

Más preocupante es que, en algunas noticias, cuando se informa sobre crímenes que ocurren en el espacio de la frontera norte del país, se da un tratamiento equivalente a delitos como el narcotráfico y el robo de autos, con el ingreso de inmigrantes por pasos no habilitados como si se tratara de un mismo problema:

“...Y en el caso de los migrantes en la frontera norte hasta una veintena de ciudadanos extranjeros han sido detectados, en un solo operativo policial, ingresando al país por alguno de los numerosos pasos no habilitados. (...)”, extracto de noticia cuyo titular dice: “El 52% de los imputados por delitos en el extremo norte del país son extranjeros”<sup>14</sup>.

## 1.2. Visibilización

Junto con una representación negativa de la migración coexiste también una representación amable del inmigrante que se asienta en el país. Desde historias personales, anécdotas, descripción de los contextos en los que algunos grupos de migrantes se han asentado en el país, problemas sociales que los afectan, etc. Estas aproximaciones, de contenido más positivo sobre la inmigración, se han denominado “noticias de visibilización”. Estas informaciones

- 
- 11 Sebastián Labrín, “Caso de narcotráfico revela primer crimen cometido por sicarios colombianos en Chile”. *La Tercera*, 11 de diciembre 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/12/680-659737-9-caso-de-narcotrafico-revela-primer-crimen-cometido-por-sicarios-colombianos-en.shtml>>.
  - 12 J. J. Susuki, “Plantean que migrantes ilegales puedan ser expulsados tras condenas por crimen”. *El Mercurio*, 13 de diciembre de 2015. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2015-12-13&dtB=19-07-2016%200:00:00&PaginaId=10&bodyid=3>>.
  - 13 Mario Rojas Martínez, “Tacna, la última escala en el extranjero para los migrantes ilegales que viajan hacia Chile”. *El Mercurio*, 6 de marzo 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-03-06&dtB=24-08-2016%200:00:00&PaginaId=19&bodyid=3>>.
  - 14 Mario Rojas Martínez, “El 52% de los imputados por delitos en el extremo norte del país son extranjeros”. *El Mercurio*, 30 de agosto 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-08-30&dtB=14-10-2016%200:00:00&PaginaId=6&bodyid=3>>.



se caracterizan por acercar el proceso migratorio a la opinión pública desde un ángulo más humano y familiar.

El alcalde de Colina y presidente de la Asociación de Municipalidades de Chile, Mario Olavarría, plantea que los extranjeros se han ido incorporando en las comunas gracias a los programas que estas tienen, por lo que no cree que en los próximos comicios los candidatos deban adaptar sus propuestas. “No veo que ellos sean distintos. Son vecinos y no creo que haya extranjeros que sientan que hay algo distinto para ellos. Los alcaldes y alcaldesas tienen que trabajar con ellos, porque lo que buscan es integración y trabajo”, afirma Olavarría, en cuya comuna los extranjeros representan el 1,5% del padrón electoral<sup>15</sup>.

“Kiara Reyes camina por la calle Maruri, en Independencia. La menor de 11 años estudia en el Colegio Camilo Mori, donde casi 50% de sus alumnos tiene padres extranjeros. Kiara es chilena, hija de ciudadanos peruanos que vinieron buscando un mejor lugar para formar su familia, según indica su madre, Mireya Araya. La joven dice que no se siente distinta en el recinto ni tampoco ha sido víctima de racismo: para ella, en su colegio son todos iguales”<sup>16</sup>.

Además, se incluye aquí, también, noticias que dan cuenta de episodios públicos de rechazo o discriminación a inmigrantes particulares, que siendo eventos negativos ejemplificadores de la resistencia que existe en la sociedad frente a la llegada de inmigrantes, son abordados por la prensa desde un enfoque crítico, es decir, condenando los hechos y actos sufridos por los inmigrantes y poniendo énfasis en la necesidad de integración.

“Aunque de los arrepentidos es el reino de los cielos, el pastel que se mandó el iquiqueño Reinaldo Tamburrino pareciera no tener perdón de Dios, y es que el sujeto se cayó al ácido al ser grabado maltratando a una mujer a quien empujó y basureo por su origen boliviano”<sup>17</sup>.

Con cincuenta noticias que encuadran en esta descripción, es la segunda categoría más numerosa. Este enfoque refleja, de alguna manera, una creciente preocupación en los medios por adaptarse a los tiempos actuales y contribuir en una sociedad más inclusiva, enfoque que puede contribuir a generar un clima de respeto y de consideración hacia las personas inmigrantes en Chile.

### 1.3. Derechos

En esta categoría se incluye noticias que aluden al disfrute o exclusión de determinados derechos y las discusiones que se producen en torno a éstos. En total, se encontraron 37 noticias sobre esta temática. Una mayor proporción se dedica a la cobertura del examen nacional de medicina “Eunacom” (17 menciones). Dicho examen es necesario para que los médicos con títulos extendidos por universidades extranjeras puedan ejercer su profesión en el sistema público nacional.

En muy menor medida, encontramos también noticias sobre derechos económicos sociales y culturales como educación (3), vivienda (2), y salud (3), además de otros temas que

15 Equipos de ciudad y regiones, “El voto de inmigrantes puede influir en el resultado electoral de 11 comunas”. *El Mercurio*, 5 de junio de 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/pages/newsdetail.aspx?dt=2016-06-05&PaginaId=6&BodyID=3&tipoPantalla=undefined>>.

16 Aldo Lingua y Alejandra Lobo Santiago, “Uno de cada 10 niños nacidos el año pasado en Independencia es hijo de extranjeros”. *La Tercera*, 13 de marzo de 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/03/680-672050-9-uno-de-cada-10-ninos-nacidos-el-ano-pasado-en-independencia-es-hijo-de.shtml>>

17 Ramón Vásquez, “Tontón que trapeó con boliviana terminó en tribunales”. *Las Últimas Noticias*, 8 de enero de 2016, p.10. <<http://papeldigital.info/lacuarta/index.html?2016010801#>>.

involucran derechos como la situación migratoria de los niños y niñas hijos de inmigrantes (3) y expulsiones (1), entre otros.

Hay avances, pero aún es engorroso el proceso de inclusión y vemos muchas barreras”, opina el sacerdote y director nacional de la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes, Miguel Yaksic. Una buena parte de éstas, dice, tienen que ver con las visas. Si la situación de un menor es irregular o la visa está en trámite, el sistema lo registra con una matrícula provisoria, que dura tres meses: “Pero hay chicos que estudian por años con este tipo de matrícula, y al final del ciclo no se les reconocen los estudios ni se pueden inscribir para la PSU. Además, no pueden acceder a la beca Junaeb y la escuela no recibe la subvención preferencial SEP<sup>18</sup>.

Para Amalia Vega, colombiana de 38 años, originaria del municipio de Popayán, arrendar en Santiago es un parto. “Te piden cantidad de papeles, certificados de esta y no sé qué otra cosa, por lo que al final una se las arregla informalmente, a la chilena, como dicen ustedes”. A la chilena en este caso, significa pedirle a un chileno que se preste para firmar el contrato. “Eso si tienes suerte y amigos con recursos. Cuando simplemente te juntas con otros extranjeros y arriendas lo que puedas y como puedas”, explica<sup>19</sup>.

“Gobierno abre atención de consultorios a población inmigrante en situación irregular”<sup>20</sup>.

También se incluye en este apartado información en torno a dos accidentes sufridos por migrantes al hacer ingreso al país por un paso no habilitado y pisar una mina antipersonal, una con resultado fatal, (4 menciones en total), también se incluye un caso de arbitrariedad en el ingreso al país y referencias a derechos de inmigrantes en general, en formato de entrevista u opinión.

“Como Francy Mamani Aquino, de 27 años, fue identificado el ciudadano peruano que falleció luego de pisar una mina antipersonal a la altura del Hito 14 de la frontera entre Chile y Perú. El hecho ocurrió este domingo, cuando el hombre cruzó por un sector no habilitado a territorio chileno”<sup>21</sup>.

“Mostraba su carné chileno y repetía que le otorgaron la residencia definitiva en Chile el 14 de Enero del año pasado, pero en los computadores no aparecía eso. Para la PDI, era una ilegal. Cuenta que el funcionario le dijo que su hijo podía pasar, porque tiene nacionalidad chilena, pero ella no. Los dos tuvieron que quedarse en el control fronterizo chileno. (...) Cuenta Blanca que en ese lugar gendarmería la insultó. “Decía que se levaran a esta mierda. Me humilló y me trató de prostituta”, recuerda. (...) Desde el puesto Argentino, los Carabineros y el PDI trasladaron Blanca y al niño al puesto chileno. En realidad sí podía entrar a Chile”<sup>22</sup>.

La pequeña cantidad de noticias que abordan en profundidad estos temas, si se compara con el total de noticias que refieren a la migración en general, da cuenta de una discusión y reflexión pendiente en torno a la inmigración irregular, en la que se adopte un enfoque de derechos.

- 
- 18 “Niños migrantes en la escuela: una tarea en proceso”. *La Tercera*, 27 de julio de 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/07/680-690396-9-especial-66-anos-ninos-inmigrantes--en-la-escuela-una-tarea-en-proceso.shtml>>.
- 19 Joaquín Riveros, “El subsidio al arriendo se la hizo más fácil a extranjeros”. *Las Últimas Noticias*, 3 de febrero de 2016. <<http://www.lun.com/pages/newsdetail.aspx?dt=2016-02-03&PaginaId=20&BodyID=0>>.
- 20 Nadia Cabello y René Olivares, Gobierno abre atención de consultorios a población inmigrante en situación irregular. *El Mercurio*, 2 de septiembre de 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-09-02&dtB=14-10-2016%200:00:00&PaginaId=8&bodyid=3>>.
- 21 “Peruano muere al pisar mina antipersonal en frontera con Chile”. *Las Últimas Noticias*, 9 de febrero de 2016. <<http://www.lun.com/pages/newsdetail.aspx?dt=2016-02-09&PaginaId=8&BodyID=0>>.
- 22 Ariel Diéguez, “La odisea de una Colombiana y de su hijo para volver a Chile”. *Las Últimas Noticias*, 9 de marzo de 2016. <<http://www.lun.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=09-03-2016%200:00:00&BodyID=0&PaginaId=14>>.

## 1.4. Política migratoria

En este segmento se organizan noticias que dan cuenta de la forma en que operan las instituciones, autoridades y la legalidad migratoria, incluyendo también algunas discusiones en torno a esta cuestión, además de noticias y anuncios sobre posibles reformas legislativas.

Con 30 noticias en esta categoría, es posible identificar dos posturas claramente definidas sobre el tratamiento oficial de la inmigración. Por una parte, información que hace referencia a la seguridad interna del Estado, a las altas tasas de expulsiones, con políticas de reforzamiento de fronteras y con opiniones y propuestas partidarias de aumentar o mantener las barreras al ingreso de extranjeros al país:

“Por diversos delitos o por no regularizar su situación migratoria, 24.376 extranjeros han sido expulsados de Chile entre 2005 y 2014”<sup>23</sup>.

“Una modificación a un artículo de la Ley de Extranjería es lo que propondrá la diputada Paulina Núñez (RN) en un proyecto de ley, cuyo objetivo es que los inmigrantes que residan de forma ilegal en el país, si son condenados a una pena de crimen -que es mayor a cinco años, puedan ser expulsados”<sup>24</sup>.

“Los diputados Paulina Núñez (RN), Claudia Nogueira (UDI), Jorge Sabag (DC), Daniella Cicardini (PS), Cristián Monckeberg y Alejandro Santana (RN), ingresaron hoy al Congreso un proyecto de ley que modifica las normas que rigen a los extranjeros en Chile. El objetivo de la iniciativa, explicaron los parlamentarios, es establecer una legislación que asegure un control migratorio. Una de las principales medidas, según contempla la iniciativa, es que los migrantes tramiten sus visas en sus países de origen, en los consulados o embajadas chilenas”<sup>25</sup>

Por otra parte, se encuentran anuncios y propuestas inspiradas en una política más centrada en los derechos de los migrantes, además de opiniones de organizaciones expertas que amparan esta aproximación:

“Derechos, regularización, seguridad, acceso a la justicia. Estos son algunos de los conceptos incorporados en el documento de ocho carillas que establece las nuevas directrices para el tratamiento de migrantes en Chile, los que llegan a 441 mil. Se trata de un decreto supremo llamado “Lineamientos e instrucciones para la política Nacional Migratoria”, el que servirá como base para el proyecto de ley sobre migración que será enviado al Congreso en 2016”<sup>26</sup>.

Así, los medios dan cuenta de las posturas en tensión, a propósito del debate por lograr una nueva legislación migratoria, aunque vale la pena destacar que de la información consignada se desprende un consenso general en la ineficiencia y obsolescencia de la normativa actual para abordar al fenómeno.

23 Lucía Adriasola, “Más de 24 mil extranjeros han sido expulsados de Chile desde el 2005”. *El Mercurio*, 18 de febrero 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-02-18&dtB=18-07-2016%200:00:00&Paginald=6&bodyid=3>>.

24 J. J. Susuki, “Plantean que migrantes ilegales puedan ser expulsados tras condenas por crimen”. *El Mercurio*, 13 de diciembre 2015. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2015-12-13&dtB=19-07-2016%200:00:00&Paginald=10&bodyid=3>>.

25 V. Rivera y J. Soto, “Proponen que migrantes tramiten sus visas en el extranjero”. *La Tercera*, 25 de junio 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/06/680-686441-9-proponen-que-migrantes-tramiten-sus-visas-en-el-extranjero.shtml>>.

26 J. Matus y M.J. Jarpa, “Nueva política migratoria refuerza protección de DD.HH., empleo y acceso a justicia”. *La Tercera*, 13 de diciembre 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/12/680-659860-9-nueva-politica-migratoria-refuerza-proteccion-de-ddhh-empleo-y-acceso-a-justicia.shtml>>.

## 1.5. Migraciones hoy

Con 22 noticias es el tema que menos menciones agrupa. Abarca noticias que se han referido desde un punto de vista cualitativo a la caracterización actual de las migraciones en Chile, informando, principalmente, sobre el aumento porcentual de éstas, haciendo énfasis en las nacionalidades de los inmigrantes que llegan:

“Como él, son 110 los haitianos que, en promedio, están llegando diariamente a Chile, atraídos por la estabilidad política y económica que escuchan como rumor en las calles de la isla caribeña. Según datos de la PDI, el arribo de estos ciudadanos ha registrado un aumento exponencial desde hace tres años: si en 2013 llegaban 2.428 haitianos, durante los primeros seis meses de este año lo han hecho 20.196. Esta última cifra significa que solo durante el primer semestre han llegado ocho veces más de haitianos que todos los arribados en 2013 y cuatro veces más que los registrados en 2014”<sup>27</sup>.

“Perú es la principal colonia del país, con 130 mil habitantes”<sup>28</sup>.

También hay noticias que caracterizan la migración en otros aspectos, tales como, áreas donde se emplean, estatus migratorio (permisos de residencia definitiva otorgados, o de visas de trabajo, por ejemplo), etc. La información difundida es en su mayoría extraída del Departamento de Extranjería y Migraciones y suele acompañarse de menciones de funcionarios o representantes de la institución que ponen el acento en la insuficiencia de la legislación actual, especialmente para hacer frente a las problemáticas que envuelve la creciente migración.

“Entre 2014 y 2015 se entregaron 169.344 visas de trabajo a extranjeros: 4% correspondió a venezolanos; aunque no destaquen a simple vista, es el mismo porcentaje de visas laborales que recibieron los haitianos durante este periodo”<sup>29</sup>.

“El 66% de los inmigrantes en el país tiene entre 20 y 50 años y la mayoría llega por razones laborales. En promedio, cuentan con más estudios que la población local. Estudios cualitativos -no hay cuantitativos- muestran que, por ejemplo, bolivianos se dedican al trabajo agrícola; ecuatorianos, a la medicina, y dominicanos, a la estética”<sup>30</sup>.

&

En resumen, a partir del análisis de la prensa se puede afirmar que persiste en los medios una concepción negativa del inmigrante latinoamericano, que se manifiesta de forma sutil y poco protagónica a través de noticias de delitos y vinculaciones innecesarias de la irregularidad migratoria con la ilegalidad.

Las ideas en torno a los principios rectores de esa nueva legislación y política que se ventilan en la prensa, van desde una óptica más restrictiva de lo que existe hoy hasta un enfoque de derechos, mostrando que el debate ya está instalado en el país. Dicho lo anterior, no es necesario un cambio normativo para que la información contribuya a generar un clima de respeto e inclusión.

27 Lucía Adriasola, “En seis meses han llegado ocho veces más haitianos que todos los arribados durante el 2013”. *El Mercurio*, 14 de agosto 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-08-14&dtB=18-08-2016%20:00:00&PaginaId=6&bodyid=3>>.

28 Paulina Sepúlveda Garrido, “Perú es la principal colonia del país, con 130 mil habitantes”. *La Tercera*, 05 de septiembre de 2016. <<http://papeldigital.info/lt/2016/09/05/01/paginas/004.pdf>>.

29 Belén Lagos, “¿De qué países provienen los extranjeros que trabajan en Chile?”. *Las Últimas Noticias*, 19 de agosto 2016. <<http://www.lun.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-08-19&PaginaId=34&bodyid=0>>.

30 Paulina Sepúlveda Garrido, “¿En qué trabajan los inmigrantes en Chile?”. *La Tercera*, 5 de septiembre de 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/en-que-trabajan-los-inmigrantes-en-chile/>>.

## Bibliografía

Departamento de extranjería y migración. *Migración en Chile 2005-2014* (Santiago: DEM). <<http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/06/Anuario.pdf>>.

Fundación Superación de la Pobreza y Escuela de Periodismo de la Universidad Diego Portales. *Encuesta de opinión: Ser migrante en el Chile de hoy*. Santiago: Programa Comunicación y Pobreza, 2012. <<http://www.avina.net/avina/wp-content/uploads/2012/09/SER-MIGRANTE-EN-EL-CHILE-DE-HOY-PDF-copia.pdf>>.

INDH. *Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015*. <<http://www.indh.cl/indh-presenta-encuesta-nacional-de-derechos-humanos-2015>>.

Muñiz Carlos, “Encuadres noticiosos sobre migración en la prensa digital mexicana. Un análisis de contenido exploratorio desde la teoría del framing”. *Convergencia*, vol.18, n° 55 (2011): 215.

## Prensa consultada

Adriasola, Lucía, “Más de 24 mil extranjeros han sido expulsados de Chile desde el 2005”. *El Mercurio*, 18 de febrero 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-02-18&dtB=18-07-2016%200:00:00&PaginaId=6&bodyid=3>>.

\_\_\_\_\_, “En seis meses han llegado ocho veces más haitianos que todos los arribados durante el 2013”. *El Mercurio*, 14 de agosto 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-08-14&dtB=18-08-2016%200:00:00&PaginaId=6&bodyid=3>>.

Cabello, Nadia y René Olivares, Gobierno abre atención de consultorios a población inmigrante en situación irregular. *El Mercurio*, 2 de septiembre de 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-09-02&dtB=14-10-2016%200:00:00&PaginaId=8&bodyid=3>>.

Diéguez, Ariel, “La odisea de una Colombiana y de su hijo para volver a Chile”. *Las Últimas Noticias*, 9 de marzo de 2016. <<http://www.lun.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=09-03-2016%200:00:00&BodyID=0&PaginaId=14>>.

Equipos de ciudad y regiones, “El voto de inmigrantes puede influir en el resultado electoral de 11 comunas”. *El Mercurio*, 5 de junio de 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/pages/newsdetail.aspx?dt=2016-06-05&PaginaId=6&BodyID=3&tipoPantalla=undefined>>.

Labrín, Sebastián, “Caso de narcotráfico revela primer crimen cometido por sicarios colombianos en Chile”. *La Tercera*, 11 de diciembre 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/12/680-659737-9-caso-de-narcotrafico-revela-primer-crimen-cometido-por-sicarios-colombianos-en.shtml>>.

Lagos, Belén, “¿De qué países provienen los extranjeros que trabajan en Chile?”. *Las Últimas Noticias*, 19 de agosto 2016. <<http://www.lun.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-08-19&PaginaId=34&bodyid=0>>.

Lingua, Aldo y Lobo Santiago, Alejandra, “Uno de cada 10 niños nacidos el año pasado en Independencia es hijo de extranjeros”. *La Tercera*, 13 de marzo de 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/03/680-672050-9-uno-de-cada-10-ninos-nacidos-el-ano-pasado-en-independencia-es-hijo-de.shtml>>.

Matus, J. y Jarpa, M.J. “Nueva política migratoria refuerza protección de DD.HH., empleo y acceso a justicia”. *La Tercera*, 13 de diciembre 2015. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/12/680-659860-9-nueva-politica-migratoria-refuerza-proteccion-de-ddhh-empleo-y-acceso-a-justicia.shtml>>.

Rivera, V. y Soto, J. “Proponen que migrantes tramiten sus visas en el extranjero”. *La Tercera*, 25 de junio 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/06/680-686441-9-proponen-que-migrantes-tramiten-sus-visas-en-el-extranjero.shtml>>.

Riveros, Joaquín, “El subsidio al arriendo se la hizo más fácil a extranjeros”. *Las Últimas Noticias*, 3 de febrero de 2016. <<http://www.lun.com/pages/newsdetail.aspx?dt=2016-02-03&Paginald=20&BodyID=0>>.

Rojas Martínez, Mario “Tacna, la última escala en el extranjero para los migrantes ilegales que viajan hacia Chile”. *El Mercurio*, 6 de marzo 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-03-06&dtB=24-08-2016%200:00:00&Paginald=19&bodyid=3>>.

\_\_\_\_\_, “Narco usa a hijo menor de edad para internar droga a Chile”. *El Mercurio*, 2 de julio de 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-07-02&dtB=10-08-2016%200:00:00&Paginald=20&bodyid=3>>.

\_\_\_\_\_, “El 52% de los imputados por delitos en el extremo norte del país son extranjeros”. *El Mercurio*, 30 de agosto 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-08-30&dtB=14-10-2016%200:00:00&Paginald=6&bodyid=3>>.

Sepúlveda Garrido, Paulina, “¿En qué trabajan los inmigrantes en Chile?”. *La Tercera*, 5 de septiembre de 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/en-que-trabajan-los-inmigrantes-en-chile/>>.

Sepúlveda Garrido, Paulina, “Perú es la principal colonia del país, con 130 mil habitantes”. *La Tercera*, 05 de septiembre de 2016. <<http://papeldigital.info/lt/2016/09/05/01/paginas/004.pdf>>

Susuki, J. J. “Plantean que migrantes ilegales puedan ser expulsados tras condenas por crimen”. *El Mercurio*, 13 de diciembre de 2015. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2015-12-13&dtB=19-07-2016%200:00:00&Paginald=10&bodyid=3>>.

Vásquez, Ramón, “Tontón que trapeó con boliviana terminó en tribunales”. *Las Últimas Noticias*, 8 de enero de 2016, p.10. <<http://papeldigital.info/lacuarta/index.html?2016010801#>>.

“Detienen a banda de colombianos por usura en Temuco”. *La Tercera*, 1 de agosto de 2016, p. 20. <<http://papeldigital.info/lt/index.html?2016080101#>>.

“Detienen a colombianos que intentaban ‘clonar’ tarjetas”. *El Mercurio*, 17 de agosto de 2016. <<http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2016-08-17&dtB=18-08-2016%200:00:00&Paginald=11&bodyid=3>>.

“Niños migrantes en la escuela: una tarea en proceso”. *La Tercera*, 27 de julio de 2016. <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2016/07/680-690396-9-especial-66-anos-ninos-inmigrantes--en-la-escuela-una-tarea-en-proceso.shtml>>.

“Peruano muere al pisar mina antipersonal en frontera con Chile”. *Las Últimas Noticias*, 9 de febrero de 2016. <<http://www.lun.com/pages/newsdetail.aspx?dt=2016-02-09&Paginald=8&BodyID=0>>.

## Capítulo IV.

# La protección jurídica de las personas migrantes en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>1</sup>

### 1. Consideraciones generales

En los primeros quince años del siglo XX ha existido, en términos absolutos, un importante aumento de la migración internacional<sup>2</sup>, globalizada desde la perspectiva de los países de destino pero no necesariamente desde la óptica de los países de origen<sup>3</sup>.

En el análisis jurídico de las migraciones internacionales, bajo un enfoque de derechos humanos, la cuestión central es la protección (respeto y garantía) de los derechos que los Estados deben brindar a las personas migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción, en el marco de un *International Bill of Human Rights*<sup>4</sup> que “guarda silencio sobre la obligación de los estados de permitir el ingreso de inmigrantes, sostener el derecho de asilo y permitir la ciudadanía a residentes y ciudadanos extranjeros” y “sostiene la soberanía de los estados individuales”<sup>5</sup>.

Consecuencia de lo anterior es, por ejemplo, que, para el derecho internacional, la regulación y gestión de la migración sigue siendo una competencia estatal, razón por la que los Estados pueden definir el diseño e implementación de sus políticas migratorias en base a sus propios intereses nacionales y objetivos políticos. La Observación General n° 15 del Comité de Derechos Humanos sobre “La situación de los extranjeros bajo el Pacto”<sup>6</sup> es clara al respecto al considerar que (i) no hay la obligación para el Estado de consagrar un estatuto jurídico igual para personas nacionales y extranjeras, por cuanto se pueden reservar ciertos derechos consagrados en el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (PIDCP) a quienes poseen la nacionalidad (apartados 2 y 3)<sup>7</sup>; (ii) no existe el derecho de la persona extranjera a entrar y permanecer en el territorio de un Estado que no sea él de su nacionalidad (apartado 5), por lo que es legítimo a un Estado condicionar su entrada al cumplimiento de ciertos requisitos (apartado 6); y, por último, que (iii) el Estado tiene la prerrogativa de expulsar de su territorio, bajo ciertas condiciones,

1 Capítulo redactado por Rita Lages. La autora agradece a Valentina López Garrido, por su inestimable ayuda en la recopilación de las fuentes normativas y jurisprudencia interamericana.

2 Según cifras de las Naciones Unidas, entre 2000 y 2015, hubo un aumento de 41% de migrantes internacionales, es decir, 71 millón de personas más que viven en un país distinto al de su nacionalidad. United Nations, Department of Economic and Social Affairs. «Trends in international migration 2015» *Popfacts*, no. 2015/4, 2015, 1.

3 Esto se debe, por un lado, a la *dispersión de la emigración* (i.e., de los lugares de origen de los migrantes) y, por otro, a la *concentración de la inmigración* (i.e., de los lugares de destino de los migrantes), ambos fenómenos favorecidos por un proceso de globalización altamente desigual. Fundamental al respecto, Mathias Czaika/Hein de Haas, «The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory», *International Migration Review* 48, n° 2 (2015): 283-323.

4 Compuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y los dos pactos internacionales de derechos civiles y políticos (PIDCP) y de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), ambos de 1966.

5 Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos* (Barcelona: Gedisa, 2004), 19.

6 Naciones Unidas, *Observación General n° 15 «La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos»*, aprobada por el Comité de Derechos Humanos, 27° período de sesiones, 11 de abril de 1986.

7 Dando cuenta de ello, CorteIDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A no.18, párr. 119; caso *Vélez Loor vs Panamá* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 23 de noviembre. Serie C no. 218, párr. 248.

la persona extranjera en situación irregular o con residencia legal siempre y cuando ameriten “razones imperiosas de seguridad nacional” (apartados 9 y 10).

Si bien la creación de la política migratoria y el trato que los Estados conceden a los extranjeros en sus territorios siguen siendo cuestiones sometidas al derecho interno, una cosa es hoy clara: dicha prerrogativa ya no es absoluta, por cuanto debe ser compatible con las obligaciones propias del derecho internacional, en especial, las que se refieren a los derechos humanos<sup>8</sup>. En otras palabras, conciliar las exigencias demandadas por el reconocimiento de la libre circulación como “condición indispensable para el libre desarrollo de la persona humana”<sup>9</sup> con las prerrogativas soberanas es el *punctum crucis* de la actual problemática jurídica en torno a la migración internacional.

El objetivo del presente capítulo es averiguar la existencia en el derecho internacional de un *corpus juris* aplicable a las personas migrantes para con ello identificar un estándar internacional de protección jurídica de los derechos humanos de este grupo vinculante para Chile, mediante el análisis de los principales tratados internacionales de derechos humanos, instrumentos no convencionales referidos específicamente a la materia, resoluciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, con un especial enfoque en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), etc.

Para un adecuado desarrollo del objetivo mencionado, este capítulo se divide en dos acápite: el primero analiza el principio de igualdad y no discriminación como principio rector del estatuto jurídico del extranjero<sup>10</sup> y el segundo trata de identificar el contenido de un estándar internacional en materia migratoria, considerando los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales.

8 En este sentido, el TEDH ha sostenido reiteradamente que el derecho de los Estados de gestionar los flujos migratorios, en especial la inmigración irregular, no puede justificar prácticas estatales que vulneren los derechos y libertades consagrados en el CEDH (véanse, por ejemplo, las sentencias de 22 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y Otros contra Italia* (n° 27765/09), ap.79; y de 3 de julio de 2014, *Georgia contra Rusia (I)* (n° 13255/07), ap. 177). Asimismo, la Corte IDH ha afirmado que la prerrogativa estatal de iniciar acciones legales, y consecuente adopción de medidas, en contra de extranjeros que incumplan con alguna norma o regla del ordenamiento jurídico interno no es un impedimento para que los Estados cumplan con su propia obligación internacional de respetar y garantizar los derechos humanos previstos en la CADH (artículo 1° CADH), en general, y el “*corpus juris* internacional aplicable a los derechos humanos de las personas migrantes”, en particular (véase, CortelIDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrs. 117-119 y, también, jurisprudencia posterior, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 100; caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C no. 251, párr. 154; caso *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia* (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C no. 272, párr. 129).

9 Naciones Unidas, *Observación General N° 27 «Libertad de circulación» (artículo 12)*, 2 de noviembre de 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, aprobada por el Comité de derechos humanos en la 1783ª sesión (67° período de sesiones), celebrada el 18 de octubre de 1999, párr. 1.

10 Importa, aunque de forma sucinta, hacer la siguiente aclaración conceptual: si bien no existe una definición internacional única de migrante, dicho concepto no es necesariamente sinónimo de extranjero. Mientras el segundo incluye al primero (es extranjero aquél que no posee la nacionalidad de un determinado Estado, luego todo inmigrante es extranjero), ni todo extranjero es migrante, ya que se considera migrante aquella persona que, por voluntad o propia o sin factores externos a su voluntad, decide residir por un período no inferior a tres meses en un tercer país. Esta definición de la OIM excluye, por un lado, las migraciones forzadas (refugiados y solicitantes de asilo) y, por otro, a los desplazamientos por motivos turísticos, de salud, negocios o visitas a familiares y amigos. Véase, OIM, *Glosario sobre migración* (Derecho internacional sobre migración n° 7, Ginebra: OIM, 2006), pp. 26 y 41-42. No obstante la sutileza de la distinción entre migrante y refugiado, que justifica, del punto del derecho, un (discutible) tratamiento jurídico diferenciado, se reconoce que la frontera conceptual entre uno y otro es borrosa, por cuanto “los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales. Afrontan también muchos problemas comunes y tienen vulnerabilidades similares, incluso en el contexto de los grandes desplazamientos”. Naciones Unidas, *Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes*, 70° período de sesiones, 19 de septiembre de 2016, párr. 6. Texto en castellano de la declaración disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1>> (consulta: 10.11.2016).



## 2. El principio de igualdad y no discriminación en materia migratoria

El principio de igualdad y no discriminación cuenta con un amplio reconocimiento en el sistema universal y regional de protección de derecho humanos<sup>11</sup> y ha sido incorporado en varios textos internacionales, en especial en aquellos relacionados con personas y grupos vulnerables<sup>12</sup> —entre ellos, las personas migrantes<sup>13</sup>—, considerados por la jurisprudencia internacional de derechos humanos sujetos de una protección especial —en virtud de las circunstancias *de jure* y *de facto* que originan y perpetúan su vulnerabilidad<sup>14</sup>— que demanda de los estados un deber especial de cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos<sup>15</sup>.

Por otro lado, la igualdad y no discriminación constituye un principio jurídico rector en materia de protección de los derechos humanos<sup>16</sup>, es decir, un principio que «impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos»<sup>17</sup>.

11 Así, se lo puede encontrar en los artículos 2 y 7 DUDH; artículo 2.1 PIDCP; artículos 2.2, 3 y 26 PIDESC; artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945; y, asimismo, en el artículo 2 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; artículos 1 y 24 CADH; artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2001 (“Protocolo de San Salvador”); artículo 14 CEDH; artículo Protocolo n° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 2000; artículo E de la Carta Social Europea de 1961 o Carta de Turín (revisada en 1996); artículos 2 y 19 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; artículo 3 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

12 Véanse, entre otros: artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; principio 1 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; artículo 2.d de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998; artículo 6 del Convenio n° 97 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (revisado en 1949); artículos 8 y 10 del Convenio n° 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes de 1975 (disposiciones complementarias); artículos 1 y 7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990; artículos 2, 3, 5 a 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; artículos 2 y 4 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981; artículos 1 a 3 del Convenio n° 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958; artículo 1.2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999; artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006; artículo 5 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015.

13 Resolución 54/166 “Protección de los migrantes” aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 54° período de sesiones, 24 de febrero de 2000 (A/RES/54/166), párr. 5 del preámbulo; Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2000/48 de la Comisión de Derechos Humanos, “Grupos específicos e individuos: trabajadores migrantes, Comisión de Derechos Humanos, 57° período de sesiones, 9 de enero de 2001 (E/CN.4/2001/83), párr. 55.

14 Corte IDH, OC-18/03, párr. 112; TEDH, sentencia de 16 de marzo de 2010, *Oršuš y otros contra Croacia* (n° 15766/03), párr. 147.

15 Corte IDH, caso *Masacre de Pueblo Bello vs Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C no. 140, párr. 111; caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C no. 149, párr. 103; TEDH, *Oršuš y otros contra Croacia*, párrs. 147-148. Para un mayor desarrollo del concepto de grupo vulnerable en los sistemas americano y europeo de derechos humanos, véanse Rosmerlin Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología», en *Derechos humanos y políticas públicas. Manual*, coord. Laurence Burgorgue-Larsen *et al.* (Barcelona: EDO-Serveis, 2014), 193 ss.; Lourdes Peroni/Alexandra Timmer, «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11 n° 4 (2013): 1056 ss.

16 Naciones Unidas, *Observación general n° 18 «No discriminación»*, aprobada por el Comité de derechos humanos, 37° período de sesiones, 10 de noviembre de 1989, párr. 1.

17 Corte IDH, OC-18/03, párr. 100.

No obstante la ausencia de una “definición única y universal” en el derecho internacional de del concepto de no discriminación<sup>18</sup>, el Comité de Derechos Humanos —tomando por referencia las convenciones internacionales sobre la eliminación de la discriminación<sup>19</sup>—, la define, ampliamente, como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las persona»<sup>20</sup>.

A su vez, la jurisprudencia internacional se ha hecho cargo de la interpretación del contenido y de la naturaleza jurídica de esta cláusula subordinada para decir, respectivamente, que (i) ni toda distinción o diferenciación de trato constituye una discriminación<sup>21</sup>, siempre que su propósito sea legítimo, su justificación razonable y objetiva y los medios empleados proporcionales al fin pretendido<sup>22</sup>, y (ii) se trata de una norma de *ius cogens*<sup>23</sup>.

La incorporación de cláusulas de no discriminación en los tratados internacionales de derechos humanos y asimismo en tratados que reconocen específicos derechos sustantivos de los migrantes —como lo es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares— sugieren una protección adicional a estas personas en virtud de su mayor susceptibilidad a la discriminación y trato diferenciado. En virtud de lo anterior, las exigencias del principio de igualdad y no discriminación son condición

---

18 Anne F. Bayefsky, “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11 n° 1-2 (1990): 1 (se consultó la traducción al castellano realizada por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf> [consulta: 23.09.2016]).

19 Es decir, las convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 1.1) y contra la mujer (artículo 1).

20 Naciones Unidas, *Observación General n° 18 Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos «No discriminación»* (37° período de sesiones), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), párr. 7. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 7) añade a los motivos de discriminación mencionados por el Comité de Derechos Humanos la nacionalidad, edad, patrimonio y estado civil.

21 CortelDH, *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A no. 4, párr. 56 (esta afirmación es reiterada en CortelDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Serie A no. 17, párr. 46; y CortelDH, OC-18/03, párr. 89); Council of Europe, *Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4.11.2000, European Treaty Series no. 177, párr. 18.

22 TEDH, sentencia de 23 de julio de 1968, *Caso sobre ciertos aspectos de las leyes en relación al uso de idiomas en la educación en Bélgica contra Bélgica* (n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), párr. 10 y sentencia de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido* (n° 9214/80; 9473/81; 9474/81), párr. 72; CortelDH, OC-4/84, párr. 56 *in fine*-57; OC-17/2002, párr. 46-47, CortelDH, OC-18/03, párr. 84.

23 La Corte IDH expresamente lo indica en su OC-18/03, párr. 101. En el caso de las niñas *Yean y Bosico vs República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 141, lo califica de “principio de derecho imperativo”.

Para algunos, la naturaleza de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación está expresamente consagrada en el artículo 4.1 *in fine* del PIDCP, por cuanto sus obligaciones siguen siendo exigibles incluso en los casos en que se admite la suspensión de derechos y libertades (el artículo 27.1 CADH presenta una redacción similar). Véase, Li Weiwei, «Equality and Non-Discrimination under International Human Rights Law», *Research Notes 03/2004, The Norwegian Centre for Human Rights*, Oslo, 2004, 20. Disponible en: [http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/china/Publications/articles\\_and\\_books/Article\\_LWW\\_2004.pdf](http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/china/Publications/articles_and_books/Article_LWW_2004.pdf) [23.09.2016]. Para otros, sin embargo, el razonamiento axiomático de la CortelDH en su OC-18/03, que descansa sobre el indeterminado e impreciso concepto de derecho natural, no es suficiente para afirmar la naturaleza de norma imperativa de derecho internacional. Al respecto, Andrea Bianchi «Human Rights and the Magic of *Ius Cogens*», *The European Journal of International Law*, vol. 19 n°. 3 (2008): 506.

indispensable para el ejercicio y goce de los derechos humanos reconocidos a las personas migrantes y fundamento para la limitación del actuar del Estado a la hora de establecer tratos diferenciados en razón de la nacionalidad u origen nacional<sup>24</sup>. En otras palabras, el principio de igualdad y no discriminación no obsta a que el Estado cree distintos estatutos jurídicos para nacionales y extranjeros o entre extranjeros (residentes y no residentes, documentados e indocumentados, etc.)<sup>25</sup>, sino que esa diferenciación debe justificarse según criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad<sup>26</sup>.

Si bien dicho principio en materia migratoria impone a los Estados<sup>27</sup> la obligación de reconocer y garantizar el ejercicio y goce de los derechos previstos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, en condiciones de igualdad y sin discriminación, el derecho internacional no se opone a que los Estados puedan reservar la titularidad de ciertos derechos políticos<sup>28</sup> a sus ciudadanos. De esta forma, los ordenamientos internos anclan la ciudadanía (y derechos asociados) en la nacionalidad<sup>29</sup> o hacen depender su ejercicio del principio de la reciprocidad<sup>30</sup>, restringiendo, así, el universo de personas que a ellos pueden acceder.

- 24 Las normas relativas a los motivos de discriminación prohibidos (ejemplo, artículo 2 DUDH; artículos 2 y 26 PIDCP) no incluyen la “nacionalidad”, sino el “origen nacional”. Se tratan de conceptos distintos, cuyos significados fueron incluso objeto de largas discusiones en la 5ª reunión (primera sesión) del Subcomité durante los trabajos preparatorios del entonces artículo 6 de la propuesta de la DUDH (dando cuenta de ello, Bert E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law: With Special References to Human Rights* (La Haya: Martinus Nijhoff, 1973), 101-102): el primero se refiere al vínculo jurídico entre el individuo y el Estado “que tiene por base un hecho social de adhesión, una genuina conexión de existencia, intereses y sentimientos, junto con la presencia derechos y deberes recíprocos” (CI), *Nottebohm case* (Liechtenstein v. Guatemala), 6 abril 1955, *Reports ICJ 1955*, p. 23) —esta definición clásica de nacionalidad se asemeja a la de ciudadanía propuesta en 1950 por T.H. Marshall en “Citizenship and Social Class” (repblicado en Jeff Manza y Michael Sauder, *Inequality and Society* (Nueva York: W.W. Norton and Co., 2009), 149), en la medida en que la nacionalidad como la ciudadanía se estriban en la pertenencia plena a una comunidad política—; el segundo “denota la nacionalidad anterior de una persona, que puede haber perdido, o adquirido mediante naturalización, o que alude a la vinculación a una «nación» dentro de un Estado” (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual de legislación europea contra la discriminación* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011), 111). El Comité de Derechos Humanos, en *Ibrahim Gueye y otros v. Francia*, Comunicación n° 196/1985, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 [1989], párr. 9.4, reconoce “que la nacionalidad propiamente dicha no figura entre los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el artículo 26 [del PIDCP], aunque considera que “la nacionalidad adquirida mediante la independencia (...) entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social”.
- 25 Como afirma Plender, “incluso las reglas más básicas de derecho internacional consuetudinario relativas a la migración se basan en la distinción entre nacionales y extranjeros o entre diferentes clases de extranjeros” (traducción nuestra). Richard Plender, *International Migration Law* (2ª edición revisada, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1988), 4.
- 26 CortelDH, OC-18/03, párr. 119.
- 27 Véase, para todos, la Observación general n° 15, párrs. 1, 2, 4, 7, 8 y 9.
- 28 Los artículos 25 del PIDCP, 23 de la CADH, 16 del CEDH, 39 y 40 de la CDFUE expresamente admiten restricciones en razón de la nacionalidad al ejercicio de los derechos a participar en la dirección de los asuntos públicos, de votar y ser elegidos.
- 29 La consecuencia es la ausencia de la ciudadanía en el discurso político sobre la migración y en la construcción del estatuto jurídico del extranjero. Así, Javier de Lucas, “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, en *La integración de los inmigrantes*, eds. Javier de Lucas y Laura Díez Bueso (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006), 18-19. La CortelDH categóricamente reconoce la naturaleza de derecho humano al derecho a la nacionalidad. Véase CortelDH, OC-4/84, párr. 33. Sobre los conceptos de “nacionalidad” y “ciudadanía” en el derecho interno, véase, como ejemplo, la sentencia n° 4122/2009, de 05 de marzo de 2009, de la Cámara Nacional Electoral de Argentina, causa *Simoliunas, Christian David y Federico Javier s/ solicitan renuncia a ciudadanía argentina* (Expte. n° 4462/08 CNE).
- 30 Como bien señala Solanes Corrella “[m]ientras continúe la reciprocidad, el derecho de sufragio de la mayor parte de los inmigrantes seguirá siendo un *derecho expectante* que pasará a la categoría de *derecho real y efectivo* cuando un tratado o ley se ocupe de forma pormenorizada de su desarrollo”, Ángeles Solanes Corrella, “Inmigración y derechos humanos”, coord. Manuel Pimentel Siles, *Procesos migratorios, economía y personas*, colección Mediterráneo Económico n° 1, Instituto de estudios de Cajamar (El Ejido/Almería: Escobar impresores, 2002), 117.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, el PIDESC (artículo 2, n° 2) y los catálogos regionales igualmente contemplan una obligación general de no discriminación<sup>31</sup>, por lo que también “[n]o caben aquí las reservas respecto de extranjeros, eventualmente válidas en relación con otros derechos. En efecto, el Pacto [PIDESC] es particularmente claro cuando contempla una eventual dispensa respecto de los extranjeros pero sólo en favor de los Estados en desarrollo y respecto de los derechos económicos”<sup>32</sup> (artículo 2, n°3 PIDESC).

La situación administrativa de la persona migrante es determinante para la titularidad de los DESC, ya que los tratados internacionales existentes aplicables, como ocurre con la mencionada convención internacional sobre los trabajadores migratorios, reservan la mayoría de aquellos derechos a los migrantes en situación regular. A su vez, las legislaciones nacionales reducen los DESC a su mínima expresión, reconociendo básicamente la cobertura sanitaria en situaciones de emergencia y el derecho a la educación<sup>33</sup>.

Dicho todo lo anterior, es legítimo cuestionarse sobre si la diferenciación de estatutos jurídicos entre nacionales y extranjeros, o incluso entre estos últimos, pone en entredicho la universalidad de los derechos humanos<sup>34</sup>, en la medida en que el acceso a la titularidad de un conjunto significativo de derechos humanos por parte de las personas migrantes queda condicionada al principio de reciprocidad o a su situación administrativa (léase, condición migratoria regular).

No obstante lo anterior, y como se ha mencionado, la legitimidad y validez de una medida restrictiva resultante de un trato diferenciado queda supeditada a un juicio de legalidad, proporcionalidad (en sentido amplio) y objetividad. En otras palabras, la distinción entre nacionales y extranjeros deberá estar justificada racionalmente en un interés legítimo del Estado (protección de la seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas y derechos y libertades de terceros)<sup>35</sup>, con atención a las consecuencias fácticas del trato diferenciado en la población migrante y a la “existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismo fines legítimos”<sup>36</sup>. Asimismo, no pueden basarse en ninguno de los motivos señalados en la declaración universal y pactos internacionales (raza, color, género, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento, etc.).

La existencia de un sistema universal de derechos humanos, en lo que a la migración se refiere, no significa la eliminación de la discrecionalidad por parte de los Estados en la configuración y

---

31 Artículo 3 del Protocolo de San Salvador; artículo E (título V) de la Carta de Turín. Relativamente a esta última, entre los motivos de no discriminación no se contempla ni la nacionalidad ni el origen nacional. Además, se reconoce expresamente la posibilidad de trato diferenciado entre nacionales y extranjeros en relación a algunos de los derechos contemplados, a saber, artículos 12, n° 4 (derecho a la seguridad social); 18, n° 2 y 3 (derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes) y entre extranjeros en condición migratoria regular e irregular (Anexo a la Carta Social Europea (revisada) “Ámbito de aplicación de la Carta Social (revisada) en lo que se refiere a las personas protegidas”, n° 1).

32 Mónica Pinto, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista IIDH*, vol. 40 (2005): 45.

33 Es el caso de Chile, por ejemplo. Al respecto, véase el capítulo I, apartado 2.2. *supra*, del presente informe.

34 Sin pretender entrar en la discusión sobre el principio de universalidad de los derechos humanos, conviene advertir que “(...) la existencia (...) [y] la universalidad de los derechos humanos (...) proviene del reconocimiento del sujeto de derechos como persona que debe ser valorada como fin en sí mismo, como ente capaz de autodeterminarse, como identidad con dignidad” Luis Daniel Vásquez y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, coord. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2011), 147.

35 Véase, por ejemplo, párrs. 11-18 de la Observación general n° 27; Corte IDH. Caso *Vélez Loor c. Panamá*, párr. 166.

36 Corte IDH, OC-18/03, p. 25.

desarrollo de sus políticas migratorias<sup>37</sup>, sino que la aparición de nuevos parámetros jurídicos, de origen internacional, que configuran la relación entre el Estado y las personas extranjeras bajo su jurisdicción; parámetros estos que, por tener en la dignidad humana su fundamento jurídico-axiológico, condicionan el poder de actuación del Estado al respeto y garantía de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el Estado es soberano para definir los requisitos y condiciones de entrada, permanencia y salida de su territorio por parte de los extranjeros<sup>38</sup>, y de establecer las respectivas sanciones que conlleva la infracción de algunos de esos requisitos legales predefinidos; pero ese poder sancionatorio no supone para los extranjeros la pérdida de derechos de otra naturaleza o fuente ni autoriza al Estado a no protegerlos<sup>39</sup>, por cuanto el ejercicio de dichas facultades no lo exime de su obligación de cumplir con los instrumentos internacionales que les sea aplicable por vía de la adecuación de la normativa interna a los tratados internacionales ratificados y de las prácticas estatales al derecho internacional<sup>40</sup>.

En esa medida, la conclusión es la de que no son las exigencias propias del principio de igualdad y no discriminación las que se supeditan a los intereses nacionales protegidos por las políticas migratorias nacionales<sup>41</sup>, sino que es este principio el que debiera informar el ordenamiento jurídico interno, incluido el derecho de extranjería.

### 3. El estándar mínimo internacional de trato o protección en materia migratoria

La discusión sobre la existencia y el contenido del estándar mínimo internacional de trato para los extranjeros es previa al contemporáneo sistema universal de derechos humanos<sup>42</sup>. Sin embargo, la asunción de compromisos de acción por parte de los Estados en virtud de la ratificación de tratados internacionales y regionales reconociendo derechos y libertades

37 «Por política migratoria puede entenderse, *grosso modo*, el conjunto de mecanismos legales y administrativos articulados por lo general desde el Estado, pero también desde otras instituciones supranacionales, que regulan el acceso al territorio, la estancia y el establecimiento, la integración socioeconómica y cívica de los inmigrantes y el disfrute de derechos ciudadanos, así como la incorporación a la comunidad política. Habría que considerar, por añadidura, como esferas específicas, la regulación de la entrada al mercado de trabajo en destino y la implantación de iniciativas económicas en las cuencas Migratorias orientadas a contener los flujos de salida», Ana María López Sala, «El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular», *ARBOR*, 81 n° 713 (2005): 28. Se trata, por tanto, de una definición más integral y, por ende, más rigurosa que aquella adoptada por la Corte IDH que la circunscribe a “todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc ) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”. Corte IDH. Opinión consultiva OC-18/03, párr.163.

38 Corte IDH, OC-18/03, párrs. 168-169; Comité de Derechos Humanos, “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párr. 14.

39 En este sentido: “[e]n el caso de que se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias -así, la deportación o la expulsión-, el afectado conserva íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral”. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la opinión consultiva OC-18/03, párr. 39.

40 Corte IDH, OC-18/03, párr. 171. Otro ejemplo de una práctica estatal que desvirtuaba el sentido de la no prohibición por parte del derecho internacional de que los Estados crean estatutos jurídicos diferenciados entre nacionales y extranjeros era la interpretación que algunos hacían del artículo 1, n° 2 de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (“2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”), de que estaban exentos de la obligación de “presentar un informe completo sobre la legislación relativa a los extranjeros y su aplicación”. *Recomendación general n° 11* relativa a los no ciudadanos, aprobada por el Comité para la eliminación de la discriminación racial, 42° período de sesiones, 19 de marzo de 1993 (A/48/18), párrs. 2 y 3.

41 Corte IDH, OC-18/03, párr. 172.

42 Edwin Borchard, “Minimum Standard of the Treatment of Aliens”. *Michigan Law Review*, vol. 31, n° 4 (1940): 456 ss.

fundamentales a las personas independiente de su nacionalidad, por tratarse de derechos y libertades inherentes a la condición y dignidad humanas, o de convenciones y resoluciones específicas sobre personas migrantes<sup>43</sup>, ha contribuido a la aparición de un *corpus juris* de derechos humanos que los Estados deben respetar y garantizar a los extranjeros, y los ordenamientos jurídicos internos pueden ampliar<sup>44</sup>.

Por otra parte, el estándar mínimo de protección actúa como límite a la soberanía nacional pues la condición jurídica del extranjero debe determinarse también por referencia al derecho internacional de los derechos humanos y el Estado, si no asegura ciertas condiciones jurídicas mínimas a los extranjeros, puede incurrir en responsabilidad internacional.

### 3.1. Contenido del estándar mínimo internacional de derechos humanos en materia migratoria

Ante la indeterminación del contenido del estándar mínimo (qué derechos y libertades mínimos o protecciones básicas deben los Estados respetar y garantizar a los extranjeros que se encuentran bajo su jurisdicción)<sup>45</sup>, la jurisprudencia se ha hecho cargo de precisar su alcance.

En ese sentido, la Corte IDH, partiendo de la premisa de que “los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana”<sup>46</sup>, ha afirmado que, por ejemplo, los derechos a la vida y a la integridad personal, “revisten un carácter esencial” porque “forman parte del núcleo inderogable, (...) [es decir, aquellos que] no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas” . La tesis de que los derechos humanos inderogables constituyen “el *minimum* universalmente reconocido”<sup>47</sup> fue manifestada expresamente por el juez Cançado Trindade y encuentra acogida entre la doctrina más reciente<sup>48</sup>.

43 A título de ejemplo, además de la ya mencionada Convención de la ONU sobre los trabajadores migratorios y sus familias de 1990, los Convenios n° 97 y 143 de la OIT sobre trabajadores migrantes (1949 y 1975, respectivamente) y las Recomendaciones n° 87 y 151 de la OIT sobre trabajadores migrantes (1949 y 1975, respectivamente), la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos de los migrantes de 2005 (E/CN.4/RES/2005/47), la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de los migrantes de 2004 (A/RES/59/194) o aún las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 8/10, de 18 de junio de 2008, 17/12, de 17 de junio de 2011, y 26/19, de 11 de julio de 2014, tituladas “Los derechos humanos de los migrantes: mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes”.

44 Los extranjeros, migrantes o no, están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia y asimismo del Estado de nacionalidad, incluso cuando se encuentran fuera de su país (por ejemplo, la protección consular).

45 Una dificultad adicional es la circunstancia de que no existe una total coincidencia entre los derechos humanos considerados inderogables entre los principales instrumentos universales y regionales de derechos humanos. Por ejemplo, el catálogo de derecho humanos inderogables de la CADH (artículo 27, n° 2 CADH) es mucho más amplio que el de su congénere europea (artículo 15, n° 2 CEDH) e incluso del sistema universal (artículo 4, n° 2 PIDESC). En común: el derecho a la vida (artículos 6 PIDESC; 4 CADH y 2 CEDH), la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes (artículos 7 PIDESC; artículo 5, n° 2 CADH; 3 CEDH), prohibición de la esclavitud o servidumbre (artículos 8, n° 1 y 2 PIDESC; 6 CADH; 4, n.º 1 CEDH) y el principio de legalidad y de no retroactividad (artículos 15 PIDESC; 9 CADH y 7 CEDH). También es consensual el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica o la prohibición de la confiscación de bienes. Kay Hailbronner, Jana Gogolin, voz “Aliens”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (última actualización de la entrada en julio de 2013), párr. 26 <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e744?rsk=y=KqBQyl&result=1&prd=EPIL>> (consulta: 14.11.2016).

46 Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo). Serie C no. 4, párr. 165. Véase también, CortelDH, OC-18/03, párr. 72.

47 Voto concurrente del juez A. Cançado Trindade, párr. 10 en Corte IDH, caso *Barrios Altos Vs. Perú* (fondo), sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C no. 75.

48 Jordi Bonet Pérez, “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, coord. Felipe Gómez (dir.) y José Manuel Pureza, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2004), 312.

Importante consecuencia de lo anterior es que las políticas migratorias no pueden dejar de considerar que “ciertos derechos no son derogables”, es decir, “la condición migratoria de las personas puede constituir un factor al evaluarse la manera en que el Estado puede dar efecto adecuadamente a los derechos consagrados en la Declaración o la Convención. Sin embargo, dicha condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”<sup>49</sup>.

Entre esas protecciones básicas o derechos mínimos están los *derechos a la vida y a la integridad personal* —estrechamente vinculados a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>50</sup>. De la interpretación de su contenido y alcance a propósito de casos relacionados con personas migrantes<sup>51</sup>, en especial aquellas que se encuentran en situación migratoria irregular, la jurisprudencia interamericana ha visto en ellos fuente normativa de ciertas obligaciones estatales.

En ese sentido, para la Corte IDH, las restricciones a los derechos fundamentales de las personas migrantes deben someterse a las exigencias propias de la legalidad, legitimidad y proporcionalidad. Así, el respeto por la integridad personal (artículo 5) y la libertad personal (artículo 7) de las personas migrantes requiere que su detención y privación de libertad en el ámbito de procedimientos de control migratorio<sup>52</sup> “deber ser utilizada cuando fuere necesario y

49 CIDH, “Capítulo VI - Estudios Especiales. Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias”, en *Informe anual 2002*, párrs. 100-101. <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.6.htm>> (consulta: 16.11.20116).

Cabe precisar que “[a]un cuando no existe una jerarquía de importancia entre los derechos en el Pacto [PIDESC], no cabe suspender la aplicación de algunos de ellos ni siquiera en momentos de emergencia nacional. Ello subraya la gran importancia de los derechos inderogables. Pero no todos los derechos de gran importancia (...) se han hecho en realidad inderogables. El motivo de que se declaren inderogables algunos derechos se debe a que su suspensión no influye en el control legítimo del estado de emergencia nacional (por ejemplo, el no encarcelamiento por deudas, en el artículo 11). Otro motivo consiste en que la derogación puede de hecho ser imposible (como, por ejemplo, la libertad de conciencia). Al mismo tiempo, algunas de las disposiciones son inderogables precisamente porque sin ellas no existiría el imperio de la ley. Cualquier reserva a las disposiciones del artículo 4 entraría en esta categoría, dado que dicho artículo estipula precisamente el equilibrio que ha de conseguirse entre los intereses del Estado y los derechos del particular en situaciones de emergencia. Y algunos derechos inderogables, a los que en ningún caso cabe formular reservas dada su condición de normas perentorias, revisten también este carácter, como la prohibición de la tortura y la privación arbitraria de la vida”. Comité de derechos humanos, *Observación General n° 24 «Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto»*, 52º período de sesiones, 4 de noviembre de 1994, párr. 10.

50 La prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes no solo comparte con los derechos mencionados el carácter de norma inderogable como se trata además de una norma (prohibitiva) de *ius cogens*.

51 Relativamente a la interpretación de los derechos contenidos en la CADH, la Corte IDH ha resaltado que en virtud de “las necesidades especiales de protección de personas y grupos migrantes, (...) interpreta y da contenido a los derechos que la Convención les reconoce, de acuerdo con la evolución del *corpus juris* internacional aplicable a los derechos humanos de las personas migrantes” (Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo*, párr. 129), lo que ha dado lugar por parte de la Corte IDH a “un ejercicio integrador de los derechos cuando se toman en cuenta —a nivel estrictamente interpretativo— los criterios internacionales provenientes del Sistema Europeo o Africano y del Sistema Universal de Derechos Humanos” (Corte IDH, caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 78).

52 Así, y considerando lo expuesto por el Comité de Derechos Humanos, para quien la “privación de libertad implica una restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación”, las prácticas estatales más comunes de privación de libertad a causa de procedimientos de control migratorio son, por ejemplo, la detención en dependencias de la policía, la detención administrativa, el confinamiento en una zona restringida de un aeropuerto. Naciones Unidas, *Observación General N° 35 «Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)»*, de 16 de diciembre de 2014, aprobado por el Comité de derechos humanos, 112º período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014), CCPR/C/GC/35, párr. 5.

proporcionado en el caso en concreto”<sup>53</sup>. Es decir, la detención, por un lado, no puede consistir en una medida arbitraria, y, por otro lado, debe ser una medida idónea para perseguir una finalidad legítima, *in casu* la regulación y control de la migración<sup>54</sup>, y “estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”<sup>55</sup>.

Las consideraciones precedentes han permitido a la Corte IDH formular estándares de protección relativamente a (i) los *lugares de detención* de las personas en situación migratoria irregular (“los migrantes debe ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones”<sup>56</sup>; “los lugares de detención debe encontrarse diseñados a los fines de garantizar «condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal»”<sup>57</sup>); (ii) *tiempo de la detención* (“menor tiempo posible”<sup>58</sup>); (iii) a *las condiciones de la detención* (“la falta de registro de ingreso y egreso en el centro de salud, la falta de atención médica en favor de las cinco víctimas gravemente heridas, y la omisión de un diagnóstico sobre su situación y prescripción de su tratamiento, denotan omisiones en la atención que se debió brindar a los heridos para respetar su derecho a la integridad personal”<sup>59</sup>); (iv) la *legalidad de la detención* (“el mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida [de detención] resulta compatible con la Convención Americana”<sup>60</sup>; “serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, mediante una evaluación individualizada y motivada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas para alcanzar aquellos fines”<sup>61</sup>; “las detenciones no fueron llevadas a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y status jurídicos de los detenidos, o mismo de realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión (...). Es claro que la manera en que se realizó la privación de libertad (...) indica que fue por perfiles raciales (...)”<sup>62</sup>); o, aún, sobre (v) la finalidad de la detención (“la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos”<sup>63</sup>).

En cuanto a la finalidad de la detención, y relativamente a los menores, la Corte IDH ha sido enfática en señalar que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas y/o

53 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 208.

54 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 169. El Comité de Derechos humanos ha dejado claro que “La detención durante los procedimientos de control de la inmigración no es *per se* arbitraria, pero deberá justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se prolongue”, *Observación General N° 35*, párr. 18. En esta misma observación, el Comité señala los siguientes estándares en materia de privación de libertad de personas extranjeras a causa de su condición migratoria irregular: (i) la decisión de privación de libertad debe considerar las consecuencias para la salud física o mental; (ii) debe llevarse a cabo en dependencias apropiadas e higiénicas sin el carácter de prisión o celda de castigo y (iii) los Estados no pueden privar de libertad a migrantes como parte del procedimiento de expulsión.

55 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 70.

56 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 208.

57 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 209.

58 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 208.

59 Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 109.

60 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 116.

61 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 171.

62 Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 134.

63 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 171; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C no. 282, párr. 359.



niños que se encuentren junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de los progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que la niña y/o niño se encuentre solo o separado de su familia<sup>64</sup>. De hecho, “su condición de persona en desarrollo y su interés superior” demanda una interpretación más exigente de la legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida restrictiva de libertad<sup>65</sup> y, por ende, la obligación del Estado de brindar una “protección especial” a menores (pero también a mujeres, sobre todo en situación de embarazo) migrantes, durante la detención<sup>66</sup>. Solo así se puede cumplir adecuadamente con el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de niños y niñas.

Como vimos, la prohibición de la arbitrariedad<sup>67</sup> (artículo 7, n° 3) ha sido el fundamento jurídico inmediato para la Corte IDH determinar que las detenciones automáticas y obligatorias<sup>68</sup> de migrantes en situación irregular son contrarias a la CADH, y exigir de los Estados (i) la creación de catálogos de medidas alternativas a la detención y (ii) un examen individualizado, caso a caso, de la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas, ya que solo de esta forma se puede asegurar que la privación de libertad por motivos de control de los flujos migratorios sea excepcional, temporal y coherente con el principio de *non-refoulement* y la prohibición de las expulsiones colectivas.

Adicionalmente, dicho principio es también fundamento para la obligación de informar de las razones de la privación de libertad y de los cargos que puedan existir contra la persona migrante (artículo 7, n° 4 CADH)<sup>69</sup>. Considerando que este deber de motivación de la orden de detención es instrumental, pero decisivo, para el ejercicio las *garantías de debido proceso y acceso a la justicia* (artículo 7, n° 6 CADH)<sup>70</sup>, toda orden de detención con motivo de la condición irregular de la persona migrante debe, según jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, ser acompañada de información oral o escrita de los motivos de la detención al momento de su realización y la notificación escrita de los cargos<sup>71</sup>.

---

64 Corte IDH, caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 360.

65 Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Serie A no. 21, párrs. 153-157. Sobre este punto, véase nuestro trabajo, Rita Lages, “La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público”, *Tribuna internacional*, vol. 1 n° 2 (2012): 124-126.

66 CortelDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 110.

67 La prohibición de la arbitrariedad deriva del «Estado de Derecho», entendido este “como exigencia del «Derecho justo»”, en la terminología de K. Larenz, y de su principio nuclear de la vinculación a la ley y al Derecho de todos los órganos del Estado. Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (trad. Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 2001), 158 y 16 ss.

68 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 118 y 171, respectivamente.

69 Como bien señala Tomás R. Fernández (en: *De la arbitrariedad de la Administración* (4ª ed. corregida, Madrid: Civitas, 2002), 87) “[la] motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario”.

70 Corte IDH, OC-21/14, párr. 195.

71 Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 131; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 369. Este deber de motivación es igualmente aplicable a las detenciones con fines de extradición. Así, Corte IDH, caso *Wong Ho Wing vs. Perú* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C no. 297, párr. 251, en donde se lee: “serán arbitrarias las detenciones de personas requeridas en procesos de extradición, cuando las autoridades competentes ordenen la detención de la persona sin verificar si, de acuerdo con las circunstancias objetivas y ciertas del caso, ésta es necesaria para lograr la finalidad legítima de dicha medida, es decir, la posibilidad de que dicha persona impida la consecución de la extradición. Dicho análisis debe realizarse en cada caso particular y mediante una evaluación individualizada y motivada”.

Asimismo, la jurisprudencia interamericana, haciendo eco del derecho internacional en esta materia<sup>72</sup>, considera que la obligación de informar de los motivos de la detención y privación de libertad conlleva el derecho de la persona extranjera a que se le comunique en un idioma que comprenda y, caso sea necesario, a ser asistido por traductor o intérprete en las actuaciones judiciales ulteriores a su detención<sup>73</sup>.

Por otro lado, la persona migrante privada de libertad tiene el derecho a (i) comparecer personalmente y sin demora ante la autoridad judicial competente para decidir, de forma imparcial e independiente, sobre si permanecer detenido o puesto en libertad, a fin de ser oído y presentadas sus razones (artículo 7, n° 5 CADH)<sup>74</sup> y a (ii) un recurso judicial efectivo acerca de la (i) legalidad de la decisión de detención que sobre ella recaiga (artículo 7, n° 6 CADH)<sup>75</sup>.

En cuanto a las *garantías del debido proceso y acceso a la justicia*, su reconocimiento como derechos mínimos de todo migrante, independiente de su condición migratoria<sup>76</sup>, permitió a la CIDH identificar “normas mínimas de debido proceso aplicables a determinaciones de estatus y exclusiones y deportaciones”<sup>77</sup>, en su mayoría aceptadas por la propia Corte IDH, a saber: (i) adjudicador competente, independiente e imparcial<sup>78</sup>; (ii) derecho a ser oído<sup>79</sup>; (iii) información, traducción e interpretación<sup>80</sup>; (iv) representación legal<sup>81</sup>; (v) revisión judicial<sup>82</sup>; (vi) acceso a autoridades consulares<sup>83</sup> y (vii) condiciones de detención apropiadas<sup>84</sup>.

72 Véase, por ejemplo, el artículo 14 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

73 Corte IDH, OC-21/14, párr. 197.

74 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 107 y 109; caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 136.

75 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 126 y 129.

76 Observación General N° 15, párr. 11; Corte IDH, OC 18-/03, párr. 122; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr.11.

77 CIDH, “Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Capítulo VI. Garantías de debido proceso”, en *Informe anual 2000*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., de 16 abril de 2001, párr. 99. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/2181.pdf?view=1>> (consulta 28.11.2016).

78 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 108; caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 137; OC-16/99, párr. 120.

79 Corte IDH, caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356. Corte IDH, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, párr. 229 (extradición).

80 Corte IDH, caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A no. 16, párr. 120.

81 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 132 y 146; caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana*, párr. 164; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356.

82 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 126; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356.

83 Corte IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párrs. 151-160; caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356. Sobre el derecho a la asistencia consular, plasmado explícitamente en la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963* mediante el cual un Estado que detiene a una persona extranjera debe informarle de su derecho a contactar a las autoridades consulares de su país de origen, véanse, además de la opinión consultiva OC-16/99, párrs. 84 ss., dos emblemáticas sentencias de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001, en el caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), y de 31 de marzo de 2004, caso *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América).

84 Sobre las condiciones de detención de extranjeros en condición migratoria irregular, la CIDH considera que “estas personas deben ser retenidas en recintos de detención y no en prisiones comunes (...) [.] deben permanecer junto a sus familiares en espacios relativamente abiertos y no ser colocados en celdas. De igual modo, tendrían que tener acceso a bibliotecas, recreación, atención médica y derecho a salir un espacio al aire libre al menos por una hora cada día. Los recintos de detención también deberían contar con manuales con información en varios idiomas acerca de la condición legal de los detenidos, fichas con nombres y teléfonos de asesores legales y organizaciones a los que estas personas pudiesen recurrir para pedir apoyo si así lo estiman pertinente. Del mismo modo, visitas

Por otra parte, el análisis jurisprudencial acerca del contenido y alcance del derecho de acceso a la justicia (artículo 8 y 25 CADH) relativamente a las personas migrantes aparece estrechamente vinculado a la condición de vulnerabilidad en que se encuentra este grupo, como sujetos de derechos humanos, y perpetuada por desigualdades *de jure* y *de facto*. A consecuencia de lo anterior, el principio de igualdad y no discriminación es una vez más movilizado por la Corte como mecanismo jurídico de corrección de desigualdades<sup>85</sup>.

La condición de “vulnerabilidad agravada”<sup>86</sup> en que se encuentran trabajadores indocumentados y niños, niñas y adolescentes migrante requiere del Estado de destino, según la Corte IDH, para los primeros, la “necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección” de sus derechos<sup>87</sup>, y, para los segundos, “una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos”<sup>88</sup>.

En ese sentido, las opiniones consultivas de la Corte IDH sobre “la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” y los “derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” reiteran el carácter imperativo de la igualdad y no discriminación relativamente al estatuto jurídico de cada uno de estos grupos para aseverar relativamente a los trabajadores indocumentados —y considerando que la titularidad del goce y ejercicio de los derechos laborales depende de la realización efectiva de una prestación laboral y no de la condición migratoria<sup>89</sup>—, que aquellos “poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica”<sup>90</sup>. De lo contrario, es decir, permitir el trato discriminatorio hacia los trabajadores migrantes con fundamento en su condición administrativa irregular, negándoles el reconocimiento de derechos laborales, significaría no solo vulnerar los principios de la dignidad humana y de la inalienabilidad de tales derechos, además de, en la práctica, “fomenta[r] o tolera[r] la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente”<sup>91</sup>.

Con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, la idea rectora desarrollada en la opinión consultiva es que la protección especial derivada del reconocimiento de los derechos

---

de parte de autoridades consulares, familiares, asesores legales u otras personas no deben en ningún caso ser restringidas”. CIDH 2001, párr. 110.

85 Señala la Corte IDH: “*el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación*”. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (cursiva añadida). Corte IDH, OC-16/99, párr. 119. Véase también, caso *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 254.

86 Tomamos prestada la expresión de la Corte IDH, *Vélez Loor vs Panamá*, párr. 254. En otras ocasiones, la Corte utiliza los adjetivos “peculiar”, “especial” y “extrema”, véase, Corte IDH, OC-21/14, párr. 66, 89 y 106, respectivamente.

87 Corte IDH, OC-18/03, párrs. 117 y 118.

88 Corte IDH, OC-21/14, párr. 170.

89 Corte IDH, OC-18/03, párrs. 133 y 134.

90 Corte IDH, OC-18/03, párr. 160.

91 Corte IDH, OC-18/03, párr. 170.

de la infancia (artículo 19 CADH) exige, por un lado, la determinación de principios y garantías desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todos ellos<sup>92</sup>, y, por otro, su incorporación en las políticas migratorias nacionales<sup>93</sup>. Por lo tanto, las medidas de protección que se decreten a favor de los niños y niñas migrantes tendrán de ser más específicas que las que se adopten para el resto de las personas extranjeras<sup>94</sup>, por ejemplo, en lo que se refiere al derecho de buscar y recibir asilo<sup>95</sup>, garantías de debido proceso<sup>96</sup> y privación de libertad<sup>97</sup>.

Ante la ausencia de un reconocimiento jurídico de un derecho de entrada y residencia en un país que no sea el de la nacionalidad<sup>98</sup>, y atendiendo a que las personas migrantes con

92 Son cuatro los principios rectores de la protección integral de niños, niñas y adolescentes: (1) no discriminación; (2) interés superior de la niña o del niño; (3) respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y (4) respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación. Corte IDH, OC-21/14, párr. 69.

93 Corte IDH, OC-21/14, párrs. 28, 70, 246.

94 Corte IDH, OC-21/14, párr. 66.

95 En esta materia, la Corte, en la OC-21/14, identifica deberes específicos en cuanto al ingreso y procedimiento de evaluación inicial de la situación del menor para efectos de la determinación de la necesidad de protección internacional: “las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aún cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección (...). En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial. Asimismo, la Corte es de la opinión que la creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos” [párr. 83] y “el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos” [párr. 84]. Véanse, además, los párrs. 87-107 de la mencionada opinión consultiva.

96 Tal y como afirma la Corte, “el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos” (párr. 114). Así, (a) “los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior” (párr. 121); (b) “En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia” (párr. 123); (c) “los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor” (párr. 124); (d) “obligación al funcionario consular de velar por los intereses de la niña o del niño, en el sentido de que las decisiones administrativas o judiciales que se adopten en el país receptor hayan evaluado y tomado en consideración su interés superior” (párr. 127); (e) “obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un proceso migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal. (...) Asimismo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en atención específica en relación con la edad” (párrs. 130 y 131); (f) “los Estados tienen el deber de nombrar a un tutor para las niñas y niños que son identificados como no acompañados o separados de su familia, aún en las zonas de frontera, tan pronto como sea posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad (...); hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado; o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor” (párr. 133); “resulta esencial que todas las decisiones adoptadas en el marco de un proceso migratorio que involucre a niñas o niños estén debidamente motivadas” (párr. 137); (g) el derecho a recurrir judicialmente “adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración” (párr. 141) y (h) “la duración del proceso hasta la adopción de la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños «deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades»” (párr. 143).

97 Corte IDH, OC-21/14, párr. 160: “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño”.

98 Esta afirmación no es incompatible con el hecho de que los Estados no deben rechazar en la frontera a la persona extranjera sin que a esta se le dé previamente la posibilidad de presentar, si así lo manifiesta, una solicitud de

residencia legal benefician también de la libertad de circulación o libertad de tránsito en las mismas condiciones que las nacionales, la jurisprudencia internacional ha identificado límites jurídicos a la actuación de los Estados en materia de expulsión de extranjeros, que, en ciertas circunstancias, pueden imponer a los Estados la obligación (positiva) para autorizar la entrada o permanencia. Los más importantes y comúnmente invocados para invalidar los efectos jurídicos de una orden de expulsión —además de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación ya mencionados— son el principio de *non-refoulement*, la prohibición de la expulsión colectiva y el derecho a la vida familiar.

El primero reconoce el derecho de la persona extranjera de no ser expulsada o devuelta a su país de origen (devolución directa) o un tercer Estado (devolución indirecta) donde su vida, integridad y libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas (artículo 33, n° 1 de la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951) o en caso de riesgo de tortura, tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984). Originariamente circunscrito al derecho internacional de los refugiados, el principio de no devolución en el sistema interamericano, apoyado por elemento literal del artículo 22, n° 8 que refiere expresamente a “el extranjero”<sup>99</sup>, “es más amplio y en su sentido y alcance” y asimismo “constituye una norma consuetudinario de Derecho Internacional”<sup>100</sup>.

En la práctica, dicho principio “implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”<sup>101</sup>. Tratándose de niños y niñas, la “Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundan en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”<sup>102</sup>.

El segundo es “toda la medida llevada a cabo por la autoridad competente que determina la salida de extranjeros, como grupo, del país, salvo si tal medida ha sido tomada tras y en base a un examen razonable y objetivo de la situación de cada uno de los individuos que componen el grupo de extranjeros expulsados”<sup>103</sup>. Así siendo, la prohibición de la expulsión colectiva, además de constituir una limitación a la soberanía de los Estados respecto de la expulsión de personas extranjeras, es una garantía contra la detención arbitraria<sup>104</sup>, ya que exige de las

---

asilo o de requerir el estatuto de refugiado y se haga la competente evaluación de las circunstancias individuales, para efectos de conceder el asilo o reconocer la condición de refugiado.

99 Al contrario del CADH en el que el principio de no devolución aparece expresamente consignado (artículo 22, n° 8), en el sistema europeo la operatividad de la prohibición que dicho principio conlleva se hace por vía de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 del CEDH (prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes), cuando la expulsión o extradición significa una vulneración de tales derechos. Véase TEDH, sentencia de 15 de octubre de 2015, L.M. y otros contra Rusia (n° 40081/14, 40088/14 y 40127/14), en que se condena a Rusia por considerar que la expulsión de tres personas a Siria vulneraba ambos derechos.

100 Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia*, párr. 152

101 Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia*, párr. 153.

102 Corte IDH, OC-21/14, párr. 231.

103 TEDH, sentencia de 10 de octubre de 1975, *Becker contra Dinamarca* (n° 7011/75), p. 235, y sentencia de 23 de febrero de 1999, *Andric contra Suécia* (n° 45917/99), p. 4. Véase, también, CortelDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 171.

104 Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque, voz “Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia”, editado por Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Santiago de Chile: Fundación Konrad Adenauer, 2013) 550.

autoridades nacionales competentes la adopción de una decisión individual que considere las particulares circunstancias de cada persona<sup>105</sup>.

Dicho lo anterior, se concluye que la prohibición de la expulsión colectiva, en la medida en que presupone la realización de un examen objetivo y razonable de la situación individual del extranjero, dota de eficacia el propio principio de *non-refoulement*, que a su vez, es un complemento del derecho de asilo y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por último, con relación al derecho a la vida familiar, su vulneración se plantea, en general, cuando una persona extranjera mantiene un vínculo familiar, ya sea por matrimonio, convivencia civil o filiación, con una persona nacional del Estado donde reside y es sujeto de una orden expulsión por motivos de entrada o permanencia irregular en el país, denegación de su solicitud de asilo o comisión de un delito penal u otro que hagan de su presencia una amenaza o peligro para la seguridad u orden público nacional, que a concretarse conllevaría a la desagregación del núcleo familiar. Considerando que “el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera *per se* la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos”<sup>106</sup>, pero que “la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho [a la vida familiar], pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”<sup>107</sup>, la decisión de mantener la unidad familiar debe ser siempre el resultado de un casuístico juicio de ponderación, supeditado a parámetros de proporcionalidad, entre los legítimos fines de interés público protegidos por la ley de extranjería (orden público y seguridad nacional) y el derecho a la protección de la familia, del que son titulares nacionales y extranjeros, y el interés superior del niño.

En conclusión, el desarrollo de un *corpus juris* de derecho internacional de derechos humanos significó la creación de derechos mínimos en favor de las personas migrantes, obligando los Estados a conciliar sus leyes migratorias con los deberes que conlleva el reconocimiento de dichos derechos.

---

105 Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párrs. 168-176.

106 CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015. < <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> > [consulta: 05.12.2016].

107 Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo*, párr. 226.

## Bibliografía

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA.

*Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011.

BAYEFSKY, Anne F. "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, vol. 11 n° 1-2 (1990): 1-34.

BENHABIB, Seyla. *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa, 2004.

BIANCHI, Andrea. «Human Rights and the Magic of Jus Cogens», *The European Journal of International Law*, vol. 19 no. 3 (2008): 491–508.

BONET PÉREZ, Jordi. "La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares", 309-349. En: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, coordinado por Felipe Gómez (dir.) y José Manuel Pureza, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.

BORCHARD, Edwin. "Minimum Standard of the Treatment of Aliens". *Michigan Law Review*, vol. 31, n° 4 (1940): 445-461.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Capítulo VI. Garantías de debido proceso.", en *Informe anual 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., de 16 abril de 2001. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/2181.pdf?view=1>> (consulta 28.11.2016).

\_\_\_\_. "Capítulo VI. Estudios Especiales. Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias", en *Informe anual 2002*. <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.6.htm>> (consulta: 16.11.2016).

\_\_\_\_. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015. <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>> (consulta: 05.12.2016).

COUNCIL OF EUROPE. *Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4.11.2000, European Treaty Series no. 177.

CZAIKA, MATHIAS/HAAS, HEIN DE. «The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory», *International Migration Review*, vol. 48 n° 2 (2015): 283-323.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología», 193-231. En: *Derechos humanos y políticas públicas. Manual*, coordinado por Laurence Burgogue-Larsen et al. Barcelona: EDO–Serveis, 2014.

FERNÁNDEZ, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª edición corregida, Madrid: Civitas, 2002.

HAILBRONNER, Kay/GOGOLIN, Jana. "Aliens", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e744?rskey=KqBQyl&result=1&prd=EPIL>> (consulta: 14.11.2016).

LAGES, Rita "La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público", *Tribuna internacional*, vol. 1 n° 2 (2012): 107-128.

LARENZ, Karl *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 2001.

LÓPEZ SALA, Ana María. «El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular», *ARBOR*, 81 n° 713 (2005): 27-39.

LUCAS, Javier de. “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, 11-43. En: *La integración de los inmigrantes*, editado por Javier de Lucas y Laura Díez Bueso, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.

MARSHALL, Thomas H. “Citizenship and Social Class”, 148-154. En: *Inequality and Society*, coordinado por Jeff Manza y Michael Sauder. Nueva York: W.W. Norton and Co., 2009.

NACIONES UNIDAS (ASAMBLEA GENERAL). *Resolución 54/166* “Protección de los migrantes”, aprobada por la Asamblea General, 54º período de sesiones, 24 de febrero de 2000 (A/RES/54/166).

\_\_\_\_. Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes, 70º período de sesiones, 19 de septiembre de 2016 (A/71/L.1).

NACIONES UNIDAS (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS). *Observación general n° 15* «La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos», aprobada por el Comité de derechos humanos, 27º período de sesiones, 11 de abril de 1986.

\_\_\_\_. *Observación general n° 18* «No discriminación», aprobada por el Comité de derechos humanos, 37º período de sesiones, 10 de noviembre de 1989.

\_\_\_\_. *Observación general n° 24* «Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto», aprobado por el Comité de Derechos Humanos, 52º período de sesiones, 4 de noviembre de 1994.

\_\_\_\_. *Observación general N° 35* «Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)», aprobado por el Comité de derechos humanos, 112º período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014), de 16 de diciembre de 2014 (CCPR/C/GC/35).

NACIONES UNIDAS (COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL). *Recomendación general n° 11* relativa a los no ciudadanos, aprobada por el Comité para la eliminación de la discriminación racial, 42º período de sesiones, 19 de marzo de 1993 (A/48/18).

NACIONES UNIDAS (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL). Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2000/48 de la Comisión de Derechos Humanos, “Grupos específicos e individuos: trabajadores migrantes, Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones, 9 de enero de 2001 (E/CN.4/2001/83).

PERONI, Lourdes/TIMMER, Alexandra. «Rosmerlin Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11 n° 4 (2013): 1056-1085.

PLENDER, Richard. *International Migration Law*. 2ª edición revisada, Dordrecht, Boston y Londres. Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

PINTO, Mónica. “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista IIDH*, vol. 40 (2005): 25-86.

SOLANES CORRELLA, Ángeles. “Inmigración y derechos humanos”, 105-118. En: *Procesos migratorios, economía y personas*, coordinado por Manuel Pimentel Siles, colección Mediterráneo Económico n° 1, Instituto de estudios de Cajamar. El Ejido/Almería: Escobar impresores, 2002.

UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. «Trends in international migration 2015» *Popfacts*, no. 2015/4, 2015.

UPRIMNY Yepes Rodrigo/SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, 531-551. En: “Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia”, editado por Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Santiago de Chile: Fundación Konrad Adenauer, 2013) 550

VIERDAG, Bert E.W. *The Concept of Discrimination in International Law: With Special References to Human Rights*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1973.



VÁSQUEZ, Daniel y SERRANO, Sandra. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, 135-165. En: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, coordinado por Miguel Carbonell y Pedro Salazar. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2011.

WEIWEI, Li. «Equality and Non-Discrimination under International Human Rights Law», Research Notes 03/2004, *The Norwegian Centre for Human Rights*, Oslo, 2004. <[http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/china/Publications/articles\\_and\\_books/Article\\_LWW\\_2004.pdf](http://www.jus.uio.no/smr/english/about/programmes/china/Publications/articles_and_books/Article_LWW_2004.pdf)> [consulta: 23.09.2016].

## Jurisprudencia

CÁMARA NACIONAL ELECTORAL (ARGENTINA), sentencia n° 4122/2009, de 05 de marzo de 2009, causa *Simoliunas, Christian David y Federico Javier s/solicitan renuncia a ciudadanía argentina* (Expte. n° 4462/08 CNE).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Ibrahima Gueye y otros v. Francia*, decisión con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 35° periodo de sesiones, comunicación n° 196/1985 (CCPR/C/35/D/196/1985).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A no. 4.

—, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A no. 16.

—, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Serie A no. 17.

—, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A no. 18.

—, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Serie A no. 21

—, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo). Serie C no. 4.

—, caso de las *niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130.

—, caso *Massacre de Pueblo Bello vs Colombia* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C no. 140.

—, caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C no. 149.

—, caso *Vélez Loor vs Panamá* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C no. 218.

—, caso *Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C no. 251.

—, caso *Familia Pacheco Tineo vs Bolivia* (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C no. 272.

—, caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

—, caso *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs República Dominicana* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C no. 282.

\_\_\_, caso *Wong Ho Wing vs. Perú* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C no. 297.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, caso *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos), de 27 de junio de 2001.

\_\_\_, caso *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), sentencia de 31 de marzo de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 10 de octubre de 1975, *Becker contra Dinamarca* (n° 7011/75)

\_\_\_, sentencia de 23 de julio de 1968, *caso sobre ciertos aspectos de las leyes en relación al uso de idiomas en la educación en Bélgica contra Bélgica* (n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64).

\_\_\_, sentencia de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido* (n° 9214/80; 9473/81; 9474/81).

\_\_\_, sentencia de 23 de febrero de 1999, *Andric contra Suecia* (n° 45917/99).

\_\_\_, sentencia de 16 de marzo de 2010, *Oršuš y otros contra Croacia* (n° 15766/03).

\_\_\_, sentencia de 22 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y Otros contra Italia* (n° 27765/09).

\_\_\_, sentencia de 03 de julio de 2014, *Georgia contra Rusia* (I) (n° 13255/07).

\_\_\_, sentencia de 15 de octubre de 2015, *L.M. y otros contra Rusia* (n° 40081/14, 40088/14 y 40127/14)

# Conclusiones finales

La presencia de personas migrantes en Chile no es un asunto reciente. En el S.XIX el Estado desarrolló una política para incentivar la llegada de personas extranjeras desde Europa, de forma paralela a esa política otra inmigración espontánea se instaló, especialmente en la zona del norte de Chile. La cuestión es que las normas que facilitaron el asentamiento y la vida en el país, se dirigieron principalmente al primer grupo, generando una desigualdad jurídica y fáctica en las condiciones de acogida, en función de su nacionalidad. Las normas migratorias del S. XX no se han hecho cargo en serio de la migración, especialmente de la migración espontánea.

La reconocida estabilidad económica del país ha atraído a numerosas personas que escapan de condiciones materiales y sociales precarias y que provienen fundamentalmente de Latinoamérica. Las personas migrantes buscan en el país una oportunidad para mejorar sus vidas y para construir un mejor proyecto de vida. La actual legislación: DL 1094 (1975) y DS 597 (1984) fue dictada en un contexto marcado por la guerra fría. Esa normativa no da cuenta, es insuficiente y está descontextualizada del perfil migratorio que recibe el país.

La grave deficiencia de la normativa nacional y la ausencia de un enfoque de derechos humanos, impacta de forma negativa en la garantía y goce de derechos esenciales de las personas migrantes. Este impacto se produce en el ingreso al país y en el acceso a los derechos sociales. En cuanto al ingreso al país y su restricción, las causales para aceptar o rechazar ese ingreso se configuran en base a la discrecionalidad de la autoridad. Desde el momento del rechazo, una cadena de infracciones se deriva de la discrecionalidad estampada en la ley para definir quién puede entrar al país y quién no. En cuanto al acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, su reconocimiento se produce en el ámbito infralegal, con toda la fragilidad jurídica que de ello deriva. En efecto, materias como el derecho a la salud, educación, trabajo y previsión social son reguladas a través de una serie de circulares, oficios e instructivos, dispersos en el ordenamiento jurídico, de difícil acceso y carentes de toda sistematicidad, dificultando el acceso y ejercicio de tales derechos.

En relación a la manera en que los medios de prensa abordan la migración, como vimos, casi el 40 % de las noticias que se refieren a las personas migrantes, informan sobre crimen y marginalidad, eso contribuye a construir una visión negativa y desconfiada de los migrantes, a pesar de que las cifras sobre delincuencia en Chile siguen indicando que es uno de los países más seguros de la región. Llama la atención que la mayor cantidad de noticias señale o se detenga en identificar la nacionalidad de las personas involucradas en el hecho, como un dato relevante para el lector.

También se debe reconocer aquella prensa que retrata la diversidad como un nuevo elemento que caracteriza nuestra sociedad, cuando se integran personas de orígenes tan diversos. Una nueva aproximación consciente de la importancia de asumir el fenómeno migratorio como una realidad positiva para el país, también se expresa cuando se destacan los aspectos positivos e incluso dramáticos de la inmigración a la opinión pública, todo ello contribuye a avanzar hacia posturas más conscientes y menos discriminatorias.

En la jurisprudencia nacional, tanto constitucional como de la Corte Suprema y cortes de apelaciones, se han desarrollado valiosos y decisivos criterios a la hora de enfrentar privaciones de libertad y expulsiones de las personas migrantes. Dichos criterios se elaboran considerando reglas y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también considerando reglas y principios generales elaborados a partir del catálogo de derechos que la Constitución reconoce. Criterios y principios del Derecho Administrativo también inciden para la construcción de límites a la discrecionalidad administrativa.

Toda la jurisprudencia que limita las órdenes de expulsión, sin embargo, no resuelve la situación migratoria de las personas migrantes. Se revoca la orden de expulsión, en muchos casos las personas recuperan su libertad, pero su situación migratoria sigue sin poder regularizarse. Por vía de la jurisprudencia se protege el derecho a la libertad personal, pero no se garantiza que esa persona pueda normalizar su situación jurídica. El control de la discrecionalidad y la invocación de conceptos jurídicamente indeterminados, tales como, *razones de conveniencia y utilidad nacional, contravención a la moral o buenas costumbres* encuentran en la jurisprudencia una re-interpretación a la luz del estatuto de los derechos fundamentales, pero esta reconstrucción es caso a caso. Sólo se corrige una parte de las decisiones que adoptan los órganos administrativos, otro volumen de casos que desconocemos, no llega a los tribunales y por tanto la decisión no se corrige.

La migración en el Derecho Internacional ha pasado de ser un tema de segundo orden a convertirse en un asunto de máxima preocupación en la comunidad internacional. Eso se evidencia en el desarrollo de nuevos tratados y también en la proliferación de resoluciones de órganos de tratado de las Naciones Unidas, a la que se suma la dictación de abundante jurisprudencia en la materia.

La existencia de un sistema universal de derechos humanos, en lo que a la migración se refiere, no significa la eliminación de la discrecionalidad por parte de los Estados en la configuración y desarrollo de sus políticas migratorias, sino que la aparición de nuevos parámetros jurídicos, de origen internacional, que modelan la relación entre el Estado y los extranjeros que se encuentran en su territorio y bajo su jurisdicción; parámetros estos que, por tener en la dignidad humana su fundamento jurídico-axiológico, condicionan el poder de actuación del Estado al respeto y garantía de los derechos humanos.

El Estado es soberano para definir los requisitos y condiciones de entrada, permanencia y salida de su territorio por parte de los extranjeros, y de establecer las respectivas sanciones que conlleva la infracción de algunos de esos requisitos legales predefinidos; pero ese poder sancionatorio no supone para los extranjeros la pérdida de derechos de otra naturaleza o fuente, ni autoriza al Estado a no protegerlos. El ejercicio de dichas facultades no lo exime de su obligación de cumplir con los instrumentos internacionales que le son aplicables por vía de la adecuación de la normativa interna a los tratados internacionales ratificados.

La igualdad y no discriminación constituye un principio rector en materia de protección de derechos humanos. Por ende, de aplicación transversal a todos los derechos y garantías que debe contener una moderna política migratoria, sin perjuicio de admitirse la diferenciación de estatutos jurídicos entre nacionales y extranjeros o entre los propios extranjeros. Para que ello sea posible se requiere que se respeten las exigencias propias del principio de legalidad, que su propósito sea legítimo, su justificación razonable y objetiva y los medios empleados proporcionales al fin pretendido.

Si bien dicho principio en materia migratoria impone a los estados la obligación de reconocer y garantizar el ejercicio y goce de los derechos en instrumentos internacionales de derechos humanos, en condiciones de igualdad y sin discriminación, el Derecho Internacional no se opone a que los estados puedan reservar la titularidad de ciertos derechos políticos a sus ciudadanos, así los ordenamientos internos anclan la ciudadanía (y derechos asociados) en la nacionalidad o hacen depender su ejercicio del principio de la reciprocidad, restringiendo así, el universo de personas que los pueden ejercer.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, los tratados internacionales existentes contemplan una obligación general de no discriminación, y sólo se admite una eventual reserva en favor de los estados en vías de desarrollo y sólo respecto a los derechos económicos.

En el caso de los derechos laborales, existe consenso en cuanto a que son también reconocidos y aplicables a los trabajadores que están en situación irregular. Ello porque cualquiera sea la situación migratoria de un trabajador, dicha situación no puede ser causal para la desprotección de sus derechos laborales. Tales derechos derivan de la relación laboral y no de su condición migratoria.

Para la Corte IDH las restricciones a los derechos fundamentales de las personas migrantes deben someterse a las exigencias propias de la legalidad, legitimidad y proporcionalidad. Así, la restricción del derecho a la integridad y la libertad de las personas migrantes, requiere que su detención y privación de libertad en el ámbito de procedimientos de control migratorio “debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto”. Es decir, la detención, por un lado, no puede consistir en una medida arbitraria y, por otro, debe ser una medida idónea para perseguir una finalidad legítima, *in casu* la regulación y control de la migración, y “estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”.

Las consideraciones presentes han permitido a la Corte IDH formular estándares de protección sobre los lugares de detención de las personas en situación migratoria irregular; tiempo de la detención; condiciones; legalidad y sobre la finalidad de la detención. Asimismo, la prohibición de la arbitrariedad ha sido el fundamento jurídico inmediato para concluir que las detenciones automáticas y obligatorias de migrantes en situación irregular son contrarias a la Convención y exigir de los Estados la creación de catálogos de medidas alternativas a la detención. Sólo de esta forma se puede asegurar que la privación de libertad por motivos de control de los flujos migratorios sea excepcional, temporal y coherente con el principio de no devolución y la prohibición de las expulsiones colectivas.

En cuanto a las garantías del debido proceso y acceso a la justicia, su reconocimiento como derechos mínimos de todo migrante, independiente de su condición migratoria, ha contribuido a la aparición de un conjunto de derechos mínimos en la materia, a saber: juez independiente e imparcial; derecho a ser oído; información, traducción e interpretación; representación legal; revisión judicial; acceso a autoridades consulares y condiciones de detención apropiadas.

Ante la ausencia de un reconocimiento jurídico de un derecho de entrada y residencia en un país que no sea el de la nacionalidad, y atendiendo a que las personas migrantes con residencia legal benefician también de la libertad de circulación o libertad de tránsito en las mismas condiciones que los nacionales, la jurisprudencia internacional de derechos humanos ha identificado límites jurídicos a la actuación de los Estados en materia de expulsión de

extranjeros, que, en ciertas circunstancias, pueden imponer a los Estados la obligación (positiva) para autorizar la entrada o permanencia. Los más importantes y comúnmente invocados para invalidar los efectos jurídicos de una orden de expulsión —además de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación— son el principio de no devolución, la prohibición de la expulsión colectiva y el derecho a la vida familiar.

Una futura ley sobre migración es urgente y necesaria. Existen muchos modelos normativos y ya se ha avanzado en el DIDH en la definición de estándares elementales de protección; existen referentes razonables para legislar sobre esta materia.

No dar una respuesta normativa al fenómeno de la migración sólo puede incrementar el problema. La ausencia de una política migratoria integral no implica que por esta vía se controle el flujo migratorio hacia el país. Por el contrario, contribuye a normalizar lo que no puede ser regla general: la irregularidad y la vulnerabilidad a ella asociada.

Se trata de un asunto de gran trascendencia que requiere una respuesta contemporánea, reflexiva, integral. Que sea coherente con los compromisos que el país ha adquirido en el ámbito internacional, reconociendo en él, márgenes para la decisión soberana y también, como ocurre con los derechos humanos, límites. Esos límites se basan en un elemento fundamental para la paz y cohesión social, se trata del reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

## **Sobre el equipo de trabajo**

Este informe ha sido elaborado por un equipo de ayudantes del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, cuyo trabajo ha sido orientado por las directoras de investigación:

Liliana Galdámez Zelada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. Investigadora del Centro de Derechos Humanos.

Rita Lages de Oliveira, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (Portugal), Magister en Ciencias Jurídico-comunitarias en la misma casa de estudios. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Europeo de la Universidad Complutense de Madrid. Encargada de contenidos de extensión del Centro de Derechos Humanos.

### **Coordinadora**

Valentina López Garrido, egresada de la carrera de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de investigación del Centro de Derechos Humanos desde noviembre de 2015.

### **Equipo de ayudantes**

Bárbara Alicia González Guerrero, egresada de la carrera de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en proceso de titulación. Ayudante de investigación del Centro de Derechos Humanos desde Abril 2016.

Claudio Javier Fredes Morales, egresado de la carrera de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en proceso de titulación. Ayudante de investigación del Centro de Derechos Humanos desde diciembre de 2015.

Natalia Paz Morales Cerda, Abogada de la Universidad de Chile. Actualmente trabaja en la Unidad de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género. Ayudante de investigación del Centro de Derechos Humanos desde diciembre de 2015.

Natalia Victoria Morales Márquez, egresada de la carrera de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de investigación del Centro de Derechos Humanos desde diciembre de 2015.

Tomás Alejandro Cortés Aracena, egresado de la carrera de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante de investigación del Centro de Derechos Humanos desde octubre de 2016.

Centro de Derechos Humanos  
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile  
Pío Nono 1, Providencia  
Santiago de Chile  
Teléfono (56-2) 978 52 71  
[www.cdh.uchile.cl](http://www.cdh.uchile.cl)  
[cdh@derecho.uchile.cl](mailto:cdh@derecho.uchile.cl)