



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**DERECHOS DE LOS MIGRANTES Y SUS FAMILIAS EN LA
JURISPRUDENCIA CHILENA, ¿SE UTILIZA EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA
AMPLIAR SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN?**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

NATALIA VICTORIA MORALES MÁRQUEZ

Profesor Guía: Claudio Nash Rojas

Santiago, Chile

2019

ÍNDICE

ÍNDICE	3
CAPÍTULO I: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES.	9
1. Introducción DIDH y principios basales.	9
2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los migrantes, panorama general.	12
3. Principio rector en materia migratoria: Igualdad y No Discriminación.	13
4. Estatuto jurídico del extranjero en los principales tratados internacionales.	15
4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).	16
4.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).	16
4.3. Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).	18
4.4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD).	20
4.5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH).	22
4.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).	23
5. Instrumentos internacionales específicos para la protección de derechos de los migrantes.	24
5.1. Convenios sobre migración de la OIT: Convenio 97 y Convenio 143.	25
5.2. Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.	27
5.3. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.	28
6. Conclusiones.	31
CAPÍTULO II: ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE LA COMISIÓN DE IDH Y CORTE IDH.	33
1. Introducción.	33
2. Protección de los derechos mínimos de los migrantes.	34
3. Garantías del debido proceso y acceso a la justicia.	37
4. Libertad de circulación: Estándares limitadores de la facultad de expulsar extranjeros.	40
5. Derecho a la vida familiar y protección a la familia migrante.	42
5.1. Estándares de protección de NNA migrantes.	44
5.2. Interés superior del niño.	45
5.3. Derecho a la vida familiar de los NNA.	47
5.4. Derecho a ser oído o derecho a participación.	51
6. Conclusiones.	52
CAPÍTULO III: DERECHO MIGRATORIO EN CHILE.	55
1. Constitución política de la república (CPR).	55
2. La Ley y el Reglamento de Extranjería.	58
3. Normativa infra legal.	62

3.1. Instructivos generales.....	63
3.2. Instrucciones en materias específicas.....	66
4. Regulación reciente.....	68
5. Conclusiones.....	70
CAPÍTULO IV: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA.....	73
1. Introducción.....	73
2. Metodología de la Investigación.....	74
3. Hallazgos preliminares.....	74
4. Objetivos del análisis sustantivo de jurisprudencia.....	77
CAPÍTULO V: RECEPCIÓN SUSTANTIVA DEL DIDH DE LOS MIGRANTES Y SUS FAMILIAS EN CHILE. PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y EL DERECHO AL MATRIMONIO.....	79
1. Recepción formal del DIDH de los Migrantes en Chile.....	79
2. Recepción sustantiva del DIDH de los migrantes en la jurisprudencia chilena.....	84
3. Usos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.....	85
3.1. Uso mayoritario: Limitación a las potestades discrecionales.....	85
3.2. Interés Superior del Niño.....	91
3.3. Otros usos de la CDN.....	96
3.4. Revisión de la sentencia 19-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago.....	97
3.5. Reflexiones en torno al uso de la CDN.....	102
4. El Derecho esencial a contraer matrimonio.....	103
5. Conclusiones del capítulo.....	109
CAPÍTULO VI: RECEPCIÓN SUSTANTIVA DEL DIDH DE LOS MIGRANTES, OTROS TEMAS DE INTERÉS.....	113
1. Límites a las potestades discrecionales de la autoridad migratoria.....	113
2. Debido proceso.....	118
3. Libertad ambulatoria.....	120
4. Nacionalidad.....	121
5. Igualdad y No Discriminación. Sentencia Rol N° 4757-18 del Tribunal Constitucional....	122
6. Conclusiones.....	131
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES GENERALES.....	133
BIBLIOGRAFÍA.....	137

RESUMEN

El presente trabajo analiza si las normas internacionales y los criterios jurisprudenciales que se han trazado en el derecho internacional de los derechos humanos, con el objeto de dar protección a las personas migrantes, han sido recibidas de forma sustantiva por los tribunales superiores de justicia. Para ello, se exponen cuáles son los instrumentos de derechos humanos que contienen normas de relevancia para la protección del migrante, y cuales han sido los estándares trazados por los órganos internacionales en su jurisprudencia contenciosa y consultiva, configurando una fuente de derecho disponible y vinculante que puede ser utilizada por las y los jueces nacionales para resolver los casos concretos sometidos a su conocimiento. Adicionalmente, se observarán de manera crítica los instrumentos nacionales que componen el derecho de extranjería, y se intentará detectar si una relación de retroalimentación entre el ordenamiento internacional y nacional puede servir para ampliar la protección a los derechos esenciales de las personas migrantes. Finalmente se revisarán casos concretos, recopilados en el periodo comprendido entre el año 2013 a 2017, a fin de determinar cuáles son los usos más recurrentes que han dados las altas Cortes chilenas al derecho internacional de los derechos humanos y si esta utilización logra impactar o no en los derechos de los migrantes, analizando cuales son los instrumentos más usados, con que objeto, y qué problemáticas despiertan una actitud más protectora de parte de la judicatura.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis ha sido elaborada en el marco del proyecto Fondecyt N° 115701: *“Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia nacional en Chile: el proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto de protección de grupos discriminados”*.

En la realidad mundial actual el fenómeno migratorio se presenta como un proceso continuo y creciente, lo que plantea numerosos desafíos políticos, jurídicos y sociales tanto en el plano internacional como al interior de cada uno de los Estados. Nuestro país no se encuentra ajeno a esta realidad, habiendo recibido en los últimos años flujos migratorios que van en aumento, caracterizándose recientemente por la llegada en mayor proporción de personas de nacionalidades nuevas para la realidad local, como colombianos, haitianos y dominicanos. Esta nueva etapa en la inmigración chilena ha atraído la atención pública hacia el fenómeno migratorio y las complejidades que lo rodean, abriendo el debate en torno a eventuales modificaciones legislativas e institucionales que puedan hacer frente a esta nueva realidad conforme a lo que debe esperarse de un Estado democrático y respetuoso de los Derechos Humanos.

Lamentablemente, a la fecha y producto de una legislación migratoria y una institucionalidad desactualizada, además de factores culturales y estructurales de nuestra sociedad, los migrantes que llegan a nuestro país se han visto expuestos a la amenaza, perturbación y violación de algunos derechos básicos, constituyendo como un grupo humano especialmente vulnerable frente al cual el Estado de Chile tienen una obligación reforzada de garantizar la efectividad de sus Derechos Humanos.

El uso y aplicación sustantiva de los estándares y la normativa internacional en materia de Derechos Humanos para la protección de la población migrante configura, en este esquema, una importante herramienta a la cual nuestros tribunales de justicia pueden echar mano ampliando el ámbito de protección, sobre todo considerando la falta patente de una legislación migratoria que considere los Derechos Humanos de estas personas. La presente tesis indaga en qué medida los tribunales superiores de justicia, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, han dado aplicación a la normativa de derecho internacional de Derechos Humanos a la hora de enfrentarse a casos que involucren a personas migrantes. Ocupa especialmente nuestra atención dilucidar cuáles son los derechos que despiertan una actitud más protectora y cuáles son los instrumentos internacionales más utilizados para respaldar esta protección, para poder indagar así en razones detrás de estos criterios jurisprudenciales.

Para lograr este objetivo, se efectuará un acercamiento a las normas y estándares que configuran el ámbito de protección de las personas migrantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una vez situado este contexto se realizará un breve contraste con la normativa nacional, profundizando en los aspectos más conflictivos y los vacíos de la legislación vigente. Luego, se analizarán las sentencias recopiladas en el marco del desarrollo del proyecto Fondecyt: “*Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia nacional en Chile: el proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto de protección de grupos discriminados*”, que involucran a personas migrantes a fin de determinar en qué materias se da un uso más recurrente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en qué medida la aplicación que se hace de este es sustantiva o meramente enunciativa. Por último, de acuerdo a los resultados obtenidos en los tópicos anteriores se realizará un análisis crítico de las sentencias más relevantes, permitiendo así conocer si el ámbito de protección de derechos que se da en nuestro país se ve ampliado por la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por parte de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, o si por el contrario, los usos practicados no logran impactar en el goce efectivo de los derechos de las personas migrantes.

A través de la investigación que en este proyecto se pretende realizar, se intentarán sustentar las siguientes hipótesis:

- (1) No existe un uso sustantivo generalizado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de protección de los derechos de los migrantes.
- (2) La mayor aplicación de Derecho Internacional de Derechos Humanos se sitúa en el ámbito de la protección a la familia y los derechos del niño.

CAPÍTULO I: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES.

1. Introducción DIDH y principios basales.

El desarrollo del DIDH se inserta dentro de los esfuerzos de la comunidad internacional por establecer un nuevo orden que protegiera a los individuos de los excesos cometidos por los Estados en ejercicio del poder, sobre todo tras las atrocidades experimentadas durante la primera mitad del siglo XX, en el contexto de la segunda guerra mundial. Al hacerse urgente pensar en nuevas formas de limitar el poder Estatal, la comunidad internacional comenzó a transitar desde un paradigma que tenía como eje central la soberanía de los Estados, a la creación de un “Orden Público Internacional”, en el cual se reconocen derechos individuales al ser humano, de una jerarquía especial, que además de merecer protección en el ámbito nacional poseen también una protección internacional. Esta intención se explicita en el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), que dispone: “*Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.*”¹

El eje central del DIDH es la dignidad humana como valor último y esencial, por lo que el sistema completo tiene como objetivo propender hacia su máxima realización². Aquello se alcanza garantizando los estándares mínimos de una vida digna a todos los miembros de la especie humana, siendo la herramienta para aquello la titularidad de derechos protegidos y exigibles ante el Estado³. La vinculación de estos derechos a la dignidad necesariamente implica el reconocimiento de que los Derechos Humanos son una categoría especial de derecho, y como tal están dotados de ciertas características particulares, siendo derechos universales, indivisibles e inalienables⁴, entre otras características⁵.

¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada el 10 de diciembre de 1948, art 28.

² NASH, Claudio y DAVID, Valeska (2010). “Igualdad y No Discriminación en el sistema interamericano de Derechos Humanos” En Claudio Nash y Ignacio Mujica (editores), *Derechos Humanos y Juicio Justo* (159-187). Lima: Organización Universitaria Interamericana COLAM: 160.

³ NASH, Claudio (2005). “La codificación de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?”. En María Martín y Mauricio Tapia (editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación* (1151-1192). Santiago: Lexis Nexis: 1171.

⁴ Ibid.

⁵ Por ejemplo, para Pedro Nikken, los rasgos distintivos de los derechos humanos son su vinculación al Estado de Derecho, su universalidad, transnacionalidad, irreversibilidad y progresividad, entre otros. NIKKEN, Pedro (1994). “*El concepto de los Derechos Humanos*”. Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, Costa Rica: 34-48. <http://www.iidh.ed.cr>: 5- 9.

La Universalidad, que se desprende de la inherencia a la condición humana, es un valor fundamental y su significado puede disgregarse en tres sentidos⁶: en un sentido lógico refiere a “*una titularidad de derechos que se adscriben a todos los seres humanos... en el plano temporal la universalidad de derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si por fin nos situamos en el plano espacial entendemos la extensión de la cultura de los Derechos Humanos a todas las sociedades políticas sin excepción*”⁷. En resumidas cuentas y tal como señala Nikken, la universalidad refiere a que “*todas las personas son titulares de los Derechos Humanos y no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos*”⁸. La DUDH recoge este principio fundamental en su artículo 2° al señalar que la titularidad de estos derechos no admite “*distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”⁹, fórmula recogida en numerosos tratados de Derechos Humanos.

El concepto de Universalidad alcanza y alude también a la efectividad de todos los derechos y libertades que se garantizan en el sistema, incluyendo tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos sociales y culturales, para todas las personas¹⁰. Es entonces deber del Estado crear las condiciones que permitan el adecuado goce de estos derechos y libertades a todos los individuos, en orden a cumplir con sus obligaciones internacionales.

Situándonos en el objetivo de este trabajo, y tomando la Universalidad como punto de partida, resulta evidente que las personas migrantes se encuentran comprendidas dentro del espectro protector del DIDH. Sin embargo, en la práctica, sus derechos no han gozado de la efectividad que debieran. Esto ocurrió (y ocurre) pues desde el origen del sistema, el sujeto protegido fue pensado dentro de los parámetros culturales de la sociedad de la época, y el alcance de los derechos consagrados se interpretó bajo el

⁶ PECES BARBA, Gregorio (1994). «*La Universalidad de los Derechos Humanos*». Doxa, N° 15-16: 613-633. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10645/1/doxa15-16_30.pdf, pp.614-615.

⁷ PECES BARBA, 1994: 614.

⁸ NIKKEN, 1994: 6.

⁹ DUDH: art 2°.

¹⁰ Así se recoge en el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada el 22 de noviembre de 1969. La Corte IDH ha reiterado esta idea en su jurisprudencia, por ejemplo en el caso Kwas Fernández vs Honduras donde señaló: “A propósito de dicho reconocimiento, este Tribunal considera oportuno resaltar que la defensa de los Derechos Humanos no sólo atiende a los derechos civiles y políticos; esta labor abarca necesariamente las actividades de denuncia, vigilancia y educación sobre derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana”. CORTE IDH. *Caso Kawas Fernández vs Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 147.

mismo prisma¹¹. Este sesgo, impidió vislumbrar las distintas problemáticas que enfrentan aquellas personas que, por encontrarse en una posición económica, social, cultural, etc. de desventaja, ven afectados sus derechos en mayor medida, con lo que fue necesario corregir este problema a través de instrumentos de mayor especificidad o mediante la vía de mecanismos de protección que aseguraran la efectividad de derechos para estas personas¹².

Este es, precisamente, el caso de las personas migrantes, motivando su calificación como un grupo “en situación de vulnerabilidad”, lo que ha sido reconocido de forma transversal en distintas instancias internacionales¹³. Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que “*Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)*”¹⁴. Las complejidades que plantea esta situación exigen del Estado una protección reforzada, que se extiende a todos los migrantes, especialmente a aquellos que se encuentran en condición irregular dentro de los Estados receptores. Sobre los inmigrantes indocumentados, la Corte ha señalado que son “*los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos*”¹⁵.

Es en razón de esta realidad, que para analizar los estándares de protección delineados en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos será necesario distinguir el alcance de estos derechos diferenciando dos niveles de análisis: en primer lugar la protección general que refiere a toda persona, consagrado en los instrumentos generales¹⁶; y en segundo lugar, los estándares normativos y jurisprudenciales que se han delineado en el plano internacional y en especial en el sistema

¹¹ NASH, 2005: 1187.

¹² Ibid.: 1187-1188.

¹³ Por mencionar algunos documentos que así lo reconocen: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 54/166 “Protección de los migrantes”. Quincuagésimo cuarto período de sesiones, 2000, U.N. Doc. A/RES/54/166, preámbulo, párrafo 5°. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos “Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes. Derechos Humanos de los migrantes”, 6 de enero de 2000. U.N. Doc. E/CN.4/2000/82, párr. 28. Ver también: CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No.140, párr.111; *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr.243; y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr.37; en todos estos casos la Corte de pronuncia sobre el deber que tienen los estados de atender a las particularidades del sujeto de derecho cuando este se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad.

¹⁴ CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 112.

¹⁵ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 98; *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 128. CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 152.

¹⁶ En el sistema universal la DUDH, PIDCP, PDESC, y en el sistema interamericano la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

interamericano apuntando específicamente a los migrantes, a fin de garantizar que los derechos generales se hagan efectivos para ellos.

Este capítulo pretende ahondar en esta protección, a fin de trazar cuál es el piso mínimo que el DIDH garantiza a las personas migrantes en relación con las obligaciones de los Estados, y así determinar cuál es el derecho internacional aplicable y vinculante en esta materia para Chile.

2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los migrantes, panorama general.

La definición y gestión de la política migratoria interna es uno de los ámbitos donde con mayor claridad se pueden percibir las tensiones que persisten hoy en día entre el paradigma de la soberanía estatal y el paradigma de un orden público internacional basado en el reconocimiento y garantía a los derechos individuales. Es necesario desentrañar entonces cómo se resuelve este conflicto con una óptica de Derechos Humanos.

Del análisis de los instrumentos internacionales tradicionales, que constituyen el denominado *Bill of Human Rights*¹⁷, podemos observar que claramente no existió un pronunciamiento explícito sobre el fenómeno de la migración. Desde la perspectiva de los individuos, los procesos de movilidad humana solo encontraron eco en los tratados internacionales a través de la libertad ambulatoria o de circulación, sin que exista un “derecho a migrar” expresamente establecido. Así, desde la perspectiva de los Estados, el principio general es que el DIDH les permite definir y gestionar su política migratoria conforme a sus intereses propios, entendiéndose por política migratoria “*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*”¹⁸.

Pese a este problema, es necesario desde ya aclarar que la inexistencia de un derecho humano a migrar en las convenciones, y la primacía de la soberanía estatal en el diseño y ejecución de la política migratoria, en ningún caso permite concluir que los procesos de movilidad internacional no estén sujetos a regulación protectora de los Derechos Humanos. Como ha sostenido la Corte IDH “*si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los Derechos Humanos de las personas migrantes*”¹⁹, siendo

¹⁷ Integrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 1966.

¹⁸ CORTE IDH. OC-18/03, párr.163.

¹⁹ CORTE IDH. *Derechos y garantías de niños y niñas 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 N° 21, párr. 39.

estos derechos el límite infranqueable que deben considerar los distintos Estados en el ejercicio de sus potestades.

Es necesario recalcar que los Estados se han comprometido a *“promover el fortalecimiento de los Derechos Humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los Derechos Humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado”*²⁰, con esto los compromisos que asumen los Estados en el plano internacional les son exigibles, sobre todo considerando que este derecho resulta vinculante en el ámbito interno. La necesidad de dar cumplimiento a los deberes internacionales contraídos es *“independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad”* de la persona que se trate²¹.

Determinar el cómo operan estos deberes y la forma en que limitan la soberanía estatal en la aplicación de las normativas migratorias es el tema del que nos haremos cargo en lo sucesivo, ahondando en ciertas especificidades o derechos particularmente dirigidos a migrantes que podemos encontrar en distintos instrumentos a nivel universal y regional. Con miras a ese objetivo revisaremos en los apartados siguientes los principios que rigen la materia, los derechos instituidos a favor de los migrantes en los distintos tratados internacionales, y algunas de las interpretaciones de los órganos competentes.

3. Principio rector en materia migratoria: Igualdad y No Discriminación.

El principio de Igualdad y No Discriminación es, sin duda, uno de los principios más relevantes del DIDH, siendo ejemplo de su importancia la amplia presencia en la mayoría de los instrumentos de Derechos Humanos. La DUDH señala en su artículo primero: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*²²; mientras el artículo 1° de la CADH señala, también en su artículo 1°:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

²⁰ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 40.

²¹ Ibidem.

²² DUDH, artículo 1°.

*opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*²³.

Estas formulaciones son una muestra de que el concepto de Igualdad ha estado presente en la historia de los Derechos Humanos siendo uno de sus principios basales, y guardando estrecha relación con el principio estructurante de Dignidad, pues se desprende “*directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona*”²⁴. Según lo que la Corte IDH ha reiteradamente señalado, el Principio de Igualdad además es constitutivo de una norma de *ius cogens* del derecho internacional²⁵, y por ende vinculante también para aquellos Estados que no han suscrito tratados de Derechos Humanos²⁶.

El Principio de No Discriminación, por su parte, hace “*referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los Derechos Humanos*”²⁷. El Comité de Derechos Humanos ha conceptualizado que el trato discriminatorio es:

*“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 personas”*²⁸.

Ambos principios, Igualdad y No Discriminación, se encuentran íntimamente entrelazados, en palabras de la Corte Interamericana “*en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio*”²⁹. Dicho esto, la jurisprudencia internacional se ha encargado de aclarar

²³ CADH, artículo 1°.

²⁴ CORTE IDH. *Condición jurídica y Derechos Humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 45. Uprimny y Sánchez señalan que de este pronunciamiento se desprende “el reconocimiento de una conexión esencial e inmediata entre la igualdad y la dignidad humana” y, que “el establecimiento de privilegios, por un lado y el trato discriminatorio, por el otro, constituyen las dos formas básicas de vulneración del derecho a igualdad, en tanto las mismas resultan incompatibles con esa idea de la dignidad como elemento común al género humano”. UPRIMNY, Rodrigo y SÁNCHEZ, Luz (2014). “Artículo 24. Igualdad ante la Ley” En Christian Steiner y Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (579- 605). Bolivia: Plural editores, p. 587.

²⁵ La Corte IDH ha señalado que: “este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre el descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico (...) Este principio forma parte del derecho internacional general.” CORTE IDH. OC-18/03, párr. 185.

²⁶ UPRIMNY y SÁNCHEZ, 2014: 581.

²⁷ CORTE IDH. OC-18/03, párrafo 84.

²⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 18 “No discriminación”. 27° periodo de sesiones, 1989, párr. 7.

²⁹ CORTE IDH. OC 18/03, párr. 83.

que no todo trato diferenciado será, *a priori*, discriminatorio, separando a este de una “distinción” legítima conforme a los parámetros del DIDH. Para ser legítima dicha distinción deberá cumplir con criterios de *razonabilidad, proporcionalidad y objetividad*³⁰, elementos que al concurrir en conjunto excluyen la discriminación. Si se cumple o no con estos elementos es un asunto que debe analizarse caso a caso, utilizando los criterios delineados por los órganos competentes³¹.

En el caso de las personas migrantes confluyen en ellos una serie de elementos “sospechosos” que muchas veces son la base de un trato diferenciado que les afecta, siendo el más evidente la nacionalidad. Más en muchas oportunidades están presentes también otros factores como raza, condición socioeconómica, idioma, color, etc., redundando en una mayor vulnerabilidad y un riesgo mayor de discriminación. Ante esto, y por la ya comentada situación especial de este grupo ante el DIDH, es deber del Estado atender a sus obligaciones internacionales de forma reforzada, prestando atención especialmente a aquellas situaciones que comúnmente representan un mayor peligro de discriminación como el control fronterizo, la visación, los procesos de expulsión, etc.

La observancia de este principio es un requerimiento indispensable de cualquier actuación estatal en el contexto de las migraciones, por ende la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, a todas las personas, sin discriminación entre nacionales y extranjeros³²; a *contrario sensu* cualquier trato diferenciado que se establezca en función de la nacionalidad debe estar justificada conforme a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad.

4. Estatuto jurídico del extranjero en los principales tratados internacionales.

Encontramos normas de relevancia referidas a las personas migrantes en distintos instrumentos internacionales. A continuación, haremos una breve revisión a fin de dar una panorámica detallada del derecho con el que cuentan los tribunales de justicia chilenos para la resolución de sus casos concretos.

³⁰ La Corte ha diferenciado entre el término distinción, de discriminación, señalando: “El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos”. CORTE IDH. OC-18/03, párr. 84.

³¹ Siguiendo a Uprimny y Sánchez: “La objetividad y razonabilidad de una distinción implica que esta obedezca a una *finalidad legítima* y que exista una relación *razonable de proporcionalidad* entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin perseguido” (destacado en el texto). Estos son los elementos que constituyen el test de igualdad, delineado en jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, tomado también por la Corte Interamericana. UPRIMNY y SÁNCHEZ, 2014: 593.

³² Así se señala, por ejemplo, respecto de los derechos contenidos en el PIDCP. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15, párr. 2.

4.1. Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)³³.

La DUDH es bastante breve en su pronunciamiento respecto a la movilidad internacional. Se establece en su artículo 13 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”³⁴. Se dispone con esto una libertad cuyo contenido es un derecho de titularidad universal de movilizarse “en” el Estado, guardando silencio respecto del ingreso al territorio, o sobre los límites de dicha libertad, por lo que queda a la interpretación si trata de un derecho extensivo a cualquier estado, o restringido al Estado propio. Si se establece de forma clara un derecho universal a abandonar cualquier país y por correlato la prohibición al Estado de obstaculizar esta prerrogativa.

4.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³⁵.

La libertad de circulación, esta se encuentra recogida en el artículo 12 del PIDCP, que dispone:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

Siguiendo a Susana Rodera, al desglosar las garantías que esta libertad supone, tenemos que se instituyen cuatro derechos y libertades: “*un derecho de movimiento dentro de las fronteras de un Estado, “libertad de movimiento”;* *un derecho de residencia dentro de esas fronteras, “libertad de residencia”;* *un derecho de abandonar cualquier país, incluido el propio, “derecho de salida” o “derecho a emigrar”;* *y un derecho de retorno al país propio, “derecho de entrada” o “derecho a inmigrar”, aunque sería*

³³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptado el 10 de diciembre de 1948.

³⁴También son relevantes los artículos 14° (derecho a disfrutar y recibir asilo en cualquier país) y 15° (derecho a una nacionalidad, a cambiar de nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de ninguno de estos derechos).

³⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

más bien un “derecho de retorno”³⁶. Pero, se “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”³⁷.

Esta omisión respecto a un derecho de entrada no es casual, tal como expresa el Comité de Derechos Humanos. Si bien, este órgano considera que “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”³⁸, ha manifestado de forma categórica que “El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él”³⁹. Le corresponde al Estado, entonces, la decisión de quien admite en su territorio, para lo que puede requerir el cumplimiento de ciertas condiciones⁴⁰. Pero el Comité aclara: “una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto”⁴¹, añadiendo que estos solo pueden ser limitados legalmente con arreglo al mismo.

El PIDCP contiene en su artículo 13 una garantía específicamente dirigida a los extranjeros, que señala:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”⁴².

De suma relevancia es que el PIDCP hace eco en su normativa de la distinción en función del estatus migratorio de la persona. Así, tanto el artículo 12 como el 13 supeditan la titularidad de los derechos que contienen a quien “se halle legalmente en el territorio de un Estado”, y excluyendo con esto a los inmigrantes irregulares de la posesión de estas garantías. Esto es una importante diferencia con la DUDH,

³⁶ RODERA RANZ, Susana. 2014. “La Protección Internacional De La Persona Migrante En Situación Irregular: Estudio De La Convención Internacional Sobre La Protección De Los Derechos De Todos Los Trabajadores Migratorios Y De Sus Familiares”. Tesis doctoral, Universidad De Zaragoza: 129-130.

³⁷ BENHABIB, Seyla (2004). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa, 2004: 19.

³⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 27 “Artículo 12 La libertad de circulación”. 67° período de sesiones, 1999. U.N. HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 1.

³⁹ Es necesario señalar, que el Comité expresa también que “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.” COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15 “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. 27° período de sesiones, 11 de abril de 1986, párr. 5.

⁴⁰ Relacionadas, por ejemplo, en palabras del Comité, con la circulación, la residencia y el empleo. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15, párr. 6.

⁴¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15, párrafo 6.

⁴² PIDCYP, art 13°.

que establecía tanto la libertad de circulación como la libertad de elección del lugar de residencia para toda persona, con independencia de su situación administrativa⁴³.

Se deberá evaluar en cada caso el derecho nacional que regula la entrada y salida de extranjeros, a fin de determinar a qué extranjeros alcanza la protección del artículo 13. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado esta norma en el siguiente sentido:

“los derechos establecidos en [dicho] artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte[.] No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13”⁴⁴.

Fundamental es el Principio de Igualdad y No Discriminación, consagrado en los artículos 2.1 y 26⁴⁵, en base a los cuales se ha fijado como regla general el igual goce y ejercicio de los derechos que este instrumento contiene para todas las personas sin distinción alguna, incluyendo dentro de los factores sospechosos de discriminación la nacionalidad. Ello sin perjuicio de la existencia de excepciones específicas a esta regla, en que la titularidad de algunos derechos se ve restringida en función del elemento nacionalidad, por ejemplo, limitando su titularidad solo a los nacionales del Estado, como es el caso de los derechos políticos; o solo a los extranjeros, tal como ha interpretado el Comité de Derechos Humanos en su observación General N°15⁴⁶.

4.3. Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)⁴⁷.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) establece en su artículo N° 2 el Principio de Igualdad y No Discriminación, y de la misma forma que el PIDCP, la regla general es que el Pacto es aplicable a los nacionales y no nacionales por igual. El Comité del PIDESC ha profundizado en la obligación general de No Discriminar, señalando que *“No se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad (...) Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo,*

⁴³ RODERA. 2014: 140.

⁴⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15, párr. 9

⁴⁵ También se encuentra presente el principio en otros artículos como el 2°3 y el 14°.

⁴⁶ Por ejemplo, el artículo 25° aplica solo a ciudadanos y el 13° solo a extranjeros. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15, párr. 2.

⁴⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 19 de diciembre de 1966. Suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969.

*los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean*⁴⁸. Por ello, es posible afirmar que los Estados tienen prohibido discriminar entre extranjeros y migrantes, y respecto de estos últimos entre regulares e irregulares en la protección y garantía de los derechos consagrados en el PIDESC.

Sin embargo, este tratado también presenta una importante limitación a los derechos de los migrantes, al disponer en su artículo 2.3 que *“Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los Derechos Humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”*. En su origen, el sentido de esta disposición era evitar los efectos del colonialismo en los países en vías de desarrollo, que provocaba que los extranjeros tuvieran más influencia en la economía local que los nacionales, pero, con el paso del tiempo, el precepto ha sido criticado por contrariar el Principio de Universalidad. En el presente, los efectos y alcances del artículo se discuten, pero hay consenso en que debe ser leído a la luz de las demás normas del sistema, por tanto, no puede interpretarse en el sentido de privar de derechos a los extranjeros, sino que limitarlos y solo en aquellos casos en que la economía nacional lo haga estrictamente necesario⁴⁹.

Más allá de este límite, no existen otras en el PIDESC que restrinjan derechos exclusivamente a los nacionales. Por tanto, este instrumento hace expresamente extensivos derechos de gran relevancia para los migrantes tales como el derecho al trabajo y a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias⁵⁰, la libertad sindical, y el derecho a la seguridad social. Respecto al derecho al trabajo, el Comité DESC ha señalado:

*“El principio de la no discriminación, según figura consagrado en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, y en el artículo 7 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, debe aplicarse en relación con las oportunidades de empleo de trabajadores migratorios y sus familias. A este respecto, el Comité subraya la necesidad de que se diseñen planes de acción nacionales para respetar y promover dichos principios mediante medidas adecuadas, tanto legislativas como de otro tipo.”*⁵¹

⁴⁸ COMITÉ DESC. Observación General N° 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. 42° período de sesiones, 2009, U.N. Doc E/C.12/GC/20, párr. 30.

⁴⁹ En ese sentido existen principios en el DIDH para evaluar el cumplimiento de estas obligaciones que son aplicables a este caso.

⁵⁰ PIDESC, art. 6° y 7°.

⁵¹ COMITÉ DESC. Observación General N° 18 “El derecho al trabajo”. 35° período de sesiones, 2006, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, párr. 18.

El Comité DESC ha profundizado también respecto del alcance del derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 9° del Pacto, indicando que “*Los Estados Partes deben también suprimir la discriminación de hecho por motivos prohibidos, en los casos en que personas o grupos se ven imposibilitados de acceder a una seguridad social adecuada*”⁵², incluyendo a los “no nacionales” dentro de estos grupos. Señala el derecho a la salud de los no nacionales, el Comité especifica que “*Todas las personas, independientemente de su nacionalidad, residencia o condición de inmigración, tienen derecho a atención médica primaria y de emergencia*”⁵³.

4.4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD)⁵⁴.

Especialmente relevante resulta analizar la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante CERD). Si bien su articulado no agrega derechos específicos para la población migrante, su Comité (Comité CERD), ha desarrollado en sus recomendaciones generales una serie de criterios aplicables a los “no ciudadanos” y que otorgan a los Estados una clara pauta del camino para concretar los derechos de este tratado y los Pactos generales para la población migrante. Otra característica destacable es que el CERD no distingue en la aplicación de sus derechos entre nacionales y extranjeros, ni según la condición migratoria irregular o regular de estos últimos.

El artículo 1 de la Convención define el concepto de discriminación racial indicando que:

*“la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”*⁵⁵.

Al incluir al origen nacional en dicha definición, eleva la discriminación que sufren los migrantes debido a su origen a la categoría específica de discriminación racial, otorgando una doble protección a estas situaciones. La intención de incluir entre los grupos protegidos a la población migrante se explicitó

⁵² COMITÉ DESC. Observación General N° 19 “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”. 39° período de sesiones, 2008. E/C.12/GC/19, párr. 30.

⁵³ COMITÉ DESC. Observación General N° 19: párr. 36 y 37.

⁵⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, adoptada el 21 de diciembre de 1965. En vigor para Chile desde el 29 de noviembre de 1971.

⁵⁵ Él destacado es propio.

además en la declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia⁵⁶, donde se hizo un llamado a los Estados a respetar y garantizar distintos derechos de los extranjeros, declarándose que se *“Insta a los Estados a que conciban, promuevan y apliquen medidas legislativas y administrativas eficaces, así como otras medidas preventivas, o refuercen las existentes, para remediar la grave situación en que se encuentran ciertos grupos de trabajadores, como los migrantes”*⁵⁷.

Si bien, y aunque inmediatamente el N° 2 del artículo 1 señala que la Convención no se aplicaría a distinciones que los Estados partes pudieran realizar respecto de ciudadanos y no ciudadanos; el Comité CERD se ha encargado de aclarar que este numeral debe interpretarse como una norma dirigida a *“evitar socavar la prohibición básica de la discriminación; por consiguiente, no debe interpretarse de modo que redunde en modo alguno en detrimento de los derechos y libertades reconocidos y enunciados en particular en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*⁵⁸.

El numeral 3 del artículo 1 agrega: *“Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular”*⁵⁹. Con esto se reitera la idea ya tratada de existir una autorización al Estado para definir su política migratoria, pero restringida siempre por los límites que le impone el respeto a los Derechos Humanos y el principio general de Igualdad y No Discriminación⁶⁰. Profundiza en esto el Comité CERD que explícitamente ha señalado que, sin perjuicio que existen derechos excepcionalmente reservados a los ciudadanos⁶¹, la regla general es que *“Los Estados Partes se obligan a garantizar la igualdad entre los ciudadanos y no ciudadanos en el disfrute de esos derechos en la medida reconocida en el derecho internacional”*⁶².

Resulta interesante revisar la larga serie de medidas que el Comité CERD sugiere a los Estados en el marco de su recomendación general N°30, a fin de garantizar a los no ciudadanos la efectividad de los

⁵⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Conferencia Mundial en contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia “Conferencia de Durban”. 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Disponible en: http://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf

⁵⁷ Ibid., párr. 67.

⁵⁸ COMITÉ CERD. Recomendación General N° 30 “Sobre la discriminación contra los no ciudadanos”. 64° periodo de sesiones, 2004, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3, párr. 2.

⁵⁹ El destacado es propio.

⁶⁰ Este criterio rector se refleja también en el artículo 5° de la CERD que contiene la obligación del Estado de hacer efectivos todos los Derechos Humanos sin distinciones que configuren una discriminación racial.

⁶¹ Como el derecho de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido

⁶² COMITÉ CERD. Recomendación General N° 30, párr. 3.

derechos del pacto y de los instrumentos generales⁶³. Dentro de las recomendaciones encontramos medidas generales, y otras particulares referidas a una amplitud de temas que van desde los derechos económicos sociales y culturales de los no ciudadanos hasta medidas específicas en los procedimientos de expulsión, acceso a la justicia, etc. Me parece oportuno destacar el llamado que hace el CERD a garantizar que las medidas internas contra la discriminación racial se hagan extensivas a los no ciudadanos, sin importar su condición migratoria; a que se ponga atención a las discriminaciones que pudiesen sufrir los hijos o familiares de los no ciudadanos y las situaciones de discriminación múltiple que puedan presentarse; a intentar que los no ciudadanos no se vean expuestos a estereotipos raciales o étnicos; a que se tomen medidas para combatir las actitudes y conductas xenófobas respecto de los no ciudadanos, incluyendo especialmente las conductas que se efectúan por parte de los políticos, funcionarios, educadores, medios de comunicación, y en la sociedad en general; a evitar la expulsión de los no ciudadanos, especialmente aquellos que llevan mucho tiempo en el territorio nacional y que por ende conlleve una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar; y a garantizar la igualdad en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada a los ciudadanos y los no ciudadanos, entre otros derechos económicos sociales y culturales⁶⁴.

En definitiva, la Observación General N° 30 del Comité CERD constituye un listado exhaustivo de los Derechos Humanos de los no nacionales, otorgando a los Estados una orientación clara de cómo abordar diversas aristas de las problemáticas migrantes dentro del país receptor. Con esto es posible apreciar cómo la materialización de los Derechos Humanos para la población migrante requiere de la iniciativa del Estado en los más diversos campos del quehacer nacional, evitando la propagación de estereotipos y la exclusión estructural que sufren los no ciudadanos de una serie de derechos, lo que considerando la alta cantidad de Estados suscriptores del CERD es de la mayor relevancia.

4.5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH)⁶⁵.

Ya en el campo de los instrumentos que corresponden a nuestro sistema regional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), debemos en primer lugar estudiar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (en adelante DADH); siendo esta el primer instrumento general de Derechos Humanos en ser adoptado por los Estados Americanos, e incluida en la carta de la OEA⁶⁶. En sus considerandos, la Declaración Americana dispone que “*los derechos*

⁶³ COMITÉ CERD. Recomendación General N° 30: párr. 6 a 39.

⁶⁴ COMITÉ CERD. Recomendación General N° 30: párr. 6 a 12.

⁶⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

⁶⁶ Teniendo como efecto que pese a tratarse de un instrumento originalmente no vinculante, sus disposiciones sean leídas como obligatorias para todos los Estados miembros de la OEA, dando cabida a la tutela de los derechos que ella contiene incluso cuando nos encontremos frente a Estados que no han ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tal como

esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, explicitando desde un inicio su vocación universal.

Si bien la Declaración es bastante escueta en su pronunciamiento respecto del derecho de residencia y circulación, que refiere solo a los nacionales⁶⁷, la Comisión Interamericana ha manifestado que la interpretación de las disposiciones de la Declaración Americana deben darse a la luz del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, permitiendo con esto hacer un uso integrador del DIDH que se ha desarrollado con posterioridad y darle aplicación en aquellos Estados que han rehusado formar parte de otros instrumentos, principalmente la CADH⁶⁸.

4.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁶⁹.

La CADH constituye el instrumento más importante del SIDH, y en ella la vocación universal de los derechos que contiene es un punto que se expresa desde su preámbulo⁷⁰. Para la temática que nos convoca resulta importante señalar que el Principio de Igualdad y No Discriminación se encuentra consagrado en el artículo 1.1, cuya observancia es una obligación general del Estado respecto de cada uno de los derechos del catálogo; además, el derecho a la igualdad ante la ley se encuentra contenido en artículo 24.

Respecto de la regulación de la libertad de circulación, esta se consagra en su artículo 22⁷¹. Dicho artículo recoge la estructura del artículo 12 del PIDCP: se supedita la libertad de circulación y residencia en el

lo han señalado la Corte y la Comisión Interamericanas. CORTE IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43. Comisión IDH. COMISIÓN IDH. Informe No. 75/02. *Caso Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, de 27 de diciembre de 2002, párr. 163; COMISIÓN IDH. Resolución 3/87. *Caso 9647, James Terry Roach y Jay Pinkerton (Estados Unidos)*, de 22 de septiembre de 1987, párrs. 46-49; COMISIÓN IDH. Informe No. 44/14. *Caso 12.873, Edgar Tamayo Arias (Estados Unidos)*, de 17 de julio de 2014, párr. 214; entre otros.

⁶⁷ DADH: art 8°. “Derecho de residencia y tránsito: Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”.

⁶⁸ Ver: COMISIÓN IDH. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados. 24 de julio de 2015. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16, párr. 37. Respecto de la interpretación de la DADH a la luz de la CADH, ver: COMISIÓN IDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. 28 de febrero de 2000. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev, párr. 38 y COMISIÓN IDH. Informe No. 113/14. *Caso 11.661, Manickavasagam Suresh (Canadá)*, de 7 de noviembre de 2014, párr. 51. Sobre la interpretación a la luz de los avances del derecho humanitario, ver: COMISIÓN IDH. Informe No. 78/11. *Caso 12.586, John Doe y otros (Canadá)*, de 21 de julio de 2011, párr 71.

⁶⁹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada el 22 de noviembre de 1969.

⁷⁰ La CADH en el párrafo 2° de su preámbulo, señala: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

⁷¹ Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger

territorio del Estado a la permanencia regular, y se instituye un derecho universal a abandonar cualquier país. Se reproduce la garantía de que la expulsión solo puede ordenarse en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, aplicable por la formulación de la norma solo a los extranjeros que se hallen “legalmente en el territorio de un Estado” (22.6).

Pero, además, contiene derechos relacionados que van más allá de los puntos anteriores, consagrando, por ejemplo, la prohibición de expulsión de nacionales (22.5), el derecho a buscar y recibir asilo (22.7), el principio de no devolución o *non refoulement* (22.8) y la prohibición absoluta de expulsiones colectivas a extranjeros (22.9). Estos dos últimos derechos constituyen importantes limitaciones a la posibilidad de los Estados de expulsar extranjeros de sus territorios.

El desarrollo más interesante en torno a la CADH viene de las interpretaciones que los órganos del sistema han hecho, en su jurisprudencia consultiva y contenciosa, de dicha normativa para el caso migratorio. Estas interpretaciones constituyen derecho, y serán analizadas en el capítulo II.

5. Instrumentos internacionales específicos para la protección de derechos de los migrantes.

Ya con anterioridad a la conformación de la Organización de Naciones Unidas, en el plano interamericano habían existido instrumentos en el plano internacional que buscaban dar regulación a la situación de los “no nacionales” presentes en los Estados, como la Convención sobre condición de los extranjeros de 1928⁷², regulando la entrada, residencia y el derecho aplicable a los extranjeros que se encontraran en un Estado distinto del de origen. Si bien, no se trataba de instrumentos de derechos

la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo. 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

⁷² Un ejemplo es la Convención sobre la condición de los extranjeros, o “Pacto de la Habana”, que incluso fue ratificado por Chile en 1934. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención sobre condición de los extranjeros.*, adoptada el 20 de febrero de 1928.

humanos, si se refería a garantías individuales⁷³, y como contrapartida se concedía a los Estados el derecho de expulsión⁷⁴.

Tras la conformación de la ONU, los esfuerzos internacionales se encaminaron a elaborar catálogos de derechos de aplicación universal, teniendo como resultado el núcleo clásico de tratados de Derechos Humanos ya revisados. Es alrededor de la década de los 70's que comienza a focalizarse la preocupación de los organismos internacionales por las problemáticas de los migrantes. En este contexto, configuraron hitos importantes: la elaboración del Convenio 143 de la OIT sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios del año 1975⁷⁵; la elaboración del Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, del Comité de Derechos Humanos el año 1973⁷⁶; y la Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial de 1978⁷⁷. En esta última conferencia se recomendó la elaboración de una Convención específica en derechos de las personas migrantes, lo que iniciaría el trabajo en torno a lo que posteriormente sería la Convención para la protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, que comenzó a elaborarse a partir de 1979. Repasaremos los puntos más destacados de los más importantes instrumentos en el campo de la migración.

5.1. Convenios sobre migración de la OIT: Convenio 97 y Convenio 143⁷⁸.

El Convenio 97 de 1949 “sobre los trabajadores migrantes” y el Convenio 143 “sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes “de 1978, tienen por objeto hacerse cargo de las desigualdades que enfrentan los inmigrantes en el acceso y condiciones del mercado laboral en los países de destino. Si bien, ninguno de estos convenios ha sido ratificado por Chile, forman parte integrante del DIDH en materia migratoria, y su

⁷³ El artículo 5° del Pacto señala que “Los Estados deben reconocer a los extranjeros domiciliados o transeúntes en su territorio todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus propios nacionales y el goce de los derechos civiles esenciales, sin perjuicio, en cuanto concierne a los extranjeros, de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades del ejercicio de dichos derechos y garantías”. Ibid.: art. 5°.

⁷⁴ OEA. *Convención sobre condición de los extranjeros*: art 6°.

⁷⁵ Segundo convenio de la OIT en la materia, que se sumó al Convenio núm. 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949.

⁷⁶ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 36° periodo de sesiones, 1973, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/343. Para Rodera Ranz este informe es “reflejo de la preocupación de la ONU sobre la migración, sea sobre la migración de trabajadores cualificados desde los países en desarrollo y sobre el tráfico de migrantes y la trata con fines de explotación laboral” RODERA. 2014: 145.

⁷⁷ ASAMBLEA GENERAL. Informe de la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, 14 a 25 de agosto de 1978. U.N. Doc. S.79.XIV.2, cap. II.

⁷⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 97 Sobre los trabajadores migrantes, adoptado el 1 de julio de 1949; y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, adoptado el 9 de diciembre de 1978.

revisión puede arrojar luz sobre la interpretación de ciertos derechos si reconocidos en otros instrumentos vinculantes, por lo que se abordará brevemente.

El Convenio N° 97, tiene por foco avanzar hacia un trato igualitario entre trabajadores nacionales y los que no lo son, reconociendo para esto derechos a los trabajadores migratorios. Por la naturaleza del órgano que la emite obviamente posee un interés meramente en el “trabajador migrante”, definiéndolo como *“toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”*⁷⁹.

La delimitación conceptual del Convenio no establece una exclusión o diferenciación en razón del estatus migratorio del trabajador o trabajadora, de lo que se sigue que, cuando no se distingue, las obligaciones del Estado contenidas en el convenio comprenderían tanto a los migrantes documentados como los indocumentados. Entre estas obligaciones en beneficio de todo migrante encontramos el deber de prestar información fidedigna al migrante sobre la política migratoria a través de un servicio gratuito apropiado⁸⁰; y el deber de garantizar una condición de salud adecuada para los trabajadores migratorios y sus familias en su salida viaje y llegada⁸¹. Los demás derechos de los trabajadores nacionales que el Convenio hace equiparables a los de los no nacionales tales como derechos laborales, de seguridad social y vivienda,⁸² son reservados a los migrantes “que se hallen legalmente en el territorio”.

El Convenio de la OIT núm. 143 sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios, por su parte, nace con la finalidad de completar algunas lagunas presentes en el anterior fijando como punto de partida la necesidad de tomar medidas especiales para erradicar los flujos clandestinos, la trata, y el tráfico de mano de obra migrante, todos elementos que contribuyen a generar condiciones de trabajo vulneradoras de derechos y difíciles de controlar. Es por esto que la primera parte del convenio se denomina “Migraciones en condiciones abusivas” y dispone obligaciones para los Estados en orden a cooperar con la solución de estas problemáticas. La segunda parte del Convenio, se titula “Igualdad de Oportunidades y de Trato”, y establece el deber de los Estados parte de: *“formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y*

⁷⁹ Esta definición excluye a los trabajadores fronterizos, artistas y personas que ejerzan profesiones liberales cuando se encuentren en otro país por un corto periodo y a la gente de mar. OIT. Convenio N° 97, art 11°.

⁸⁰ Ibid.: art 1°, 2° y 3°.

⁸¹ OIT. *Convenio N° 97*, art. 5°.

⁸² OIT. *Convenio N° 97*, art. 6°.

*culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio*⁸³.

5.2. Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven⁸⁴.

Adoptada en 1985 por la Asamblea General de la ONU, esta Declaración fue el primer instrumento de Derechos Humanos en hacerse cargo de la situación particular de aquellas personas que no se encuentran en el país de su nacionalidad, elaborando derechos propios a su condición, como por ejemplo el derecho a transferir las ganancias obtenidas en el lugar de permanencia, derecho a conservar su identidad (idioma, cultura, tradiciones), el derecho a la comunicación consular, entre otros, además de establecer algunos deberes para los no nacionales, como el deber de respetar las leyes del Estado en el que se encuentran, incluyendo las leyes de extranjería⁸⁵.

Aunque las disposiciones referidas a derechos en su mayoría no diferencian según la condición migratoria del extranjero⁸⁶, sí se limita el ámbito de protección de algunas garantías a quien se halle *legalmente en el territorio*⁸⁷. Además, el artículo 2 declara que “1. *Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros*”, aunque agrega que en el ejercicio de esta facultad el Estado deberá observar sus obligaciones internacionales, especialmente las relativas a derechos humanos.

⁸³ OIT. *Convenio N° 143*, art. 10°.

⁸⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, adoptada el 13 de diciembre de 1985.

⁸⁵ ONU. *Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*: art. 3° y 4°.

⁸⁶ ONU. *Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*: art. 4°, 5°, 6°, 9° y 10° por ejemplo.

⁸⁷ ONU. *Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*: art. 7° y 8°.

5.3. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTMF)⁸⁸.

Esta convención, fue adoptada el año 1990 por la Asamblea General de la ONU, y es sin duda el instrumento internacional de mayor trascendencia en materia de Derechos Humanos de migrantes. La CTMF tiene el mérito de ser el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que refiere a derechos específicamente vinculados con el proceso de migración, y fue elaborado con el objeto de otorgar un marco mínimo de condiciones laborales a los trabajadores migratorios, incluyendo dentro del espectro de su aplicación a sus familiares. Si bien la mayoría de los derechos contemplados en él no son nuevos, estando contenidos en tratados anteriores, para los Estados no era evidente que las obligaciones asumidas se establecían también en favor de los extranjeros, lo que hizo necesario crear un instrumento que interpretara estos derechos clásicos considerando las especificidades de las personas migrantes.

El artículo 1° de la Convención dispone:

“La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, Estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual”.

A través de su redacción podemos apreciar cómo se consagra el principio general de Igualdad y No Discriminación⁸⁹, contando con una enumeración de factores prohibidos más amplia que la presente en el PIDCP y el PIDESC. La manifestación más patente de la vocación universal de la CTMF es que dirige su protección no solo a los trabajadores y trabajadoras migratorias, sino también a sus familiares, reconociendo que ellos son alcanzados también por las consecuencias de un proceso de movilidad.

⁸⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, adoptada el 18 de diciembre de 1990. Ratificada por Chile el 21 de marzo del año 2005.

⁸⁹ Este principio es recogido también en el artículo 7° que dispone: “*Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, Estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.*” También se refuerza este principio en el artículo 88° de la CTMF.

Además la CTMF establece una serie de derechos que no dependen del estatus migratorio del trabajador, como los establecidos en la Parte III de la Convención, titulada “Derechos Humanos de **Todos** los Trabajadores Migratorios y sus Familiares”⁹⁰, respecto de la cual el Comité de la CTMF ha señalado que “*cualquiera que sea la modalidad de su estancia, los trabajadores migratorios no pueden ser privados jamás de los derechos fundamentales que les asisten en virtud de la parte III de la Convención debido a su situación irregular.*”⁹¹. En este apartado se reiteran los Derechos Humanos clásicos reforzando su aplicación a los migrantes⁹², pero además se incluyen derechos específicos para este grupo, entre los que encontramos la protección contra la confiscación o destrucción no autorizada de documentos personales (art. 21), las salvaguardias procedimentales en los procesos de expulsión (art. 22) y el derecho a recurrir a la protección y asistencia consular o diplomática (art. 23), derechos que no habían sido consagrados expresamente en instrumentos anteriores. No obstante, esta voluntad de incluir a todos los migrantes y sus familias, la Convención también contempla ciertos derechos expresamente dirigidos a quienes se hayan legalmente dentro del territorio del Estado receptor⁹³.

En los artículos 2 y 5 se delimita más detalladamente quienes son los destinatarios de la convención, definiendo “trabajador migratorio” como: “*toda persona que vaya a realizar realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional*”⁹⁴. Con esto queda muy claro, que tal como lo explicita su título, la Convención fue pensada para proteger primariamente a aquellas personas que se movilizan en el contexto de la “migración económica”, restringiendo su ámbito de aplicación a aquella persona que posee una motivación de tipo laboral para desplazarse. Es necesario destacar que no toda la persona que migra trabaja, por lo que realizar una identificación *a priori* entre migrante y trabajador resulta apresurada. La implicancia de esto es que “*una persona es considerada como trabajador migrante desde el momento en que tiene un contrato o relación similar con un empleador en el país de destino, haya partido, o no, de su propio país*”⁹⁵. En esta línea, la convención fija y define distintas categorías de trabajador migratorio según la fase o comportamiento de su desplazamiento para más tarde atribuir a cada situación derechos específicos. Esto último se relaciona con el ámbito de aplicación temporal de Convención, pues ella es expresa en extender sus disposiciones a todo el proceso

⁹⁰ El destacado es propio.

⁹¹ COMITÉ CTMF. Observación general N.º 2 “Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”. 28 de agosto de 2013, U.N Doc. CMW/C/GC/2, párr. 5.

⁹² Que recoge diversos Derechos Humanos tradicionales, algunos contenidos también en el PIDCYP y el PDESC.

⁹³ Derechos contenidos en los artículos 36º a 56º de la Convención.

⁹⁴ CTMF: art. 2º.

⁹⁵ ORTEGA, Elisa 2012. “Los Derechos Humanos De Los Trabajadores Migrantes Irregulares En El Derecho Internacional Y La Práctica Europea y Americana”. Tesis doctoral, Universidad Carlos III: 323.

migratorio desde la partida del país de origen hasta el eventual retorno a este o al lugar de residencia habitual.

Respecto de los familiares, estos son definidos como:

“...las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”⁹⁶.

Se constituye un concepto amplio de la voz familia, pudiendo incluirse en ellas formas no tradicionales de arraigo familiar, como convivencia.

Delimitado el ámbito de aplicación personal y temporal de la CTMF, es necesario señalar que, respecto del proceso migratorio en sí, la convención sigue la línea del Pacto de Derechos Civiles y Políticos al señalar que:

“Art 8°. 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él”.

Con esto se establece un derecho a salir y de regresar al país de origen, más guarda silencio respecto a fijar un derecho humano a migrar, estableciendo un derecho de ingreso respecto del país de destino; siguiendo la concepción tradicional de la libertad ambulatoria.

El tratado se encarga de detallar derechos de diversa índole, abarcando desde derechos vinculados al trabajo, garantías de debido proceso en procedimientos migratorios como el ingreso o la expulsión del Estado receptor, derechos patrimoniales, derechos económicos sociales y culturales, entre otros, conformando un catálogo bastante exhaustivo en torno a los puntos de conflicto que podría enfrentar un migrante en un proceso de movilidad y en su permanencia en el Estado de destino. Finalmente, las

⁹⁶ CTMF: art. 4°.

obligaciones de los Estados se encuentran contempladas en el artículo 64 y 65, y medidas que el Estado debe tomar en el 68.

6. Conclusiones.

De la normativa revisada, se desprende con claridad que al día de hoy la facultad que poseen los Estados de diseñar y aplicar su política migratoria según sus intereses propios, se encuentra restringida al platearse como límite infranqueable el deber de los Estados de respetar los Derechos Humanos de las personas migrantes. Este conjunto de derechos esta dado por la totalidad de los consagrados en los instrumentos que el Estado haya suscrito, siendo la regla general que se garanticen todos los derechos y libertades establecidos a todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin diferenciar entre extranjeros y nacionales, salvo excepciones puntuales.

La gran dificultad que se detecta en la regulación internacional de derechos humanos en torno al proceso migratorio es que a nivel normativo no se ha consagrado expresamente un “derecho humano a migrar”. La movilidad internacional se encuentra comprendida en la libertad de circulación y residencia, consagrada en distintos instrumentos, pero esta no resulta comprensiva de la complejidad del fenómeno migratorio. Las convenciones vinculantes más importantes a nivel universal e interamericano, el PIDCP y la CADH, diferencian en la titularidad de estos derechos conforme al factor de la regularidad migratoria: la libertad de circular y residir en el territorio de un Estado está sujeta a la legalidad del ingreso (inmigrar), y solamente la libertad de abandonar un Estado, se encuentra consagrada para toda persona en términos universales (emigrar). Esto genera una disonancia por ser ambos movimientos, emigración e inmigración, necesariamente correlativos, excediendo este fenómeno los alcances de la libertad ambulatoria.

Se sigue de la normativa internacional el reconocimiento de la facultad de los Estados de expulsar extranjeros, pues solo encontramos prohibiciones de expulsión de personas nacionales, en el artículo 22 N°5, y para el caso de los no nacionales solo se establecen garantías de protección de estas acciones en favor de los extranjeros, aunque con el requisito de que se encuentren “legamente en el territorio”, como se lee en artículo 13 del PIDCP y el 22 N° 6 de la CADH. En consecuencia, esta protección también es restringida y los Estados no tienen en principio la obligación de permitir el ingreso, ni asegurar la permanencia de los extranjeros que no se hallen regularmente en sus países.

Pero una vez dentro del Estado y al margen del procedimiento de expulsión, la mayoría de los derechos deben ser respetados y garantizados, con independencia del estatus migratorio, incluyéndose los derechos

económicos, sociales y culturales contenidos en el PDESC, y los contenidos en la CERD, en virtud del Principio de Igualdad y No Discriminación, que se consagra transversalmente en todos estos catálogos.

Por último, existen también instrumentos especialmente enfocados en el fenómeno migratorio, siendo el más relevante la CTMF. En ella se fijan derechos propios para este grupo humano, como los referidos a la confiscación de documentos, remesas y garantías en el proceso de expulsión. Por estos motivos la CTMF constituye un valioso avance en la protección de las personas que se desplazan. De la lectura de este tratado, y de los Convenios de la OIT, observamos que en el plano internacional ha existido un énfasis en la migración de tipo económica o laboral. Dicha limitación se morigera gracias a la inclusión de los familiares del trabajador migratorio en el ámbito de protección.

Finalmente, a excepción de los Convenios de la OIT, todos los instrumentos internacionales revisados han sido ratificados por Chile, por lo que trata de derecho vigente en el ordenamiento jurídico interno. Como tal, este derecho se encuentra disponible para ser aplicado, y los derechos y libertades expuestos deben ser respetados y garantizados por el Estado de Chile para evitar incurrir en responsabilidad internacional.

CAPÍTULO II: ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE LA COMISIÓN DE IDH Y CORTE IDH.

1. Introducción.

En este capítulo se abordarán los estándares jurisprudenciales elaborados por los órganos de control del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH), al que Chile pertenece. Se revisarán principalmente los criterios trazados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa y consultiva, y también algunos criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH). El manejo de este desarrollo interpretativo resulta fundamental, pues la generalidad en la consagración de muchos derechos ha exigido de los órganos del sistema un ejercicio de concreción de las implicancias de cada derecho y libertad a los escenarios propios de la migración, analizando la compatibilidad de prácticas estatales generalizadas con la CADH. Debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto interprete última de la Convención Americana, resulta vinculante para los Estados suscriptores.

Como punto de partida, la Corte IDH ha sido enfática en que la discrecionalidad con la que cuentan los Estados en la definición y ejercicio de su política migratoria tiene como límite a Convención Americana⁹⁷. En el cumplimiento de estos deberes “*no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus Derechos Humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación*”⁹⁸. Así la Corte refuerza el rol protagónico del Principio de Igualdad y No Discriminación en el abordaje que deben adoptar los Estados del fenómeno migratorio, resaltando que las obligaciones de Derechos Humanos tienen por destinatario a todo sujeto que se encuentre dentro de la jurisdicción del Estado, prevaleciendo estos derechos por sobre las disposiciones legales internas en el contexto de la regulación migratoria.

Para examinar los derechos que más destacan en el *corpus iuris* de los migrantes, (y que deberían ser en definitiva los de mayor proyección en el derecho interno), nos enfocaremos en las temáticas más relevantes en torno al fenómeno migratorio. Los temas analizados serán entonces: 1) la protección de los derechos mínimos de los migrantes, 2) los estándares de debido proceso en procedimientos migratorios,

⁹⁷ Así se recoge en casos como CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá.*, párr. 97, CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 129. y también en CORTE IDH. OC-18/03, párr. 168.

⁹⁸ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 62.

3) la protección de la libre circulación y los límites a la facultad de expulsar extranjeros, y 4) el derecho a la vida familiar.

2. Protección de los derechos mínimos de los migrantes.

Aunque el Estado puede restringir ciertos derechos con miras a cumplir objetivos legítimos como la ejecución de políticas migratorias o la regulación de su mercado laboral, existen ciertos derechos que no son derogables⁹⁹, dentro de los que encontramos las protecciones básicas como el derecho a la vida y a la integridad personal, estando esta última en estrecha relación con la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanas o degradantes.

Respecto del derecho a la vida es oportuno señalar, que la Corte IDH ha manifestado que este comprende “no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”¹⁰⁰. Sobre la integridad personal la Corte se ha manifestado respecto de distintas situaciones en las que esta puede peligrar en los escenarios a los que se ven expuestos las personas migrantes, y considerando la complejidad de dicho derecho, ha establecido la existencia de deberes concretos para los Estados.

Así, por ejemplo, ha señalado que son deberes específicos en el contexto migratorio proporcionar “*una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables*”¹⁰¹, prestando atención médica a las personas migrantes sin discriminación por su condición migratoria; y mantener separados a los migrantes irregulares que cumplan medidas de seguridad, de aquellos condenados y procesados por delitos penales¹⁰². La Comisión Interamericana, por su parte, ha señalado que la facultad de deportar extranjeros del territorio nacional no debe “*dar lugar a un tratamiento cruel, infamante, e inhumano*”¹⁰³ en la ejecución de una medida de expulsión, estimando que en dicha ponderación deben considerarse aspectos diversos como las condiciones de salud en el país receptor y de origen y los lazos familiares del migrante¹⁰⁴.

⁹⁹ CORTE IDH. OC-18/03, párr. 69.

¹⁰⁰ CORTE IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

¹⁰¹ CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25, párr. 108 y 109.

¹⁰² Agrega la Corte que “*Cuando se trata de migrantes, la detención y privación de libertad por su sola situación migratoria irregular, debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos referidos*”. CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 208 a 210.

¹⁰³ COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08 *Caso 12.534 Andrea Mortlock (Estados Unidos)*, de 25 de julio de 2008, párr. 78.

¹⁰⁴ *Ibidem*: párr. 79.

Otro derecho básico que suele verse en juego en el contexto de la movilidad internacional es la libertad personal, frecuentemente restringido por los Estados en ejercicio del control migratorio, sobre todo frente a migrantes que por cualquier motivo se encuentren en situación de irregularidad. Encontramos en la jurisprudencia consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana un exhaustivo tratamiento de la detención migratoria con miras a resguardar el derecho a la libertad personal de los inmigrantes.

En primer término, las medidas punitivas en el control migratorio han sido declaradas como incompatibles con la CADH¹⁰⁵, por ser consideradas una forma de criminalización de la migración¹⁰⁶. La Comisión IDH ha señalado que el hecho de que la mayoría de los Estados establezcan sanciones privativas de libertad para aquellos migrantes que infrinjan las normas de extranjería constituye una violación de la libertad personal y razonando en torno al tema ha indicado que:

“el hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular en un país —ya sea porque ingresó sin la documentación requerida evadiendo los puertos de entrada autorizados, porque ingresó con documentación fraudulenta, o porque ingresó con la documentación requerida pero permaneció más allá del tiempo que tenía autorizado— no lesiona bien jurídico fundamental alguno que requiera ser protegido a través del poder punitivo del Estado, tal como podría ser atentar contra la vida o integridad de una persona o sustraer bienes del Estado.(...) la violación de leyes migratorias nunca puede ser per se equiparable a la violación de las leyes penales, como para que la primera respuesta que den los Estados frente a la migración irregular sea la detención. En esencia, la migración en situación irregular constituye una violación a una norma de carácter administrativo, que no debe ser entendida como un delito penal”¹⁰⁷.

Con esto, el criterio es que la detención por una infracción migratoria debe ser excepcional, “*nunca debe ser con fine punitivos*”¹⁰⁸, y la irregularidad migratoria no es en ningún caso motivo suficiente para justificar una detención¹⁰⁹. Concordando con aquello la Corte IDH ha sido enfática en que cualquier privación de libertad en el contexto migratorio debe ser en función de una decisión emitida conforme a

¹⁰⁵ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 147. CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 169.

¹⁰⁶ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 150 y 151.

¹⁰⁷ COMISIÓN IDH. Informe Temático de la Relatoría sobre derechos de los migrantes “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, de 31 de diciembre de 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, párr. 381 y 382.

¹⁰⁸ CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 359.

¹⁰⁹ Los motivos que podrían justificar una detención en este contexto deben ser procesales, tales como asegurar la comparecencia en el proceso del afectado, o garantizar la aplicación de una deportación, siempre y cuando estas medidas fueran absolutamente necesarias y proporcionales. Ver COMISIÓN IDH (2015). Informe Temático de la Relatoría sobre derechos de los migrantes, párr. 405.

derecho, y para ello deberá estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo (de acuerdo con la CADH) y ser idónea, necesaria y proporcional¹¹⁰ en relación con los fines que persigue.

Con el objeto de materializar estos principios en el contexto de la ejecución de las políticas migratorias, la Corte se ha hecho cargo de detallar cuáles son las garantías judiciales específicas que deben estar presentes en el marco de una detención de esta naturaleza, con lo que sólo estará permitida la privación de libertad que cumpla con las siguientes condiciones: haber dado estricto cumplimiento a la legalidad controlándose esta por autoridad competente¹¹¹, cuando se expresen los méritos de esta decisión evitando la arbitrariedad¹¹², cuando se informe a la persona afectada los motivos de su detención¹¹³, se ponga a la persona migrante a disposición de la autoridad competente¹¹⁴ y que se otorguen a la persona migrante recursos efectivos a fin de que pueda impugnar dicha privación de libertad¹¹⁵. Adicionalmente, la Corte también ha otorgado criterios referidos a los lugares de detención de extranjeros por su situación irregular “*en establecimientos específicamente destinados a tal fin y que sean acordes a su situación legal y no en prisiones*”¹¹⁶; al tiempo de la detención, que debe ser el menor posible¹¹⁷; y a las condiciones de esta¹¹⁸.

Sobre el uso de medidas privativas de libertad respecto de niños, niñas y adolescentes (NNA), la Corte ha sido categórica en señalar que:

“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

¹¹⁰ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 166.

¹¹¹ CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 131; *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 368.

¹¹² CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá.*, párr. 116- 118; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 133 y 134. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 153.

¹¹³ CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*: párr. 132; OC-21/14, párr. 197.

¹¹⁴ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá.*, párr. 109-111; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 139

¹¹⁵ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 125 a 129.

¹¹⁶ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 208 y 209.

¹¹⁷ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 171 y 208.

¹¹⁸ CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 109.

menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño”¹¹⁹.

Así, al tratarse de menores de edad la detención siempre deberá ser el último recurso, y las medidas alternativas a la detención deberán ser de aplicación prioritaria. La prohibición de la detención de NNA podría extenderse incluso a sus progenitores “*cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar*” obligando en este caso a las autoridades a “*a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños*”¹²⁰.

3. Garantías del debido proceso y acceso a la justicia.

Otra temática de vital importancia en el marco migratorio es el respeto de las garantías que componen un debido proceso legal, la efectividad de este entramado de derechos es condición necesaria para asegurar que medidas como la privación de libertad, o la expulsión del territorio nacional se den dentro de un marco legítimo para los parámetros del DIDH.

La Corte IDH ha señalado de forma expresa que “*todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe seguirse conforme a las garantías del debido proceso, de forma que las personas puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado*”¹²¹.

Por tanto, la aplicación de estas garantías abarca la totalidad de procedimientos con la potencialidad de afectar Derechos Humanos, como la solicitud de ingreso, o residencia, hasta los procedimientos de expulsión¹²², o contiendas que diriman derechos laborales¹²³. Es necesario mencionar que esta protección se extiende a todo inmigrante, haciendo énfasis en que esta no está sujeta al estatus migratorio que la persona posea¹²⁴.

¹¹⁹ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 160; *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 360.

¹²⁰ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 158.

¹²¹ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 108 y 142. CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 157. CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 349. CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 130.

¹²² Artículo PIDCP, art. 13° y CADH, art 22 párr. 6. Ver también: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15.

¹²³ En este sentido, véase, COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad No. 134/11, Petición 1190-06, *Trabajadores Migrantes Indocumentados (Estados Unidos)*. 20 de octubre de 2011.

¹²⁴ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 143. CORTE IDH. OC-18/03, voto concurrente juez Cancado Trindade. CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 152. CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 351.

La determinación de cuál es el contenido del debido proceso legal, sobre todo, cuando el afectado por un proceso es una persona en una situación de desigualdad procesal, se relaciona directamente con la aplicación de los principios de Igualdad y No 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”*¹²⁵.

Para reducir estas condiciones de desigualdad real que se dan cuando un procedimiento afecta a un migrante, la Corte y la Comisión Interamericanas han delineado cuáles deberían ser las garantías mínimas del debido proceso contempladas en cualquier procedimiento migratorio, en especial aquellos que pueden finalizar en la expulsión o deportación de una persona. Estos son: la persona debe ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y los motivos de la expulsión o deportación y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados contra ella¹²⁶; de ser detenida o retenida, el derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez (u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales) y el derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso¹²⁷; el derecho a ser oído sin demora¹²⁸, a contar con un tiempo razonable para la preparación de su defensa¹²⁹; el derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un adjudicador competente, independiente e imparcial.¹³⁰; el derecho a un traductor y/o intérprete libre de

¹²⁵ CORTE IDH. OC-18/03, párr. 121.

¹²⁶ CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 356. CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 133. COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01 *Rafael Ferrer-Mazorra y otros “Los Cubanos del Mariel” (Estados Unidos)*. 4 de abril de 2001, párr. 210.

¹²⁷ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 107, 108 y 109.

¹²⁸ COMISIÓN IDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. 16 de abril de 2001. OEA/Ser./L/V/II.111. párr. 99B. COMISIÓN IDH. Informe de Fondo No. 78/11, COMISIÓN IDH. Informe No. 78/11. *Caso 12.586, John Doe y otros (Canadá)*, párr. 116.

¹²⁹ COMISIÓN IDH. Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*. 13 de abril de 1999, párr. 55; COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad No. 68/05, Caso 11.495, *Juan Chamorro Quiroz (Costa Rica)*. 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

¹³⁰ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 108.

cargos¹³¹; el derecho a representación letrada o legal¹³²; el derecho a que la decisión que se adopte esté debidamente motivada¹³³; el derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento¹³⁴; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos¹³⁵; y el derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular¹³⁶.

Además de estas medidas los Estados deberán considerar la condición de vulnerabilidad extrema que pueden afectar a migrantes indocumentados y en especial a NNA migrantes. La Corte ha hecho hincapié en que cuando en estos procedimientos el afectado sea un niño o niña, las condiciones de su participación deben ajustarse a fin de dar un cabal cumplimiento al mandado del artículo 19 de la CADH¹³⁷, considerando las diferencias que su edad le impone y el mayor impacto en su desarrollo personal¹³⁸. En otras palabras, para dar un cumplimiento efectivo a las garantías que componen el debido proceso en casos que involucre a NNA es necesario tomar además medidas especiales de protección que consideren la particular afectación que se produce a ellos en virtud de un procedimiento de deportación, sea que este se dirija contra ellos o contra sus padres o cuidadores¹³⁹.

Algunas de las garantías específicas que deben contemplarse para estar en presencia de un debido proceso legal, cuando el afectado sea un menor son: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio¹⁴⁰; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado¹⁴¹; el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales¹⁴²; el derecho a ser asistido gratuitamente

¹³¹ CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 356. CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 356. COMISIÓN IDH (2001). Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, párr. 99.C.

¹³² CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 132. CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 164. COMISIÓN IDH (2001), párr. 99.D.

¹³³ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 115- 118. CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 356. CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 133.

¹³⁴ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 180. CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 133.

¹³⁵ CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 179. CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 133. COMISIÓN IDH. Informe de Fondo No. 49/99, párr. 81-82; COMISIÓN IDH. Informe No. 84/09, párr. 61.

¹³⁶ CORTE IDH. *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. CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, párr. 157 y ss. CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 356.

¹³⁷ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 144.

¹³⁸ CORTE IDH. OC-17/2002, párr. 96.

¹³⁹ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 115; OC-17/2002, párr. 94.

¹⁴⁰ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 117, 118.y 119. Esta obligación implica, además, para el caso de niñas y niños, el deber de contar con personal capacitado para hacer entender al niño claramente su situación, para que ellos puedan ejercer una adecuada defensa; y también que la decisión comunicada este suficientemente motivada.

¹⁴¹ Lo que requiere funcionarios capacitados para identificar las necesidades especiales de protección de niñas y niños. CORTE IDH. OC-21/14, párr. 120 y 121.

¹⁴² CORTE IDH. OC-21/14, párr. 122 y 123. Esta obligación esta también contenida en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño. La Corte pone énfasis en que la participación del niño es del todo necesaria para poder resolver en su mayor interés, y que por ende deberá darse en un contexto seguro y respetuoso, además de adecuado para la edad del menor.

por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular¹⁴³; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante;¹⁴⁴; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados¹⁴⁵; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada¹⁴⁶; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos¹⁴⁷; y el derecho a un plazo razonable de duración del proceso¹⁴⁸.

4. Libertad de circulación: Estándares limitadores de la facultad de expulsar extranjeros.

Si bien no existe un derecho para los extranjeros en orden a obtener un permiso de entrada o residencia, una vez que se hallen legalmente dentro del territorio, estos se benefician de la libertad de tránsito en iguales condiciones que los nacionales. La libertad de tránsito incluye en su contenido el derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro, y establecerse en el lugar de su elección, sin interferencia ilegal¹⁴⁹. Asimismo, y como ya se ha mencionado, el extranjero que se encuentre regularmente en el territorio solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión tomada conforme a la ley¹⁵⁰.

Además de las garantías establecidas en beneficio de los migrantes regulares, y de la limitación del artículo 22.9, y en concordancia con el respecto a la libertad de circulación, la facultad de los Estados de disponer la expulsión de los no nacionales no es absoluta, encontrando importantes limitaciones. Dentro

¹⁴³ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 126 a 128. en este sentido el niño o niña debe ser informado de que posee este derecho y el asistente consular tiene el deber de velar porque las decisiones judiciales o administrativas que se tomen en el procedimiento que afecta al menor haya considerado su interés superior La importancia de este derecho es la mayor, sobre todo considerando la vulnerabilidad del niño o niña, más aún cuando estos viajan sin compañía o han sido separados de sus padres.

¹⁴⁴ CORTE IDH. OC-21/14 párr. 130 y 131. Los Estado tienen el deber de garantizar a todo niño involucrado en un procedimiento migratorio asistencia jurídica y representación legal gratuita, considerando que dicha asistencia debe ser especializada tanto en relación a la temática migratoria como en atención a la edad de la niña o niño afectado.

¹⁴⁵ CORTE IDH. OC-21/14 párr. 132. Siendo esta designación condición previa al inicio de cualquier procedimiento migratorio, “a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar”

¹⁴⁶ CORTE IDH. OC-21/14 párr. 130 a 139. Toda decisión administrativa o judicial que pueda afectar derechos humanos debe ser debidamente fundamentada, siendo este uno de los requisitos esenciales del debido proceso: “*la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior*”. Ello constituye “*una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio*”.

¹⁴⁷ CORTE IDH. OC-21/14 párr. 142. Es decir que la decisión de deportación o expulsión de ser decretada no debe tener efectos hasta que no haya sido revisada por la instancia ante la que se recurre.

¹⁴⁸ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 143. La Corte Indica que los plazos de aquellos procesos que involucren DDHH de menores deben ajustarse a dos límites: tramitarse con “una diligencia y celeridad excepcional” para impactar mínimamente en la integridad de los NNA, pero extenderse lo suficiente para garantizar que la niña o el niño sea adecuadamente oído.

¹⁴⁹ CORTE IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de julio de 2009 Serie C No. 201, párr. 138.

¹⁵⁰ CADH, art. 22.9.

de estas encontramos como las más destacadas las trazadas por la jurisprudencia internacional en torno a tres principios: el principio de *non refoulement* o de no devolución, la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho a la vida familiar.

El Principio de non refoulement o “no devolución”, se encuentra consagrado en el artículo 22.8 de la CADH el cual dispone que “*en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas*”¹⁵¹. Dicho principio también se aplicará cuando en el país de origen o tercer Estado, exista un riesgo de tortura, o de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes¹⁵². El origen de este principio estaba vinculado a una categoría diferenciada de inmigrantes, perteneciendo al derecho internacional de refugiados. Con motivo de su inclusión en la CADH y la redacción de la norma que alude a “el extranjero”, se ha entendido ampliado su alcance, aplicando también a migrantes que no solicitan asilo. En esta línea, y considerando la complementariedad existente entre el derecho de refugiados y el DIDH, la Corte IDH que dicho principio tiene carácter de una “*norma consuetudinaria de derecho internacional*”¹⁵³.

La aplicación del principio de *non refoulement* “*implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones*”¹⁵⁴, teniendo como consecuencia práctica que para el Estado se engendrará la obligación de acceder a su ingreso o permanencia.

Respecto de NNA, la Corte ha señalado que la evaluación de la existencia de un peligro en el país de devolución debe ser más estricta y considerar más elementos:

“En cuanto al riesgo de violación a los derechos de la niña o del niño, la Corte considera que éstos deben ser entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que contempla la garantía efectiva e interdependiente de los derechos civiles y políticos y la progresiva plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y en el marco del cual el derecho a la vida incorpora también el componente de desarrollo adecuado y supervivencia. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho

¹⁵¹ CADH, art. 22.8.

¹⁵² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1969: artículo 3°.

¹⁵³ CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 152.

¹⁵⁴ CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 153.

a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”¹⁵⁵.

Un segundo principio que limita la posibilidad de disponer deportaciones es la prohibición de expulsiones colectivas, contenido en el inciso N° 9 del artículo 22 de la Convención Americana. Se ha definido que expulsión colectiva es aquella que “*no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en la arbitrariedad*”¹⁵⁶, por lo que la prohibición de las expulsiones colectivas implica que el Estado tendrá la “*obligación de analizar, fundamentar y decidir de forma individual cada una de las expulsiones o deportaciones que lleven a cabo*”¹⁵⁷. Entre otros criterios, la Corte ha señalado que el número de extranjeros expulsados no es elemento suficiente para estimar una expulsión como colectiva, si no en qué medida el Estado considera las particularidades de cada individuo y las necesidades especiales de protección que aquel posea¹⁵⁸. En este sentido “*la prohibición de expulsión colectiva, además de constituir una limitación a la soberanía de los Estados respecto de la expulsión de personas extranjeras, es una garantía contra detención arbitraria*”¹⁵⁹, pues impide la existencia de patrones discriminatorios en las deportaciones¹⁶⁰.

Finalmente, el último límite de relevancia para la facultad de disponer la expulsión de personas extranjeras es el respeto al derecho a la vida familiar¹⁶¹, que, por su relevancia, se analizará detalladamente en el siguiente apartado.

5. Derecho a la vida familiar y protección a la familia migrante.

La familia se encuentra protegida en numerosos tratados internacionales de Derechos Humanos¹⁶², lo que refleja la existencia de “consenso respecto a que la familia constituye el elemento natural y

¹⁵⁵ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 222. Ver también CORTE IDH. OC-17/2002, párr. 231.

¹⁵⁶ COMISIÓN IDH (2015). Informe Temático de la Relatoría sobre derechos de los migrantes, párr. 278.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 184.

¹⁵⁹ COMISIÓN IDH (2015). Informe Temático de la Relatoría sobre derechos de los migrantes, párr.95.

¹⁶⁰ Como constató la Corte en el caso CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 171. “la existencia en República Dominicana (...) de un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria”.

¹⁶¹ Consagrado en la CADH en los artículos 11.2, 17 y 19.

¹⁶² Así es posible encontrar normas que refieren a ella en el Sistema Universal en la Declaración Universal de derechos humanos en su artículo 16, en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 14 y 44 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y en los artículos 9, 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el sistema interamericano (en el cual nos centraremos) encontramos normas relacionadas a la familia en la Convención Americana en sus artículos 11.2, 17 y 19. así como en los artículos V y VI de la Declaración Americana.

fundamental de la sociedad y que, como tal, debe ser protegida por la sociedad y el Estado”¹⁶³. Nos centraremos en la protección que recibe en el ámbito interamericano y en especial en los estándares de la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Comisión y la Corte Interamericanas.

La CADH, en su artículo 11.2 señala: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”; mientras el artículo 17. “Protección a la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. (...)”, con esto se consagra por una parte la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar (derecho a la “vida familiar” de ahora en adelante)¹⁶⁴, y el derecho a la protección de la familia, entendiendo como parte de este el derecho a contraer matrimonio.

En materia migratoria todos estos derechos juegan un rol trascendental, pues la experiencia de un proceso de movilidad internacional muchas veces implica verse separados de sus familias en el país de origen, o verse separados de las familias formadas en el país de destino ante la contingencia de un procedimiento de expulsión o deportación. Precisamente, es en este último escenario en el que nos centraremos, por relacionarse con el Estado receptor y por tratarse la deportación de extranjeros de uno de los actos estatales donde más tensiones se producen entre el poder soberano del Estado de diseñar e implementar su política migratoria con el respeto por los Derechos Humanos y las obligaciones internacionales contraídas; pues si bien la deportación es una medida que afecta grave y directamente a la persona, también puede tener importantes consecuencias en su núcleo familiar¹⁶⁵, debiendo por tanto ser considerados los derechos de terceros en el procedimiento de expulsión que puedan ser potencialmente afectados por sus efectos.

Pese a que los Estados están facultados para disponer la expulsión de alguna persona extranjera de su territorio por consideraciones de interés general¹⁶⁶, ni esta facultad ni el derecho a gozar de la vida

¹⁶³ COMISIÓN IDH (2015). Informe Temático de la Relatoría sobre derechos de los migrantes, párr. 342.

¹⁶⁴ Considerado parte integrante de la protección a la familia. CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C 837, párr. 170.

¹⁶⁵ COMISIÓN IDH. Informe No. 81/10, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)*, 12 de julio de 2010, párr. 48.

¹⁶⁶ Así está reconocido en CADH, artículo 22 N° 4, que indica: “4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.”. En el mismo sentido el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que, de conformidad con el derecho internacional, un Estado tiene la facultad de expulsar un residente no nacional, con base en un legítimo interés; sin embargo, dicha facultad debe estar equilibrada a la luz de la debida consideración de los procedimientos de deportación con relación a las conexiones familiares del deportado y las penurias que la deportación puede causar en la familia de la persona afectada. Ver COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Stewart vs.*

familiar son absolutos¹⁶⁷. Lo que deberá existir en orden a cumplir con los compromisos internacionales es un juicio de ponderación que conduzca a la decisión individual que mejor realice los derechos en juego¹⁶⁸. Para facilitar esta ponderación los órganos del sistema interamericano han aportado algunas directrices, señalando que cualquier procedimiento que pueda acarrear como consecuencia la separación familiar debe ser excepcional¹⁶⁹, sobre todo si dicha separación consiste en el alejamiento de padres e hijos, caso en el cual estas medidas deben ser extremadamente excepcionales y estar sujetas a revisión judicial, conforme a lo dispuesto por el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁷⁰.

La afectación de derecho sufrida por NNA reviste aun mayor gravedad a los ojos del DIDH. Por este motivo existen estándares especialmente dirigidos a personas con esta doble vulnerabilidad: niñez y migración, que se tratarán a continuación.

5.1. Estándares de protección de NNA migrantes.

La protección de la niñez en el contexto de las migraciones también ha sido una preocupación central en el DIDH de los migrantes, en atención a la vulnerabilidad agravada que enfrentan los niños, niñas y adolescentes migrantes o hijos de migrantes cuando se ven expuestos a proceso de movilidad o experimentan las consecuencias del desplazamiento de sus familiares. Es por esto que la jurisprudencia internacional ha trazado lineamientos claros sobre los principios que deben primar cuando hay niños involucrados en procedimientos migratorios, siendo el punto de partida de la Corte que *“al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los Derechos Humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos”*¹⁷¹.

Canadá, Comunicación No. 538/1993. 58° período de sesiones, 16 de diciembre de 1996, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993, párrafo 12.10.

¹⁶⁷ COMISIÓN IDH. Informe No. 81/10, párr. 50 y 51.

¹⁶⁸ COMISIÓN IDH. Informe No. 81/10, Caso 12.562, párr. 50.

¹⁶⁹ COMISIÓN IDH (2015). Informe Temático de la Relatoría sobre derechos de los migrantes, párr. 346.

¹⁷⁰ CDN, artículo 9.1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

¹⁷¹ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 68.

Los principios que deben informar cualquier política en torno a la infancia, incluida la migratoria, son los mismos que consagra la CDN: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte¹⁷².

No es posible entonces entender los criterios asentados por la Corte Interamericana sin antes revisar el principio basal del estatuto jurídico internacional de la infancia, a saber, el interés superior del niño, y las normas especiales que en su beneficio dispone la Convención Internacional de los derechos del niño (en adelante CDN).

5.2. Interés superior del niño.

Como instrumento normativo, la CDN vino a condensar una serie de derechos y principios ya ampliamente aceptados entre los Estados en el ámbito de los derechos de la infancia, y dotarlos de obligatoriedad, superando “*la Doctrina de la Situación Irregular –al menos formalmente– para dar lugar a la Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: “todos los derechos para todos los niños”*”¹⁷³.

El principio del interés superior del niño, consagrado normativamente en el artículo 3.1¹⁷⁴ de la CDN, ya era reconocido y aceptado por una amplia cantidad de Estados antes de la Convención Internacional de Derechos del Niño, siendo uno de los principios más importantes a la hora de hablar del sistema jurídico de protección de los derechos de los menores a punto tal de ser considerado como un “principio general del derecho”¹⁷⁵, estando presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo.¹⁷⁶

Pese a su incuestionable gravitación, el concepto de interés superior del niño es indeterminado, existiendo en la doctrina nacional e internacional diferentes aproximaciones para conceptualarlo.¹⁷⁷,

¹⁷² CORTE IDH. OC-21/14, párr. 69.

¹⁷³ LARUMBE CANALEJO, Silvia (2002). “Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo” *Revista IIDH*, núm. 36: 239-289, p. 252.

¹⁷⁴ Este artículo señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

¹⁷⁵ AGUILAR, Gonzalo (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de derechos humanos” *Estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*, año 6 N° 1: 223-247, 226 y ss.

¹⁷⁶ AGUILAR, 2008: 228.

¹⁷⁷ Para conocer algunas de estas interpretaciones: AGUILAR, 2008: 228 y 229. En la jurisprudencia chilena encontramos definiciones elaboradas por la Corte Suprema, que describe al ISN como aquel principio que “(...) *se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos*”; mientras que la Corte de Apelaciones de Santiago ha manifestado que este envuelve “(...) *asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y posibilitar la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad*”. RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto (2015). “El interés

considerándose como un “*principio comprensivo y multifactorial, de tal manera de que (...) contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad.*”¹⁷⁸.

Por su parte, la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño señala que el ISN es un concepto triple¹⁷⁹, desplegándose como a) derecho sustantivo; b) principio jurídico interpretativo fundamental y c) norma de procedimiento¹⁸⁰. Para la Corte IDH “*la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades*”¹⁸¹.

Finalmente, el efecto de la observancia de este principio es que “*exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado*”¹⁸².

En función de esta directriz, la Corte IDH ha señalado que “*cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia*”¹⁸³. Lo mismo aplica en el contexto de las migraciones, en donde el interés superior del niño deberá ser el eje central de las decisiones que pudiesen afectarlo¹⁸⁴ de modo que todos sus derechos sean garantizados con independencia de su nacionalidad o el estatus migratorio propio o el de sus padres. Encontraremos que el principio de interés superior del niño tiene una presencia transversal en cualquier cuestión relativa a la infancia, sentando las bases de que este debería ser el criterio primordial en el abordaje de casos concretos en el ámbito interno.

superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 3: 903 – 934, 917.

¹⁷⁸ AGUILAR, 2008: 238.

¹⁷⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 14 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”. 62° periodo de sesiones, 2013, U.N. Doc. CRC/C/GC/14, párr. 6.

¹⁸⁰ Es “a) un derecho sustantivo al tener que evaluarse y sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, incluyendo la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general; b) principio jurídico interpretativo fundamental y c) norma de procedimiento por lo cual siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un NNA en concreto o general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión” HERRERA, Marisa y LATHROP, Fabiola (2017). “*Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana*”. *Revista de Derecho Privado* N° 32: 143-173. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n32/0123-4366-rdp-32-00143.pdf>, p. 2.

¹⁸¹ CORTE IDH. OC-17/2002, párr. 56. El destacado es propio.

¹⁸² AGUILAR, 2008: 230.

¹⁸³ CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 416.

¹⁸⁴ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 70.

Los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas de protección en favor de los menores¹⁸⁵, para garantizar el ejercicio de sus derechos y la efectividad de la igualdad ante la ley. Una de las particularidades de la norma del 19 CADH es que esta “*consagra una obligación no solo para el Estado, sino también para la sociedad y la familia*”¹⁸⁶, teniendo el Estado el deber de hacer que estas adopten las medidas necesarias para la protección de los NNA. “*El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*”¹⁸⁷.

En el contexto del ingreso al Estado receptor, uno de los deberes de este último será contar con mecanismo de evaluación que permitan identificar cuando los niños y niñas extranjeras que entran a su territorio requieren de protección internacional, diferenciando de quienes migran por consideraciones económicas de aquellas personas que reúnen los requisitos para adquirir la calidad de refugiados. Es también una obligación positiva de los Estados el contar con procedimientos eficientes y justos para solicitar asilo, con miras a evitar la ejecución de expulsiones contrarias al derecho internacional, en especial al principio de *non refoulement*.

5.3. Derecho a la vida familiar de los NNA.

Para analizar el estatuto jurídico protector de los derechos del niño debemos recurrir a la CDN, donde podemos observar normas que apuntan precisamente a la protección de la integridad familiar del menor y trazan cuáles son los deberes que el Estado debe observar a fin de respetar estos derechos. Entre estos deberes contamos con el deber del Estado de respetar a los padres o miembros de la familia en relación a sus derechos y deberes respecto de los hijos, consagrado en el artículo 5 de la CDN¹⁸⁸; el derecho de los niños a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, consagrado en el artículo 7.1¹⁸⁹; el derecho a la protección familiar, consagrado en el artículo 8.1, el cual que considera las relaciones familiares del

¹⁸⁵ CADH, art. 19° y DADH art. VII.

¹⁸⁶ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 67.

¹⁸⁷ CORTE IDH. OC-17/2002, párr.56; CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 218.

¹⁸⁸ Artículo 5 de la CDN: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

¹⁸⁹ Artículo 7.1: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

niño como parte integrante de su identidad¹⁹⁰; el derecho a no ser separado de sus padres, consagrado en el artículo 9.1.¹⁹¹, que contiene en el artículo 9.2 el derecho del niño o niña a ser oído en los procedimientos que pudiesen tener como consecuencia tal separación¹⁹²; el principio de reunificación familiar, contenido en el artículo 10 de la CDN; y finalmente los artículos 20 y 22 para aquellos niños que han sido privados de su medio familiar¹⁹³. A esto se le suma el artículo 19 de la CADH que consagra el derecho de los NNA a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; y el derecho a la protección familiar del 17 de la CADH, que como señalamos anteriormente también integra la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar, consagrada en el artículo 11.2. Todos estos derechos, junto con el principio de interés superior del niño han sido interpretados por los órganos de Derechos Humanos llegando a las siguientes conclusiones en materia de migraciones.

En esta línea, la Corte ha resaltado que “el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”¹⁹⁴. A este respecto es oportuno señalar que no existe un modelo único de familia protegida, como indicara la misma Corte:

“la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los

¹⁹⁰ Artículo 8.1: “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.”

¹⁹¹ Artículo 9: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

¹⁹² Artículo 9: “2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.”

¹⁹³ Artículo 20 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Artículo 22 1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes. A tal efecto, los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

¹⁹⁴ CORTE IDH. OC-17/2002, párr. 71; y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 46.

padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos”¹⁹⁵.

Es por eso que será el Estado el encargado de definir en cada caso particular quien puede considerarse parte del núcleo familiar de la niña o niño.

Teniendo a la vista la profusa normativa citada anteriormente, podría pensarse que el derecho a la vida familiar del niño o niña siempre primará en un proceso de deportación, pero aquello no es así. Debe siempre tenerse presente que los derechos mencionados no son absolutos¹⁹⁶, y que la misma CDN contempla la posibilidad de la separación familiar con motivo de la deportación en el artículo 9.4 que dispone:

“Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

El Estado está, en virtud de la soberanía que el derecho internacional le reconoce, facultado para ejecutar este tipo de medidas por consideraciones de interés general, siendo el punto relevante determinar cuáles son los parámetros que deben considerarse en su decisión para no caer en la arbitrariedad lesionando indebidamente los derechos de los involucrados. Estos parámetros son que la medida de expulsión esté

¹⁹⁵ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 272. En el mismo sentido el Comité de los Derechos del Niño: “El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños” COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. Observación General No. 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”. 40º período de sesiones, 2005, U.N. Doc. CRC/C/GC/7, párrs. 15 y 19.

¹⁹⁶ CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr.417.

prevista en la ley y que su aplicación cumpla con los requisitos de idoneidad¹⁹⁷, necesidad¹⁹⁸ y proporcionalidad¹⁹⁹, es decir, que sea “*necesaria en una sociedad democrática*”²⁰⁰.

Algunos de los aspectos a considerar por la autoridad competente de acuerdo a la Corte son:

*“(a) la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño”*²⁰¹.

En consecuencia, al desarrollarse un procedimiento de deportación de alguno de los padres o familiares, siempre deberá existir un juicio razonado de ponderación que conduzca a una decisión individual²⁰² y en el que se tome en cuenta el interés superior del niño. No obstante, las medidas que impliquen la separación de padres e hijos deberán ser extremadamente excepcionales y ser sometidas a revisión judicial²⁰³. En resumen “las separaciones legales de la niña o el niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”²⁰⁴.

No califica como una restricción proporcional de derechos el quiebre de la unidad familiar con solo mérito en una infracción migratoria de carácter administrativo por uno de los progenitores o familiares directos del niño o niña, “pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como

¹⁹⁷ Conduciendo a un fin legítimo de acuerdo con la CADH, y cuya finalidad se identifique con interés público imperativo. CORTE IDH. OC-21/14, párr. 276.

¹⁹⁸ En el sentido que: “dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar”. CORTE IDH. OC-21/14, párr. 277.

¹⁹⁹ En sentido estricto, debe perseguirse afectar en la menor medida posible los derechos del niño y solo en lo estrictamente requerido para la consecución del fin legítimo buscado. CORTE IDH. OC-21/14, párr. 278.

²⁰⁰ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 275.

²⁰¹ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 279.

²⁰² COMISIÓN IDH. Informe No. 81/10, párrs. 48-60.

²⁰³ De acuerdo con lo establecido en el artículo 17° de la CADH y 9° CDN.

²⁰⁴ CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, párr. 226. En el mismo sentido: CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*, párr. 416.

irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio”²⁰⁵.

5.4. Derecho a ser oído o derecho a participación.

Finalmente, y para la adecuada ponderación del interés superior del niño, es imperativo que lo Estados faciliten los medios para asegurar la efectividad del derecho a ser oído de los menores, pues como ha señalado el Comité CDN “*no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12*”²⁰⁶. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 12 de la CDN²⁰⁷, y constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que se trata de uno de sus principios generales, con lo que “*pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos*”.²⁰⁸

El derecho a ser oído está integrado por el derecho que la niña o niño posee en orden a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y el derecho a participar en los procedimientos que le conciernen²⁰⁹. Dentro de estos quedan claramente comprendidos los procedimientos migratorios, judiciales o administrativos, en los que el niño debe tener la oportunidad de ser escuchado²¹⁰.

Para dar efectividad a este derecho, es necesario que la intervención de cualquier menor se dé en un entorno de respeto y seguridad, y se consideren las particularidades individuales y sociales que los NNA pudiesen tener²¹¹. Además, el menor deberá estar debidamente informado del asunto que se trate, de las decisiones que podrían tomarse y las consecuencias que estas podrían traer²¹². No basta tampoco con solo oír a la niña o niño, sino que sus opiniones deben ser tomadas en cuenta²¹³, para controlar el cumplimiento de este fin “*la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron*

²⁰⁵ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 280.

²⁰⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°12 “El derecho del niño a ser escuchado”. 51° período de sesiones, 2009, U.N. Doc. CRC/C/GC/12, párr. 74.

²⁰⁷ CDN, artículo 12, que señala: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

²⁰⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°12, párr. 2.

²⁰⁹ CDN, artículo 12 N° 1 y N° 2, respectivamente. El comité ha hecho hincapié en la extensión de estas garantías a “todos” los asuntos que afecten al niño. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°12, párr. 26.

²¹⁰ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 122 y 123.

²¹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°12, párr. 23.

²¹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°12, párr. 25.

²¹³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°12, párr. 45.

*en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior*²¹⁴.

6. Conclusiones.

Desde el comienzo de esta tesis se ha reiterado la libertad que poseen los Estados para definir y ejecutar su política migratoria, de acuerdo a sus propios objetivos, está limitada por la obligación de respetar los derechos humanos de los migrantes. Sin embargo, la mera literalidad del catálogo no es suficiente para comprender cómo operan muchos de estos derechos en el ámbito migratorio, ni cuáles son los límites concretos que los Estados no pueden transgredir sin incurrir en una violación de derechos humanos. Sólo al incorporar los estándares jurisprudenciales este marco toma una forma clara y determinada.

Esta concreción es de la mayor importancia para el caso de los inmigrantes irregulares. La formulación del art 22 N°1 de la CADH, restringiendo la titularidad de las garantías de libertad de residencia y circulación en el Estado a aquellos extranjeros que se encuentren “legalmente” en el territorio, permite pensar que no existen obligaciones en torno al ingreso y la permanencia para quienes por cualquier motivo no observaron la regulación migratoria interna. Podría interpretarse incluso, que el Estado tendría la posibilidad de ejercer la sanción de expulsión sin mayores contrapesos. El estudio de los estándares trazados por la Corte permite observar que esto no es así, y que, por el contrario, existen barreras intensas a la discrecionalidad de los Estados en esta materia. Así, respecto de todo migrante presente en su territorio el Estado tiene obligaciones respecto de los derechos a la vida, integridad personal, y libertad personal, y tiene la obligación de asegurar aquellos derechos económicos sociales y culturales que constituyen el piso mínimo para una vida digna. Tiene el deber de no dar un tratamiento punitivo a la migración irregular, aclarando la Corte que esta no es constitutiva de delito y no debe sancionarse con privación de libertad. Para calificar el ingreso o permanencia de cualquier persona migrante deberá observar las garantías que componen el debido proceso, y por tanto hacer una ponderación individual y completa de las circunstancias, informar a la persona migrante, oírla, facilitar su defensa y participación, emitir una decisión fundada y por un órgano competente, y otorgar la posibilidad efectiva de recurrir. Además, se establecen algunos derechos especiales para este grupo humano, como la asistencia consular.

Para el caso de la expulsión, también debe darse estricto cumplimiento a las garantías del debido proceso. Pero lo más importante es que más allá de verificarse una infracción migratoria, hay casos en los que el Estado no podrá sancionar con la expulsión al extranjero sin incurrir en una vulneración del DIDH. Esto

²¹⁴ CORTE IDH. OC-21/14, párr. 139.

ocurre cuando proceda la aplicación del principio de *non refoulement*, al peligrar la vida o integridad del extranjero en el país de origen; y cuando la ponderación de los vínculos familiares del migrante, a la luz del derecho a la vida familiar, impliquen que el daño en la aplicación de la sanción es mayor al interés que pretende cautelar. Sobre la protección de la familia migrante destaca el reconocimiento de que el proceso de movilidad no afecta solo a personas individualmente consideradas, en la migración se comprometen relaciones complejas, y, por tanto, muchas veces las vulneraciones de derechos van más allá de una afectación individual. Esta realidad debe ser considerada por los Estados en la aplicación de sus políticas internas.

Llama la atención que el goce de un ámbito más amplio de libertad de desplazamiento internacional venga dado por el respeto y garantía sin discriminación, de derechos relacionados a la libertad ambulatoria, más que al derecho específico que la consagra. Esto da cuenta de la interacción que existe entre derechos y como la efectividad de cada uno de ellos incide profundamente en la vigencia de los otros.

Existe también un gran desarrollo en torno a los NNA migrantes, trazando la Corte estándares claros y criterios de actuación para el resguardo de sus derechos, atendiendo a las particularidades de su doble vulnerabilidad. En este ámbito las interpretaciones de la Corte utilizan como sustrato normativo no solo a la CADH, sino que también a la CDN, incorporando sus principios basales, como interés superior y el derecho a ser oído. Para ello incorpora también algunas interpretaciones del Comité CDN, obteniendo un marco bastante detallado de los deberes a observar por los Estados. El resguardo de los derechos de NNA debe ser prioritario para los Estados, teniendo un deber de observancia aún más estricto de sus obligaciones internacionales en este sentido.

Los criterios expuestos en este capítulo constituyen una herramienta increíblemente valiosa, pues dan una pauta clara respecto de que medidas y prácticas son admisibles y cuáles deben ser erradicadas de los ordenamientos domésticos. No se debe olvidar que, en virtud de la CADH, que instituye a la Corte como su máxima interprete, y establece las obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación, la observancia de estos estándares es obligatorio para los Estados y su contravención engendra responsabilidad internacional. No obstante, tampoco debe perderse de vista que la verdadera finalidad de el DIDH no es el control internacional *ex post* de las vulneraciones a derechos humanos, sino que la efectividad de estos en dentro de cada uno de los Estados parte. Es con miras a este objetivo que los estándares expuestos deben aplicarse en el derecho nacional, sirviendo de parámetro de comparación para las normas y políticas actuales, adecuándolas al piso mínimo exigido por el DIDH, o remediándolas en la jurisdicción local, ampliando así la protección de las personas migrantes.

CAPÍTULO III: DERECHO MIGRATORIO EN CHILE.

1. Introducción.

En este capítulo se revisará la regulación del extranjero y la migración en Chile, poniendo especial atención a aquellas normas que refieren al ingreso, permanencia, expulsión y derechos de los migrantes. Esto no es una tarea sencilla, pues el estatuto jurídico del extranjero en nuestro ordenamiento está integrado por una amplia variedad de normativa, en la que conviven disposiciones vigentes que van desde 1953 a 2011²¹⁵.

El aumento experimentado en la cantidad de extranjeros que nuestro país recibe con fines de asentamiento en los últimos años ha tenido como consecuencia que se emitan nuevas normas, de diferentes jerarquías, complejizando el panorama.

La revisión en detalle de todos estos elementos nos permitirá mostrar cuál es el marco jurídico completo que resulta aplicable al migrante, y que los jueces tienen a disposición para dar solución a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Sobre esta base, podremos posteriormente analizar cuáles son los temas y los motivos que han provocado que la judicatura mire al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, complementando, interpretando o inaplicando la normativa interna.

2. Constitución política de la república (CPR).

Nuestra Constitución Política tiene como principio de adjudicación de derechos fundamentales el estatus jurídico personal, situando a la “persona humana” en una posición prioritaria, como su titular por

²¹⁵ Algunas de ellas son: Decreto N° 5142, Fija el texto refundido de las disposiciones legales sobre nacionalización de extranjeros. Ministerio del Interior, República de Chile, 29 de octubre 1960. Decreto N° 521, Reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953 que crea el Departamento de Inmigración. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 27 de noviembre de 1953. Decreto con Fuerza de Ley N° 69 Crea el Departamento de Inmigración. Ministerio de Hacienda, República de Chile, 8 de mayo de 1953. Decreto N° 137 Deja sin efecto el decreto N° 651. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 11 de junio de 1966. Decreto N° 818 Delega a los intendentes regionales atribuciones relativas a extranjeros (medida de expulsión). Ministerio del Interior, República de Chile, de 8 de septiembre de 1983. Decreto N° 597 Reglamento de extranjería. Ministerio del Interior, República de Chile, de 24 de noviembre de 1984. Ley N° 19.581 Establece la categoría de ingreso de habitante de zona fronteriza. Ministerio del Interior, República de Chile, 1 de septiembre de 1998. Ley N° 20.050 Reforma la Constitución Política de 1980. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, República de Chile, 26 de agosto de 2005. Ley N° 20.430 Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Ministerio del Interior, República de Chile, 15 de abril de 2010. Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Ministerio del Interior, República de Chile, de 8 de abril de 2011. Decreto N° 837 Reglamento de la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Ministerio del Interior, República de Chile, de 17 de febrero de 2011. Listado completo disponible en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile 2018, Leyes por tema, extranjeros en Chile [en línea] https://www.leychile.cl/Consulta/listado_n_sel?itemsporpagina=10&totalitems=14&npagina=1&grupo_aporte=&agr=2&sub=797&comp=&tipCat= (consultado en enero de 2018).

excelencia²¹⁶. Es por esto que la carta fundamental opta por no establecer diferencias en razón de factores como el sexo o la nacionalidad, estableciendo en su artículo primero que las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado se encuentra “*al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

Adicionalmente el encabezado del artículo 19, que contiene el catálogo de derechos constitucionales, señala que “*La Constitución asegura a todas las personas*”, llevando a entender la formulación del que los extranjeros se encuentran incluidos entre las personas que pueden invocar la protección constitucional, en relación con los derechos que allí se enumeran. Tal como el profesor Francisco Zúñiga explica: “*no cabe distingo relevante en cuanto al ejercicio y titularidad de derechos entre nacionales y extranjeros. Luego cuando el estatus de nacionalidad o ciudadanía son significativos para el ejercicio y titularidad de derechos, deben ser objetos de interpretación estricta y restrictiva*”²¹⁷.

Uno de los derechos que han sido consagrados como fundamentales en la CPR chilena es la libertad de circulación o libertad ambulatoria, consagrada en el 19 N° 7 letra a). Dicho artículo señala “*a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros*”. Se observa de la literalidad de la norma, una vez más, la inclusión de la voz “*toda persona*”, dando cuenta de que su titularidad no se encuentra supeditada a la nacionalidad o ciudadanía del sujeto. Para el profesor Eduardo Aldunate, de esta redacción se desprende la intención del constituyente de garantizar este derecho de una manera amplia: “*a partir del artículo 19 N.º 7 letra a), todo extranjero tiene el derecho de entrar libremente a nuestro país, sin que nuestra Constitución, en virtud del artículo 19 N.º 2, aporte un punto de apoyo normativo para una distinción que prive (y no meramente regule) a los extranjeros de este derecho (como derecho, y no como mera posibilidad de ingreso regulada por el ordenamiento jurídico)*”²¹⁸.

No obstante, en la práctica, se condiciona el ejercicio de la libertad de tránsito a la observancia de importantes limitaciones para el ingreso y permanencia de extranjeros que se establecen en la Ley y el Reglamento de Extranjería. Dicha situación ha sido catalogada por algunos autores como paradójica,

²¹⁶ ZÚÑIGA, Francisco (1998). “El estatus constitucional de extranjeros”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 203: 301-330, 1998: 306.

²¹⁷ ZÚÑIGA: 327.

²¹⁸ ALDUNATE, Eduardo (2003). “La titularidad de los derechos fundamentales”. *Estudios Constitucionales Centro de Estudios Constitucionales*, año 1 N° 1: 187-201, pp. 192 a 193.

pues como Zúñiga señala, tenemos “*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*”²¹⁹.

Esta dualidad en la regulación nacional entre el extranjero, considerado en abstracto, y el migrante, categoría especial de extranjero cargada de un estigma socio cultural que influye en su tratamiento legal, provoca que existan constantes conflictos entre las normas de rango legal y los derechos y garantías constitucionalmente consagrados ya sea por la vía del artículo 19, o a través de la remisión constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lo que ciertamente exige de nuestros tribunales un ejercicio interpretativo completo y consciente de esta paradoja.

Y es la misma Constitución la que establece cuáles son los instrumentos jurisdiccionales que el ordenamiento chileno otorga para tutelar los derechos fundamentales en ella consagrados. La acción de protección se encuentra contemplada en el artículo 20° de la CPR, y tiene por finalidad tutelar a quien sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece en forma expresa y taxativa²²⁰, con motivo de un acto u omisión ilegal o arbitrario. La acción de amparo o habeas corpus, por su parte, se encuentra establecida en el artículo 21° de la Constitución, y posee dos hipótesis de aplicación, estando establecida tanto en favor de quien se halle arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes; como en favor de quien ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política²²¹.

²¹⁹ ZÚÑIGA, 1998: 329.

²²⁰ Los derechos y garantías tutelados por esta acción son los establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25°. También procede en el caso del artículo 19 N° 8, conforme a lo indicado en el artículo 20 inciso 2do.

²²¹ Artículo 21: Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. (...) El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual”.

3. La Ley y el Reglamento de Extranjería.

El contenido fundamental del derecho de extranjería chileno se encuentra en el Decreto Ley N° 1.094 de 1975 (en adelante DL)²²² y en el Decreto Supremo N° 597 de 1984 (en adelante, Reglamento de Extranjería o DS)²²³.

La creación de la ley de extranjería ocurrió en el contexto de la dictadura cívico militar que gobernó en Chile tras el golpe de Estado de 1973, que asumió una posición oficial de fronteras cerradas en el país. En palabras de Rodrigo Sandoval, 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 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)”²²⁴. El mismo ideario subyace al Reglamento de Extranjería y el Decreto Supremo N° 818²²⁵, ambos con “fundamento en el control y seguridad del territorio nacional”²²⁶. Estas normas constituyen la base del estatuto legal para los migrantes en Chile hasta el día de hoy, siendo la ley migratoria más antigua de la región. En ellas se regulan los aspectos fundamentales de la migración, tales como el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros²²⁷.

Entrada y residencia:

Conforme a su artículo 2°, para ingresar a territorio nacional, los extranjeros deberán cumplir los requisitos que el DL 1.094 señala, mientras que para residir en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones. Añade que por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales.

²²² Decreto Ley N° 1.094 Establece normas sobre extranjeros en Chile. Ministerio del Interior, República de Chile, 19 de julio de 1975.

²²³ Decreto Supremo N° 597 (1984).

²²⁴ SANDOVAL, Rodrigo (2016). “Hacia una política nacional migratoria”. En María Emilia Tijoux (editora), *Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración*. Santiago de Chile: Universitaria, 2016: 104.

²²⁵ Decreto N° 818 (1983).

²²⁶ CANO, María Verónica; SOFFIA, Magdalena; y MARTÍNEZ, Jorge (2009) “*Conocer para legislar y hacer política, los desafíos de Chile ante el nuevo escenario Migratorio*”. Serie Libertad y Desarrollo CEPAL, N° 88. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7228/1/S0900516_es.pdf: 50; JENSEN, María Florencia (2009). “Inmigrantes en Chile, la exclusión vista desde la política migratoria chilena” En Eduardo Bologna (editor), *Temáticas Migratorias actuales en América Latina: remesas, política y emigración* (105-130). Río de Janeiro: Asociación Latinoamericana de Población: 106.

²²⁷ Tal como señala el artículo 1° del DL 1.094.

Para que un extranjero pueda entrar al país y permanecer en él como residente debe contar con una autorización que se materializa en un permiso, o como lo llama la ley de extranjería visación²²⁸, existiendo un variado catálogo de estas en nuestra legislación actual²²⁹. El otorgamiento de estas a extranjeros que se encuentren en Chile corresponde al Ministerio del Interior, mientras que las visaciones de los extranjeros que se encuentren fuera del país, serán resueltas por el Ministerio de Relaciones Exteriores²³⁰. Para el caso de los turistas la regla general es que estos puedan ingresar con la sola exhibición de su pasaporte²³¹, pudiendo permanecer en territorio nacional por 90 días, contemplándose la posibilidad de solicitar el cambio a la calidad de residente, observando ciertos requisitos²³².

Respecto de los órganos que conforman la institucionalidad migratoria, el encargado de hacer aplicar la política de extranjería de acuerdo con el DL 1.094, es el Departamento de Extranjería y Migración, órgano dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública²³³. Este Departamento está habilitado por el DL a ejercer sus atribuciones “*discrecionalmente*”, según indica el artículo 13, y “*atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional*”. El control directo del ingreso y salida de los extranjeros del territorio nacional corresponde a la Policía de Investigaciones (PDI), por lo que son sus funcionarios quienes califican si se cumplen los requisitos para que los extranjeros sean admitidos en el territorio nacional al momento de la entrada²³⁴. Le corresponde también denunciar las infracciones migratorias ante el Ministerio del Interior.

Fundamentos legales para el rechazo del ingreso o la residencia.

Para calificar si un extranjero es o no admitido en el territorio nacional el DL de extranjería regula impedimentos absolutos o prohibiciones (artículo 15°) e impedimentos facultativos (artículo 16°). Estas circunstancias componen un amplio catálogo en el que encontramos fundamentos que van desde la seguridad interna (n° 1), política criminal (N° 2 y 3), salud pública (N° 5) y conveniencia económica (N° 4). De la lectura de las prohibiciones contempladas se desprende fácilmente la finalidad restrictiva de la

²²⁸ “Visación es el permiso otorgado por la autoridad competente, estampado en un pasaporte válido y que autoriza a su portador para entrar al país y permanecer en él por el tiempo que determine.” Decreto Ley 1.094 (1975), art. 5°.

²²⁹ Estas son: (i) visa sujeta a contrato de trabajo, (ii) visas temporarias, con modalidades como visa por vínculo familiar; para hijo o hija de extranjero transeúnte; para 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; y 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. Ver CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2016). “Informe temático “Migración y derechos humanos”. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en [file:///C:/Users/Natalia/Downloads/descarga%20el%20informe%20tematico%20pdf%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Natalia/Downloads/descarga%20el%20informe%20tematico%20pdf%20(2).pdf), p. 16.

²³⁰ DL N° 1.094 (1975), art 6°.

²³¹ DL N° 1.094 (1975), art 45°.

²³² DL N° 1.094 (1975), art 49°.

²³³ DFL N° 69 (1953), art 3°.

²³⁴ DL N° 1.094 (1975), art 10; y DS N° 597 (1984), art 4°.

norma y el amplio margen para su interpretación, aumentando en exceso el riesgo de una aplicación arbitraria.

Por su parte, ante solicitudes de ampliación y prórroga de turismo, visaciones, cambio y prórroga de visaciones, permanencia definitiva y otras, el Reglamento de Extranjería dispone en los artículos 137 y 138 causales de rechazo obligatorio o facultativo para la autoridad administrativa. Especialmente conflictiva ha resultado la hipótesis del artículo 138 N° 8, que en su inciso segundo dispone: “*Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacional*”.

Infracciones y Sanciones Migratorias

El incumplimiento de alguna de las disposiciones de extranjería puede configurar una infracción migratoria, clasificadas en nuestra normativa en aquellas que son constitutivas de delito y las que no. Entre las primeras contamos el ingreso o egreso del territorio nacional con documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona²³⁵, el ingreso irregular al país²³⁶, la simulación de contrato reincidente²³⁷ y el ingreso al país habiendo orden de abandono o expulsión vigente²³⁸. Por su parte, la residencia irregular²³⁹ o el incumplimiento de la obligación de registro y obtención de cédula de identidad²⁴⁰ no constituyen delito. Las sanciones aparejadas a estas infracciones están especificadas en la ley que van desde multas hasta la más gravosa de todas: la orden de expulsión.²⁴¹ Existen también otras sanciones de orden administrativo, denominadas “medidas de control” como la obligación del extranjero de concurrir periódicamente a firmar a las dependencias de Policía de Investigaciones de Chile o la retención de documentos.

El ingreso irregular es una infracción reglamentaria constitutiva de delito, para el cual se establecen distintas sanciones dependiendo si se trata de ingreso clandestino, ingreso por lugar no habilitado, o si a la persona le es aplicable alguna de las causales de impedimento o prohibición de ingreso. El artículo 69° de la Ley de extranjería imponía para esta infracción presidio que va desde menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo, además de la expulsión del territorio nacional una vez cumplida la pena. En la práctica, afortunadamente, ya no se utilizan las sanciones privativas de libertad, si no que se aplican las mencionadas multas, medidas de control, órdenes de abandono y órdenes de expulsión;

²³⁵ DL N° 1.094 (1975), art 68°.

²³⁶ DL N° 1.094 (1975), art 69°.

²³⁷ DL N° 1.094 (1975), art 75°.

²³⁸ DL N° 1.094 (1975), art 69°.

²³⁹ DL N° 1.094 (1975), art 68°.

²⁴⁰ DL N° 1.094 (1975), art 52°.

²⁴¹ DL N° 1.094 (1975), art 68° a 77° y 81° a 90° y DS N° 597 (1984), arts. 145° a 156° y 164° a 167°.

aunque el articulado de la ley de extranjería no ha sido modificado para eliminar definitivamente estas sanciones.

Respecto de la orden de expulsión, el órgano facultado para dictarla es el ministro del Interior y Seguridad Pública²⁴², también pueden ordenar la expulsión de un extranjero los intendentes regionales²⁴³, para el caso de 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).

Para la dictación de una de estas órdenes debe concurrir una de las causales contenidas en la ley, existiendo causales de aplicación obligatoria y facultativa. Las facultativas se encuentran contempladas en el artículo 17 de la ley de extranjería, y si bien habilitan para la dictación de una orden de expulsión, se le entrega a la autoridad competente la decisión final de su emisión; estas causales son: la permanencia en el país una vez vencido el plazo de residencia legal²⁴⁴ 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 actividades²⁴⁵, y el no pago de una multa impuesta con motivo de una infracción migratoria²⁴⁶. Las causales obligatorias por su parte ponen a la autoridad en la necesidad de emitir la orden en todo evento, siendo estas el ingreso con documentos falsos o adulterados²⁴⁷ y el ingreso clandestino, por paso no habilitado o existiendo causales de impedimento o prohibición de ingreso²⁴⁸. Por tanto, el ingreso irregular es causal obligatoria para la aplicación de la orden de expulsión, es decir con el ingreso irregular al territorio nacional el inmigrante queda sujeto a la vulnerabilidad permanente de la eventualidad de dictarse una orden de expulsión en su contra.

Contra esta orden la ley de extranjería confiere un solo recurso para el afectado, el recurso de reclamación de expulsión²⁴⁹, que presenta importantes limitaciones que lo hacen inefectivo para resguardar derechos de los extranjeros. El principal inconveniente es que posee un plazo excesivamente breve para su interposición, de solo 24 horas y que, si bien suspende la ejecución de la expulsión, autoriza la reclusión del extranjero en un recinto carcelario u otro que la autoridad defina. El procedimiento al cual queda

²⁴² DL N° 1.094 (1975), art 84°.

²⁴³ Decreto N° 818 (1983), art. 1°.

²⁴⁴ DL N° 1.094 (1975), art 71° y DS N° 597 (1984), art 148°.

²⁴⁵ DL N° 1.094 (1975), art 72°.

²⁴⁶ DL N° 1.094 (1975), art 80° y DS 597 (1984), art 160°.

²⁴⁷ DL N° 1.094 (1975), art 68° y del DS N° 597 (1984), art145°.

²⁴⁸ DL N° 1.094 (1975), art 69°.

²⁴⁹ DL N° 1.094 (1975), art 89°.

sujetada la emisión de estas órdenes no está del todo especificado en las normas de extranjería²⁵⁰, por lo que tiene aplicación, en virtud de su supletoriedad la Ley N°19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado²⁵¹. Por aplicación de la ley 19.880 también son aplicables en contra de la orden de expulsión los recursos de invalidación²⁵², reposición²⁵³, jerárquico²⁵⁴ y extraordinario de revisión²⁵⁵ contemplados en dicha ley.

En la práctica, la acción más utilizada para reclamar en contra de una orden de expulsión es el recurso de amparo establecido en el artículo 20 de la CPR, por considerar que la medida es violatoria del derecho fundamental de libertad personal y seguridad individual.

4. Normativa infra legal.

Desde el retorno a la democracia, las migraciones en Chile tomaron un nuevo cariz, aumentando la cantidad y diversidad de personas que ingresan a territorio nacional. Estos cambios han representado un desafío para las autoridades y en especial para la institucionalidad migratoria, sobre todo considerando las características restrictivas de la legislación de base, que no ha sido reemplazada. Han existido avances que persiguen adecuar los estándares de Chile al marco internacional en materia migratoria, siendo algunas de las manifestaciones de este cambio modificaciones introducidas en la Ley de Extranjería entre

²⁵⁰ Solo se contemplan aspectos muy específicos en el art 173° del Decreto N° 597 de 1984.

²⁵¹ Ley N° 19.880 Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, República de Chile, 29 de mayo de 2003.

²⁵² Ley N° 19.880 (2008), art 53°.

²⁵³ Ley N° 19.880 (2008), art 59°.

²⁵⁴ Ley N° 19.880 (2008), art 59°.

²⁵⁵ Ley N° 19.880 (2008), art 60°.

1993 y 2000²⁵⁶, la suscripción de tratados internacionales en la materia²⁵⁷, la dictación de una nueva ley de refugio²⁵⁸ y de trata y tráfico²⁵⁹.

Pero el mecanismo más utilizado para introducir cambios al paradigma restrictivo reflejado en el DL 1.094 de 1975, y morigerar sus efectos, ha sido la creación de una profusa normativa infra legal que ha intentado acercar los estándares de Chile a los mínimos que el DIDH exige. Esta normativa infra legal está compuesta por dos instructivos generales en materia de migraciones, y por instructivos sectoriales, y convenios interministeriales que pasaremos a revisar a continuación.

4.1. Instructivos generales.

A la fecha han existido dos instructivos presidenciales, el Instructivo N° 9 de 2 de septiembre de 2008, elaborado durante el primer mandato de la presidenta Michelle Bachelet, y el instructivo presidencial N° 5 de fecha 6 de noviembre de 2015, elaborado durante su segundo mandato.

El primero de estos instrumentos, el N° 9 de 2008, imparte instrucciones sobre la política nacional migratoria²⁶⁰, reconociendo que Chile se ha vuelto un país receptor de una cantidad relevante de

²⁵⁶ Ley N° 19.273 Deroga las disposiciones de salida y entrada a los residentes extranjeros en el territorio nacional. Ministerio del Interior, República de Chile, 9 de diciembre 1993. Ley N° 19.476 Introduce modificaciones al Decreto Ley 1.094 de 1975 en materia de refugiados. Ministerio del Interior, República de Chile, 21 de octubre de 1996. Las modificaciones introducidas por este decreto consisten en el reconocimiento del principio de no devolución y la despenalización del ingreso irregular al territorio nacional de extranjeros que soliciten refugio o asilo. Ley N° 19.581 (1998), ya citada, que establece la categoría de habitante de zona fronteriza, que facilita en ingreso y egreso de quienes cumplan las condiciones entre ciertos países. Decreto N° 2.910 Modifica decreto N° 597 de 1984. Ministerio del Interior, República de Chile, 23 de mayo de 2000. Este decreto permite a los solicitantes de residencia temporaria y sujeta a contrato, obtener una autorización para trabajar mientras se tramita su permiso de residencia.

²⁵⁷ En ese periodo: Decreto N° 84 Promulga la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 8 de junio de 2005. Decreto N° 342 Promulga 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. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 16 de febrero de 2005. Decreto N° 830 ratifica la Convención de los derechos del niño. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 27 de septiembre de 1990. Decreto N° 225 Promulga el protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 6 de septiembre de 2003 y Decreto N° 248 Promulga el protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 17 de diciembre de 2003. Decreto N° 873 Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 5 de enero de 1991.

²⁵⁸ Ley 20.430 (2010).

²⁵⁹ Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Ministerio del Interior, República de Chile, 8 de abril de 2011.

²⁶⁰ Instructivo presidencial N° 9 (2008) Imparte Instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”. Gabinete Presidencial, República de Chile, 2 de septiembre de 2008. Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%C2%BA%209.pdf> (consulta: 25.10.2016).

inmigrantes, lo que denomina como “una nueva migración”, que se encuentra conformada especialmente por mujeres, de procedencia sudamericana, y con una finalidad laboral²⁶¹.

El objetivo que se plantea es avanzar en la protección y respeto de los derechos de los migrantes, independientemente de su situación migratoria, en línea con lo dispuesto en el ámbito internacional. Para ello se busca fortalecer la gobernabilidad migratoria y dar al Estado un rol activo frente al fenómeno. Entre las definiciones del instructivo se encuentra el reconocimiento de que Chile es un país “*adecuadamente abierto a las migraciones, buscando la recepción no discriminatoria de los migrante que decidan residir en el país*”, además reconoce algunos de los estándares trazados en el DIDH y hace referencia expresa a algunos tratados como la DUDH, el PIDESC, el PIDCP, el CERD, la CEDAW, la CDN, y la CMTF.

Se señalan como principios para la política migratoria chilena: residencia y libertad de circulación; libertad de pensamiento y de conciencia; acceso a la residencia en condiciones igualitarias y debidamente informadas; acceso a la justicia; integración y protección social de los inmigrantes; respeto a los derechos laborales de los trabajadores extranjeros en Chile; no discriminación; regularidad de los flujos migratorios, reunificación familiar, y participación ciudadana en la gestión migratoria²⁶². Con miras a concretar estos principios se dispuso la creación del Consejo de Política Migratoria²⁶³, y la modernización de la gestión migratoria²⁶⁴, planteándose como objetivo la actualización de la legislación migratoria y de las normas vinculadas a su gestión; lo que finalmente no ocurrió.

El segundo instructivo presidencial en la materia es el N°5, de fecha el 6 de noviembre de 2015, fijando los “lineamientos e instrucciones para la política nacional migratoria” para el periodo comprendido entre el 2014 y el año 2018²⁶⁵. Este instructivo también rescata la normativa internacional, afirmando que “*es necesario generar una política pública en materia migratoria basada en la promoción y aplicación de los compromisos suscritos por Chile en materia de Derechos Humanos, con un rol activo en el desarrollo*

²⁶¹ Instructivo presidencial N° 9 (2008): párr. 3.

²⁶² Instructivo presidencial N° 9 (2008): párr. 7. El instructivo encomienda la materialización de estos principios al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través del Departamento de Extranjería y Migración, ordenándole elaborar una estrategia intersectorial de implementación de esta política. Instructivo presidencial N° 9 (2008): párr. 8 c).

²⁶³ Cuya finalidad es dar un tratamiento intersectorial y multidisciplinario al fenómeno de migración internacional, teniendo el rol de asesorar a las máximas autoridades del país en la materia, y de convocar a los servicios públicos nacionales a suscribir compromisos intersectoriales necesarios para materializar los principios enunciados. Instructivo presidencial N° 9 (2008): párr. 8 a) y 8 b).

²⁶⁴ Instructivo presidencial N° 9 (2008): párr. 8 b).

²⁶⁵ Instructivo presidencial N° 5, “Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria”. Gabinete Presidencial, República de Chile, 6 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf> (consulta: 25.10.2016).

de acciones de reasentamiento humanitario, residencia regular, protección de víctimas de trata de personas y la vinculación con las materias de migración y desarrollo”²⁶⁶.

El instructivo fija los siguientes ejes para la política migratoria: enfoque transversal de Derechos Humanos²⁶⁷, enfoque transversal de género, principio de no discriminación y de consideración de los grupos vulnerables²⁶⁸, acceso a la justicia en condiciones de igualdad, interculturalidad, y regularidad migratoria entre otras. Entre las medidas que dispone, se plantea avanzar en la implementación de un *Sistema Nacional de Migración*²⁶⁹, definido como “*el conjunto de normas, procesos, planes y programas que acompañan el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de la política pública*” buscando asegurar que los órganos del gobierno manejen de forma transversal la temática migratoria, permitiendo generar una respuesta multidimensional a los procesos migratorios que vive Chile.

También se propone fortalecer la institucionalidad en materia migratoria, “*en particular en el establecimiento de un sistema robusto de protección de derechos, la consagración de garantías y deberes, la modernización del sistema de visados y la inclusión de estándares de debido proceso para los procedimientos sancionatorios y de control migratorio*”²⁷⁰; asumiendo que la ley “*no incorpora las lógicas de la inclusión, la dimensión de derechos y la cooperación*”. Así, se encargó al Consejo de Política Migratoria una serie de tareas, entre las cuales destacan: (i) presentar a la presidenta un nuevo marco normativo en reemplazo de la legislación actual “que tenga como fundamento los compromisos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Chile”; (ii) promover la suscripción de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apátrida de 1961; (iii) proponer la creación de procedimientos para el acceso progresivo a los derechos sociales, fijando objetivos en materia de educación, vivienda y salud; (vii) promover el desarrollo de servicios de asistencia judicial especializada en procedimientos administrativos y judiciales; (viii) promover procedimientos para la identificación de necesidades de protección internacional de NNA,

²⁶⁶ Instructivo presidencial N° 5 (2015): párr. 2. Afirma también que: “es necesario fortalecer lo construido en periodos anteriores, con el propósito de ir igualando progresivamente los derechos entre la población chilena y quienes han optado por hacer una nueva vida en Chile en materias como acceso a la salud, trabajo, vivienda, educación, cultura y justicia, bajo el principio de la no discriminación”.

²⁶⁷ Respecto de esto, el instructivo indica que “el gobierno de Chile deberá velar en su actuar por la aplicación de los instrumentos internacionales ratificados y vigentes en el país sobre derechos humanos en general y de la Personas Migrantes, en particular, en los marcos del Sistema de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de derechos humanos, generando mecanismos de seguimiento que permitan evaluar el acceso efectivo a dichos derechos”. Instructivo presidencial N° 5 (2015): 2.

²⁶⁸ El instructivo señala que debe tenerse especial consideración hacia los niños, niñas y adolescentes, solicitantes de asilo, refugiadas y refugiados, personas con discapacidad y adultos mayores. Instructivo presidencial N° 5 (2015): 3

²⁶⁹ Definiéndolo como el conjunto de normas, procesos, planes y programas, que acompañan al 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.

²⁷⁰ Instructivo presidencial N° 5 (2015): 6.

entre otras. Estas medidas culminaron con la presentación del Proyecto de ley de Migraciones del año 2017.

4.2. Instrucciones en materias específicas.

La preocupación surgida en torno a los problemas específicos que sufren los migrantes en Chile, ha tenido como consecuencia el desarrollo de lineamientos sectoriales en aquellas áreas más conflictivas. Así podemos encontrar instrucciones referidas a salud, educación, y mujeres víctimas de violencia; las que revisaremos brevemente.

Salud

La falta de acceso al sistema público de salud es una de las urgentes problemáticas que se ha intentado solucionar a través de la suscripción de convenios interministeriales, y la creación de oficios y resoluciones sectoriales. Una de las medidas que se han tomado mediante este mecanismo es la instrucción de prestar atención médica a las mujeres migrantes embarazadas, pudiendo estas optar a una visa de residencia temporaria con fundamento en el control de su embarazo en un centro de atención público²⁷¹. No tiene relevancia para el ejercicio de este derecho el estatus migratorio de la mujer²⁷².

Otro avance fue el compromiso suscrito entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud el año 2008²⁷³ cuyo propósito fue crear los procedimientos necesarios para brindar atención de salud en la red pública para todos los niños, niñas y adolescentes migrantes, en iguales condiciones que sus pares chilenos y con independencia de la situación migratoria de sus padres. Asimismo, ambos organismos se comprometieron a inscribir a los NNA en condición migratoria irregular en los establecimientos de atención primaria correspondientes a su domicilio, pudiendo los menores solicitar con mérito en este antecedente un permiso de residencia temporaria, para el caso de no contar con un permiso de residencia de estudiante.

²⁷¹ Oficio circular N° 1.179 Informa la suscripción de acuerdos tendientes a resolver las situaciones migratorias de ciudadanos extranjeros que se indican. Departamento de extranjería y migración, República de Chile, 28 de enero de 2003. Disponible en: <<http://www.extranjeria.gob.cl/media/2018/03/CIRC.1179.pdf>> (consulta: febrero 2018). Véase también el Oficio ordinario N° 3.229 Atención en salud de población inmigrante en riesgo social y situación de permanencia no regular. Ministerio de Salud, República de Chile, 11 de junio de 2008. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of_%203229_MINSAL.pdf> (consulta: febrero 2018).

²⁷² Oficio circular N° 6.232 Precisa el sentido y alcance de Circular N° 1.179. Departamento de extranjería y migración, República de Chile, 26 de mayo de 2003. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Circular_6232_mayo_2003_DEM.pdf> (consulta: febrero 2018).

²⁷³ Resolución Exenta N° 1.914 Aprueba Convenio de Colaboración 10/10/2017 entre Ministerio del Interior y Ministerio de Salud. Ministerio del interior, República de Chile, 9 de abril de 2008. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_1914_MINSAL.pdf> (consulta: febrero 2018).

Se dispuso también que las personas migrantes en situación irregular tienen derecho a obtener atención médica de urgencia, y se eliminó la sujeción de la atención de salud a la tramitación de un permiso de residencia, garantizando una atención oportuna a las mujeres durante el embarazo, el parto y el postparto hasta los 12 meses; a los niños y niñas hasta 18 años de edad; a todo migrante que sufra una urgencia médica; y a todo migrante que requiera ciertas prestaciones de salud pública, entre las que se incluyen métodos de regulación de la fertilidad, vacunas, atención de infecciones de transmisión sexual y educación sanitaria²⁷⁴.

Educación

En materia de educación, el propósito de la autoridad ha sido asegurar el acceso al sistema educativo de los NNA migrantes. El año 2003, se dispuso que el Departamento de Extranjería y Migración otorgaría permisos de residencia a todos los niños hijos de migrantes que fundamentaran su solicitud en una matrícula definitiva o provisoria de algún establecimiento educacional reconocido por el Estado²⁷⁵. Posteriormente se instruyó que las autoridades educacionales y los establecimientos deben otorgar todas las facilidades para que los alumnos y alumnas inmigrantes puedan ingresar, a la brevedad, al sistema escolar²⁷⁶.

Respecto de la educación preescolar, la JUNJI ha asumido el compromiso de tomar 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 encuentren²⁷⁷.

Mujeres víctimas de violencia

Materializando la perspectiva de género que instruyó incorporar el Instructivo Presidencial N°5, se suscribió un Convenio de colaboración entre el Servicio Nacional de la Mujer, y el Ministerio del Interior

²⁷⁴ Oficio ordinario N° 3.229 (2008).

²⁷⁵ Oficio Circular N° 1.179 (2003).

²⁷⁶ Oficio Ordinario N° 07/1008 (1531) Instruye sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los alumnos(as) inmigrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Ministerio de Educación, República de Chile, 04 de agosto de 2005. Disponible en: <http://www.infanciasincondiciones.cl/wp-content/uploads/2017/01/Oficio1008-Agosto-2005_conocido_tambien_como_Normativa-%E2%80%99CBitar.pdf> (consulta: marzo 2018). Ver también: Ordinario N° 02/000894 Actualiza instrucciones sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de estudiantes inmigrantes en establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Subsecretaría de Educación, República de Chile, 7 de noviembre de 2016. Disponible en: <<https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2017/04/7-ORD.894-Mineduc-Migrante.pdf>> (consulta: marzo 2018); y Oficio Ordinario N°01/608 Lineamientos internos para favorecer la inclusión de estudiantes extranjeros en el sistema educativo. Subsecretaría de Educación, República de Chile, 26 de septiembre de 2017. Disponible en: <<http://participacionciudadana.mineduc.cl/wp-content/uploads/2018/02/Lineamientos-internos-para-favorecer-la-inclusi%C3%B3n-de-estudiantes-extranjeros.pdf>> (consulta: marzo 2018).

²⁷⁷ Resolución Exenta N° 6.677 Aprueba Convenio de Colaboración y Acción Conjunta entre el Ministerio del Interior y la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Departamento de Extranjería y Migración, República de Chile, 20 de noviembre de 2007. Disponible en: < http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_%206677%20JUNJI.pdf> (consulta: marzo 2018).

y Seguridad Pública²⁷⁸. En ella, el SERNAM se compromete a tomar las medidas posibles para facilitar la atención y protección a las mujeres migrantes que sean víctimas de violencia intrafamiliar, dándoles la oportunidad de ser recibidas en el sistema de Casas de Acogida que existen a nivel nacional, sin que sea relevante la situación migratoria de la víctima para acceder a este resguardo. El Departamento de Extranjería y Migración, por su parte, posee un protocolo de evaluación para determinar si el caso requiere que se proceda a regularizar la situación migratoria de la mujer afectada, pudiendo otorgar una residencia temporaria.

5. Regulación reciente.

A principios del presente año, el actual gobierno presentó una propuesta de actualización de la institucionalidad migratoria vigente, a través de una minuta titulada “Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería”²⁷⁹ (en adelante: Minuta). En ella, se plantean los objetivos transversales del actuar de esta administración en la materia y se detallan algunas acciones concretas de implementación inmediata, a través de la emisión de decretos y normativa infra legal. En paralelo, se dio urgencia al Proyecto de Ley de Migraciones presentado por la anterior administración de Sebastián Piñera²⁸⁰, que busca reemplazar al DL 1.094 y se presentaron indicaciones del ejecutivo²⁸¹.

Si bien, esta normativa no impacta en la revisión jurisprudencial de la presente tesis, parece importante hacer una breve revisión a fin de contrastar la actual propuesta con los avances anteriores, y dilucidar qué cambios pueden vislumbrarse hacia el futuro.

En primer lugar, la Minuta, establece como fundamentos principales el sentido de urgencia de generar cambios en la legislación e institucionalidad²⁸², el objetivo de alcanzar una “*migración segura, ordenada y regular*”, la igualdad de derechos y obligaciones para los migrantes, la integración, y por último el respeto a los derechos fundamentales de los migrantes. Sobre estos derechos se manifiesta que:

²⁷⁸ Resolución Exenta N° 80.388 Aprueba el Convenio de Colaboración y Acción Conjunta entre el Ministerio del Interior y el SERNAM, suscrito con fecha 12 de noviembre de 2009. SERNAM, República de Chile, 16 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2018/03/R.E-N_-8388-SERNAM.pdf> (consulta: marzo 2018).

²⁷⁹ Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2018. Disponible en: <https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf> (consulta: julio 2018).

²⁸⁰ Proyecto de ley de Migración y extranjería, boletín 8970-06, de 4 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06> (consulta: enero de 2018).

²⁸¹ Oficio N° 008-366 Formula indicaciones al proyecto de ley de Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06). Gobierno de Chile, 09 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06> (consulta: junio 2018).

²⁸² Minuta Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería (2018): 1. Según se describe, por el explosivo aumento de la migración experimentada en los últimos años.

*“El Estado reconoce a los extranjeros la igualdad ante la ley, la plenitud de sus derechos laborales y el acceso a la salud y la educación preescolar, básica y media al igual que a todos los nacionales. Los residentes podrán solicitar la reunificación familiar, así como enviar remesas a sus familiares. Se promoverán los derechos humanos del migrante, su no criminalización y el debido proceso”*²⁸³.

Con esto, observamos que se recogen estándares mínimos del trato al migrante, y se incorporan lineamientos planteados en las ordenanzas específicas previas. Sin embargo, estos no juegan un rol protagónico, teniendo menor consideración que otros objetivos. Preocupa la omisión de referir a un enfoque de derechos humanos o a tratados internacionales en la materia.

En el contexto de esta nueva política migratoria del gobierno, se han tomado las siguientes medidas durante el año: (i) el desarrollo de un proceso de “regularización extraordinaria” de extranjeros de extranjeros con residencia irregular²⁸⁴; (ii) la implementación del requisito de visto consular para el ingreso en calidad de turistas para las personas de nacionalidad haitiana²⁸⁵; (iii) la modificación de los visados disponibles²⁸⁶; y (iv) la implementación de “Plan Humanitario de regreso ordenado”²⁸⁷. Todas estas iniciativas dan cuenta de una actitud activa del ejecutivo en torno al tema, pero revelan una visión restrictiva sobre la migración, focalizando sus esfuerzos en el endurecimiento del control migratorio, y el desincentivo a la migración de ciertas nacionalidades, en especial la proveniente de Haití. Esto ha despertado numerosas críticas desde las organizaciones de migrantes, la sociedad civil y las organizaciones de derechos humanos.

²⁸³ Minuta Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería (2018): párr. 5°.

²⁸⁴ Resolución Exenta N° 1.965 Dispone proceso de regularización extraordinaria de permanencia en el país a extranjeros que indica. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, de 9 de abril de 2018. Disponible en: <<https://www.extranjeria.gob.cl/media/2018/04/06.-Res.-Exe.-1965-regularizacion.pdf>> (consulta: julio de 2018).

²⁸⁵ Decreto N° 776 Establece visto consular de turismo a los nacionales de Haití. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, de 17 de abril de 2018. En el mes de julio, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto. La sentencia será revisada en el capítulo VI.

²⁸⁶ Se reformularon los visados temporarios, eliminando la visa por motivos laborales desde abril de 2018, e incorporando otros visados nuevos. Sobre los visados de residencia definitiva se crearon el “Visado humanitario de reunificación familiar” para nacionales de Haití, y el “Visado de responsabilidad democrática” para nacionales de Venezuela. Un factor en común de estas modificaciones es que se privilegia fuertemente a los visados que se califican y otorgan fuera de Chile, desincentivando la migración espontánea. Minuta Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería (2018): Medidas con efecto inmediato N° 1, 2 y 3.

²⁸⁷ El Plan consiste en el traslado de extranjeros a su país de origen, tiene por destinatarios a los extranjeros que se encuentren en Chile, de forma regular o irregular, y que se inscriban voluntariamente al programa de forma individual o como grupo familiar. El traslado se realiza de forma gratuita, sujetando a quienes se acojan a la prohibición de ingreso al país por un plazo de 9 años. Resolución Exenta N° 5.744 Dispone plan humanitario de regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 16 de octubre de 2018. Disponible en: <<http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/10/26/42190/01/1486914.pdf>> (consulta: noviembre 2018): N° 1, 3 y 5 letra f).

Respecto al Proyecto de Ley de Migraciones, actualmente en tramitación, los principales cambios son: (i) se consagran algunos derechos para los extranjeros²⁸⁸, aunque con limitaciones. Los que se mencionan son: igualdad²⁸⁹, derechos laborales²⁹⁰, el derecho a la salud²⁹¹; el acceso a la educación preescolar, básica y media²⁹²; el derecho a la reunificación familiar²⁹³; el derecho a enviar y recibir remesas²⁹⁴; y el debido proceso²⁹⁵; (ii) la implementación de una “Política Nacional Migratoria”²⁹⁶; (iii) la reducción de la discrecionalidad en la ponderación de las causales de impedimento y prohibición de ingreso²⁹⁷; (iv) la reducción de la discrecionalidad y la incorporación de criterios para la ponderación de la sanción²⁹⁸.

6. Conclusiones.

La revisión de la regulación de extranjería en nuestro país permite caracterizar de forma muy clara el tratamiento que se le da a las personas migrantes por el Estado de Chile. En primer término, se aprecia la inexistencia de cualquier política migratoria coherente y continua en torno al fenómeno de la movilidad internacional. Tenemos un conjunto de normas inconexas, desactualizadas, y de distinta jerarquía, que son prueba del abandono en torno a la problemática. Así, mientras la Constitución se muestra garantista respecto del extranjero, casi sin establecer diferencias de trato en base a la nacionalidad; a nivel legal, tenemos una norma preconstitucional y de origen ilegítimo, que obstaculiza

²⁸⁸ En su Título II, párrafo II: Derechos y obligaciones de los extranjeros. Proyecto de ley de Migración y Extranjería (2013).

²⁸⁹ Aunque formulado en forma restrictiva como “igualdad de derechos y obligaciones”, señalando que se asegura el cumplimiento de las garantías constitucionales para los extranjeros, sin discriminación, y que los procedimientos y criterios para autorizar el ingreso o la residencia serán no discriminatorios. Proyecto de ley de Migración y Extranjería (2013): art. 9°.

²⁹⁰ Se indica que los extranjeros gozarán de “los mismos derechos en materia laboral que los chilenos” y que los empleadores deberán cumplir sus obligaciones laborales sin importar la condición migratoria de sus trabajadores extranjeros. *Ibid.*: Art. 10°.

²⁹¹ Para los residentes, se garantiza el derecho a la salud en igualdad de condiciones que a los nacionales. Se recogen los avances de las ordenanzas específicas en la materia, garantizando a todo extranjero, sin importar su condición migratoria, la atención médica en caso de embarazo, para NNA, ante urgencias, y las prestaciones sanitarias básicas. *Ibid.*: art. 11°.

²⁹² Sin importar el estatus migratorio. *Ibid.*: art.13°.

²⁹³ *Ibid.*: art. 14°.

²⁹⁴ *Ibid.*: art. 15°.

²⁹⁵ Incorporado en las indicaciones al proyecto. Oficio N° 008-366 (2018): art. 16°.

²⁹⁶ Definida por el presidente de la República, con la ayuda de órganos que se crean al efecto. Un Consejo de Migraciones, compuesto por los Ministros del Interior, Relaciones Exteriores y Hacienda. Proyecto de ley de Migración y Extranjería (2013): art. 148°, 155° y 156°. Las indicaciones al proyecto incorporaron al consejo a otros ministros, y propone la creación de un Servicio Nacional de Migraciones, encargado de la ejecución de la política Migratoria. Oficio N° 008-366 (2018): art. 152°-156°.

²⁹⁷ Se eliminan causales problemáticas del DL 1.094, como los N° 1 y 4 del art. 15°, que impedían el ingreso de extranjeros que fomentaran “doctrinas que alteren el orden social o el sistema de gobierno”, y quienes carecieran de profesión, oficio, o recursos para vivir en Chile. Se elimina la posibilidad de impedir el ingreso a personas “procesadas” por delitos comunes, limitándose la prohibición a personas “condenadas” por delitos que se especifican taxativamente; entre otros ejemplos. Proyecto de ley de Migración y Extranjería (2013): art. 26° y 27°.

²⁹⁸ Se reduce la discrecionalidad como consecuencia de lo que ocurre con los impedimentos de ingreso, y de la incorporación del artículo 120 que incorpora elementos para la ponderación de la medida, como la existencia de vínculos familiares, el tiempo que lleva el extranjero en el país, etc. *Ibid.*: art 118°-119°.

el acceso a los derechos que consagra la CPR, y que mira al extranjero desde el enfoque de la seguridad nacional.

Los puntos críticos se dan en torno a la total ausencia a nivel legal de cualquier mención a derechos humanos en el contexto migratorio, la indefinición y amplitud de causales de rechazo de ingresos y permanencias, la indefinición y amplitud del catálogo de causales de expulsión, y la amplia discrecionalidad concedida a las autoridades migratorias. Esto conlleva un altísimo riesgo de aplicación arbitraria y discriminatoria de la normativa, y constituye un incentivo perverso para la irregularidad. Estas falencias contravienen los estándares del debido proceso migratorio, y de los límites que pueden imponerse legítimamente a la libertad de circulación, de acuerdo con el DIDH de los migrantes.

Existe un consenso generalizado y de larga data respecto de las falencias del derecho interno para la gestión de la migración de los últimos años, y para el resguardo de los derechos humanos de las personas migrantes. Esto se refleja en los intentos de reforma que se han impulsado sin éxito en distintos gobiernos²⁹⁹, pero también en las medidas administrativas que se han implementado. En ese sentido, la revisión de la normativa infra legal emitida desde el año 2008 a la fecha permite comprobar que existe plena conciencia de la insuficiencia del marco normativo y de la institucionalidad de extranjería chilenos para solucionar las problemáticas que aquejan a los migrantes. Los instructivos presidenciales analizados dan cuenta de que se han detectado las brechas entre los estándares del DIDH y la situación chilena, reconociendo que es el estándar internacional el que debe marcar el camino a seguir por las políticas que se planteen en el ámbito interno.

Sobre derechos económicos, sociales y culturales, para todo migrante, los avances se han dado por la vía de las políticas sectoriales en salud, educación y violencia contra la mujer. Sin desconocer la importancia de estas acciones, nos parece que esta no es la vía idónea para resguardar derechos tan importantes. La desprotección que continúan viviendo los migrantes en Chile es significativa, pues las medidas tomadas apuntan sólo a escenarios de emergencia, y ninguna de ellas se ha consagrado propiamente como un derecho exigible. El actual Proyecto de Ley de Extranjería y Migraciones recoge estos avances en un lenguaje de derechos, pero su alcance aún se encuentra bastante restringido a escenarios específicos.

²⁹⁹ Han existido 3 proyectos de ley de extranjería y migraciones, presentados por los gobiernos de Patricio Aylwin, Sebastián Piñera y Michelle Bachelet: Proyecto de Ley sobre Migraciones, del 2 de noviembre de 1993 boletín 1114-06. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2891&prmBoletin=1114-06 (consulta: enero de 2018); Proyecto de ley de Migración y Extranjería, boletín 8970-06, de 4 de Junio de 2013. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06 (consulta: enero de 2018); Proyecto de ley que “establece nueva ley de migraciones” de fecha 23 de agosto de 2017. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11905&prmBoletin=11395-06 (consulta: abril 2018).

En cuanto a las acciones desplegadas en el tiempo reciente por el actual gobierno, muchas de las medidas despiertan más preocupaciones de las que despejan. Si bien una reforma migratoria ofrece la oportunidad de generar un cambio largamente esperado en nuestra normativa, aún quedan muchos resabios de un enfoque restrictivo, cuyo análisis escapa al objetivo de esta tesis.

En este escenario resulta aún más interesante y necesario observar si los tribunales de justicia utilizan el DIDH de los migrantes como normativa directamente aplicable. El análisis nos permitirá observar si el Poder Judicial reproduce la actitud del Ejecutivo y el Legislativo desatendiendo las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado de Chile. Pero más importante, la litigación individual abre una posibilidad de exigibilidad para derechos no consagrados en el derecho interno, ampliando la protección que se le otorga a los migrantes. Una correcta aplicación de los estándares estudiados permitiría morigerar hoy los efectos restrictivos del DL 1.094, y controlar la discrecionalidad de las autoridades administrativas. Proyectado hacia el futuro, este uso sería una garantía respecto al control de medidas que pudieran plantearse como discriminatorias o arbitrarias.

CAPÍTULO IV: EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA.

1. Introducción.

Como se ha señalado la presente tesis fue realizada en el marco del proyecto Fondecyt “Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia nacional en Chile: el proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto de protección de grupos discriminados”. La finalidad del proyecto es determinar si se da o no un uso al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los tribunales chilenos, especialmente respecto de grupos discriminados. En ese contexto esta tesis en particular persigue reflexionar en torno a los hallazgos referidos al grupo conformado por las personas migrantes, verificando si existe un uso de la normativa internacional de Derechos Humanos y los estándares jurisprudenciales trazados por los órganos internacionales (revisados en el Capítulo I); cual es la naturaleza de este uso; y finalmente si este redundo o no en una ampliación de la protección que se da en por los tribunales de justicia a los derechos esenciales de las personas migrantes. De forma previa al análisis de jurisprudencia, las hipótesis que se formularon fueron las siguientes:

- (1) No existe un uso sustantivo generalizado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de protección de los derechos de los migrantes.
- (2) La mayor aplicación de derecho internacional de Derechos Humanos se sitúa en el ámbito de la protección a la familia y los derechos del niño.

De esta forma los hallazgos que predecimos son la ausencia de un uso generalizado de derecho internacional, por existir en nuestro derecho una tendencia a privilegiar solo las fuentes domésticas, buscando soluciones en la normativa local, y en materia de derechos fundamentales, exclusivamente en el ordenamiento constitucional. Pensamos que probablemente no existirá un manejo detallado de fuentes específicas en relación con los migrantes como el Tratado para la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, o las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte Interamericana en la materia. En segundo lugar, parece esperable que la mayoría de los casos referidos a migrantes versen sobre órdenes de expulsión, con lo que uno de los elementos a ponderar debiese ser la vida familiar del afectado y sus cercanos.

2. Metodología de la Investigación.

La presente investigación tiene un enfoque principalmente cualitativo, siendo la dimensión cuantitativa un dato accesorio. Si bien, se presentan datos estadísticos a fin de contextualizar los resultados obtenidos, lo que más interesa es revisar la forma en que los tribunales nacionales han utilizado el DIDH y si dicho uso logra impactar en los derechos de la población migrante.

La recopilación de sentencias en este trabajo se obtuvo de buscadores privados, el buscador de jurisprudencia de la Corte Suprema y la búsqueda manual a través de la página web del poder judicial³⁰⁰. Los criterios de búsqueda fueron los siguientes: se consideró solo a las altas cortes del país, analizándose los fallos emitidos por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Chile; durante el periodo correspondiente a los últimos 5 años³⁰¹, que involucraban al grupo de especial protección migrantes. Entre las sentencias analizadas se seleccionaron todas aquellas que de una u otra forma citaban Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su razonamiento³⁰², considerando por tanto todas aquellas en que la Corte utilizara alguna norma de un tratado internacional de Derechos Humanos, y/o jurisprudencia internacional contenciosa o consultiva, ya fuese del sistema universal o interamericano. No se consideraron, por tanto, aquellas sentencias en que fueran las partes quienes invocaban la aplicación del derecho internacional sin que el respectivo tribunal lo utilizara en su fallo.

3. Hallazgos preliminares

De este ejercicio se pudieron recopilar un total de 93 sentencias referidas específicamente al grupo migrantes y que utilizan Derecho Internacional de los Derechos Humanos entre las que se cuentan sentencias referidas a recursos de amparo (58), reclamos de expulsión (4), recursos de protección (24) y reclamaciones de nacionalidad (7).

Cortes de Apelaciones

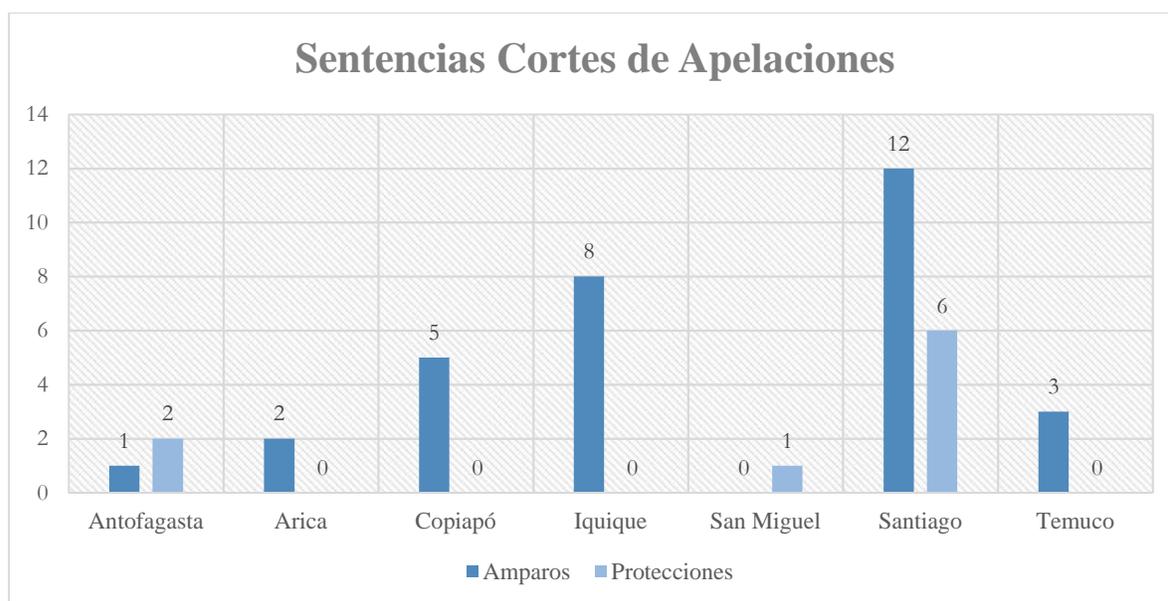
De las sentencias relativas a personas migrantes que fueron seleccionadas por utilizar DIDH, 50 provienen de Cortes de Apelaciones, y que corresponden a recursos de amparo y recursos de protección. Las Cortes estudiadas fueron, en orden alfabético, las de Antofagasta, Arica, Copiapó, Iquique, San Miguel, Santiago, y Temuco, sin que se encontraran sentencias que cumplieran los criterios de selección en el periodo indicado en el resto de las Cortes de Apelaciones del país.

³⁰⁰ Se utilizaron los buscadores de jurisprudencia Microiuris, Vlex, y Legal Publishing.

³⁰¹ Si bien el proyecto de revisión finalizó en el mes de agosto de 2017, se incluyeron algunas sentencias posteriores, abarcando hasta diciembre de 2017.

³⁰² Se excluyeron aquellas sentencias donde alguno de los litigantes invocó Derecho Internacional de los Derechos Humanos sin que las Cortes lo considerara para su fallo, más allá de reiterar lo mencionado por las partes.

El siguiente gráfico indica la cantidad de sentencias por cada Corte:



Fuente: *Elaboración propia.*

De los datos expresados en el gráfico se desprende que encontramos utilización de las fuentes del DIDH en torno a los derechos de los migrantes en 7 Cortes que no alcanzan a representar la mitad de las Cortes de Apelaciones de Chile. Se observa además que solo dos tribunales, la Corte de Apelaciones de Santiago y la de Iquique, concentran más de 5 sentencias que recojan en alguna medida DIDH en materia migratoria, sin que las demás logren superar el número de 5 sentencias. Así, podemos dar cuenta de que el uso del DIDH en esta materia no es generalizado ni transversal, sino que es excepcional y se encuentra altamente concentrado.

Las razones de las diferencias presentadas entre una y otra Corte de Apelaciones pueden ser diversas, siendo influidas por una pluralidad de factores. Preliminarmente, es posible señalar que la cantidad de sentencias extraídas de estas Cortes no parece guardar relación alguna con la carga de causas recibidas por cada una de ellas. Después de la Corte de Apelaciones de Santiago, las Cortes que le siguen en mayor cantidad de causas ingresadas y falladas son las Cortes de Concepción y Valparaíso, respectivamente, sin que ninguna de ellas registre causas seleccionadas en el periodo observado³⁰³.

³⁰³ La fuente estadística de estos datos es el informe anual de justicia del año 2017. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS INE (2017). “*Justicia, Informe Anual 2017*”. Santiago de Chile: Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en: <http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia> (consulta: noviembre 2018): 11.

Más gravitante parece ser la proporción de migrantes que habitan en cada región. Si bien no se cuenta con estadísticas actualizadas respecto de la cantidad de extranjeros que residen en Chile y como se distribuyen por nuestro territorio, los informes estadísticos correspondientes a los años 2014 y 2015 nos muestran que la tendencia hasta esa fecha era la ubicación de los migrantes preferentemente en la Región Metropolitana³⁰⁴, siguiéndole las tres regiones que componen el Norte Grande (Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta)³⁰⁵. De nuestro estudio observamos que son precisamente la región Metropolitana y las regiones del Norte del país las que concentran mayor cantidad de sentencias de interés. Sin embargo, no es esta razón un imperativo para el hallazgo de sentencias en la materia, sobre todo considerando que estas impliquen la recepción de DIDH, tal como lo refleja el hecho de que no contemos con este tipo de fallos en la tercera región que agrupa mayor cantidad de población migrante del país, que es la región de Valparaíso³⁰⁶.

Finalmente es necesario comentar que no es posible extraer conclusiones estadísticas de un estudio como este, sobre todo considerando el escaso número de sentencias encontradas. La finalidad de la información aquí sistematizada solo persigue servir de contexto al análisis sustantivo, que es lo que interesa en el presente trabajo.

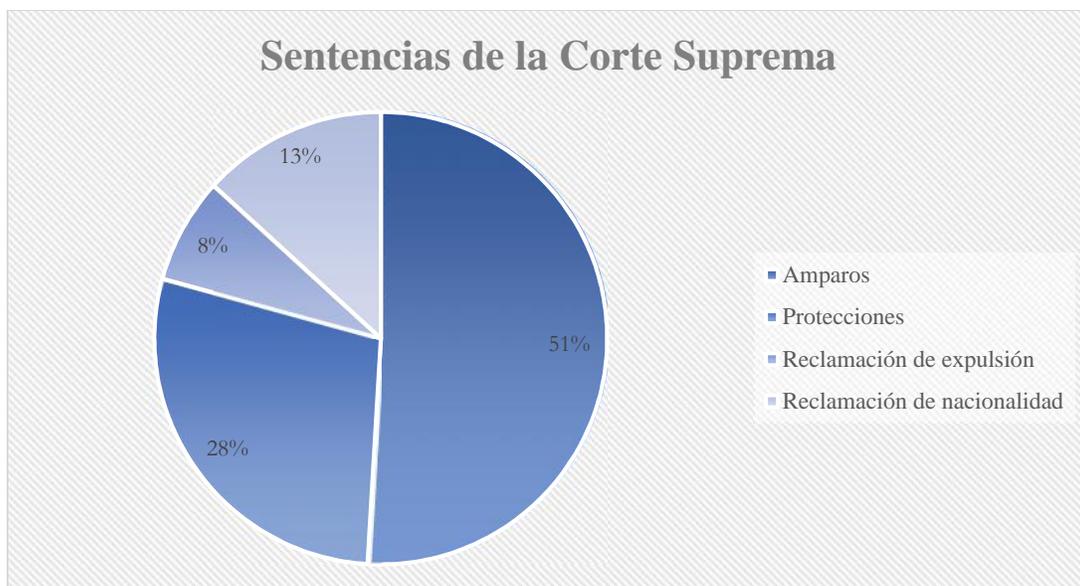
Corte Suprema

Un número ligeramente mayor de sentencias fue encontrado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, con 53 fallos que hacen referencia al DIDH en casos vinculados a migrantes. Las sentencias seleccionadas corresponden a recursos de amparo (27), de protección (15), reclamos de nacionalidad (7) y reclamos de expulsión (4).

³⁰⁴ Al 2015 la Región Metropolitana concentraba el 61,5% de la población migrante. ROJAS, Nicolás y SILVA, Claudia (2016). “Informe BIMID: La migración en Chile: breve reporte y caracterización”. Madrid, España: Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo. Disponible en: http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe_julio_agosto_2016.pdf: 12.

³⁰⁵ En su conjunto estas 3 regiones agrupaban el 16,2% de los migrantes residentes al año 2015, siendo la región de Antofagasta la con mayor proporción de migrantes en la zona norte y la segunda del país, concentrando un 6,9% de la población migrante en Chile al año 2015. ROJAS y SILVA 2016: 12.

³⁰⁶ Que concentraba un 5,8% de la población migrante en Chile, al año 2015. ROJAS y SILVA 2016: 13.



Fuente: Elaboración propia.

Aunque se podía predecir una mayor concentración de sentencias en la Corte Suprema por la existencia acciones de competencia exclusiva de esta como lo son el recurso de reclamación de expulsión y la reclamación de nacionalidad, la proporción numérica de fallos que utilizan DIDH de los migrantes en este caso es bastante similar al número representado por las Cortes de apelaciones en su conjunto, dando cuenta de una aplicación excepcional del derecho internacional en materia migratoria.

4. Objetivos del análisis sustantivo de jurisprudencia.

Lo relevante en este estudio es analizar la forma en que los jueces de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han utilizado el DIDH en materia de migrantes, desde un enfoque sustantivo. Lo que se busca es determinar cuáles son las ideas que se refuerzan con esta utilización, cuáles son los derechos protegidos, y los instrumentos citados, persiguiendo como fin último observar cómo impacta la aplicación del DIDH al caso concreto en la protección que se da a los derechos de los migrantes en nuestro país. Es por esto que para ordenar la exposición de los resultados se dividieron las sentencias según las temáticas que abordan, independiente de la acción de que se trate (amparo, protección, reclamación de expulsión). Así, se han podido identificar como temáticas recurrentes la recepción de derechos vinculados con la protección de la infancia y de la familia, y recepción de derechos vinculados a la libertad ambulatoria y el debido proceso migratorio. Dada la mayor magnitud de sentencias que abordan la recepción de los derechos vinculados a la infancia y la familia el capítulo IV estará dedicado

por entero al análisis de estas sentencias. Los demás temas, de una recurrencia menor, serán revisados en el capítulo V.

CAPÍTULO V: RECEPCIÓN SUSTANTIVA DEL DIDH DE LOS MIGRANTES Y SUS FAMILIAS EN CHILE. PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y EL DERECHO AL MATRIMONIO.

1. Recepción formal del DIDH de los Migrantes en Chile.

Repasaremos de forma breve como se recibe formalmente el DIDH en nuestro ordenamiento interno, a fin de explicar en qué obligaciones jurídicas internas se sustenta la posibilidad de dar aplicación directa a los estándares internacionales estudiados en un caso judicial concreto.

La relación que se plantea entre el derecho internacional y el derecho interno en materia de Derechos Humanos ha sido caracterizado desde diferentes visiones. La primera de ellas otorga al derecho internacional un papel subsidiario, planteando, en palabras del profesor Claudio Nash “*que el sistema internacional actúa cuando los mecanismos internos de los Estados han fallado*”³⁰⁷. Esta postura limita en exceso el rol del DIDH en la protección del individuo, y niega la interacción que se da entre ambos estatutos, por lo que doctrina avanzó desde esta primera postura a una segunda que caracteriza el intercambio que se da entre el derecho interno de cada Estado y el DIDH como una relación de complementariedad. Esta segunda postura reconoce que las normas de fondo del DIDH “*pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución*”³⁰⁸, persiguiendo el objetivo de lograr una coherencia entre ambos sistemas.

Esta última tesis, de la complementariedad, ha constituido un gran avance, pero adolece también de sus defectos. Se plantea que el efecto enriquecedor se daría de forma unidireccional, ignorando la influencia de los derechos internos en el constante perfeccionamiento y evolución en el sistema internacional. Es por esto que tomando como punto de partida esta última visión y profundizándola, se sostiene al día de hoy que la relación entre el DIDH y el derecho interno de un Estado es una relación de retroalimentación, es decir, “*una relación recíproca entre ambos sistemas jurídicos, en donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y, en donde también, el sistema internacional mira el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales o para enriquecer su argumentación jurisprudencial*”³⁰⁹.

³⁰⁷ NASH, Claudio (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile: 13.

³⁰⁸ NASH, C. 2012: 14.

³⁰⁹ Ibidem.

Es a esta última perspectiva, a la que adscribe este trabajo, por lo que se analizarán los resultados de la investigación jurisprudencial en relación a un parámetro ideal en donde los hallazgos debieran dar cuenta de aplicación conjunta del DIDH y el derecho local, permitiendo ampliar y profundizar la protección de derechos fundamentales de las personas migrantes.

Recordemos que jurisdiccionalmente el DIDH opera subsidiariamente, pues el sistema internacional le otorga la prioridad al Estado en la resolución de las vulneraciones de Derechos Humanos que se verifican en su territorio, respetando su soberanía³¹⁰. Por ello, la complementariedad y reciprocidad de los sistemas opera esencialmente en un nivel sustantivo.

Pero ¿por qué debería aplicarse este derecho en la jurisprudencia local chilena? La razón evidente es que la aplicación del DIDH es obligatoria para Chile, quien voluntariamente ha asumido el deber de respetar y garantizar los derechos contenidos en los tratados que ha ratificado. Este derecho es vinculante para los tribunales de justicia, en cuanto órganos del Estado. La incorporación del DIDH en los ordenamientos estatales y su aplicación por todos los agentes, es esencial para la efectividad de los derechos, y para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Otro factor que considerar, es que las normas que resguardan derechos humanos se encuentran en una posición preferente respecto a normas de otro tipo. Aunque en la doctrina local se ha debatido ampliamente sobre cuál es la naturaleza jurídica de los tratados internacionales, hoy existe consenso en que se trata de normas de naturaleza diversa de una ley³¹¹, al tener un origen y fuente distinta, y distintas formas de tramitación y modificación. Después de la reforma constitucional del año 2005, ha quedado claro que *“una vez que se encuentre vigente un tratado, este debe prevalecer por sobre leyes de inferior jerarquía y solo puede ser modificado en conformidad a normas especiales propias del derecho internacional público”*³¹².

³¹⁰ Este es el fundamento que subyace al requisito procedimental de agotamiento de los recursos internos, para acceder a la jurisdicción internacional. CADH (1969): art. 46, N° 1 letra a).

³¹¹ Para Ana María García por ejemplo, prevalece “la tesis de parte de la doctrina y del Tribunal Constitucional en cuanto a que los tratados no son leyes ni tienen esa jerarquía, y que cuando se refieren a los derechos de las personas prevalecen sobre la ley”; mientras para Humberto Nogueira: “un tratado internacional tiene como fuente el derecho internacional y no el derecho interno, la norma constitucional de derecho interno sólo precisa el proceso de incorporación del derecho convencional internacional al derecho chileno, no pudiendo el derecho interno dejarla sin efecto, modificarla, derogarla o suprimirla, ya que ello sólo puede hacerse de conformidad con el derecho internacional. (...) Por tanto, aquí no hay un tema de jerarquía de normas ya que ambas pertenecen a distintos sistemas de fuentes, el tratado al derecho internacional, la Constitución y las leyes al derecho interno, solo hay un tema de aplicabilidad preferente del derecho internacional válidamente incorporado al derecho chileno”. GARCÍA, Ana María (2006). “Tratados internacionales según la reforma de 2005”. *Revista de Derecho Público*, N° 68: 72-84, p. 82 y 83; NOGUEIRA, Humberto (2007). “Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratado internacionales”. *Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca*, Año 5 N° 1: 59-88, p. 61.

³¹² NASH, 2012: 18.

Más complejidad ha tenido la determinación de cuál es la posición que ocupan las normas de Derechos Humanos contenidas en tratados internacionales³¹³ en la pirámide normativa de nuestro derecho interno. La discusión acerca de la jerarquía de estas normas se inició a partir de la reforma constitucional de 1989, que agregó un segundo inciso al artículo 5° de la Constitución Política de 1980, señalando esta: “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Esta redacción dio lugar a distintas posturas³¹⁴.

La posición que nos parece más conforme con una interpretación sistemática de la normativa interna y armónica con los objetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que la jerarquía de los Derechos Humanos es constitucional. No existe otra razón visible para añadir el inciso segundo al artículo 5° que elevar a nivel constitucional las normas de Derechos Humanos contenidas en los tratados, pero más allá de esto, la naturaleza misma de los Derechos Humanos los instituye como un límite al poder soberano del Estado, no siendo posible que cumplan esta función si no poseen el peso suficiente para limitar este poder pudiendo ser anulados por otra norma. Si los derechos que emanan de la naturaleza humana pueden estar contenidos tanto en el texto constitucional como en tratados internacionales, no tiene sentido otorgar una jerarquía mayor a unos que otros sobre la base del instrumento en que se plasman, menos aun teniendo en cuenta que su función como límite al Estado es la misma. El profesor Nash sostiene esta postura, señalando:

*“la enmienda al inciso segundo del artículo 5° reafirmó la categoría constitucional de los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos”*³¹⁵.

³¹³ Se debe aclarar que lo que se discute no es la jerarquía de los tratados internacionales, sino de aquellas normas que consagran derechos humanos y que se encuentran contenidas en algún instrumento internacional, sin importar la naturaleza de este. Esto, porque la redacción de la norma alude a “tratados internacionales” sin otras distinciones. Así también lo ha entendido la Corte IDH. Ver CORTE IDH. *Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1, párr. 52. Ver NASH, 2012: 20.

³¹⁴ A partir de esta redacción la jurisprudencia chilena ha realizado diversas interpretaciones. Si bien es una cuestión reconocida que la norma contenida en tratados internacionales tiene carácter supra legal, respecto de las normas de Derechos Humanos no ha existido una posición uniforme, siendo catalogado su rango como constitucional supraconstitucional, o simplemente legal. Ibid.: 20-21.

³¹⁵ Ibid.: 2012: 22.

Reconocer jerarquía constitucional a los Derechos Humanos implica afirmar la existencia de un mandato directo al Estado, y todos los órganos que lo representan, de adecuar sus actos a los estándares fijados en los tratados que le son vinculantes. Es este comportamiento el que precisamente exigen dichos instrumentos y le dan sentido a su existencia.

Ya solucionada la cuestión de la jerarquía de estas normas, es necesario determinar la forma en que ellas se incorporan al derecho interno. Las herramientas que la doctrina ha descrito como apropiadas para esta función son dos: el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Bloque de Constitucionalidad.

La figura del bloque constitucional de derechos fundamentales refiere a que los derechos que derivan de la naturaleza humana gozan de protección constitucional. Por lo tanto, no solo forman parte de la Constitución los derechos fundamentales expresamente detallados en ella, sino también aquellos que la Constitución considera a través de normas de reenvío. Esto es lo que ocurre con el N°2 del artículo 5° de nuestra CPR, que remite al Derecho Internacional³¹⁶. Podemos hablar, en consecuencia, una “Constitución material” o “Constitución de los derechos”, mucho más amplia que una Constitución formal³¹⁷, que conforma un *“bloque unificado sustantivo o material de atributos y garantías de los derechos, al cual la misma Carta Fundamental le reconoce una fuerza normativa superior”*³¹⁸.

El bloque de constitucionalidad pone el foco de los derechos en la dignidad humana, limitando el margen de actuación del Estado, y otorgando un parámetro muy claro: deberá buscarse siempre la respuesta que mejor se adecue a la protección de la dignidad humana.

Control de convencionalidad.

El concepto de control de convencionalidad fue introducido por la Corte IDH en el fallo Almonacid Arellano y otros vs Chile, y refiere al deber que poseen los tribunales, en tanto agentes del Estado, a velar porque la aplicación de las disposiciones de la CADH no se vea impedida por la aplicación

³¹⁶ En este sentido: NOGUEIRA, Humberto (2015). “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia” Estudios Constitucionales, Año 13 N° 2: 301-350, p. 312.

³¹⁷ NOGUEIRA, 2015: 313.

³¹⁸ NOGUEIRA, 2015: 312.

preferente de normas internas que resultan contrariarías a su objeto y fin. La Corte IDH manifestó en dicho fallo qué:

*“... El poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana”*³¹⁹

Si bien, la mención a este concepto parece novedosa, la verdad es que el control de convencionalidad no es otra cosa que la consecuencia lógica de la aplicación de normas fundamentales de la Convención Americana, en especial del artículo 1 N° 1, que dispone como obligación del Estado el respetar y garantizar los derechos en ella consagrados³²⁰, y el artículo 2^o³²¹, que impone el deber a los Estado de tomar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades de la Convención en su derecho interno.

La realización de este ejercicio de comparación entre la norma nacional y la Convención Americana, o el Tratado de Derechos Humanos que se trate, es obligatorio para los tribunales de justicia en tanto órganos del Estado, y es uno de los mecanismos en que el DIDH resulta directamente aplicable en los casos concretos que se someten a su conocimiento. Así al evaluar la corrección según derecho de un acto administrativo, por ejemplo, los tribunales deben incluir en sus consideraciones no solo los parámetros del derecho local, sino que también las normas internacionales y las interpretaciones que de ellas hayan hecho los órganos internacionales competentes.

Ambas herramientas, Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad, permiten utilizar de forma directa el DIDH en la consideración y resolución de un caso concreto. Si bien, como conceptos son construcciones doctrinales, y jurisprudenciales, no son más que la concreción de obligaciones jurídicas preexistentes en los ordenamientos estatales, como lo es la obligación de respeto y garantía de los derechos esenciales a la naturaleza humana.

³¹⁹ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124

³²⁰ CADH, Artículo 1°: “Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

³²¹ CADH, Artículo 2°. “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

2. Recepción sustantiva del DIDH de los migrantes en la jurisprudencia chilena.

Los resultados de la investigación demuestran que de todos los aspectos del DIDH, el más citado en las sentencias que involucran a migrantes es con amplia distancia el DIDH de la Infancia, a través de la referencia expresa a la Convención Internacional de los Derechos de Niño. Encontramos referencias a la CDN en 44 acciones de amparo, 2 acciones de reclamación de expulsión, y 5 acciones de protección, sumando en total 51 fallos con este orden de argumentos. Se intentará desentrañar si esta aplicación constituye un avance significativo en el reconocimiento de los Derechos Humanos de los migrantes, o si, por el contrario, se trata de una ampliación de los derechos de los niños sin profundizar en las problemáticas que la movilidad internacional representa. Para realizar el análisis de esta cuestión es necesario mirar con detalle los sentidos que ha adoptado la incorporación de las normas de la CDN.

Partiré por aclarar que en la mayoría de estas causas los recurrentes persiguen dejar sin efecto decisiones administrativas que importan una vulneración de la libertad personal y seguridad individual del migrante en el contexto del proceso de movilidad internacional, accionando contra expulsiones o negativas de solicitudes de visación.

Una aproximación diferente pero profundamente relacionada con este criterio es la que se presenta en aquellas causas que con o sin referencia a los derechos del niño resguardados internacionalmente, refieren a derechos que denominaremos “familiares”, como el derecho a la protección familiar, consagrado en el artículo 17 de la CADH, en particular su numeral 2° que contiene el derecho al matrimonio. Se encontraron 19 sentencias que abordan este último derecho citando DIDH, constituidos todos por acciones de protección.

Numéricamente este tipo de sentencias es inferior a las que citan la CDN, pero constituye la segunda mayoría entre las sentencias recopiladas. Resulta interesante examinarlas en conjunto pues revelan una visión complementaria acerca de los derechos que deben priorizarse en torno a las problemáticas que enfrentan los inmigrantes. Es por esto por lo que las sentencias que refieren a estos derechos, será tratada también en este capítulo a fin de complejizar el análisis.

3. Usos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

3.1. Uso mayoritario: Limitación a las potestades discrecionales

Los casos aquí agrupados versan en su amplia mayoría sobre la ejecución o existencia de una orden de expulsión o una negación de ingreso al territorio nacional que afecta a una persona migrante. En ese contexto, el uso más intensivo de la CDN por las Cortes nacionales obedece a delinear cuáles son los límites de la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades discrecionales respecto de la migración. Los derechos de las niñas y niños operan como un elemento sustantivo que se debe analizar para determinar si las decisiones emitidas resultan proporcionales o si por el contrario devienen en arbitrarias y por tanto ilegales.

En el caso de la facultad de decretar una orden de expulsión, la Corte Suprema ha manifestado en numerosas ocasiones que deben tomarse en cuenta las relaciones familiares de los extranjeros antes de decretar la medida, obligación que cobra aún más relevancia cuando existen hijos en el país. Encontramos causas que incluyen este orden de consideraciones como un argumento complementario a la revisión de la legalidad de la medida de expulsión, pero también en muchas ocasiones constatamos que la valoración de esta circunstancia por la judicatura tiene el potencial de revertir la medida al considerarse que el daño que provoca en los derechos involucrados no se compensa con el objetivo que persigue. Expondremos algunos casos, para poder reflexionar sobre esta línea argumental en su contexto.

Caso 1: En la sentencia Rol N°6.649-2013, la Corte de Suprema conoció la apelación de un amparo contra la orden de expulsión emitida en contra de un ciudadano argentino, emitida el año 2011, y que se fundaba en que el amparado había sido condenado el año 2006 por el Primer Juzgado de Letras de Iquique a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por nueve delitos de giro doloso de cheques, pena que fue cumplida el año 2010. En la causa, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública afirmaba que poseía la facultad para ordenar la expulsión de acuerdo con el numeral 2° del artículo 15 del DL 1094, que prohíbe “*el ingreso al país de los extranjeros 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, a los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres*”, en conjunto con el artículo 17 que indica que los extranjeros que estando en el país incurran en alguno de los actos señalados en el numeral transcrito podrán ser expulsados del territorio nacional. La Corte Suprema manifestó que no podía considerarse que el giro doloso de cheques fuera un delito de la suficiente gravedad como para equipararlo e incluirlo entre las conductas sancionadas por el número 2° del artículo 15, pero además señaló que:

“(…) en el presente caso la decisión ministerial revisada, sin perjuicio de lo expuesto en el motivo 3º) ut supra, no satisface tampoco las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria, al desatender completamente las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una pareja estable y cuatro hijos de nacionalidad chilena, uno de ellos menor de edad -según certificados de nacimiento que se adjuntan al expediente-. Sobre esto último, ya ha tenido oportunidad esta Corte de manifestar y explicar la importancia de la conformación de una familia en este país como elemento a ponderar al resolver la permanencia o expulsión de un extranjero, por imperativos constitucionales, así consagrados en el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental, como provenientes de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile, especialmente de los artículos 3, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño”³²².

Con esto la Corte establece que, para considerar verificados los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y motivación, necesarios para concluir que la decisión no deviene en arbitraria, el factor familiar debe ser un punto de reflexión en las decisiones que pueden tener como consecuencia la expulsión de un extranjero, decidiendo acoger el recurso de amparo.

Caso 2: Conociendo de la apelación del amparo Rol N° 1.171-2015, deducida en contra de una orden de expulsión emitida en contra de un ciudadano ítalo-alemán, la Corte se encarga de revisar el juicio de ponderación efectuado por el Servicio de Extranjería del Ministerio del Interior. La decisión de expulsar a este extranjero se fundaba en la existencia de una condena dictada por el Juzgado de Letras de Pucón por el delito del artículo 8º de la ley 20.000 por la plantación de 25 plantas de marihuana y el delito de daños, el amparado fue finalmente beneficiado con una pena sustitutiva de remisión condicional. El fundamento legal que esgrimió el Ministerio de Interior fue la causal del numeral 2º del artículo 15 del DL 1.094, lo que la Corte consideró correcto, por estimar que el delito de plantación de marihuana podía equipararse en su gravedad al delito de tráfico o comercio de drogas. Sin embargo, advirtió que se había pasado por alto que el recurrente poseía una familia, conformada por una esposa chilena y dos hijos chilenos de 3 y 1 año, y respecto de este punto resolvió:

“(…) En efecto, no es lo mismo evaluar la expulsión de un extranjero que carece de lazos familiares en el país que evaluar la situación de aquel que, como en el presente caso, ha formado una familia en Chile y cuenta con dos hijos pequeños de nacionalidad chilena, sobre los que impactará la decisión que sobre la materia en definitiva se adopte. En efecto, en este último caso los intereses constitucionales y las exigencias del Derecho internacional deben ser considerados

³²² El destacado es propio. CORTE SUPREMA(CS). Rol N° 6649-2013, considerando 5º. También en el mismo sentido CS. Rol N° 6366-2013, considerando 4º y CA TEMUCO. Rol N° 563-2014, considerando 3º, y Rol N° 497-2015, considerando 6º.

al realizar el balanceo entre las razones que justifican decretar la expulsión y aquellas que desalientan adoptar esa decisión. (...)

Por el otro lado, la aplicación de la medida administrativa de expulsión lesionaría la unidad de la familia y de este modo el interés jurídico constitucional consistente en tutelarla como núcleo fundamental de la sociedad. Además, lesionaría el derecho fundamental de los niños a vivir con su padre, de acuerdo con lo estatuido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

A juicio de esta Corte, la ponderación de los intereses en juego permite concluir que existe una desproporción entre los beneficios de la medida de expulsión que se pretende aplicar y los perjuicios que derivan de la misma. Esta desproporción fuerza a declarar la inconstitucionalidad de la medida administrativa cuestionada, según se dirá en lo resolutivo de la presente sentencia”³²³.

La Corte de Apelaciones de Temuco acoge la acción de amparo, atribuyendo a la consideración del factor familiar, en este caso, la más alta importancia, acarreado su ausencia del razonamiento no solo la ilegalidad, sino que la inconstitucionalidad de la decisión examinada. En esta sentencia observamos que la consideración de la familia del extranjero fue el motivo determinante para resolver, la Corte consideró que la expulsión si estaba en abstracto normativamente justificada.

Caso 3: Se trata de la sentencia de la causa Rol N° 50.535-2015 conocida por la Corte de Apelaciones de Santiago, donde se interpuso una acción de protección en favor de un menor de 14 años, de nacionalidad chilena, hijo de un ciudadano argentino sometido a una orden de expulsión por haber incurrido reiteradamente en una cantidad considerable de delitos en contra de la fe pública y la propiedad. Aquí vemos un juicio de ponderación más complejo, donde cobra relevancia que el recurso fue entablado para el resguardo de los derechos del menor y no de su padre, quien ya había agotado las instancias procesales de impugnación de la orden de expulsión, por lo que la procedencia de la deportación no se discute.

La Corte se hace cargo de precisar cuáles son los derechos que podrían afectarse en relación con el adolescente de 14 años, considerando aquellos consagrados en la CDN, así como de hacer algunas precisiones sobre su alcance. Toma como punto de partida, la idea de que el ejercicio de la soberanía estatal no es ilimitado, estando sujeto al respeto de los derechos esenciales a la naturaleza humana, entre los que se encuentran aquellos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile, indicando que estos “*se erigen en un bloque limitador de la facultad que tiene el Estado de remover a un extranjero*

³²³ El destacado es propio. CA TEMUCO. Rol N° 1171-2015, considerandos 5° a 8°.

*de su territorio*³²⁴. Entre los derechos que la Corte distingue como vinculados a un caso de expulsión se cuentan la libertad de movimiento, el derecho a buscar asilo, el derecho a la nacionalidad y el derecho a la unidad familiar, destacando que:

“(…) no solo el extranjero es titular de tales derechos sino –de modo relevante para este caso-, el menor o adolescente que pueda verse alcanzado con los efectos de una medida de esa índole. Dentro de esos Derechos Humanos fundamentales cobran indudable pertinencia los contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 1989. En su artículo 2 se consagra el derecho a la no discriminación, proscribiéndose como criterios sospechosos de trato diferenciado “cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”, conminándose a los Estados Partes a tomar las medidas apropiadas para garantizar que el niño esté protegido “de toda forma de discriminación” o castigo “por causa de la condición, (o de) las actividades...de sus padres”; su artículo 3.1 ordena que en todas las medidas que adopten las autoridades administrativas o judiciales concernientes a los niños “una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”; en tanto que, en su artículo 28, esos mismos Estados reconocen “el derecho del niño a su educación y a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad”³²⁵.

Sin embargo, la Corte especifica que los derechos recién anotados no son absolutos, considerando que acoger la petición principal que solicitaba la suspensión de los efectos del decreto de expulsión mientras el menor continúe estudiando en Chile, importaría “*atribuir a los derechos fundamentales del menor una manifestación absoluta e irrestricta que no condice a su naturaleza*”³²⁶. Así, y tras sopesar los intereses jurídicos en juego y analizar la fundamentación del decreto impugnado, la Corte de Santiago concluye que:

“... la expulsión dispuesta deviene desproporcionada porque el adolescente termina siendo afectado en sus derechos por actuaciones atribuibles a su padre, porque se afecta su derecho a la educación y porque la vivencia a la que se ve expuesto es potencialmente capaz de tener incidencia en su integridad psíquica y en el desarrollo de su vida futura, pese a existir un camino intermedio que puede conciliar sus intereses con la decisión que ha adoptado la autoridad, lo que lleva a esta Corte a acoger la acción constitucional, adoptando las medidas correspondientes que propendan a restablecer el imperio del Derecho”³²⁷.

³²⁴ CA SANTIAGO. Rol N° 50535-2015, considerando 4°.

³²⁵ El destacado es propio. Ibid., considerando 5°.

³²⁶ Ibid., considerando 7°.

³²⁷ El destacado es propio. Ibid., considerando 9°.

Con ello se decide acoger el recurso de protección, y dejar sin anular la expulsión, ordenando que se suspendan los efectos de aquella hasta finalizado el año escolar 2015, fecha en la cual eventualmente podría hacer abandono del país junto a su padre de resolver el correspondiente juzgado de familia que este último continuara ostentando el cuidado personal del menor³²⁸. Apreciamos aquí cómo la utilización del DIDH no implica necesariamente la anulación de una medida sancionatoria como lo es la expulsión, pero resulta en todo caso una incorporación valiosa, al permitir que los jueces añadan otras variantes al examen permitiendo ajustar estas sanciones a condiciones que permitan reducir el impacto vulnerador de derechos en el entorno de la persona afectada³²⁹. Llama la atención que, en este caso, en vez de razonar en torno al derecho del adolescente de no ser separado de su padre, la Corte asume que la deportación implicará el traslado del menor en conjunto con el inmigrante expulsado, por lo que utiliza como factor de ponderación el derecho de este menor a la educación, además del principio de no discriminación a causa de las actividades de sus padres.

Caso 4: Otro caso en donde apreciamos un juicio de ponderación más complejo es la reclamación de expulsión Rol N° 38.337-2016 de la Corte Suprema. En esta causa el fundamento de la expulsión de los extranjeros involucrados es la condena por un delito de mayor reproche jurídico que los usualmente esgrimidos, como lo es tráfico de migrantes. La reclamación fue interpuesta por Norma Mamani Huisa y Sebastián Ramos Ticona, un matrimonio de ciudadanos peruanos, con dos hijos de 6 y 2 años, junto a los que vivían en Chile, estando ambos en condición de irregularidad tras haber vencido sus permisos de residencia temporaria. Tras ser condenados por el delito de tráfico de migrantes, se emitió un decreto de expulsión contra ambos, siendo uno ejecutable de inmediato (el de Norma Mamani, ejecutable el 2016) y el otro el año 2018, cuando Sebastián Ramos finalizara su condena. Los afectados recurrieron del decreto de expulsión de la señora Mamani, solicitando se dejara sin efecto, y se le autorizara para permanecer en el territorio nacional hasta el año 2018, cuando su pareja cumplía su condena y podrían abandonar el país juntos como familia, o, en subsidio, solicitaron que se autorizara a Norma Mamani permanecer hasta finalizar el 2016 en Chile para finalizar el año escolar de su hijo mayor.

Si bien la Corte consideró que la expulsión fue decretada conforme a derecho, y pese a que los recurrentes no citaron normativa de DIDH en su presentación, resulta interesante observar cómo la Corte incorporó

³²⁸ Lo que concede a la parte recurrente 6 meses aproximadamente de plazo antes de la materialización de la deportación.

³²⁹ La presente sentencia fue sin embargo revocada por la Corte Suprema, quien consideró que no correspondía privar de sus efectos al decreto de expulsión cuestionado, por estar legalmente justificado. Uno de los argumentos para arribar a dicha conclusión fue que previamente el directamente afectado por la expulsión ya había interpuesto un recurso de reclamación de expulsión, y el amparo Rol N° 821-2015 que fue conocido y rechazado por la CA de Santiago con la confirmación de la CS. En estas causas previas no se incorporaron consideraciones de derecho internacional.

en su razonamiento derechos contenidos en la CDN, decidiendo los jueces desestimar la petición principal, pero acceder a la subsidiaria, señalando:

“8°.- Que en cuanto a la petición subsidiaria, esto es la suspensión del decreto de expulsión únicamente durante el período que resta para finalizar el año 2016, se accederá a ella por estimar este tribunal que las razones esgrimidas por los solicitantes -entre las que se encuentran la necesidad de finalizar el año escolar del hijo mayor y las dificultades de trasladarse a otro país con dos niños de corta edad- ameritan la concesión del plazo solicitado, el cual no entorpece lo ya decidido por el Ministerio del Interior en uso de sus facultades y se condice con el debido respeto a las normas internacionales de protección de la infancia, en especial en relación a lo previsto en el Artículo 2.2. de la Convención de Derechos del Niño, que exige a los Estados partes garantizar que los niños serán protegidos contra toda forma de discriminación o castigo a consecuencia de los actos de sus padres y 9.1., que ordena velar por la no separación de las familias”³³⁰.

De las sentencias tratadas queda claro que el uso más intensivo del DIDH es servir de punto normativo diverso a la legislación nacional para incorporar elementos sustantivos en el juicio de ponderación que determinará si una medida de expulsión resulta o no proporcional, y permite a la judicatura tomar decisiones que resguarden efectivamente los derechos en juego en el caso concreto.

La incorporación de este orden de apreciaciones no significa en ningún caso que el Estado pierda su facultad de expulsar extranjeros en todo evento, sino que debe sumarse una atención especial a la situación familiar del afectado y a los derechos de las personas que mantienen relaciones de este tipo con este, como un punto más en el examen de racionalidad de la medida. Con ello, en muchas de las causas observadas la atención a las circunstancias familiares fue solo un argumento complementario, cuando el examen de la Corte ya había determinado que la medida de la autoridad era arbitraria y/o ilegal por motivos diversos, o como en los dos últimos casos, no tuvo el peso suficiente para privar de efecto a la orden de expulsión. No obstante, aun en los casos en que los tribunales han llegado a considerar que la eventual afectación de derechos no es de la suficiente magnitud como para revertir la medida impugnada, la incorporación de este orden de razonamientos de todas formas ha resultado útil para morigerar los efectos perniciosos de estas decisiones, otorgando condiciones de cumplimiento que amortigüen el impacto de la expulsión en otros derechos como el derecho a la educación.

³³⁰ CS Rol N° 38337-2016, considerando 8°. El voto preventivo de los ministros Juica y Künsemüller por su parte, estaba por acoger la pretensión principal de la actora, en atención a que la ejecución de la expulsión “lesionaría el interés superior de los niños, al dictaminarse una medida que implicará la separación de uno de sus padres y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los arts 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; afectando asimismo lo dispuesto en el art 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.”.

3.2. Interés Superior del Niño.

Si bien hasta ahora se han mencionado en las sentencias revisadas distintos derechos de la CDN, el parámetro más utilizado para ponderar la proporcionalidad de los intereses en juego es la referencia al Principio Internacional del Interés Superior del Niño (ISP), habiendo en nuestra selección un total de 39 sentencias que mencionan este principio en su parte considerativa. Esta amplia utilización del ISN pone de manifiesto el reconocimiento generalizado en la judicatura respecto de la obligatoriedad y la importancia de dicho principio rector en la resolución de todo caso que involucre a la niñez, afirmando que debe ser siempre considerado. Así, por ejemplo, lo ha manifestado la Corte de Apelaciones de Iquique, en la sentencia Rol N° 61-2014:

“... se debe tener presente que en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, instrumento que forma parte del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, ratificada por Chile, establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben tener una primordial consideración al interés superior del niño, y además el Estado deberá adoptar todas las medidas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, como ser el derecho de los niños a preservar sus relaciones familiares (artículos 8.1) y no ser separados de sus padres (artículo 9.1)”³³¹.

Siendo el ISN por naturaleza un concepto indeterminado, las Cortes suelen vincularlo a la afectación de derechos más específicos también presentes en la CDN, otorgando así mayor concreción a su contenido, y una mejor explicación de cómo el principio se ve vulnerado en un proceso de deportación. El derecho que se menciona con mayor recurrencia es el artículo 9.1, que consagra el derecho del NNA a no ser separados de sus padres, a continuación, tres ejemplos de la utilización de este derecho.

Caso 1: En la sentencia Rol N° 497-2015 de la Corte de Apelaciones de Temuco, dicho tribunal conoce de un recurso de amparo deducido por un ciudadano dominicano, quien acciona en contra de la resolución de revocación de su visa, que tiene como consecuencia el abandono del país en 15 días. El fundamento de dicha revocación, según lo expresado por el Ministerio del Interior fue una condena por el delito de robo con fuerza en las cosas, sancionado con remisión condicional y firma mensual ya cumplidas, lo que configura la causal del artículo 64 número 1° del DL. 1.094, en relación con artículo 66. Pese a que la Corte estima cumplida la hipótesis normativa, señala que “*en la aplicación de toda medida restrictiva o*

³³¹ CA IQUIQUE. Rol N° 61-2014, considerando 6°. En los mismos términos CA IQUIQUE. Rol N° 62-2014, considerando 6°.

privativa de derechos fundamentales, como ocurre en el presente caso, es necesario evaluar la proporcionalidad de la misma a partir de los intereses de jerarquía constitucional concurrentes en el caso concreto”, siendo “necesario tener presente que el afectado ha formado una familia en Chile, pues cuenta con una pareja que acaba de dar a luz un hijo del recurrente, el que cuenta con sólo 4 meses de vida a la fecha”³³². Sobre este punto detalla:

“QUINTO: Que, desde el punto de vista internacional, la Convención sobre los derechos del niño, ratificada y vigente en el ordenamiento jurídico chileno, confiere a este último una serie de derechos tendentes (sic) a asegurar la protección del superior interés de niños, niñas y adolescentes.

En este sentido la Convención también prescribe que el niño no debe ser separado de sus padres, a menos que tal separación sea necesaria en el interés superior del niño porque, por ejemplo, es objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o éstos viven separados (artículo 9.1).

Pues bien, en el presente caso la medida adoptada por el Gobierno importa disgregar a la familia del recurrente, desde que él deberá abandonar el territorio nacional y su mujer y su hijo permanecerán en el país. (...)

SÉPTIMO: Que, de conformidad con lo que se viene expresando, esta Corte establece como ratio decidendi que no procede separar a un padre o a una madre extranjeros del resto de su familia constituida en Chile en virtud de lo dispuesto en los artículos 66 y 64 N°1 del DL 1094 de 1975, Ley de Extranjería, por resultar desproporcionado desde el punto de vista constitucional y, por lo mismo, constituye un atentado en contra del derecho fundamental a la libertad personal del recurrente”³³³.

Caso 2: En la sentencia Rol N° 423-2014, la Corte de Apelaciones de Santiago conoció una acción de amparo en contra de la expulsión emitida por la intendencia de Santiago contra un ciudadano colombiano que residía en Chile desde el año 2008. Los fundamentos de la expulsión en este caso eran dos, por una parte la Intendencia señaló que el recurrente registraba una detención por un delito de hurto, que configuraría la causal de expulsión del artículo 15 n°2 del DL 1094; y por otra alegaba que desde el vencimiento de su permiso de turismo el año 2008, el recurrente amparado no había registrado solicitud alguna de regularización de su situación migratoria, lo que configura la causal facultativa de expulsión del artículo 71 del DL 1094. La Corte de Santiago descartó la posibilidad de que pudiera considerarse que un delito de hurto realizara el supuesto de hecho del artículo 15 n°2, además de explicitar que dicho

³³² CA TEMUCO. Rol N° 497-2015, considerandos 3° y 4°.

³³³ El destacado es propio. CA TEMUCO. Rol N° 497-2015, considerando 5°-7°.

delito no había sido investigado, en aplicación del principio de oportunidad. Sobre el segundo fundamento, la Corte resolvió:

“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”³³⁴.

Caso 3: Se trata de la sentencia Rol N°1.244-2013, donde la Corte de Apelaciones de Santiago falla un recurso de amparo contra de una orden de expulsión emitida en contra de un ciudadano peruano, quien se hallaba en situación irregular tras el vencimiento de su residencia temporaria el año 2009, y además había sido condenado por una infracción al artículo 3 de la Ley 20.000, a una pena remitida. La Corte desestima los fundamentos normativos de la expulsión esgrimidos por el Departamento de Extranjería y Migración³³⁵, y respecto de la situación familiar del recurrente, señala:

“Si bien lo expresado atinge directamente al amparado Ángel Renatto Badaracco Moscoso, no es posible prescindir de lo que empuja a las también amparadas Marcela Emelina Álvarez Montecinos y Renata Fiorella Badaracco Álvarez, cónyuge e hija, respectivamente.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 1 de la carta primera, es la familia el núcleo fundamental de la sociedad. Tratándose de un niño, el Estado de Chile ha suscrito la Convención Internacional que en 1.989 estableció sus derechos, que fija como derrotero sine qua non el de su interés superior en todos los asuntos y decisiones en que deban intervenir las autoridades y

³³⁴ El destacado es propio. CA SANTIAGO. Rol 423-2014, considerando 6°.

³³⁵ La Corte indica, por una parte, que el delito señalado no satisface el supuesto de hecho del artículo 15 n°2, al faltar el requisito de la habitualidad, y al infringirse el principio del non bis in ídem, en tanto la pena asignada ya había sido cumplida por el amparado, y no correspondía sancionar adicionalmente la conducta con la expulsión del territorio. Respecto de la residencia irregular, el artículo 71 del DL 1094, establece una sanción de multa para aquellos extranjeros que permanezcan en Chile tras la expiración del plazo de su residencia legal, sin perjuicio de la posibilidad para la autoridad migratoria de disponer el abandono del país, siendo una causal facultativa de expulsión; sobre este punto, la Corte señala que corresponde interpretar esta posibilidad con un criterio restrictivo, no justificándose su procedencia en este caso, a lo que se añade el hecho de que el extranjero había sido sometido además a la medida de control de firma mensual, lo que para el tribunal implicaba “una suerte de renuncia, desde que tales medidas de control están previstas en los artículos 81 y siguientes con respecto a personas afectas a arbitrios distintos al de expulsión”. CA SANTIAGO. Rol N° 1244-2013, considerandos 6°, 7° y 8°.

órganos públicos, entre los cuales ciertamente los tribunales, por manera que nunca éstos habrán de decidir sin considerar primordialmente tal interés superior.

Para calibrar la comparecencia en la especie de semejante interés, debe atenderse al tenor del artículo 9 de la Convención, que obliga a cualquier esfuerzo para que el niño no se mantenga separado de sus padres.

Consciente está esta Corte que la expulsión tiene como sujeto exclusivo a Ángelo Badaracco, lo que no quiere decir que su consumación haya de conllevar la disgregación de su matrimonio y, de hecho, de su paternidad.

Elementos éstos que los juzgadores no pueden dejar de lado a la hora de sopesar hasta qué punto la situación que el recurso plantea amerita mantener una sanción que por los motivos que se ha venido desarrollando, parece forzar en demasía el esquema jurídico aplicable³³⁶.

Observamos de los casos expuestos cómo se relaciona el interés superior del niño con la transgresión a un derecho concreto, especialmente afectado en los casos de expulsión. El quebrantamiento del núcleo familiar, y la separación de menores de sus padres ciertamente deben ser vistos como última medida, y no puede incurrirse en este tipo de consecuencias. Así lo ha entendido nuestra judicatura, incluso en aquellos casos donde la hipótesis normativa de la expulsión se considera satisfecha, y más aún en aquellos en que esta sanción sea una posibilidad facultativa para la autoridad administrativa; de esto último se puede desprender una importante pauta de actuación para la autoridad administrativa: en los casos en que la orden de expulsión conlleve consecuencias vulneradoras para los NNA, en virtud de la CDN se deberá optar por sanciones o medidas de menor impacto y que no impliquen una vulneración al artículo 9° de dicho tratado. Finalmente, aunque la sanción se pudiera considerar improcedente por otro tipo de motivos, debe sopesarse el ISN en todos los procedimientos que pudieran afectar a un niño o niña, por ser una obligación internacionalmente establecida.

En las sentencias seleccionadas, también se observó el uso de otros derechos de trascendencia como el derecho a la identidad, y a la protección familiar (artículo 7.1 y 8.1 de la CDN), sin embargo, no se profundiza en los fallos sobre las implicancias de cada uno de ellos siendo la remisión a estos generalmente una mención nominal³³⁷. Este grupo de derechos, 7.1, 8.1 y 9.1 en relación con el 3.1 de

³³⁶ El destacado es propio. CA SANTIAGO. Rol N° 1244-2013, considerando 10°. También se relaciona el ISN con el derecho a no ser separados de sus padres, aunque con menor profundidad: CS. Rol N° 5276-2015, considerando 4°; CS. Rol N° 8759-2015, considerando 2°; CS. Rol N° 12356-2015, considerando 4°. También se contabilizan en este apartado las sentencias que consideran la separación de NNA de sus padres, con menciones más genéricas. CS. Rol N° 9051-2015, considerando 4°; CS. Rol N° 37574-2015, considerando 4°; y CA ANTOFAGASTA. Rol N° 87-2017, considerando 8°.

³³⁷ El derecho a la identidad se encuentra recogido en las sentencias CA SANTIAGO. Rol N° 36243-2014, considerando 8°; y más escuetamente mencionado en: CS. Rol N° 6693-2013, considerando 4°; CS. Rol N° 7804-2014, considerando 5°; CS. Rol

la CDN, son traídos a colación como un conjunto en numerosas sentencias de la Corte Suprema, conformando una línea jurisprudencial constante que los instituye como un núcleo de obligaciones que se ponen en jaque ante la expulsión de una persona o la negación de entrada, y que debe estar presente como elemento de ponderación en el análisis de arbitrariedad de estas medidas. No se da lamentablemente un análisis detallado de las implicancias de estos derechos que permita adentrarnos en la interpretación que de ellos tiene la judicatura nacional, sino que se expresa como la reiteración de un párrafo tipo, que va siempre acompañado de la mención al artículo n°1 de la CPR, condensándose en el siguiente texto:

“Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la amparada, quien tiene dos hijos menores nacidos en Chile de 3 y 1 años de edad, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente transgrede el interés superior de los menores, pues 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”³³⁸.

Igual formulación se halla en los mismos términos en la jurisprudencia de algunas Cortes de Apelaciones como las Cortes de Iquique, Santiago, y Arica³³⁹.

N° 9081-2014, considerando 5°; CA SANTIAGO. Rol N° 500-2016, considerando 7°. Por su parte, la protección familiar se encuentra sólo nombrada en la sentencia CA SANTIAGO. Rol N° 1209-2015, considerandos 8° y 9°.

³³⁸ CS. Rol N° 8397-2017, considerando 5°; CS. Rol N° 2174-2013, considerando 3°; CS. Rol N° 66-2013, considerando 6°; CS. Rol N° 3436-2013, considerando 4°; CS. Rol N° 3813-2013, considerando 6°; CS. Rol N° 6366-2013, considerando 4°; CS. Rol N° 6693-2013, considerando 4°; CS. Rol N° 13038-2013, considerando 5°; CS. Rol N° 7804-2014, considerando 5°; CS. Rol N° 9081-2014, considerando 5°; CS. Rol N° 10425-2014, considerando 7°; CS. Rol N° 2309-2015, considerando 7°; CS. Rol N° 3694-2015, considerando 6°; CS. Rol N° 50010-2016, considerando 7°; CS. Rol N° 8397-2017, considerando 5°; CS. Rol N° 12208-2017, considerando 5°; CS. Rol N° 16754-2017, considerando 4°; CS. Rol N° 19208-2017, considerando 3°; CS. Rol N° 30361-2017, considerando 5°; CS. Rol N° 37229-2017, considerando 5°; y CS. Rol N° 400-2013, considerando 9° (reclamación de expulsión).

³³⁹ Ver: CA SANTIAGO. Rol N° 393-2014, considerando 8°; CA SANTIAGO. Rol N° 445-2014, considerando 8°; CA SANTIAGO. Rol N° 739-2016, considerando 7°; CA SANTIAGO. Rol N° 2140-2017, considerando 10°; CA ARICA. Rol N° 196-2017, considerando 10°; CA IQUIQUE. Rol N° 139-2016, considerando 4°; CA IQUIQUE. Rol N° 131-2015, considerando 6°.

Además de los derechos que componen este grupo de sentencias, también hay otros derechos de la CDN que son citados en función del mismo objetivo, aunque escasamente. Son ejemplos de esto el principio de co-responsabilidad de los padres³⁴⁰, y el derecho a la educación³⁴¹.

3.3. Otros usos de la CDN.

También fueron detectadas 2 sentencias que incorporan derechos de la CDN, esta vez con la finalidad de reforzar la obligatoriedad del derecho a la salud, derecho económico social y cultural que no apareció citado en otras sentencias referidas a migrantes. La concurrencia de este derecho obedece a un marco fáctico sumamente específico como lo es la desprotección vivida por mujeres migrantes en condición de irregularidad, que se encontraban embarazadas. Estas causas corresponden a la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1380-2014 y Rol N° 1212-2014, y se trata de acciones de protección fundamentadas en la amenaza al derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las recurrentes y sus futuros hijos, siendo la decisión sometida a examen en este caso es la negativa de proporcionarles atención médica, pese a que habían sido diagnosticadas con embarazos de alto riesgo. La Corte consideró que era deber del Estado brindar la atención médica indicada por los médicos tratantes en forma gratuita y sin sujetar estas prestaciones a un pago previo.

En la causa Rol N° 1212-2014, se lee:

“OCTAVO: Que, por otra parte, los documentos referidos en el considerando precedente, dan cuenta del diagnóstico que se ha efectuado respecto del hijo que está por nacer de la recurrente, lo que hace necesaria la atención de la madre en forma gratuita no sólo por las disposiciones citadas, sino también en respeto de los tratados internacionales suscritos por Chile, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas Decreto N° 830 promulgado el 14 de agosto de 1990 y publicado el 27 de septiembre del mismo año, cuyo artículo 24 en lo pertinente establece: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la

³⁴⁰ Citado en la sentencia del amparo Rol N° 803-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 7°: SÉPTIMO: Que, en lo relativo al adolescente menor de 18 años, sólo a modo general, no está demás señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional, ratificado por nuestro país, de rango constitucional, consagra el principio de corresponsabilidad parental, que se traduce en la obligación del Estado de garantizar el derecho del adolescente a permanecer y ser cuidado por ambos padres hasta que alcance la mayoría de edad, principio cuyo cumplimiento no sería posible si se concreta la medida de expulsión (incorporado a nuestra legislación en art 224 del Código Civil, según modificación introducida por la Ley N° 20.680). CA SANTIAGO. Rol N° 803-2017, considerando 7°.

³⁴¹ Sentencia de reclamación de expulsión Rol N° 38337-2016, considerando 8° y sentencia protección CA SANTIAGO. Rol N° 50535-2015, considerando 4° a 8°.

rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de estos servicios sanitarios.

2.- Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: d) Asegurar la atención prenatal y postnatal apropiada a las madres³⁴².

Los hechos de ambos casos son reflejo del vacío legislativo que existe en torno al tema de la garantía a los derechos de naturaleza social para los migrantes en situación de irregularidad, siendo el acceso a las prestaciones de salud de emergencia para las mujeres embarazadas una de las problemáticas que se han buscado solucionar por la vía de la regulación infra legal ya expuesta previamente. Si bien estas sentencias constituyen un avance, no puede pasarse por alto que la Corte optara por una argumentación desde la perspectiva de la protección del niño que esta por nacer, sin incorporar una defensa del derecho a la salud desde un punto de vista general, desde la óptica de los derechos de la mujer o de los instrumentos especializados en migrantes, lo que puede ser interpretado como un vacío en el razonamiento de los jueces.

3.4. Revisión de la sentencia 19-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se destaca solamente la sentencia 19-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que fue la única sentencia detectada que hace un uso integrador de distintos instrumentos internacionales dotando de una mayor contundencia a la argumentación en torno a los derechos relativos a la familia.

Esta causa trata sobre un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano chileno con motivo de decreto de expulsión dispuesto contra su conviviente, doña Sandra Morales, de nacionalidad colombiana. Entre los argumentos que se esgrimen por el actor se cuenta la circunstancia de que la extranjera expulsada se encuentra embarazada, encontrándose la pareja pronta a tener un hijo en común. La expulsión fue decretada tras el vencimiento de la visa de turista de doña Sandra Morales, siendo rechazadas sus solicitudes de residencia en la modalidad de visa sujeta a contrato de trabajo, y según se dio cuenta en el informe de la recurrida, dicha negativa tuvo como fundamento que doña Sandra Morales registraba en Colombia una condena por el delito de falsedad material de documento público, por lo que se estimó que su permanencia en el país no resultaba “útil ni conveniente” para el país, de acuerdo al artículo 13 del

³⁴² El destacado es propio. CA ANTOFAGASTA. Rol N° 1212-2015, considerandos 8° y 9°. En el mismo sentido CA ANTOFAGASTA. Rol N°1380-2014, considerandos 9° a 11°.

DL 1094³⁴³ y del 138 inciso final del Reglamento de Extranjería. Como consecuencia de esta negativa de visa, fue decretada la orden de expulsión, conforme al artículo 67 de la ley de Extranjería³⁴⁴.

Conociendo del recurso la Corte de Apelaciones de Santiago decide que abordará el asunto desde perspectivas complementarias: desde el punto de vista de los derechos eventualmente afectados a la expulsada, desde el punto de vista del recurrente, y del hijo que esperan en común y que está por nacer³⁴⁵. Con ese objeto, la Corte manifiesta, en primer lugar, que el poder estatal para gestionar la migración debe considerar los derechos fundamentales e inalienables, que derivan de la condición de ser humano, protegidos tanto por el ordenamiento interno como por los instrumentos de derecho internacional, con lo que deben equilibrarse las facultades soberanas con los derechos esenciales que pueden verse afectados³⁴⁶. Valiosa también es la aclaración que realiza la Corte respecto de la incorporación formal de los Derechos Humanos reconocidos por Chile al ordenamiento interno al señalar que:

“Se precisa en su artículo 5° que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, asumiéndose la obligación de respetar y promover aquellos que la misma Constitución Política de la República asegura –como se dijo- “a todas las personas”, sin distingos de ningún tipo y también los que garantizan tratados internacionales ratificados por Chile. Los instrumentos de Derechos Humanos – integrados de ese modo al ordenamiento fundamental - protegen la unidad familiar, reconociéndola como núcleo fundamental de la sociedad. Por lo tanto, todos esos derechos se erigen en limitaciones a la facultad que tiene el Estado de remover a un extranjero de su territorio”³⁴⁷.

La Corte sigue indicando:

“Cuarto: Uno de los Derechos Humanos fundamentales, establecidos en el ámbito nacional e internacional, es el derecho de fundar una familia. De acuerdo con el Artículo 16, párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, los hombres y mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Esta disposición ha sido ampliada por el Artículo 17, párrafo 1 de la Convención Internacional sobre

³⁴³ “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendándose 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”. DL 1.094, artículo 13, inciso 1°.

³⁴⁴ “Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país. (...) Al vencimiento de los plazos a que se refieren los incisos precedentes, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto fundado de expulsión”. Decreto 597, art. 67°.

³⁴⁵ CA SANTIAGO, Rol N° 19-2013, considerando 1°.

³⁴⁶ Ibid., considerando 2°.

³⁴⁷ El destacado es propio. Ibid., considerando 3°.

Derechos Civiles y Políticos de 1966, estableciéndose que “nadie será objeto de interferencias arbitrarias o ilegales en su...familia” y que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 23, párrafo 1), precisándose en su artículo 2 que tales derechos deben ser respetados y garantizados por los Estados Partes a todas las personas que se encuentren en su territorio “sin distinción alguna”. Sigue a ello indicar que la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 1989, en su artículo 8, párrafo 1, estipula la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho del niño a preservar, entre otras cosas, sus “relaciones familiares, en conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”; su artículo 9, párrafo 1 consagra un derecho de importancia capital para estos efectos, en los términos siguientes: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño...”³⁴⁸.

Cabe destacar que además de la ya mencionada argumentación en torno a los derechos del niño y su interés superior, esta sentencia incorpora además el derecho a formar familia, que corresponde a toda persona que se encuentre en el territorio del Estado, abarcando a nacionales y extranjeros, “sin distinción alguna”, por tanto, sin que sea de relevancia factores como la condición migratoria. Importante también es la contextualización que realiza la Corte a continuación, respecto a lo que se entiende por “familiares” a la luz de la CTMF:

“A su vez, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de su Familia, de 1990, prescribe en su artículo 4 que *“el término «familiares» se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”*. En lo que interesa especialmente, al estar involucrados derechos fundamentales, el concepto de “familia” debe recibir siempre una interpretación amplia, porque sólo de esa manera pueden asegurarse efectivamente los derechos fundamentales. Así, la expresión “familia” no alude únicamente a la existencia de matrimonio, ni siquiera de la cohabitación. Comprende, en general, las relaciones entre dos personas, entre padres e hijos, con

³⁴⁸ El destacado es propio. Ibid., considerando 4°.

exigencias mínimas de lazos de vida, vinculaciones de dependencia económica, relación directa y regular, etcétera”³⁴⁹.

Tras sentar las bases de su razonamiento en los considerandos anotados, la Corte se avoca a la revisión de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida de expulsión, lo que exige del tribunal que tome en cuenta, en sus propias palabras, “las consideraciones de orden humanitario y de índole familiar involucradas en ella” para determinar “si la expulsión es el medio necesario e idóneo para el presunto mal que se procura evitar y si los motivos que se aducen tienen correspondencia con la salida forzada del territorio nacional de la persona extranjera”³⁵⁰. La Corte concluye, que siendo el concepto de “conveniencia y utilidad nacional”, indeterminado, corresponde interpretarlo conforme a los fines que persigue, a saber, la “*la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad, por cuanto respaldan el interés, en general, de la Nación*”³⁵¹, por lo que no puede considerarse que un delito de naturaleza común, cometido una única vez, y cuya sanción penal esta prescrita, sea de la entidad suficiente para perturbar los valores protegidos con las normas del artículo 13 y 138 de la ley y el reglamento de extranjería, siendo tanto la negativa de visa, como la consecuenencial expulsión innecesaria y desproporcionada.

Acto seguido, el tribunal aborda los diversos derechos en juego. Respecto del recurrente, el ciudadano chileno, pareja de la expulsada, señala:

“En la especie, como se hace notar en el recurso, a raíz del vínculo afectivo que liga a don C.D.R. con la persona de cuya expulsión se trata y con el hijo que esta por nacer, la resolución cuestionada le coloca en el dilema absurdo de abandonar su familia o de seguir a su mujer, exponiéndose el mismo y el hijo que ambos esperan, a una situación de desarraigo, de incertidumbre y de pérdida de las redes de apoyo, comprometiéndose, entonces, el derecho aludido”³⁵².

Sobre la ciudadana colombiana expulsada, señala:

“Se afecta ilegalmente también el derecho de la persona expulsada para residir y circular en el territorio nacional, en los términos que le garantiza el mismo artículo 19 N° 7 y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³⁵³.

³⁴⁹ Ibid., considerando 4°

³⁵⁰ Ibid., considerando 5°

³⁵¹ Interpretación realizada por la Corte Suprema en la causa CS, Rol N° 7.018-12, que se cita en la sentencia. Ibid, considerando 10°.

³⁵² Ibid., considerando 11°.

³⁵³ Ibid.

Finalmente, respecto del hijo que la pareja espera, la Corte manifiesta:

“Resta remarcar que uno de los efectos que derivan de la decisión administrativa cuestionada consiste en provocar la separación del grupo familiar, con lo que se afecta la vida futura del niño (a) que está por nacer. En el Preámbulo de la Convención de los derechos del Niño se recuerda la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño, indicándose que, por su falta de madurez, el niño necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal “tanto antes como después del nacimiento”. Ello no fue observado en este caso. Se genera el escenario para que puedan producirse perniciosas consecuencias para su desarrollo, sin que se haya tomado en consideración ese interés superior, sin que se haya dado razones que puedan explicarlo”³⁵⁴.

Conforme a estos fundamentos, la Corte acoge el recurso de amparo. Dentro de los méritos de la sentencia está incorporar distintos instrumentos internacionales, haciendo un uso integrador de estos, y remarcando la relación entre derecho internacional y nacional. Nos parece que esta sentencia adopta un enfoque correcto al señalar que ambos estatutos deben ser considerados por la autoridad administrativa al realizar la ponderación en el caso concreto, así como por los tribunales a la hora de revisar su conformidad a derecho. Pero lo más destacable es que hace eco de los derechos internacionalmente establecidos en favor del migrante y sus familiares sin enfocarse exclusivamente en los terceros afectados por la separación familiar, sino que, posicionando al directamente afectado como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, y por tanto, como destinatario de la protección estatal de forma principal y no con referencia a un vínculo con un tercero.

La incorporación del DIDH en la ponderación de la Corte resulta determinante, lo que se evidencia con la existencia de un voto disidente, que considera que: *“la medida de expulsión a que se ha hecho referencia en este fallo fue adoptada por autoridad legalmente facultada para hacerlo y en un caso previsto por la ley. Además, la decisión cuestionada aparece provista de la necesaria racionalidad y fundamento, desde que concurre uno de los supuestos fácticos que contempla la normativa vigente y obedece a un criterio permanente del Departamento de Extranjería en la materia, de modo que no resulta discriminatorio ni arbitrario”*³⁵⁵. Una argumentación que no comprende los criterios internacionalmente asentados, ni la normativa jurídicamente vinculante del DIDH conduce a resultados radicalmente diferentes en casos como este, con la consecuencia de que se emitan decisiones administrativas y judiciales contrarias a los derechos individuales y a las obligaciones del Estado.

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Ibid., voto disidente del Ministro Mera.

3.5. Reflexiones en torno al uso de la CDN.

Habiendo revisado en detalle cuáles son las ideas que se desprenden del grupo mayoritario de sentencias que utilizan el DIDH en su parte considerativa, es posible esbozar algunas reflexiones. En primer término, las sentencias encontradas muestran claramente que el problema más significativo en el contexto de la migración en Chile continúa siendo la expulsión de extranjeros, y aunque sin duda deben existir problemas en otros ámbitos de la vida de las personas que comienzan a vivir en Chile, por motivos que desconocemos estos no han llegado a judicializarse de forma considerable.

Ante este problema, la reacción de las altas Cortes de nuestro país ha variado entre una actitud que respalda el ejercicio de la discrecionalidad otorgada a las autoridades administrativas en el contexto de la migración, a una actitud más protectora expresada en este conjunto de sentencias, a través de la adopción sistemática de una línea jurisprudencial que incorpora consideraciones de DIDH en su razonamiento. El uso que se ha dado al derecho internacional es utilizarlo como punto normativo que sustenta la necesidad y obligación de incorporar nuevos elementos al analizar la correspondencia de una decisión administrativa de expulsión (o equivalente, como negación de ingreso o de visa), en particular el considerar la vinculación familiar del extranjero que habita en Chile, muy especialmente cuando este posee hijos en nuestro país. Esta interpretación, impulsada principalmente por la Corte Suprema, va ciertamente en concordancia con los estándares que se han desarrollado en el ámbito internacional en la materia, y ha significado para una gran cantidad de extranjeros la posibilidad de permanecer en nuestro país pudiendo dejarse la orden de expulsión sin efecto o ser autorizados de ingresar a Chile. Sin desconocer el avance que ello significa, es necesario problematizar este hallazgo a fin de dilucidar si esta interpretación redundante o tiene el potencial de redundar en una ampliación efectiva de los derechos del grupo especial analizado en esta tesis, y si da cuenta de un mayor manejo de las fuentes internacionales y de las obligaciones que tiene el poder judicial con la población migrante como parte del Estado.

Resulta llamativo, en primer lugar, que con amplia ventaja el instrumento internacional más citado a la hora de proteger derechos de la población migrante sea un instrumento destinado a la protección de un grupo vulnerable diverso, como lo es la niñez. En casi la totalidad de estos casos, la CDN fue el único instrumento internacional citado, muchas veces sin profundizar tampoco en la naturaleza de estos derechos. Esto no se condice con el panorama normativo en el DIDH, pues la composición familiar de las personas migrantes ha sido una preocupación en el derecho internacional desde que decidió hacerse cargo de este grupo, contando los instrumentos internacionales especialmente dirigidos a migrantes con

normas protectoras de los derechos familiares del migrante y de su familia³⁵⁶. Este punto no es menor, pues incorporar la normativa de tratados especializados como la CTMF hablaría de la intención de los tribunales de hacerse cargo de este problema en su especificidad; mientras que una diversidad de fuentes normativas generales (del PIDCP o la CADH, por ejemplo) daría cuenta de la visión del migrante como destinatario de la protección internacional de los Derechos Humanos. En este grupo de sentencias en general esta visión no se encuentra presente.

La protección de los niños de medidas tan invasivas como la deportación de uno de sus progenitores sin lugar a duda es un objetivo que merece toda la atención, sin embargo, no debe perderse de vista que no solo los menores se ven afectados por la desmembración del grupo familiar sino también los padres directamente, no siendo incompatible una postura protectora de la infancia de una postura garantista dirigida al mismo migrante. Sin embargo, no se encuentra en la mayoría de las sentencias analizadas una argumentación contundente a la hora de mostrar al migrante como titular de derechos humanos frente al Estado, si no que adquiere esa calidad por referencia a un vínculo familiar con un tercero, quien la mayoría de las veces es de nacionalidad chilena.

Relacionado con lo último, el dato de la nacionalidad de los hijos de la persona afecta a la orden de expulsión aparece como relevante en la mayoría de los fallos citados en este capítulo, de hecho, en 40 de los 46 fallos de amparo la nacionalidad de los hijos del recurrente se consideró un dato relevante, expresándolo. De ellas tenemos 33 causas en que los hijos eran de nacionalidad chilena mientras solo 7 fallos incluyen en sus menciones otros familiares además o en lugar de los hijos chilenos.

Por tanto, se concluye que pese a constituir un avance, la recepción del DIDH analizado en este conjunto de sentencias aún no logra impactar de forma contundente en la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, como grupo especialmente vulnerable, tratándose aún de un uso marginal y limitado.

4. El Derecho esencial a contraer matrimonio.

El segundo grupo de sentencias que destaca por su número son las que abordan el derecho a contraer matrimonio. Si bien este derecho no se encuentra expresamente consagrada en nuestra Carta Fundamental, se puede entender contenido en ella virtud de su calidad de derecho humano a través de la figura de Bloque de Constitucionalidad, al incorporarse por la remisión que hace el artículo 5 N°2 de la

³⁵⁶ La CMTF por ejemplo expresamente refiere a los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus “familiares”, especificando derechos como a no sufrir injerencia ilegales o arbitrarias en la familia (art. 14°), derechos específicos en relación con la expulsión (art. 22° y 56°), y derechos respecto de la familia y reagrupación familiar (art. 44°).

CPR a los Tratados de Derechos Humanos reconocidos por Chile, entre los que contamos por ejemplo a la CADH que lo consagra como esencial en su artículo 17.

La razón de la recurrencia de este tipo de causas es la existencia de un conflicto normativo entre la legislación migratoria chilena y el derecho esencial a contraer matrimonio, lo que ha dado lugar a una práctica administrativa generalizada de negar el ejercicio de este a aquellos migrantes que se encuentran en Chile sin haber regularizado su residencia. En específico el DL 1.094 contiene en su artículo 76 una norma que exige que los servicios de Estado o Municipales soliciten de los extranjeros “que previamente comprueben su residencia legal en el país”, lo que se traduce en la práctica de los oficiales del Registro Civil de solicitar a los extranjeros que acrediten su identidad mediante la cédula de identidad chilena y al verificar que la persona no posee con este documento con motivo de su residencia irregular, se les niega la concesión de hora y fecha para la celebración del matrimonio³⁵⁷.

El conflicto se ha manifestado ante tribunales con la interposición de acciones de protección que alegan la vulneración al artículo 19 N°2 por la norma comentada, pues en la práctica su consecuencia es la imposición arbitraria de un requisito adicional para los ciudadanos extranjeros para poder ejercer el derecho esencial de contraer matrimonio, que es contar con un estatus migratorio determinado, por su condición de migrante. Así, pudimos detectar 19 sentencias que trataban este conflicto jurídico y que contenían dentro de su argumentación consideraciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De ellas 8 utilizaban el DIDH en su parte considerativa y en 11 solo fue utilizado por los ministros que redactaron el voto disidente sin que sus argumentos hayan logrado primar.

En la sentencia de la causa Rol N° 35.237-2016, la Corte Suprema se pronunció sobre el caso de una ciudadana dominicana en situación de irregularidad a quien le fue negada la hora para contraer matrimonio con un ciudadano chileno, por el motivo de no contar con su cédula de identidad, y que contaba además con una orden de expulsión vigente desde el año 2014. La Corte se ocupa primero de resaltar como el matrimonio es un derecho humano, y por qué resulta vinculante para el Estado garantizarlo:

³⁵⁷ El mismo conflicto normativo similar se detectó en otra de las sentencias seleccionadas por la utilización de DIDH de los migrantes. Ella trata del recurso de protección interpuesto por un ciudadano colombiano a quien le fue reiteradamente negada la posibilidad de reconocer a su hijo, debido a su condición de irregularidad, aludiendo el Registro Civil a la aplicación del artículo 76°. En este caso la Corte de Apelaciones de Santiago utilizó los estándares internacionales para delinear el marco de derechos que el Estado debía respetar y garantizar al recurrente sin importar su condición migratoria. Lo mismo realizó respecto del niño, citando varios derechos de la CDN. No se detectaron otras sentencias con el mismo uso, por lo que este no se categorizó al tratarse de un caso aislado, aun así, la sentencia resulta de interés al reforzar la inconstitucionalidad y anti-convencionalidad del artículo 76° y la primacía de las obligaciones estatales en el derecho interno. CA SANTIAGO. Rol N° 51704-2015, considerandos 5° y 6°.

“4°.- Que, por su parte esta Corte Suprema ha sostenido de manera reiterada que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos.”

5°.- Que el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias ha empleado como módulo de comparación para resolver la legitimidad de la legislación interna, la normativa internacional, en la medida que establezca disposiciones fundamentales a favor de las personas. De esta forma la norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulta plenamente aplicable en cuanto su artículo 17 contempla la protección de la familia, pues constituye “el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, idea que contempla igualmente el artículo 1° de la Constitución Política de la República, en cuanto dispone: “Es deber del Estado ..., dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación ...”. Luego reconoce la Convención “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio”. De todo lo expuesto se colige la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. De la misma forma, pero de manera expresa, se consagra la igualdad en dignidad y derecho de todas las personas, la igualdad ante la ley y la justicia, como en la tutela judicial de todas estas garantías”³⁵⁸.

Con esto, la Corte Suprema hace un reconocimiento explícito a la figura del bloque de constitucionalidad, afirmando que existen derechos fundamentales que no están expresamente señalados en la Constitución, pero que, sin embargo, resultan aplicables en virtud del artículo 5 de la CPR, cual es el caso del derecho al matrimonio contenido en la CADH. Del mismo modo la Corte afirma que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son de la más alta jerarquía, estando incluso por sobre el poder constituyente. Tras aclarar ese punto, y para delimitar su rol en la aplicación de las normas constitucionales, dentro de la que incorpora la normativa de la CADH, la Corte hace una profusa revisión de los criterios que diferencian la facultad que posee el Tribunal Constitucional de declarar la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de una norma, con la facultad que posee todo tribunal ordinario de controlar la correcta aplicación de la Constitución conforme al criterio temporal, o de derogación

³⁵⁸ El destacado es propio. CS. Rol N°35237-2016, considerandos 4° y 5°. En idénticos términos, la sentencia CS. Rol N° 35236-2016, considerandos 4° y 5°.

automática, cuando un precepto legal resulta incompatible con una norma constitucional posterior, concluyendo que no excede sus atribuciones al hacer una aplicación directa de la Constitución en esta última hipótesis³⁵⁹. Este razonamiento, si bien no lo expresa de forma abierta, defiende el deber del juez de realizar un control de convencionalidad de las normas aplicables al caso concreto, considerando como parte integrante de la normativa aquellas normas internacionales vigentes en nuestro ordenamiento.

El problema jurídico del caso, según la Corte Suprema, es determinar entonces si la norma contenida en el artículo 76 del Decreto Ley 1.094 guarda armonía con las disposiciones constitucionales que disponen el respeto a la dignidad de las personas, el deber del Estado de dar protección a la familia, el derecho a la igualdad ante la ley, y, por último, también la norma del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Política y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶⁰. Sobre este punto concluye:

“Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio se ese derecho. Por su parte la norma legal, indirectamente y por vía interpretativa la autoridad administrativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al ciudadano extranjero por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile.

Por tales razonamientos es posible concluir que la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975 se encuentra derogada por las diferentes disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de un extranjero que habita en Chile.

11°. - Que, en atención a lo razonado, careciendo de sustento legal que la respalde, el proceder de la autoridad del Registro Civil e Identificación es contraria a las normas constitucionales referidas y actualmente vigentes, por lo cual el recurso corresponde ser acogido, amparando los derechos fundamentales de la persona por quien se recurre, al infringirse la igualdad ante la ley y efectuarse discriminaciones arbitrarias a su respecto para contraer matrimonio”³⁶¹.

Así, finalmente la Corte Suprema acoge el recurso de protección ordenando dar fecha para la celebración del matrimonio, autorizando a la recurrente a identificarse a través de su pasaporte.

³⁵⁹ CS. Rol N° 35237-2016, considerando 6°. En idénticos términos CS. Rol N° Rol N° 35236-2016, considerando 6°.

³⁶⁰ Ibid., considerando 7° a 9°. En idénticos términos CS. Rol N° Rol N° 35236-2016, considerando 7° a 9°.

³⁶¹ El destacado es propio. Ibid., considerando 10° y 11°. En idénticos términos CS. Rol N° Rol N° 35236-2016, considerando 10° y 11°.

Como sabemos, la ratificación de un Tratado Internacional de Derechos Humanos acarrea muchas veces el reconocimiento de derechos no contemplados en la Constitución o en la legislación interna³⁶², ampliando el espectro de derechos individuales garantizados. Esto implica que la legislación interna que le antecede debe adaptarse a fin de contar con un sistema normativo coherente, lo que muchas veces no ocurre, siendo un deber para la judicatura a través de su labor interpretativa verificar que las prácticas y normativas que se le exponen en un caso individual guardan conformidad con los Derechos Humanos reconocidos. Eso es precisamente lo que acontece en este caso, sirviendo el DIDH para inaplicar aquellas normas que contraviene las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, en este caso, el artículo 76 del DL 1.094.

Pese a lo anterior, los tribunales han sido reticentes a asumir la labor de hacer el control de convencionalidad, lo que se refleja en que en la mayoría de los casos estas decisiones a favor de la protección de derechos no son uniformes. En la sentencia comentada, por ejemplo, existió un voto preventivo en la misma línea, pero también dos votos disidentes que estuvieron por rechazar el recurso de protección al considerar que la restricción impuesta por el Oficial de Registro civil, con base en el artículo 76, no transgredía la igualdad ante la ley. En este voto, las disidentes manifiestan:

*“por mandato legal el Servicio se encuentra obligado a denegar la solicitud de celebrar el contrato de matrimonio en relación con solicitantes que no comprueben su residencia legal y, en cambio, sí es posible acceder respecto de quienes cumplen ese presupuesto. Como los recurrentes, atendida la situación migratoria de la Srta. Rodríguez se encuentran en el primer caso, no puede reprocharse arbitrariedad en la conducta del Servicio de Registro Civil e Identificación.”*³⁶³.

Esta interpretación nos parece incorrecta e incompleta, pues ignora que la satisfacción del requisito de legalidad no excluye que una ley o su aplicación al caso concreto pueda ser arbitraria, como ocurre en este caso al establecer una exigencia adicional para los inmigrantes irregulares que no se justifica; y además no se hace cargo de argumentar cómo dicha norma prevalecería por sobre los derechos internacionalmente consagrados en un juicio de ponderación. La opinión expresada muestra una

³⁶² En el caso del derecho al matrimonio, solo existe un reconocimiento a su carácter de esencial en normas de rango legal, como en el art 2° de la ley de Matrimonio Civil, que indica: “La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente”.

³⁶³ Ibid., voto en contra, considerando 5°. Ministras Rosa Egnem S. y María Eugenia Sandoval.

percepción muy limitada del rol de la judicatura, sobre todo considerando que se encuentra conociendo de un recurso que tiene por finalidad garantizar la efectiva tutela de los derechos fundamentales.

En este tipo de argumentaciones se percibe como la condición de irregularidad de las personas migrantes impacta profundamente en su calidad de vida, privándosele por ese factor de derechos que poco y nada tienen que ver con la libertad de desplazamiento. Esta precarización del migrante es un problema de origen estructural, pues se asienta no solo en la ley, si no en idearios que supeditan bienes jurídicos de mayor entidad a un dato administrativo como este. Así, la vulneración original producida por la normativa es reproducida en su aplicación y posteriormente, con el respaldo jurisdiccional al acto administrativo.

La fuerte presencia de estas dos líneas contrarias de pensamiento en torno al tema queda patente al constatar que, en sentencias posteriores sobre hechos equiparables, la línea argumental que prima en el fallo recién revisado no es considerada. En su lugar la Corte Suprema optó en varias causas por declarar que la actuación del Registro Civil se ajusta al derecho por la existencia del artículo 76 del DL. 1.094 sin tomar nota de un conflicto normativo, y evitando mencionar derechos de Tratados Internacionales³⁶⁴. En un sentido similar, la Corte ha señalado que ante conflictos normativos de este tipo la acción correspondiente es la de inaplicabilidad, que debe ser deducida por la parte interesada, esquivando así la tarea de examinar la conformidad de la norma del artículo 76 del DL 1.094 con el resto del ordenamiento y el DIDH cuando las partes no hubiesen promovido dicha acción³⁶⁵.

Ante este panorama, destacamos la labor de los ministros Manuel Valderrama y Carlos Aránguiz, quienes se han encargado sistemáticamente de sostener una argumentación que recoge la preeminencia del artículo 17 de CADH, a través de la remisión que hace a ella el artículo 5 de la Constitución chilena, defendiendo además el rol del juez en orden a controlar la conformidad de las normas de menor jerarquía a aquellas que contiene derechos inherentes a la naturaleza humana. Esta argumentación fue detectada en numerosos votos de minoría³⁶⁶, insistiendo en que el carácter de esencial del derecho al matrimonio

³⁶⁴ Por dar un ejemplo, en la sentencia CS, Rol N° 19018-2017, la Corte indica: “Noveno: *Que en las condiciones antes descritas y establecido como está que, conforme a lo explicado, el servicio reclamado no ha negado el derecho del actor a contraer matrimonio, sino que le ha exigido en forma previa regularizar su situación migratoria, conforme a la normativa legal que al efecto rige en el país, no es posible atribuir ilegalidad ni arbitrariedad a la entidad recurrida. Además, no habiéndose esgrimido ni comprobado que las exigencias formuladas a quien acciona, no hayan sido requeridas a otras personas que se hubieren encontrado en igual condición a la que le afecta no procede entender configurada la vulneración de la garantía constitucional del N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República así como tampoco de la contenida en el N° 4 del mismo texto que se esgrimen conculcadas, razones todas por las que el recurso en examen no ha podido prosperar.*” CS, Rol N° 19018-2017, considerando 9°. También CS Rol N° 92.948-2016, considerando 3°; CS Rol N° 19.018-2017, considerandos 4° y 5°; CS Rol ° 28.014-2017, considerando 4° y 5°, entre otras.

³⁶⁵ CS Rol N° 92948-2016, considerandos 4° y 5°; CS Rol N° 19018-2017, considerando 6°; CS Rol ° 28014-2017, considerando 6°, entre otras.

³⁶⁶ Así ocurre en la sentencias CS Rol N° 43367-2016, considerandos 1, 2 y 7° redactados por los Ministros Carlos Aránguiz y Manuel Valderrama; CS Rol N° 44965-2016, considerandos 2°, 4°, 6°, 7° y 8° del voto disidente de los Ministro Aránguiz y

debe primar por sobre las disposiciones del DL 1.094. Esta labor resulta especialmente relevante si consideramos los resultados de nuestra recopilación jurisprudencial en torno a este tema. Encontramos que la defensa del derecho al matrimonio como un derecho humano forma parte de la posición mayoritaria en solo 8 sentencias³⁶⁷, número inferior a las 11 sentencias en que esta línea argumental fue minoritaria, contemplándose solo en votos disidentes. Esta disparidad de criterios en perjuicio de las personas migrantes preocupa, sobre todo al constatar que un mayor y mejor manejo del DIDH podría inclinar la balanza a favor de la efectividad los Derechos Humanos de estos.

5. Conclusiones.

La revisión de las sentencias que componen el uso mayoritario del DIDH en causas que involucran a personas migrantes da cuenta de una presencia bastante escasa de este orden de consideraciones por los jueces y juezas de nuestras Cortes.

Las temáticas que sobresalen permiten identificar claramente que los conflictos que despiertan una actitud más protectora de parte de la judicatura son aquellos que se relacionan con la composición familiar de los migrantes y la protección de derechos de terceras personas que se vinculan con ellos, siendo en la mayoría de los casos personas chilenas.

Así, en el grupo mayoritario de sentencia de migrantes que utilizan DIDH, se razona respecto de los derechos de los NNA, hijos o hijas de migrantes, a que se considere su interés superior, a no ser separados de sus padres, a la educación, a la identidad, entre otros de menor presencia. Se distingue una jurisprudencia sólida en torno a utilizar a la CDN como límite a la discrecionalidad en causas sobre expulsiones o negativas de ingreso.

Desde un enfoque netamente práctico, esto constituye un avance innegable en el bienestar de las personas migrantes, que se ven beneficiadas por el alcance de los derechos humanos reconocidos, en estos casos,

Valderrama; CS Rol N° 44989-2016, considerandos 1°, 2° y 7° Ministro Aránguiz y Lagos; CS Rol N° 92948-2016, considerandos 1°, 2° y 7° del voto disidente redactado por el Ministro Manuel Valderrama; CS Rol N° 18206-2017, considerandos 6°, 7°, 8° y 9° del voto disidente de los Ministros Aránguiz y Valderrama; CS Rol N° 19018-2017 considerandos 2°, 3°, 4°, 6°, 7°, 8° y 9°; CS Rol N° 28014 2017 considerandos 1° y 4° voto disidente ministro Valderrama (también en el considerando 2° del voto disidente de la Ministra Etcheverry, aunque mucho más escueta su referencia al DIDH); CS Rol N° 37806-2017, considerandos 1°, 2° y 7° del voto disidente del Ministro Valderrama; CS Rol N° 38750-2017, voto disidente de los Ministros Muñoz y Valderrama considerandos 1°, 2° y 7°; y CA SANTIAGO 13725-2017, voto en contra del Ministro Jorge Zepeda Arancibia. También en los votos preventivos de las sentencias CS 30221-2017, considerandos 1°, 2° y 7° del Ministro Aránguiz; CS Rol N° 5067-2017, considerandos 2°, 4°, 6° y 7° del Ministro Aránguiz; y de CS Rol N° 5073-2017, considerandos 1°, 2° y 7° del Ministro Aránguiz.

³⁶⁷ Además de las ya citadas, se encuentra esta posición en las sentencias: CA SANTIAGO Rol N° 1613-2017, considerando 3° y 4°; CA SAN MIGUEL. Rol N° 1809-2017, considerandos 4° y 5°; CS, Rol N° 4732-2017, considerando 4°, 5° y sges; CS, Rol N° 5067-2017, considerando 3° y 4°; CS, Rol N° 5073-2017 considerando 3° y 4°; CA SANTIAGO, Rol N° 13932-2017, considerandos 6° y 7°.

a sus hijos e hijas. Pero desde un enfoque sustantivo, no puede dejar de advertirse que el grueso de casos que afectan a personas migrantes, los derechos humanos mencionados no le pertenecen al principal interesado y sujeto activo de la acción, sino a un tercero, cuya protección se pone en una posición prioritaria. Solo muy marginalmente se alude al propio derecho del afectado a la vida familiar, o el derecho a la protección familiar, estando contenido este enfoque en sólo una sentencia. Ya se ha señalado que la protección de NNA en el ámbito de las migraciones es prioritaria también en el plano internacional, dada su doble vulnerabilidad, pero el cumplimiento de estas obligaciones en ningún caso es incompatible con la protección de las personas migrantes, quienes cuando menos debiesen ser reconocidos como sujetos protegidos por el DIDH.

Esta ausencia habla de la brecha que existe entre los derechos efectivamente garantizados a los migrantes en comparación con los garantizados a los nacionales, disociación que subsiste pese al numeroso reconocimiento de derechos para este grupo en el ámbito internacional y la formulación inclusiva de los derechos fundamentales en nuestra Constitución Política.

Sobre el segundo grupo mayoritario, referente al derecho al matrimonio, la primera diferencia que aprecia, en relación con el grupo anterior, es que no existe una postura jurisprudencial clara y consistente. Por el contrario, se encuentran sentencias totalmente antagónicas para hechos equivalentes, y que una de las posturas gane o constituya un voto de minoría depende al parecer de la composición del tribunal. Esto nos permite entender con claridad como incorporar o no el DIDH puede ser el punto definitorio para encauzar una decisión en un sentido u otro. La utilización de los estándares internacionales por los tribunales asegura de mejor forma que las decisiones que estos emitan sean efectivamente las que mejor realicen los derechos en juego, y además la generalización de este uso permitiría resguardar la seguridad jurídica, unificando los criterios en base a un parámetro estrictamente normativo.

Desde un punto de vista sustantivo, las argumentaciones expresadas en estas sentencias si reconocen directamente a los migrantes la titularidad de un derecho esencial, que además no se encuentra contemplado en nuestra CPR, como lo es el derecho al matrimonio. Si bien se trata de un derecho que se ejerce juntamente con un tercero, el reconocimiento de esta titularidad implica poner a la persona migrante en un plano de igualdad como sujeto del DIDH y de las obligaciones estatales que derivan de él, lo que constituye un gran avance. De todas formas, se advierte un correlato entre estas sentencias y las que utilizan la CDN, al insertarse dentro del contexto de la valoración del vínculo familiar, y no otras esferas como la autodeterminación o la libertad, lo que se explicita en las sentencias.

Así, la valoración de la familia es la principal razón que se esgrime para ampliar el espectro de derechos individuales que se le reconocen al extranjero en la jurisprudencia local; reconociéndole titularidad sobre

el derecho a contraer matrimonio, y en muy menor medida e indirectamente, reconociéndole titularidad un derecho a formar familia o a la protección familiar, mediante la vía de la protección que se otorga a los derechos de sus hijos.

CAPÍTULO VI: RECEPCIÓN SUSTANTIVA DEL DIDH DE LOS MIGRANTES, OTROS TEMAS DE INTERÉS.

Para complementar el análisis ya efectuado, se expondrán en este capítulo otros usos del DIDH relativos a causas que involucran a una persona migrante, que fueron observados en el curso de esta investigación, aunque con una menor recurrencia a la de los usos ya expuestos.

1. Límites a las potestades discrecionales de la autoridad migratoria.

Como se revisaba en el capítulo II, nuestra legislación migratoria se caracteriza por otorgar un amplio margen de acción a las autoridades para decidir acerca de aspectos tales como la solicitud de ingreso de un extranjero al territorio nacional, o si emitir o no una orden de expulsión, existiendo expresamente una autorización de la norma a actuar discrecionalmente. A raíz de esta situación, pudimos identificar nuevamente el cuestionamiento del ejercicio de estas facultades por parte de los agentes del Estado, por ser arbitrario, a través de la interposición de acciones como el recurso de amparo, protección; y para el caso de las expulsiones (aunque en menor medida), mediante el reclamo de expulsión³⁶⁸.

Los razonamientos de las Cortes de Apelaciones y Suprema han sido variados frente a estos casos, aunque podemos distinguir que en los últimos años los tribunales han adoptado una línea cada vez más consistente en orden a acoger este tipo de acciones por considerar que la autoridad administrativa cae en la arbitrariedad. En este sentido existe una sentencia que marca un punto de inflexión en los criterios sostenidos hasta entonces y que resulta determinante para la jurisprudencia venidera.

Esta corresponde al pronunciamiento de la Corte Suprema en la sentencia Rol N° 11.521-2014, caratulada Soufien Lahouel contra Ministerio de Relaciones Exteriores, que trata sobre un ciudadano tunecino que solicitó ante el consulado de Chile en Marruecos un permiso de residencia definitiva, tras contraer matrimonio en el extranjero con una ciudadana chilena. Habiendo sido rechazada esta solicitud sin expresión de fundamentos, a través de un correo electrónico, su esposa interpuso un recurso de amparo en contra de la decisión. La acción fue acogida en primera instancia, y tras la apelación realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Corte Suprema se pronunció confirmando la sentencia de primera instancia, y realizando un razonamiento que hace uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

³⁶⁸ Se contabilizan aquí dos reclamos de expulsión. CS. Rol N° 10.916-2014 y Rol N° 11000-2014.

En primer lugar, la Corte Suprema rescata que en el texto constitucional los derechos constitucionales son garantizados por el Estado a “toda persona”, con lo que no cabe distinción entre nacionales y extranjeros, estando esta idea especialmente reforzada en relación al artículo 19 N° 7, que consagra la libertad ambulatoria, por volverse a incluir en su redacción la voz “toda persona”, coligiéndose de eso que todo extranjero tiene el derecho de entrar libremente a nuestro país, y no solo una mera posibilidad³⁶⁹. Reitera esta idea al señalar en sus puntos resolutivos, que se “*ha privado al amparado del derecho de entrar libremente a nuestro país consagrado en la letra a) del numeral 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República*”³⁷⁰. Esto resulta en suma relevante pues con esta afirmación la Corte Suprema interpreta que la regla Constitucional sobre el ingreso de extranjeros al territorio nacional es más beneficiosa que la regla general en el derecho internacional, que no reconoce un derecho a ingresar a un país que no sea el de origen.

Reconoce la Corte la potestad discrecional que posee la autoridad administrativa respecto del otorgamiento de visas, y la caracteriza como una herramienta que otorga un “*margen de libertad para decidir de una manera u otra sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenida en una norma jurídica*”. Pero limita su alcance utilizando la normativa constitucional, al afirmar de inmediato que “*no obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona*”, pues la autoridad “*aún en el ejercicio de su competencia – está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que evidentemente se incluye el derecho a la libertad personal y la seguridad individual del artículo 19 N° 7*”³⁷¹.

Complementa esta restricción a la autoridad administrativa utilizando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (aunque la Corte habla de Derecho Humanitario), señalando que:

“el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados parte deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero. Así, aunque en principio 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, 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 13 y 14 que las reglas que limitan el derecho de ingreso de un

³⁶⁹ El destacado es propio. CS. Rol N° 11.521-2014, considerando 3°.

³⁷⁰ El destacado es propio. Ibid., considerando 12°.

³⁷¹ Ibid., considerando 5°.

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”³⁷².

Apreciamos en este orden argumentativo que sigue la Corte un uso sustancial del DIDH, integrando los ordenamientos nacional e internacional, robusteciendo el estándar que debe respetar la autoridad administrativa al emitir una decisión respecto del ingreso de un extranjero al país. Luego, en relación a este punto, concluye:

“Que así, de las normas que regulan las solicitudes y otorgamiento de visas para que un extranjero ingrese al país se colige que la autoridad posee una potestad discrecional para concederlas o denegarlas, pero en este último caso la decisión deberá respetar el principio de juridicidad, comenzando por los derechos fundamentales protegidos por la carta fundamental, ser además proporcional y siempre deberá expresar los hechos y fundamentos de derecho, es decir, los motivos para tal decisión, entre los que tendrá especial atención la conveniencia o utilidad que reporte al país la concesión de la visación de residente de que se trate, y el perjuicio de terceros”³⁷³.

Como se observa, la Corte Suprema valida el uso del concepto de “conveniencia o utilidad nacional” para la evaluación de una autorización de ingreso al territorio chileno. Este concepto, presente en los artículos 13 del DL 1.094 y 138 del reglamento de extranjería, habilita el rechazo de las solicitudes de visa por resultar contrario a la conveniencia o utilidad nacional, sin otorgar luz respecto del contenido de dicho concepto. Para concretarlo, la Corte Suprema sigue al Tribunal Constitucional³⁷⁴, indicando:

“la tesis que manifiesta una utilidad puramente estatal debe sortear una dificultad normativa dispuesta en la propia Constitución. El propio artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución,

³⁷² El destacado es propio. Ibid. Reproducido en los mismos términos en CS, Rol N° 1059-2015, considerando 4º; CS. Rol N° 3990-2017, considerando 6º; CA IQUIQUE: Rol N° 56-2015, considerando 5º. CA IQUIQUE. Rol N° 66-2015, considerandos 5º y CA IQUIQUE. Rol N° 105-2016, considerando 5º. También CA ARICA. Rol N° 48-2017, considerando 5º.

³⁷³ El destacado es propio. Ibid., considerando 4º.

³⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (TC), rol N° 2273-12-INA. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 1º del artículo 13 del DL N° 1.094 de Extranjería, en los autos Rol N° 21751-2012, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el jefe del Departamento de Extranjería y Migración*. Sentencia de 4 de julio de 2013: considerando 45º.

cuando dispone que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, nos indica que la ecuación de la “conveniencia” y la “utilidad” que hay que tomar en cuenta es la del individuo y que las finalidades del Estado se enmarcan en el desarrollo de la persona humana. Por tanto, salvo en el caso de la reciprocidad en donde se manifiestan fuertes correlaciones interestatales, en los demás el Estado ejerce estas facultades de manera vicaria como un modo de cumplimiento de los derechos fundamentales, tanto de la sociedad a la que sirve como de los individuos que la integran³⁷⁵.

Así, la Corte resuelve que el concepto de conveniencia y utilidad existente en el DL 1094 y su reglamento debe ser reinterpretado, concluyendo que el interés estatal se identifica con el interés del individuo de acuerdo a lo prescrito en el artículo N° 1 de la Constitución, y, por ende, debe tomar en consideración los derechos establecidos en favor de este para evaluar que una decisión es conveniente o útil. Siendo ambas normas anteriores a la entrada en vigencia de numerosos tratados internacionales de derechos humanos, el estándar mínimo de derechos debe comprender también los criterios trazados en el ámbito internacional, y el ejercicio de la potestad discrecional concedida a la administración debe situarse dentro de los márgenes del actual marco normativo con esta doble vertiente nacional e internacional, cuyo contenido se detalla en la sentencia:

“La autoridad administrativa, "En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N° 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el

³⁷⁵ El destacado es propio. CS. Rol N° 11.521-2014, considerando 7°.

ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona³⁷⁶.

Destacamos este razonamiento pues es, precisamente, el objetivo perseguido por el desarrollo del derecho internacional de los migrantes, a saber, que exista una retroalimentación entre el derecho interno y el internacional que redunde en una mayor protección de derechos para las personas migrantes, contribuyendo a erradicar las vulneraciones a las que se ven expuestos. La Corte Suprema, contrasta en función de este parámetro lo realizado en el caso concreto por la autoridad y dice que:

“(…) los elementos señalados por la autoridad para denegar la solicitud de visa, tales como no hablar español, no tener un trabajo conocido o haber salido sólo una vez de su país de origen, deben considerarse motivos infundados, lo que importa claramente una discriminación arbitraria, y por ello no pueden subsumirse dentro del estándar de conveniencia o utilidad que las normas de extranjería consignan para el ejercicio de una potestad discrecional por parte de la autoridad administrativa; en tanto que, como ya se ha señalado, en la actualidad dichos estándares deben ser interpretados bajo el prisma de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1, y del artículo 2 de la Ley N° 20.609, además de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile que se encuentran vigentes, y del numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica.”³⁷⁷.

Al realizar esta interpretación del concepto de “conveniencia y utilidad nacional”, lo que hace la Corte Suprema es incorporar DIDH a la norma legal, concretando su contenido a la luz de los derechos individuales del extranjero. Nos parece que se trata de un uso novedoso del DIDH por parte de la Corte Suprema, y que tiene el mérito de lograr una aplicación armónica entre la norma nacional y la internacional, resolviendo una aparente antinomia entre ambos estatutos. Esta lectura constituye un avance respecto de otros fallos observados en esta tesis, como la sentencia Rol N° 19-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que identificaba a este concepto con la protección de la seguridad nacional. Lo que propone la Corte no es una revisión a posteriori de la razonabilidad de la decisión administrativa, sino que lo conveniente o útil para el país coincidirá con la solución más protectora de los derechos de la persona humana.

³⁷⁶ El destacado es propio. Ibid.; considerando 7°. Reproducido en CS 1.059-2015, considerando 6°.

³⁷⁷ El destacado es propio. Ibid.: Rol N° 11.521-2014, considerando 11°.

El criterio adoptado por la Corte Suprema en esta causa fue reproducido en idénticos términos en la causa Rol N°1.059-2015, siendo estas dos sentencias citadas en jurisprudencia posterior, encontrándose la misma cita en dos fallos de la Corte de Apelaciones de Iquique³⁷⁸.

2. Debido proceso.

Otro de los aspectos considerados al conocer causas en que el actor cuestiona las facultades discrecionales de la autoridad administrativa para permitir el ingreso al país o dictar una orden de expulsión es la observancia del derecho al debido proceso. En este sentido y como ya se mencionó el estándar internacional indica que las garantías referidas al debido proceso tienen aplicación no solo en los procedimientos penales, sino también en todos aquellos que puedan potencialmente lesionar Derechos Humanos, incluyéndose en este grupo los procedimientos migratorios. Este es el ángulo que ha abordado la Corte de Apelaciones de Copiapó en su jurisprudencia, siendo este el único uso identificado en aquel tribunal:

“En relación a los derechos de los migrantes, el principio de debido proceso está inserto en los procedimientos migratorios, con el fin de proteger a estas personas de la violación de sus derechos ante autoridades tanto del actuar judicial como administrativo, exigiéndose en el Derecho Internacional la necesidad de adoptar a nivel regional algunas normas mínimas uniformes para garantizar los derechos de las personas migratorias que se encuentren sometidas a procedimientos judiciales, penales o administrativos de cualquier índole, esto es, un piso mínimo de debido proceso al que tienen derecho todos los migrantes cualquiera sea su situación, exigencia que es la que se advierte en forma manifiesta que no se cumplió en la especie respecto de la recurrente y respecto de los cuales se han pronunciado en forma reiterada y uniforme los sistemas universal e interamericano de Derechos Humanos, en términos de consagrar el debido proceso como una garantía y derecho con cabal aplicación en los procedimientos migratorios (Declaración Universal art. 10; PIDCP art. 13 y 14; Declaración Americana art. XVIII; Convención Americana art. 8; Comité de Derechos Humanos Comentario General No. 15 par. 9 y 10. El Comité de Derechos Humanos ha protegido a los extranjeros contra expulsiones arbitrarias, entre otros, en los siguientes casos: Maroufidou v. Sweden (58/79); Hammel v. Madagascar (155/83); V.M.R.B. v. Canada (236/87); Giry v. Dominican Republic (193/85). En términos más amplios, respecto de las garantías judiciales en procedimientos administrativos se

³⁷⁸ Ver CS. Rol N° 1059-2015, considerando 6°; CA IQUIQUE. Rol N° 66-2015, considerandos 6° y CA IQUIQUE. Rol N° 105-2016, considerando 6°.

ha pronunciado el sistema interamericano de Derechos Humanos, Constitutional Court Case, Judgment of 31 January 2001, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No.71 (2001) at paras. 68-71, entre otros)³⁷⁹.

Así, la Corte de Copiapó ha insistido, apoyada en el DIDH, de la necesidad de respetar al menos el derecho a ser oído, y a presentar pruebas en su caso, constatando vulneraciones respecto de ambos derechos en los procedimientos migratorios. Cuestiona también la costumbre de plasmar una argumentación meramente formal en las resoluciones de expulsión³⁸⁰.

Otra interpretación en torno al debido proceso se observa en la sentencia Rol N° 3.990-2017, de la Corte Suprema. En esta sentencia la Corte conoció de un recurso de amparo deducido en favor de una ciudadana boliviana, de 64 años, quien había ingresado a nuestro país a la edad de 18 años. La amparada contaba con tres hijos chilenos nacidos los años 1972, 1975, y 1984, y producto de esta permanencia, obtuvo permiso de residencia el año 1984. El año 2009 se emitió un decreto de expulsión en su contra, que tenía como fundamento una condena por tráfico de drogas del año 2001, que a la fecha de la decisión ya se encontraba cumplida. Recién el año 2014, la Policía ejecutó la orden de expulsión obligando a la amparada a abandonar el país; paralelamente se emitió una prohibición de ingreso.

Además de seguir la línea argumentativa presentada en la sentencia Rol N° 11.521-2014, la Corte Suprema, considera también la CTMF:

“7°.- 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”³⁸¹.

Acto seguido, hace énfasis en el debido proceso como el mecanismo a través del cual la amparada podría haber expuesto su situación familiar y de arraigo:

³⁷⁹ El destacado es propio. CA COPIAPÓ. Rol N° 290-2015, considerando 8°. En los mismos términos CA COPIAPÓ. Rol N° 202-2016, considerando 9°; CA COPIAPÓ. Rol N° 328-2015, considerando 7°; CA COPIAPÓ. Rol N° 341-2015, considerando 8°; CA COPIAPÓ. Rol N° 186-2017, considerando 7°.

³⁸⁰ CA COPIAPÓ. Rol N° 290-2015, considerando 8°. En los mismos términos CA COPIAPÓ. Rol N° 202-2016, considerando 9°; CA COPIAPÓ. Rol N° 328-2015, considerando 7°; y CA COPIAPÓ. Rol N° 341-2015, considerando 8°.

³⁸¹ El destacado es propio. CS. Rol N° 3990-2017, considerando 7°.

“9.- 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 la amparada, de actuales 64 años de edad, haya permanecido más de cuatro décadas en el país, con permiso de residencia definitiva, contrajo matrimonio en Chile y tiene tres hijos, nada de lo cual ha sido siquiera ponderado por la autoridad, insistiéndose solo en una condena impuesta hace más de 15 años, coartando a la afectada 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”³⁸².

Si bien la Corte decide razonar en torno al debido proceso, el límite que realiza a las potestades discrecionales en el procedimiento sufrido por la amparada atañen más bien a derechos de orden familiar y de arraigo ya revisados, construyendo la Corte esta tesis para reconducir este tipo de consideraciones a un derecho de corte clásico como lo es el Debido Proceso.

3. Libertad ambulatoria.

Se da un uso menos relevante, tanto en términos numéricos como sustantivos, del derecho a la libertad personal y seguridad individual, y la libertad ambulatoria, mencionando su vertiente internacional, al tener fuente en el artículo 7° inciso primero y en el N° 2 del artículo 22° de la CADH, respectivamente³⁸³.

Así se manifiesta por ejemplo la Corte de Apelaciones de Santiago:

“Conforme fluye de la declaración contenida en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la base principal de nuestra institucionalidad está dada por el reconocimiento de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La libertad es un derecho ampliamente protegido en nuestro ordenamiento jurídico. De las diversas manifestaciones de ese principio fundamental, tanto el artículo 19 N° 7 de la Constitución como los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, amparan específicamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual”³⁸⁴.

³⁸² Ibid.: considerando 9°.

³⁸³ CA IQUIQUE. Rol N° 42-2016, considerando 6°.

³⁸⁴ CA SANTIAGO. Rol N° 1780-2015, considerando 3°.

Dicho uso no tiene mayor alcance que resaltar la doble protección de este derecho, sin profundizar en sus implicancias en el caso concreto.

4. Nacionalidad.

Por último, también fueron detectadas sentencias emitidas en el contexto de la acción procesal de reclamación de Nacionalidad. La problemática abordada es la costumbre que existió entre los años 1995 y 2014, de parte de los operadores del Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación de inscribir a los hijos de las personas migrantes con permiso de turismo o en situación irregular como “hijo de extranjero transeúnte”. Al respecto la Corte se manifestó en más de una oportunidad en contra de dicha práctica, utilizando en algunas ocasiones consideraciones que incorporan DIDH, principalmente relativas al derecho a la nacionalidad consignada en la CADH, en su artículo 20, y en dos sentencias el artículo 70 de CDN.

“Noveno: Que resulta también pertinente invocar la legislación internacional de Derechos Humanos sobre la materia. Al efecto, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, señala que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Como puede apreciarse, la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada”³⁸⁵.

Esta utilización, sin embargo, es puramente nominal, por lo que no hallamos en ella un uso de mayor profundidad que permita su análisis.

Tras los fallos de la Corte Suprema que reconocían la nacionalidad chilena a los menores hijos de extranjeros irregulares, el Estado ha reconocido que la práctica del Registro Civil estaba basada en una interpretación del artículo 10 de la CPR contraria a derecho, que ponía a los menores en situación de apátrida. Es por esto que se trata de un tema zanjado y desde entonces la problemática ha sido abordada por la vía administrativa, existiendo en la actualidad el programa “Chile reconoce”, a través del cual se pretende regularizar la situación de los menores que aun están inscritos como “hijo de extranjero transeúnte”, reconociéndoles la nacionalidad chilena sin llegar a un procedimiento judicial.

³⁸⁵ El destacado es propio. CS. Rol N°4.727-2014, considerando 9°. En el mismo sentido: CS. Rol N°5.482-2013, considerando 8°; CS. Rol N°7.580-2013, considerando 8°; CS. Rol N°10.897-2013, considerando 8°; CS. Rol N°14.657-2013, considerando 8°; CS. Rol N°14.948-2013, considerando 8°; y CS. Rol N°16.044, considerando 8°.

5. Igualdad y No Discriminación. Sentencia Rol N° 4757-18 del Tribunal Constitucional.

Para finalizar la revisión de jurisprudencia se comentará el fallo Rol N° 4757-18-CDS³⁸⁶ conocido por el Tribunal Constitucional en el mes de julio de este año. Si bien, el objetivo de esta tesis es la revisión del uso sustantivo de DIDH por parte de los tribunales ordinarios, específicamente las Cortes de Apelaciones y Suprema, este fallo resulta de gran interés. El TC ya se había pronunciado sobre la temática migratoria, al conocer del fallo Rol 2273-2012-INA³⁸⁷, que ha sido citado algunas de las sentencias seleccionadas en esta memoria. Comparar las diferencias de criterios entre pronunciamientos resulta clarificador respecto de la posición actual de esta magistratura en torno a los cambios que se vienen planteando en la política migratoria.

La causa trata sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios en el mes de mayo de 2018, en contra del Decreto Supremo N° 776 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante DS o DS N° 776), que estableció el requisito de visto consular para los nacionales de Haití que ingresen a Chile en calidad de turistas³⁸⁸. Los requirentes de dicha acción argumentaron que el DS era inconstitucional por dos razones: 1) resultaba contrario al principio de juricidad, consagrado en el artículo 7° inciso segundo de la CPR, al carecer de fundamentos razonables; y 2) resultaba contrario al derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la carta fundamental, al establecer una discriminación arbitraria.

Desde un punto de vista normativo, el Decreto se sustenta en el artículo 45° del DL 1094, que indica:

“Artículo 45.- Los turistas deberán estar premunidos de un pasaporte u otro documento análogo, otorgado por el país del cual sea nacional y quedarán exentos de la obligación de obtener visación consular.

No obstante, por razones de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá establecer mediante decreto supremo, firmado por los Ministros del Interior y de Relaciones Exteriores, la obligación para los turistas de obtener un registro previo de sus pasaportes en el Consulado Chileno correspondiente o por quien lo represente. En todo caso, en virtud de Acuerdos y Convenios suscritos por el Gobierno de la República, se podrá permitir el

³⁸⁶ TC, rol N° 4757-18-CDS. *Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 776, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que Establece Visto Consular de Turismo a Nacionales de Haití, publicado en el Diario Oficial el 17 de abril de 2018.* Sentencia de 19 de julio de 2018.

³⁸⁷ TC, rol N° 2273-12-INA.

³⁸⁸ Decreto N° 776 (2018). Como se trató en el Capítulo III este decreto se inserta dentro de la nueva política migratoria planteada por el gobierno de Sebastián Piñera. Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería (2018): medidas administrativas con efecto inmediato N° 2.

ingreso de extranjeros al país en calidad de turistas con las modalidades y requisitos que ellos señalen. Los turistas que sean nacionales de un país con el cual Chile no mantenga relaciones diplomáticas deberán estar premunidos de pasaportes, y registrarlos en el Consulado Chileno o en el que lo represente, y de pasaje de regreso a su país o a otro con respecto al cual tenga autorización de entrada (...)³⁸⁹.

Conforme a este artículo, los fundamentos esgrimidos en el acto administrativos apuntan a configurar la finalidad del “interés nacional”, para justificar la imposición del requisito de registro de las visas de los nacionales haitianos antes de viajar a Chile con motivos de turismo. El DS señala:

“Considerando:

- 1.- Que es de interés nacional dotar al país de una migración ordenada, segura y regular.
- 2.- Que el aumento sostenido de ciudadanos de origen haitiano que ingresan al país con fines declarados de turismo realidad insoslayable.
- 3.- Que, al permanecer en Chile, más allá del tiempo previsto para los turistas, expone a los migrantes y a sus familias a ser objeto de redes de tráfico de personas y a otros riesgos derivados de su situación irregular en el país.
- 4.- Que tales circunstancias exigen una gestión integral que tienda a la gobernabilidad migratoria, permanencia regular en el país, protección al migrante y ejercicio pleno del estado de derecho³⁹⁰.

Analizando la controversia, la postura mayoritaria del TC estuvo por refrendar la constitucionalidad de la medida. Así, en el fallo, el TC analizó los motivos del DS recién transcritos, deteniéndose en los considerandos 2° y 3°. Sobre el considerado 2°, el Tribunal estimó que la referencia al aumento cuantitativo de la migración haitiana resultaba suficiente motivación y que los cuestionamientos respecto de la falta de sustento fáctico de la afirmación se veían salvados al complementarla con la información que el Presidente de la República aportó en las observaciones al requerimiento³⁹¹. Luego, sobre el fundamento esgrimido en el considerando 3°, el tribunal indicó que se trata de una afirmación sobre el futuro, cuya realización no puede ni le compete prever. El fallo concluye que basta con la intención que se expresa en ambos considerandos para configurar un motivo de “interés nacional”, tal como exige en el artículo 45° del DL 1.094 para fijar la condición excepcional de registro consular del visado³⁹². En

³⁸⁹ El destacado el propio.

³⁹⁰ Decreto N° 776 (2018): considerando 1° a 4°.

³⁹¹ TC, rol N° 4757-18-CDS: considerando 10°.

³⁹² Ibid.: considerando 12°.

criterio del tribunal, el DS cuenta con una fundamentación y una finalidad suficientes y coherentes con la Constitución, con lo que no se configura un vicio de inconstitucionalidad con relación a su juricidad³⁹³.

El TC se abocó luego a estudiar el segundo reparo de constitucionalidad de los requirentes: la incompatibilidad con la igualdad ante la ley. Es respecto a este punto que observamos las faltas más evidentes del fallo, pues el análisis no se realiza en base a la Constitución o al principio de igualdad, sino más bien respecto a las posibilidades que el DL 1.094 ofrece para plantear distinciones en base a la nacionalidad. Sobre este punto, el TC señala:

“el artículo 45 de esa Ley sobre Extranjeros sí faculta a la autoridad para hacer una diferencia según nacionalidad, por razones de interés nacional y a objeto de registrar previamente sus pasaportes de turistas. Por eso es que el DS N° 776, emitido en su virtud, no hace las veces de un reglamento ilícito, estableciendo que la ley se vaya a aplicar en el futuro exclusivamente a los turistas haitianos, ni excluye a priori la posibilidad de requerir el registro a otros ciudadanos extranjeros, mediante otro decreto supremo que se pueda dictar en el porvenir, ante situaciones análogas”³⁹⁴.

Agrega el TC:

“(…) se está en presencia aquí de un decreto presidencial que, por su propia naturaleza y por mandato legal, debe efectuar diferencias en razón justamente de la nacionalidad de sus destinatarios. Si el problema que el Decreto objetado trata de remediar se ha producido en relación con los turistas haitianos, es obvio que el mismo tratamiento no se puede hacer extensivo a los turistas provenientes de otro país, sin riesgo de incurrir en una indebida equiparación entre desiguales”³⁹⁵.

El problema al que apunta el Tribunal es el aumento del ingreso de haitianos, y la supuesta irregularidad a la que aquellos se arriesgan, haciendo eco de los dichos del ejecutivo. Por último, el TC revisa muy someramente la finalidad, racionalidad y adecuación de la medida. Sobre su finalidad, señaló que ella es “*el efectivo cumplimiento de las leyes que regulan el ingreso de personas a Chile en calidad de turistas*”, que configuraría el interés nacional ya esgrimido. Dicho objetivo sería racional y constitucional, al insertarse dentro del mandato de ejecución del DL 1094 que se encarga al poder ejecutivo, y

³⁹³ Ibid.: considerando 13°.

³⁹⁴ Ibid.: considerando 17°.

³⁹⁵ El destacado es propio. Ibid.

encontrándose la medida contemplada en dicha ley. Por último, se afirma la adecuación de la medida, al ser útil para lograr el fin propuesto³⁹⁶. Declara en conclusión la constitucionalidad del DS N° 776.

Nos parece que la postura adoptada por el TC es la consecuencia de un análisis jurídico que adolece de importantes omisiones. Antes de realizar un análisis propio, se debe destacar que esta posición no fue unánime, existiendo un voto disidente, al cual concurren los Ministros Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva. Los Ministros estuvieron por acoger el requerimiento parlamentario, y el razonamiento contenido en la disidencia es sumamente interesante, por incorporar DIDH de los migrantes, y por realizar un razonamiento pormenorizado en torno al impacto de la medida del DS N° 776 en el principio de igualdad. Por estas razones revisaremos brevemente lo expresado en la disidencia.

Los jueces disidentes concuerdan con la mayoría en que no existen vicios de constitucionalidad en relación a la juricidad de la medida³⁹⁷. Respecto de la motivación, reconocen que en el acto administrativo efectivamente contaba con una enumeración de fundamentos, por lo que no se puede hablar de ausencia de estos. El problema se reconduce a si la motivación es o no razonable en virtud de la igualdad ante la ley. En consecuencia, la discusión central se plantea respecto del test de igualdad y no discriminación, que coincide con la segunda objeción de constitucionalidad de los diputados requirentes.

El voto de minoría realiza este examen desde dos perspectivas, a fin de desestimar lo fallado en la sentencia. El primer enfoque se realiza desde la igualdad formal, concluyendo que el DS N° 776 no satisface el test de no discriminación. Para hacerlo, la medida fijada para los nacionales haitianos debería ser “*cuantitativamente igual, cualitativamente similar y corresponder al marco normativo que guía las relaciones transfronterizas en el paso migratorio de un modo de trato perfectamente idéntico al de cualquier país*”³⁹⁸, lo que no ocurre, por el contrario, la regla general del artículo 45° del DL 1094 es que los extranjeros puedan ingresar como turistas sólo con su pasaporte. Si bien, el inciso 2° de dicho artículo habilita para establecer excepciones, se trata precisamente de excepciones, por lo que deben justificarse. Pese a que se intenta mostrar que el uso de esta excepción es habitual, existiendo otros países en la misma situación, los datos aportados por la Presidencia permiten observar que el requisito de visto consular que exige el DS N° 776 no corresponde con lo establecido para la generalidad de los países del mundo que poseen algún grado de relación con Chile³⁹⁹, ni en especial con los países que pertenecen a América

³⁹⁶ Ibid.: considerando 19°.

³⁹⁷ Ibid.: voto disidente considerandos 45° a 51°.

³⁹⁸ Ibid.: voto disidente considerando 85°.

³⁹⁹ Ibid.: voto disidente, considerando 87°.

Latina⁴⁰⁰. En síntesis, se trata de una política muy excepcional que exige ser analizada desde una perspectiva sustancial⁴⁰¹.

Desde la óptica de la igualdad sustantiva, hace falta incorporar al análisis factores adicionales que evaluar si al DS N° 776 subyace una discriminación o le siguen efectos discriminatorios. En primer término, la medida que se plantea no es tan solo el requisito excepcional de autorización consular para ingresar al país en calidad de turista, permitida en el artículo 45° del DL de extranjería. También se establece un plazo de 30 días para hacer uso del pasaporte, por una sola vez y 30 días para permanecer en Chile. La regla general para el resto de las nacionalidades, y hasta hace poco también para los nacionales de Haití, es un plazo de 90 días para hacer el ingreso a Chile y una permanencia de 6 meses. En este esquema, los Ministros disidentes interpretan el tratamiento que se da a las personas haitianas de la siguiente forma: *“Son menos que un turista, solo tienen una opción para ingresar al país y el período por el cual se les otorga es abiertamente insuficiente para ejercer los derechos de regularización y cambio del estatuto migratorio que la ley contempla”*⁴⁰².

Razonando en torno al criterio de diferenciación utilizado, la nacionalidad, el voto de minoría argumenta en varios momentos que en el caso de la población haitiana este incorpora además otras categorías. Los ministros indican:

“104. El intento de diferenciar el tratamiento de ingreso al país entre aquellas nacionalidades a las que se les exige el visto consular previo respecto de aquellas que no se les exige, implica trabajar sobre los criterios de nacionalidad, raza, posición socioeconómica y privilegio. (...)”

106. Todos estos elementos se dan en el caso de la población haitiana. Ya hemos sostenido que se trata de una comunidad que está sometida a un régimen de discriminaciones múltiples. La concurrencia simultánea de miles de haitianos en condiciones de pobreza, en busca de un horizonte de una vida digna, en un país con otro idioma, con una raza diferente y con un tratamiento formalmente diferente al de otros extranjeros altera el juicio de igualdad. Todos estos factores se resumen en el criterio de la nacionalidad. En consecuencia, se trata de un asunto en donde “el criterio de diferenciación se basa en un criterio (sic) “objetivo” y “relevante”: la nacionalidad” (fs. 162 del expediente: respuesta del Presidente de la República al requerimiento). Al ser un asunto con múltiples categorías sospechosas que exigen ser resueltas y argumentadas de un modo lógico acerca de la razonabilidad de esas diferencias, a objeto de superar el estándar

⁴⁰⁰ Donde se exige el visto consular a los nacionales de sólo 4 países, que son República Dominicana, Cuba, Dominica, y Surinam. Ibid.: voto disidente, considerando 88° y 89°.

⁴⁰¹ Ibid.: voto disidente, considerando 92°.

⁴⁰² Ibid.: voto disidente, considerandos 113°- 115°.

que impone el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, es necesario partir sosteniendo que es sospechosa esta distinción”⁴⁰³.

La diferenciación que se plantea resulta particularmente intensa, pues en términos comparativos, el tratamiento desigual repercute además en el ejercicio de derechos fundamentales. Se limita el derecho a la libertad ambulatoria contemplado en el artículo 19 N° 7, letra a), que no diferencia en su titularidad entre nacionales y extranjeros. Tiene consecuencias también sobre el derecho a la reagrupación familiar, consagrado en diversos Tratados Internacionales⁴⁰⁴. Para los ministros disidentes, la medida afecta las expectativas de migrar y la posición subjetiva de estas personas “*de un modo radical que modifica su horizonte de vida*”⁴⁰⁵. Es decir, debe determinarse si la aplicación de una de las excepciones del DL 1094, materializada en la dictación del DS N° 776, resulta o no contraria a la igualdad, teniendo a la vista los derechos humanos afectados.

La finalidad que se desprende de lo indicado por el ejecutivo corresponde a “*reivindicar el interés nacional que reviste el “ordenar la casa” con una migración regular y segura*”, aludiendo además a la protección de los propios migrantes⁴⁰⁶. La disidencia recuerda que, la finalidad de la medida debe estar en la línea a una sociedad democrática, por lo que no podría ser otra que la de proteger los derechos fundamentales o realizar el interés público⁴⁰⁷. La revisión de los argumentos de la administración fuerza a concluir que ninguno de estos objetivos es la verdadera motivación del DS⁴⁰⁸. Las cifras oficiales dan cuenta que la comunidad haitiana está lejos de ser la más numerosa del país, y que el aludido “aumento explosivo” de la migración haitiana, caracteriza a la migración en general. Sobre la prevalencia de la irregularidad, el cambio de condición migratoria estando en Chile y habiendo ingresado como turista es una posibilidad contemplada en la ley, por lo que no puede calificarse de irregular. Finalmente, sobre la pretendida intención de proteger a las personas haitianas de las redes de trata, los datos sobre este delito dan cuenta que el origen las víctimas reportadas en Chile no corresponde a la nacionalidad haitiana, por lo que no hay sustento para hablar de una mayor susceptibilidad de trata o tráfico de personas⁴⁰⁹.

Con estas consideraciones a la vista el voto disidente concluye, después de un análisis constitucional bastante detallado, que el DS N° 776 resulta discriminatorio y anticonstitucional, al tratarse de una

⁴⁰³ Ibid.: voto disidente, considerandos 104°-106°.

⁴⁰⁴ El voto cita: artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ibid.: voto disidente, considerando 108°.

⁴⁰⁵ Ibid.: voto disidente, considerando 109°.

⁴⁰⁶ Ibid.: voto disidente, considerando 121°.

⁴⁰⁷ Ibid.: voto disidente, considerando 122°.

⁴⁰⁸ Ibid.: voto disidente, considerandos 122°-131°.

⁴⁰⁹ Ibid.: voto disidente, considerandos 134°-137°.

medida inidónea, innecesaria en razón de los fines que se plantea, y desproporcionada en relación con los derechos fundamentales que vulnera. Sobre este último requisito, la proporcionalidad en sentido estricto, el voto manifiesta:

“152. Las personas de nacionalidad haitiana son titulares de derechos conforme a la Constitución chilena y esta medida es desproporcionada en relación con los haitianos porque el sacrificio del que son víctimas es excesivo. El test de proporcionalidad estricto exige ponderación de los bienes jurídicos. El fin manifestado era obtener una migración ordenada, segura y regular. Las fuentes de dicho desorden, inseguridad e irregularidad son múltiples. Pero si lo vemos cuantitativamente, el propio Gobierno indica los números totales de personas en una comparación que sitúa a los haitianos como el quinto país con mayor cantidad de extranjeros en el país, superado por peruanos, colombianos, bolivianos y venezolanos. En términos numéricos, el incremento total de tres países es ampliamente superior. Y solo se escoge a los haitianos para que tengamos una migración ordenada, segura y regular. Se les hace recaer simbólica y realmente en ellos el peso de ser la fuente de un clima de desorden e inseguridad sin que haya demostrado que se trata de una minoría especial, vulnerable o especialmente irregular. Un equívoco paternalismo orientado a la protección del migrante haitiano termina por cercenar su posibilidad de inmigrar a Chile (...)”⁴¹⁰.

Como colofón, los ministros afirman que se trata de una medida arbitraria, desproporcionada y discriminatoria, manifestando:

“156. Con todo, se trata de una medida que está fundada en argumentos que no se sustentan en datos reales y verificables, unidos a muchas conjeturas y saltos lógicos que debilitan sus fundamentos. Si la finalidad expresada por el Ejecutivo es verdaderamente proteger a los inmigrantes haitianos, esta medida no es idónea. La migración, como fenómeno que afecta a Chile en las últimas décadas continuará en aumento, y lo único que produce la exigencia de visa consular es discriminar qué tipo de extranjeros entran a Chile por vías regulares. La decisión de limitar la migración haitiana, sin que existan argumentos razonables para considerar este caso como especial o distinto, unido a las categorías sospechosas de diferenciación permite afirmar que se trata de una diferenciación arbitraria y por ende, discriminatoria vulnerando el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución lo que nos lleva a acoger el presente requerimiento y estimar la inconstitucionalidad del decreto impugnado”⁴¹¹.

⁴¹⁰ Ibid.: voto disidente, considerandos 152°.

⁴¹¹ Ibid.: voto disidente, considerando 155°.

Análisis del Fallo.

De la lectura del voto mayoritario, podemos concluir que este fallo reproduce un problema constante en la judicatura local, que es la realización de un examen centrado en la ley. Si bien, el tribunal explicita al iniciar su fallo que su competencia no recae en analizar la legalidad del Decreto impugnado, sino su constitucionalidad, acaba finalmente realizando lo primero. El tribunal se centra en el artículo 45° del DL 1094 y razona en torno a la configuración de un “interés nacional”, para determinar si el Presidente ha obrado dentro de las competencias otorgadas por la ley y los objetivos fijados por esta. Considera que ese interés existe, sin profundizar sobre cuál sería en específico (un interés en la protección de la persona, en la gestión ordenada de la migración, u otra), y de esto concluye que la medida es adecuada e incluso proporcional sin realizar un análisis de fondo de las implicancias del principio de igualdad y no discriminación en materia migratoria, ni de las repercusiones de la diferenciación en otros derechos constitucionalmente consagrados.

Con respecto a la utilización del DIDH de los migrantes, esta no se haya presente. La única mención que hace el voto mayoritario del DIDH destaca la discrecionalidad del Estado al fijar su política migratoria, al señalar:

“Esto es complementado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, primeramente, no reconoce un derecho de los extranjeros para entrar al territorio de un Estado, lo que queda entregado a la legislación interna de cada país, y que, en segundo término, les asegura cierta libertad de circulación y de residencia a aquellos extranjeros que ya se encuentran legalmente en el territorio de un Estado”⁴¹².

El fallo guarda silencio sobre la gran cantidad de limitaciones y estándares que se han desarrollado en el ámbito internacional para garantizar la compatibilidad de estas políticas con los derechos humanos de los migrantes, en especial de los que se encuentran en situación de irregularidad.

Que la ley 1.094 establezca la posibilidad, excepcional, de establecer una diferencia en función de la nacionalidad de los extranjeros, no implica que dichas diferencias no transgredan el principio de igualdad. La legitimidad de una distinción de esta naturaleza debe justificarse, no solo en base a su legalidad, sino a la existencia de un motivo legítimo (conforme a los derechos humanos), su racionalidad y proporcionalidad; análisis que solo se encuentra presente en el voto de minoría. Por esto, se echa de

⁴¹² Ibid.: considerando 15°.

menos un análisis acabado sobre las implicancias del DS en el derecho a la igualdad y no discriminación, sobre todo considerando que esta era una de las objeciones a la constitucionalidad de la medida.

Encontramos la explicación a esta postura, que pasa por alto cualquier consideración a los derechos de los migrantes provenientes de Haití, en una idea bastante sencilla: lo que subyace al voto mayoritario es la percepción de que las personas haitianas que no han viajado a nuestro país no son titulares de ningún derecho individual frente al Estado de Chile. Esta postura llama la atención pues la magistratura del TC ha mostrado tener manejo de los estándares trazados en el plano de los derechos humanos, en especial respecto de migrantes, en el ya mencionado fallo de inaplicabilidad “Alerte con Ministerio del Interior”.

No es efectivo que el Estado de Chile no deba observar ninguna obligación respecto de personas que tienen la expectativa de viajar a su territorio. La Corte IDH ha señalado que:

*“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación”*⁴¹³.

En este sentido, privar injustificadamente a una comunidad de un tratamiento igual al entregado al resto de los extranjeros contraviene al principio de igualdad, constitutivo de una obligación general en virtud de la CADH, y elevado a la categoría de *ius cogens* en el plano internacional. De la información ventilada en la causa se desprende claramente que la decisión de establecer el visto consular a los turistas haitianos es arbitraria. No se verifica ninguna de las razones del ejecutivo en los datos aportados, estando la comunidad haitiana lejos de ser la más numerosa del país, la más expuesta a trata o tráfico, ni la que concentra los mayores índices de irregularidad. A esto debe sumarse la confluencia de varias categorías sospechosas, como la nacionalidad, raza, color de piel, condición socio económica, idioma, etc.

Tampoco puede desconocerse que la medida no solo impacta en las personas que poseían la legítima expectativa de viajar a Chile, sino que también en los derechos de las personas que ya se encuentran aquí. La medida contribuye a la estereotipación de la migración haitiana, precarizándola y criminalizándola al posicionarla como de “segunda categoría” frente a la migración proveniente de otros países.

⁴¹³ CORTE IDH. OC-17/2002: párr. 45 y OC-18/03, párr. 87.

Una vez más, observamos cómo es posible apreciar en el caso concreto la diferencia radical que se plantea entre un razonamiento jurídico comprensivo del completo universo de normativa constitucional, incluyendo la incorporación de los derechos humanos reconocidos por Chile, y un análisis meramente formalista. El DIDH aporta no solo derechos específicos no contemplados, sino que importantes criterios que resultan útiles a la hora de examinar un conflicto jurídico complejo y multifactorial. En este caso, la aplicación del denominado “test de discriminación”, extensamente tratado por la Corte IDH, habría permitido identificar los factores constitutivos de arbitrariedad, que deben evaluarse mirando más allá de la literalidad de las normas. Lo más problemático es que estas disparidades de criterio impactan gravemente en el ejercicio de derechos humanos para los grupos discriminados, como ocurre con los migrantes haitianos, contribuyendo a la criminalización y precarización de la migración de este origen.

Destacamos el voto de minoría también pues su razonamiento reconoce y utiliza DIDH de forma transversal. No solo explicita que el enfoque de derechos humanos y los estándares internacionales sobre derechos de migrantes son supuestos de la decisión que plantean, sino que también se utiliza DIDH de los migrantes de forma sustantiva al analizar el uso e implicancias de las categorías sospechosas de discriminación, y los elementos del test de discriminación. Se utiliza también como apoyo normativo a la existencia de obligaciones jurídicas entre el Estado de Chile y los nacionales haitianos, incorporando jurisprudencia consultiva y contenciosa de la Corte IDH⁴¹⁴.

6. Conclusiones.

Las sentencias agrupadas en este capítulo dan cuenta de otros hallazgos de menor recurrencia en la investigación sobre recepción de DIDH de los migrantes en Chile. El uso mayoritario continua siendo la limitación a las potestades discrecionales concedidas por el estatuto de extranjería a las autoridades administrativas encargadas de permitir el ingreso o dictar órdenes de expulsión, con la diferencia que el parámetro de control en estos casos no es la existencia de un vínculo familiar, sino las faltas a derechos de distinta naturaleza como el debido proceso, y elementos integrantes de este como la fundamentación de la sentencia, que merman la proporcionalidad que debe observar la autoridad, para no caer en una decisión arbitraria. También se pondera la libertad ambulatoria como un derecho humano, y por tanto bien jurídico de mayor entidad, que debe prevalecer por encima de los objetivos protegidos por las normas migratorias.

⁴¹⁴ Algunos de los instrumentos que se citan son: DUDH; PIDCP; CADH; PIDESC; CDN; la OC-18/03 de la Corte IDH y los casos Vélez Loo vs Panamá y Ricardo Canese vs. Paraguay. Así mismo la sentencia hace razonamientos en torno a los derechos humanos que asisten a los extranjeros en numerosos considerandos. Ibid.: 22° a 26°, 33° y 34°, 37° a 44°, 82°, 108°, 146° a 149°, entre otros.

En general se aprecia un uso más orgánico del DIDH en estas sentencias, que integran elementos diversos, como normas de tratados internacionales, observaciones generales y jurisprudencia. Existe un mayor grado de reflexión en torno a la fuerza que poseen estos estándares en el ámbito interno, planteándose correctamente la idea de que deben considerarse en este tipo de causas la amplitud de normas aplicable que incluye tanto al estatuto nacional como internacional, que se retroalimentan. Además, en estos fallos se observa una mayor consideración a la persona migrante como sujeto de derechos, reconociéndolo como amparado por la normativa constitucional e internacional aplicables a Chile. Aun así, este uso aun es marginal y se concentra en las Cortes de Iquique y Copiapó.

Respecto a la sentencia del TC, nos parece que el fallo obedece a la ausencia de consideraciones que incorporaran realmente las obligaciones trazadas en el plano internacional. Los usos relevantes se hallan en el voto de minoría, que realiza un razonamiento pormenorizado sobre las implicancias de la igualdad ante la ley, consagrada en la Constitución, interpretándolo desde una doble vertiente, nacional e internacional. El caso nuevamente grafica como la omisión de este tipo de consideraciones deviene en resultados contrarios a las obligaciones internacionales del Estado, y lo que es peor, en la vulneración de derechos esenciales para las personas que pertenecen a los grupos más desprotegidos de la sociedad.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES GENERALES.

Con el presente trabajo se ha intentado establecer cuál es el derecho vigente en el ámbito internacional para resguardar debidamente los derechos humanos de las personas migrantes, y si dicho derecho es recepcionado por las Corte de nuestro país de forma sustantiva, impactando en la protección de este grupo en particular.

Observamos que, aunque no existe un derecho humano a migrar, y la mayoría de los instrumentos internacionales reconocen al Estado el poder soberano de fijar su política migratoria, dicha potestad se encuentra en la actualidad altamente limitada por el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes, que poseen numerosas fuentes normativas en tratados generales y específicos a la problemática de este grupo en particular. Aun así, ha sido necesario aterrizar dichos derechos y llenarlos de contenido, tarea que han realizado con gran nivel de detalle los órganos internacionales en su jurisprudencia consultiva y contenciosa, destacando los estándares trazados a propósito del debido proceso en procedimientos migratorios, y los límites a la facultad de expulsar extranjeros, dentro de los cuales es de suma importancia y desarrollo la consideración al arraigo familiar y los vínculos que el migrante establece en el país receptor.

Entender el DIDH como un conjunto de estándares normativos y jurisprudenciales resulta trascendental, pues la generalidad de los instrumentos de derechos humanos en ocasiones no permite saber cómo se concretan los derechos y libertades consagrados a situaciones específicas, como ocurre con el caso de las personas migrantes. Se requiere del trabajo interpretativo de la Corte, que como máxima interprete de la CADH, puede determinar el sentido y alcance de los derechos del catálogo, resultando esta determinación vinculante para los Estados parte. El estudio de los estándares jurisprudenciales de órganos como la Corte IDH y la Comisión, permiten además apreciar como el DIDH se plantea como un conjunto de derechos profundamente interconectados. Realizarlos en la mayor medida posible y para todas las personas, es la única forma de garantizar el debido respeto a la dignidad humana, objetivo último de toda sociedad democrática.

En el ámbito interno, encontramos que el estatuto constitucional del extranjero puede calificarse como garantista, al consagrar como regla general la igualdad de derechos para todas las personas, sin supeditar su titularidad a la nacionalidad. Existe, sin embargo, un tratamiento alejado de esta lógica para el migrante. Se le entrega la regulación del estatuto de este grupo a una normativa preconstitucional, con un enfoque restrictivo de derechos, y altamente discrecional, lo que redundo en la precarización del migrante, sobre todo aquel en condición irregular. Se constata un reconocimiento transversal,

manifestado en las medidas y declaraciones de los últimos gobiernos, de que la actual legislación e institucionalidad no es la apropiada para gestionar los flujos migratorios del Chile de hoy, respetando los derechos y la dignidad de las personas que llegan a nuestro territorio.

Luego, se expusieron los resultados de la investigación jurisprudencial realizada, constatando un escaso uso del DIDH, que se encontró presente solo en 88 sentencias, concentradas 7 Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema. Entre los hallazgos cuantitativos comprobamos que la temática de mayor recurrencia es la expulsión de extranjeros, y el instrumento internacional más citado es la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Finalmente, en los capítulos V y VI, nos abocamos a exponer y analizar como los tribunales superiores de justicia de nuestro país han utilizado el DIDH de los migrantes para determinar cuáles son los usos sustantivos de mayor recurrencia y las implicancias de éstos en los derechos humanos de las personas que migran. Sobre este punto, las conclusiones generales son las siguientes:

Sustantivamente, la línea jurisprudencial más recurrente es la utilización del DIDH como límite a las facultades discrecionales de la autoridad migratoria, sirviendo de parámetro para evaluar la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas emitidas en el contexto de procedimientos migratorios, principalmente de expulsión. Destaca en este sentido, la utilización de los derechos de la CDN para proteger a los hijos e hijas de personas migrantes radicadas en Chile, imponiendo la judicatura el deber de considerar este factor y los derechos humanos de los menores en la ponderación previa a la emisión de una orden de expulsión u otras como la vigencia de una prohibición de ingreso; lo que constituye al día de hoy una postura jurisprudencial asentada que ha tenido un efecto positivo en la ampliación de derechos de las personas migrantes. Los derechos de mayor presencia son el Interés Superior del Niño, y el derecho de los NNA a no ser separado de sus padres. Sin embargo, llama la atención la ausencia de consideraciones en torno a los derechos humanos del migrante directamente afectado en estas sentencias, relegándolo a papel secundario, como sujeto de derechos solo en cuanto a su relación con un tercero protegido por el Estado.

Otro hallazgo recurrente fue la existencia de controversia respecto al derecho de contraer matrimonio para aquellos extranjeros en condición irregular que residen en Chile. Encontramos en este punto dos posiciones antagónicas, una que privilegia el derecho al matrimonio como derecho humano esencial, y otra que supedita el ejercicio de este derecho a la condición de regularidad, valorando lo dispuesto en la ley migratoria por sobre los derechos contemplados en tratados internacionales. Se evidencia este enfrentamiento de posturas en las sentencias analizadas, sin que ninguna haya sido un fallo unánime.

Ambos hallazgos dan cuenta de que la protección de la familia es la arista que despierta una actitud más protectora de parte de los jueces nacionales, lo que se inserta en la línea de las preocupaciones internacionales, pero que releva a la persona migrante del foco central de la discusión, buscando promover los derechos de las terceras personas con las que este se relaciona. La protección de la niñez y la familia no son incompatibles con una postura garantista respecto de los derechos humanos de los migrantes, por lo que los usos observados dan cuenta de que subsiste una ausencia en el uso de los derechos especialmente contemplados para este grupo en particular y los estándares trazados en el ámbito internacional.

En las sentencias que fundan su decisión en el debido proceso y la libertad ambulatoria, la argumentación de las Cortes fue más completa, apreciándose una mayor diversidad de fuentes normativas, y mayor profundidad en las apreciaciones. En este grupo, encontramos fallos que integraban los principios, normativa, observaciones generales y jurisprudencia del derecho internacional, trazando estándares específicos para la temática migratoria. Sin embargo, el uso de este orden de argumentos no es generalizado.

En síntesis, la investigación realizada permite verificar las hipótesis planteadas al inicio de este trabajo, pudiendo afirmarse que la utilización del DIDH en causas que involucran a migrantes es minoritaria y concentrada a un grupo de casos muy definidos como lo son las impugnaciones a decisiones administrativas como órdenes de expulsión y prohibiciones de ingreso al país. Si bien dentro de los casos seleccionados encontramos aplicaciones interesantes, no ha existido una interpretación novedosa o suficientemente extendida que permita hablar sobre una ampliación de los derechos de este grupo de personas. La constatación de este hecho es de gran importancia, puesto que la judicatura chilena tiene a su disposición numerosa normativa internacional que permitiría morigerar los efectos de la normativa interna que se ha caracterizado como un estatuto sumamente restrictivo, además de desactualizado e ineficiente para enfrentar los desafíos de la migración actual.

En breve, las conclusiones del presente trabajo son las siguientes:

1. El DIDH de los migrantes no ha sido recibido sustancialmente de forma generalizada por los tribunales chilenos, concentrándose su uso en limitar las facultades discrecionales otorgadas a las autoridades administrativas por el DL 1.094.
2. El instrumento más citado por los tribunales superiores de justicia en las sentencias analizadas es la CDN, y si bien su utilización se inserta en la línea de los criterios internacionales, no llega a impactar en los derechos de los migrantes sino como una consecuencia secundaria.

3. El uso más novedoso se dio en el ámbito del derecho al matrimonio, que es defendido en distintas sentencias como parte de la Constitución como un derecho esencial, remitiendo al artículo 19 de CADH. Sin embargo, esta línea jurisprudencial es fuertemente debatida encontrando una postura contraria en la mayoría de los fallos que resuelven este conflicto normativo.
4. Prevalece en el conjunto de las causas seleccionadas la preocupación de proteger a la familia como núcleo social, y resguardar a los terceros cuyos derechos resultan comprometidos a causa de las limitaciones impuestas a los migrantes en Chile.

Conforme a lo anterior, las hipótesis planteadas al inicio de esta memoria se tienen por verificadas, por tanto, se sostiene que no existe un uso sustantivo generalizado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de protección de los derechos de los migrantes y que la mayor aplicación de derecho internacional de Derechos Humanos se sitúa en el ámbito de la protección a la familia y los derechos del niño. Esta situación plantea a nuestros tribunales el desafío de incorporar las perspectivas del derecho internacional en los casos concretos, a fin de garantizar los derechos de este grupo especial que no cuenta con un estatuto suficientemente protector en el ámbito interno.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Gonzalo (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de derechos humanos” *Estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*, año 6 N° 1: 223-247.

ALDUNATE, Eduardo (2003). “La titularidad de los derechos fundamentales”. *Estudios Constitucionales Centro de Estudios Constitucionales*, año 1 N° 1: 187-201.

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

CANO, María Verónica; SOFFIA, Magdalena; y MARTÍNEZ, Jorge (2009) “Conocer para legislar y hacer política, los desafíos de Chile ante el nuevo escenario Migratorio”. Serie Libertad y Desarrollo CEPAL, N° 88. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7228/1/S0900516_es.pdf

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2016). “Informe temático “Migración y derechos humanos”. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en [file:///C:/Users/Natalia/Downloads/descarga%20e1%20informe%20tematico%20pdf%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Natalia/Downloads/descarga%20e1%20informe%20tematico%20pdf%20(2).pdf)

GARCÍA, Ana María (2006). “Tratados internacionales según la reforma de 2005”. *Revista de Derecho Público*, N° 68: 72-84.

HERRERA, Marisa y LATHROP, Fabiola (2017). “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana”. *Revista de Derecho Privado* N° 32: 143-173. <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n32/0123-4366-rdp-32-00143.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS INE (2017). “Justicia, Informe Anual 2017”. Santiago de Chile: Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en: <http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/justicia> (consulta: noviembre 2018): 11.

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

LARUMBE CANALEJO, Silvia (2002). “Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo” *Revista IIDH*, núm. 36: 239-289.

NASH, Claudio y DAVID, Valeska (2010). “Igualdad y No Discriminación en el sistema interamericano de Derechos Humanos” En Claudio Nash y Ignacio Mujica (editores), *Derechos Humanos y Juicio Justo* (159-187). Lima: Organización Universitaria Interamericana COLAM.

NASH, Claudio (2005). “La codificación de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?”. En María Martinic y Mauricio Tapia (editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación* (1151-1192). Santiago: Lexis Nexis.

NASH, Claudio (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y Aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

NIKKEN, Pedro (1994). “*El concepto de los Derechos Humanos*”. Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, Costa Rica: 34-48. <http://www.iidh.ed.cr>

NOGUEIRA, Humberto (2007). “Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratado internacionales”. *Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca*, Año 5 N° 1: 59-88.

NOGUEIRA, Humberto (2015). “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia” *Estudios Constitucionales*, Año 13 N° 2: 301-350.

ORTEGA, Elisa 2012. “Los Derechos Humanos De Los Trabajadores Migrantes Irregulares En El Derecho Internacional Y La Práctica Europea y Americana”. Tesis doctoral, Universidad Carlos III.

PECES BARBA, Gregorio (1994). “*La Universalidad de los Derechos Humanos*”. *Doxa*, N° 15-16: 613-633. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10645/1/doxa15-16_30.pdf

RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto (2015). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 3: 903 – 934.

RODERA RANZ, Susana. 2014. “La Protección Internacional De La Persona Migrante en Situación Irregular: Estudio De La Convención Internacional Sobre La Protección De Los Derechos De Todos Los Trabajadores Migratorios Y De Sus Familiares”. Tesis doctoral, Universidad De Zaragoza.

ROJAS, Nicolás y SILVA, Claudia (2016). “*Informe BIMID:La migración en Chile: breve reporte y caracterización*”. Madrid, España: Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones

y Desarrollo. Disponible en:
http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe_julio_agosto_2016.pdf

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

UPRIMNY, Rodrigo y SÁNCHEZ, Luz (2014). “Artículo 24. Igualdad ante la Ley” En Christian Steiner y Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (579- 605). Bolivia: Plural editores.

ZÚÑIGA, Francisco (1998). “El estatus constitucional de extranjeros”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 203: 301-330.

TRATADOS INTERNACIONALES

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Adoptada el 10 de diciembre de 1948.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado el 19 de diciembre de 1966.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, adoptada el 21 de diciembre de 1965. En vigor para Chile desde el 29 de noviembre de 1971.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes*, adoptada el 10 de diciembre de 1969.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, adoptada el 13 de diciembre de 1985.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, adoptada el 18 de diciembre de 1990.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención sobre condición de los extranjeros*. Adoptada el 20 de febrero de 1928.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada el 22 de noviembre de 1969.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N° 97 Sobre los trabajadores migrantes*, adoptado el 1 de julio de 1949.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N° 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*, adoptado el 9 de diciembre de 1978.

RESOLUCIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

ASAMBLEA GENERAL. Informe de la Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, 14 a 25 de agosto de 1978. U.N. Doc. S.79.XIV.2, cap. II.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 54/166 “Protección de los migrantes”. Quincuagésimo cuarto período de sesiones, 2000, U.N. Doc. A/RES/54/166, preámbulo, párrafo 5°.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 36° periodo de sesiones, 1973, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/343.

COMISIÓN IDH. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. 16 de abril de 2001. OEA/Ser.L/V/II.111.

COMISIÓN IDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. 28 de febrero de 2000. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.40 rev.

COMISIÓN IDH. Informe Temático de la Relatoría sobre derechos de los migrantes “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, de 31 de diciembre de 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15.

COMISIÓN IDH. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familias y niños no acompañados. 24 de julio de 2015. OAS/Ser.L/V/II.155 Doc. 16.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 15 “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. 27° periodo de sesiones, 1986.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 18 “No discriminación”. 27° periodo de sesiones, 1989.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N° 27 “Artículo 12 La libertad de circulación”. 67° período de sesiones, 1999. U.N. HRI/GEN/1/Rev.7.

COMITÉ DESC. Observación General N° 18 “El derecho al trabajo”. 35° período de sesiones, 2006, U.N. Doc. E/C.12/GC/18.

COMITÉ DESC. Observación General N° 19 “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”. 39° período de sesiones, 2008. E/C.12/GC/19.

COMITÉ DESC. Observación General N° 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. 42° período de sesiones, 2009, U.N. Doc E/C.12/GC/20.

COMITÉ CERD. Recomendación General N° 30 “Sobre la discriminación contra los no ciudadanos”. 64° periodo de sesiones, 2004, U.N. Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3.

COMITÉ CTMF. Observación general N.º 2 “Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”. 28 de agosto de 2013, U.N Doc. CMW/C/GC/2.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. Observación General No. 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”. 40° período de sesiones, 2005, U.N. Doc. CRC/C/GC/7.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N°12 “El derecho del niño a ser escuchado”. 51° período de sesiones, 2009, U.N. Doc. CRC/C/GC/12.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 14 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo3, párrafo 1)”. 62° periodo de sesiones, 2013, U.N. Doc. CRC/C/GC/14.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 1999/44 de la

Comisión de Derechos Humanos “Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes. Derechos Humanos de los migrantes”, 6 de enero de 2000. U.N. Doc. E/CN.4/2000/82.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Conferencia Mundial en contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia “Conferencia de Durban”. 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Disponible en: http://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf

JURISPRUDENCIA

COMISIÓN IDH. Resolución 3/87. *Caso 9647, James Terry Roach y Jay Pinkerton (Estados Unidos)*, de 22 de septiembre de 1987.

COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad No. 09/05 *Elías Gattas Sahih (Ecuador)*. 2 de febrero de 2005.

COMISIÓN IDH. Informe No. 44/14. *Caso 12.873, Edgar Tamayo Arias (Estados Unidos)*, de 17 de julio de 2014.

COMISIÓN IDH. Informe de Fondo No. 49/99, *Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*. 13 de abril de 1999.

COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01 *Rafael Ferrer-Mazorra y otros “Los Cubanos del Mariel” (Estados Unidos)*. 4 de abril de 2001.

COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08 *Caso 12.534 Andrea Mortlock y Estados Unidos*, de 25 de julio de 2008.

COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad No. 68/05, *Caso 11.495, Juan Chamorro Quiroz (Costa Rica)*. 5 de octubre de 2000.

COMISIÓN IDH. Informe No. 75/02. *Caso Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, de 27 de diciembre de 2002.

COMISIÓN IDH. Informe de Fondo No. 78/11, *Caso 12.586, John Doe y otros (Canadá)*. 21 de julio de 2011.

COMISIÓN IDH. Informe No. 81/10, *Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)*, 12 de julio de 2010.

COMISIÓN IDH. Informe No. 113/14. Caso 11.661, *Manickavasagam Suresh (Canadá)*, de 7 de noviembre de 2014.

COMISIÓN IDH. Informe de Admisibilidad No. 134/11, Petición 1190-06, *Trabajadores Migrantes Indocumentados (Estados Unidos)*. 20 de octubre de 2011.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CORTE IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C 837.

CORTE IDH. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

CORTE IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

CORTE IDH. *Caso Kawas Fernández vs Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No.140.

CORTE IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 25.

CORTE IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

CORTE IDH. *Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

CORTE IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

CORTE IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de julio de 2009. Serie C No. 201.

CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

CORTE IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Stewart vs. Canadá*, Comunicación No. 538/1993. 58° período de sesiones, 16 de diciembre de 1996, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/538/1993.

OPINIONES CONSULTIVAS

CORTE IDH. Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre derechos humanos). Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1.

CORTE IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

CORTE IDH. 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.

CORTE IDH. Condición jurídica y Derechos Humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17.

CORTE IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

CORTE IDH. Derechos y garantías de niños y niñas 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 N° 21.

NORMAS NACIONALES Y DOCUMENTOS OFICIALES.

Decreto con Fuerza de Ley N° 69 Crea el Departamento de Inmigración. Ministerio de Hacienda, República de Chile, 8 de mayo de 1953.

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

Decreto N° 84 Promulga la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 8 de junio de 2005.

Decreto N° 137 Deja sin efecto el decreto N° 651. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 11 de junio de 1966.

Decreto N° 225 Promulga el protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 6 de septiembre de 2003.

Decreto N° 248 Promulga el protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 17 de diciembre de 2003.

Decreto N° 342 Promulga 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. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 16 de febrero de 2005.

Decreto N° 521, Reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953 que crea el Departamento de Inmigración. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 27 de noviembre de 1953.

Decreto N° 597 Reglamento de extranjería. Ministerio del Interior, República de Chile, de 24 de noviembre de 1984.

Decreto N° 776 Establece visto consular de turismo a los nacionales de Haití. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, de 17 de abril de 2018.

Decreto N° 818 Delega a los intendentes regionales atribuciones relativas a extranjeros (medida de expulsión). Ministerio del Interior, República de Chile, de 8 de septiembre de 1983.

Decreto N° 830 ratifica la Convención de los derechos del niño. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 27 de septiembre de 1990.

Decreto N° 837 Reglamento de la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Ministerio del Interior, República de Chile, de 17 de febrero de 2011.

Decreto N° 873 Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, 5 de enero de 1991.

Decreto N° 2.910 Modifica decreto N° 597 de 1984. Ministerio del Interior, República de Chile, 23 de mayo de 2000.

Decreto N° 5.142 Fija el texto refundido de las disposiciones legales sobre nacionalización de extranjeros. Ministerio del Interior, República de Chile, 29 de octubre 1960.

Ley N° 19.273 Deroga las disposiciones de salida y entrada a los residentes extranjeros en el territorio nacional. Ministerio del Interior, República de Chile, 9 de diciembre 1993.

Ley N° 19.476 Introduce modificaciones al Decreto Ley 1.094 de 1975 en materia de refugiados. Ministerio del Interior, República de Chile, 21 de octubre de 1996.

Ley N° 19.581 Establece la categoría de habitante de zona fronteriza. Ministerio del Interior, República de Chile, 1 de septiembre de 1998.

Ley N° 19.880 Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, República de Chile, 29 de mayo de 2003.

Ley N° 20.050 Reforma la Constitución Política de 1980. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, República de Chile, 26 de agosto de 2005.

Ley N° 20.430 Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Ministerio del Interior, República de Chile, 15 de abril de 2010. Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Ministerio del Interior, República de Chile, de 8 de abril de 2011.

Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Ministerio del Interior, República de Chile, 8 de abril de 2011.

Instructivo presidencial N° 5, “Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria”. Gabinete Presidencial, República de Chile, 6 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>

Instructivo presidencial N° 9 (2008) Imparte Instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”. Gabinete Presidencial, República de Chile, 2 de septiembre de 2008. Disponible en:

<http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%C2%BA%209.pdf>>

Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería (2018). Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Sin fecha. Disponible en: https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf.

Oficio circular N° 1.179 Informa la suscripción de acuerdos tendientes a resolver la situaciones migratorias de ciudadanos extranjeros que se indican. Departamento de extranjería y migración, República de Chile, 28 de enero de 2003. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2018/03/CIRC.1179.pdf> >

Oficio circular N° 6.232 Precisa el sentido y alcance de Circular N° 1.179. Departamento de extranjería y migración, República de Chile, 26 de mayo de 2003. Disponible en: http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Circular_6232_mayo_2003_DEM.pdf>

Oficio Ordinario N°01/608 Lineamientos internos para favorecer la inclusión de estudiantes extranjeros en el sistema educativo. Subsecretaría de Educación, República de Chile, 26 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://participacionciudadana.mineduc.cl/wp-content/uploads/2018/02/Lineamientos-internos-para-favorecer-la-inclusi%C3%B3n-de-estudiantes-extranjeros.pdf>>

Oficio Ordinario N° 02/000894 Actualiza instrucciones sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de estudiantes inmigrantes en establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Subsecretaría de Educación, República de Chile, 7 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2017/04/7-ORD.894-Mineduc-Migrante.pdf>>

Oficio Ordinario N° 07/1008 (1531) Instruye sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los alumnos(as) inmigrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Ministerio de Educación, República de Chile, 04 de agosto de 2005. Disponible en: http://www.infanciasincondiciones.cl/wp-content/uploads/2017/01/Oficio1008-Agosto-2005_conocido-tambien-como-Normativa-%E2%80%9CBitar.pdf>

Oficio Ordinario N° 3.229 Atención en salud de población inmigrante en riesgo social y situación de permanencia no regular. Ministerio de Salud, República de Chile, 11 de junio de 2008. Disponible en: http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Of_%203229_MINSAL.pdf>

Resolución exenta N° 1.965 Dispone proceso de regularización extraordinaria de permanencia en el país a extranjeros que indica. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 9 de abril de 2018. Disponible en: < <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2018/04/06.-Res.-Exe.-1965-regularizacion.pdf>>.

Resolución Exenta N° 1.914 Aprueba Convenio de Colaboración 10/10/2017 entre Ministerio del Interior y Ministerio de Salud. Ministerio del interior, República de Chile, 9 de abril de 2008. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_1914_MINSAL.pdf>

Resolución Exenta N° 5.744 Dispone plan humanitario de regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 16 de octubre de 2018. Disponible en: <<http://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/10/26/42190/01/1486914.pdf>>

Resolución Exenta N° 6.677 Aprueba Convenio de Colaboración y Acción Conjunta entre el Ministerio del Interior y la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Departamento de Extranjería y Migración, República de Chile, 20 de noviembre de 2007. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/R.E%20N_%206677%20JUNJI.pdf>

Resolución Exenta N° 80.388 Aprueba el Convenio de Colaboración y Acción Conjunta entre el Ministerio del Interior y el SERNAM, suscrito con fecha 12 de noviembre de 2009. SERNAM, República de Chile, 16 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2018/03/R.E-N_-8388-SERNAM.pdf>

Proyecto de Ley sobre Migraciones, del 2 de noviembre de 1993 boletín 1114-06. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2891&prmBoletin=1114-06

Proyecto de ley de Migración y extranjería, boletín 8970-06, de 4 de Junio de 2013. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06

Proyecto de ley “Establece nueva ley de migraciones”, de 23 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11905&prmBoletin=11395-06>

SENTENCIAS NACIONALES

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, rol N° 1380-2014. Sentencia de 17 de octubre de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, rol N° 1212-2015. Sentencia de 29 de abril de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, rol N° 87-2017. Sentencia de 25 de abril de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE ARICA, rol N° 48-2017. Sentencia de 24 de febrero de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE ARICA, rol N° 196-2017. Sentencia de 04 de julio de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, rol N° 290-2015. Sentencia de 20 de octubre de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, rol N° 328-2015. Sentencia de 16 de noviembre de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, rol N° 341-2015. Sentencia de 01 de diciembre de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, rol N° 202-2016. Sentencia de 10 de agosto de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, rol N° 186-2017. Sentencia de 13 de junio de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, rol N° 61-2014. Sentencia de 31 de julio de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, rol N° 62-2014. Sentencia de 31 de julio de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, rol N° 56-2015. Sentencia de 31 de marzo de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, rol N° 66-2015. Sentencia de 27 de abril de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, rol N° 131-2015. Sentencia de 01 de octubre de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, rol N° 42-2016. Sentencia de 20 de mayo de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, rol N° 105-2016. Sentencia de 30 de agosto de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, rol N° 139-2016. Sentencia de 05 de enero de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, rol N° 1809-2017. Sentencia de 09 de mayo de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 19-2013. Sentencia de 21 de enero de 2013.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 1244-2013. Sentencia de 23 de julio de 2013.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 393-2014. Sentencia de 13 de marzo de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 423-2014. Sentencia de 21 de marzo de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 445/2014. Sentencia de 19 de marzo de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 36243/2014. Sentencia de 07 de octubre de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 1209-2015. Sentencia de 27 de julio de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 1780-2015. Sentencia de 30 de octubre de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 50535-2015. Sentencia de 20 de julio de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 51704-2015. Sentencia de 20 de agosto de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 500-2016. Sentencia de 13 de junio de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 739-2016. Sentencia de 16 de agosto de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 803-2017. Sentencia de 17 de abril de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 1613-2017. Sentencia de 30 de enero de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 2140-2017. Sentencia de 21 de septiembre de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 13725-2017. Sentencia de 21 de abril de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 13932-2017. Sentencia de 04 de mayo de 2017.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, rol N° 563-2014. Sentencia de 18 de julio de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, rol N° 497/2015. Sentencia de 15 de mayo de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, rol N° 1171-2015. Sentencia de 12 de noviembre de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 66-2013. Sentencia de 09 de enero de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 400-2013. Sentencia de 23 de enero de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 2174-2013. Sentencia de 18 de abril de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 3436-2013. Sentencia de 27 de mayo de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 3813-2013. Sentencia de 12 de junio de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 5482-2013. Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 6366-2013. Sentencia de 3 de septiembre de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 6649-2013. Sentencia de 9 de septiembre de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 6693-2013. Sentencia de 11 de septiembre de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 7580-2013. Sentencia de 22 de enero de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 13038-2013. Sentencia de 21 de noviembre de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 14657-2013. Sentencia de 1 de abril de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 10897-2013. Sentencia de 14 de enero de 2013.

CORTE SUPREMA, rol N° 14948-2013. Sentencia de 7 de abril de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 16044-2013. Sentencia de 24 de marzo de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 4727-2014. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 7804-2014. Sentencia de 22 de abril de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 9081-2014. Sentencia de 29 de abril de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 10425-2014. Sentencia de 07 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 10916-2014. Sentencia de 30 junio de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 11000-2014. Sentencia de 30 de junio de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 11521-2014. Sentencia de 12 de junio de 2014.

CORTE SUPREMA, rol N° 1059-2015. Sentencia de 20 de enero de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 2309/2015. Sentencia de 19 de febrero de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 3694-2015. Sentencia de 23 de marzo de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 5276-2015. Sentencia de 23 de abril de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 8759-2015. Sentencia de 15 de julio de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 9051-2015. Sentencia de 22 de julio de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 12356-2015. Sentencia de 02 de septiembre de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 37574-2015. Sentencia de 29 de diciembre de 2015.

CORTE SUPREMA, rol N° 35236-2016. Sentencia de 30 de agosto de 2016.

CORTE SUPREMA, rol N° 35237-2016. Sentencia de 30 de agosto de 2016.

CORTE SUPREMA, rol N° 38337-2016. Sentencia de 12 de julio de 16

CORTE SUPREMA, rol N° 43367-2016. Sentencia de 06 de octubre de 2016.

CORTE SUPREMA, rol N° 44965/2016. Sentencia de 06 de octubre de 2016.

CORTE SUPREMA, rol N° 44989/2016. Sentencia de 06 de octubre de 2016.

CORTE SUPREMA, rol N° 92948-2016. Sentencia de 10 de enero de 2016.

CORTE SUPREMA, rol N° 50010-2016. Sentencia de 17 de agosto de 2016.

CORTE SUPREMA, rol N° 3990-2017. Sentencia de 16 de febrero de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 8397-2017. Sentencia de 21 de marzo de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 12208-2017. Sentencia de 18 de abril de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 16754-2017. Sentencia de 08 de mayo de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 19208-2017. Sentencia de 24 de mayo de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 30361-2017. Sentencia de 22 de junio de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 37229-2017. Sentencia de 22 de agosto de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 4732-2017. Sentencia de 04 de abril de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 5067-2017. Sentencia de 06 de julio de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 5073-2017. Sentencia de 06 de julio de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 18206-2017. Sentencia de 07 de agosto de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 19018-2017. Sentencia de 07 de agosto de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 28014-2017. Sentencia de 05 de septiembre de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 30221-2017. Sentencia de 03 de octubre de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 37806-2017. Sentencia de 02 de noviembre de 2017.

CORTE SUPREMA, rol N° 38750-2017. Sentencia de 18 de diciembre de 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol N° 2273-12-INA. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 1° del artículo 13 del DL N° 1.094 de Extranjería, en los autos Rol N° 21751-2012, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra*

del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el jefe del Departamento de Extranjería y Migración. Sentencia de 4 de julio de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol N° 4757-18-CDS. *Requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 776, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que Establece Visto Consular de Turismo a Nacionales de Haití, publicado en el Diario Oficial el 17 de abril de 2018. Sentencia de 19 de julio de 2018.*

ANEXOS

ANEXO 1: TABLA DE JURISPRUDENCIA

	Tribunal	Rol/ Caso	Fecha	Página (s)
1.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Serie C No. 154.	Sentencia de 26 de septiembre de 2006.	82
2.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Serie C No. 202.	Sentencia de 22 de septiembre de 2009.	11
3.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Serie C 837.	Sentencia de 24 de febrero de 2012.	43
4.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Serie C No. 242.	Sentencia de 27 de abril de 2012.	48
5.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso González y otras (Campo Algodonero) vs México. Serie C No. 205.	Sentencia de 16 de noviembre de 2009.	11
6.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Kawas Fernández vs Honduras. Serie C No. 196.	Sentencia del 3 de abril de 2009.	10
7.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia.	Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No.140.	11
8.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Serie C No. 25.	Sentencia de 24 de octubre de 2012.	11, 34, 36, 37, 39, 42
9.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Serie C No. 63.	Sentencia de 19 de noviembre de 1999.	34
10.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas. Serie C No. 282.	Sentencia de 28 de agosto de 2014.	35, 36, 37, 38, 39, 42, 46, 49, 50
11.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Serie C No. 111.	Sentencia de 31 de agosto de 2004.	40
12.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Serie C No. 201.	Sentencia de 7 de julio de 2009.	40
13.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Serie C No. 218.	Sentencia de 23 de noviembre de 2010.	11, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 131
14.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Serie C No. 272.	Sentencia de 25 de noviembre de 2013.	11, 33, 37, 38,

				39, 41, 47, 50
15.	Comité de Derechos Humanos.	Stewart vs. Canadá, Comunicación No. 538/1993.	Sentencia de 16 de diciembre de 1996.	43
16.	Corte de Apelaciones de Antofagasta.	Sentencia Rol N° 1380/2014	Sentencia de 17 de octubre de 2014	96, 97
17.	Corte de Apelaciones de Antofagasta.	Sentencia Rol N° 1212/2015	Sentencia de 29 de abril de 2015	96, 97
18.	Corte de Apelaciones de Antofagasta.	Sentencia Rol N° 87-2017	Sentencia de 25 de abril de 2017	94
19.	Corte de Apelaciones de Arica	Sentencia Rol N° 48-2017	Sentencia de 24 de febrero de 2017	115
20.	Corte de Apelaciones de Arica	Sentencia Rol N° 196-2017	Sentencia de 04 de julio de 2017	95
21.	Corte de Apelaciones de Copiapó	Sentencia Rol N° 290-2015	Sentencia de 20 de octubre de 2015	119
22.	Corte de Apelaciones de Copiapó	Sentencia Rol N° 328-2015	Sentencia de 16 de noviembre de 2015	119
23.	Corte de Apelaciones de Copiapó	Sentencia Rol N° 341-2015	Sentencia de 01 de diciembre de 2015	119
24.	Corte de Apelaciones de Copiapó	Sentencia Rol N° 202-2016	Sentencia de 10 de agosto de 2016	119
25.	Corte de Apelaciones de Copiapó	Sentencia Rol N° 186-2017	Sentencia de 13 de junio de 2017	119
26.	Corte de Apelaciones de Iquique.	Sentencia Rol N° 61-2014	Sentencia de 31 de julio de 2014	91
27.	Corte de Apelaciones de Iquique.	Sentencia Rol N° 62/2014	Sentencia de 31 de julio de 2014	91
28.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Iquique.	Sentencia Rol N° 56-2015	Sentencia de 31 de marzo de 2015	115
29.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Iquique.	Sentencia Rol N° 66-2015	Sentencia de 27 de abril de 2015	115, 118
30.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Iquique.	Sentencia Rol N° 131-2015	Sentencia de 01 de octubre de 2015	95
31.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Iquique.	Sentencia Rol N° 42-2016	Sentencia de 20 de mayo de 2016	120
32.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Iquique.	Sentencia Rol N° 105-2016	Sentencia de 30 de agosto de 2016	115, 118
33.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Iquique.	Sentencia Rol N° 139-2016	Sentencia de 05 de enero de 2017	95
34.	Corte de Apelaciones de San Miguel	Sentencia Rol N° 1809-2017	Sentencia de 09 de mayo de 2017	109

35.	Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 19/2013	Sentencia de 21 de enero de 2013	97, 98, 117
36.	Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 1244/2013	Sentencia de 23 de julio de 2013	93, 94
37.	Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 393/2014	Sentencia de 13 de marzo de 2014	95
38.	Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 423/2014	Sentencia de 21 de marzo de 2014	92, 93
39.	Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 445/2014	Sentencia de 19 de marzo de 2014	95
40.	Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 36243-2014	Sentencia de 07 de octubre de 2014	94
41.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 1209-2015	Sentencia de 27 de julio de 2015	95
42.	Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 1780-2015	Sentencia de 30 de octubre de 2015	120
43.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 50535-2015	Sentencia de 20 de julio de 2015	88, 96
44.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 51704-2015	Sentencia de 20 de agosto de 2015	104
45.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 500-2016	Sentencia de 13 de junio de 2016	95
46.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 739-2016	Sentencia de 16 de agosto de 2016	95
47.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 803-2017	Sentencia de 17 de abril de 2017	96
48.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 1613-2017	Sentencia de 30 de enero de 2017	109
49.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 2140-2017	Sentencia de 21 de septiembre de 2017	95
50.	Corte de Apelaciones de Santiago.	Sentencia Rol N° 13725-2017	Sentencia de 21 de abril de 2017	109
51.	Corte de Apelaciones de Corte de	Sentencia Rol N° 13932-2017	Sentencia de 04 de mayo de 2017	109

	Apelaciones de Santiago.			
52.	Corte de Apelaciones de Temuco.	Sentencia Rol N° 563-2014	Sentencia de 18 de julio de 2014	86
53.	Corte de Apelaciones de Temuco.	Sentencia Rol N° 497/2015	Sentencia de 15 de mayo de 2015	86, 91
54.	Corte de Apelaciones de Corte de Apelaciones de Temuco.	Sentencia Rol N° 1171-2015	Sentencia de 12 de noviembre de 2015	87
55.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 66-2013	Sentencia de 09 de enero de 2013	95
56.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 400-2013	Sentencia de 23 de enero de 2013	95
57.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 2174-2013	Sentencia de 18 de abril de 2013	95
58.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 3436-2013	Sentencia de 27 de mayo de 2013	95
59.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 3813-2013	Sentencia de 12 de junio de 2013	95
60.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 5482-2013	Sentencia de 26 de noviembre de 2013	121
61.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 6366-2013	Sentencia de 3 de septiembre de 2013	86, 95
62.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 6649-2013	Sentencia de 9 de septiembre de 2013	86
63.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 6693-2013	Sentencia de 11 de septiembre de 2013	95
64.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 7580-2013	Sentencia de 22 de enero de 2013.	121
65.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 13038-2013	Sentencia de 21 de noviembre de 2013	95
66.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 14657-2013	. Sentencia de 1 de abril de 2014	121
67.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 10897-2013	Sentencia de 14 de enero de 2013	121
68.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 14948-2013	Sentencia de 7 de abril de 2014	121
69.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 16044-2013	Sentencia de 24 de marzo de 2014	121
70.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 4727-2014	Sentencia de 19 de mayo de 2014	121
71.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 7804-2014	Sentencia de 22 de abril de 2014	94
72.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 9081-2014	Sentencia de 29 de abril de 2014	95
73.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 10425-2014	Sentencia de 07 de mayo de 2014	95
74.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 10916-2014	Sentencia de 30 junio de 2014	113

75.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 11000-2014	Sentencia de 30 de junio de 2014	113
76.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 11521-2014	Sentencia de 12 de junio de 2014	113, 114, 116
77.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 1059-2015	Sentencia de 20 de enero de 2015	116, 117
78.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 2309/2015	Sentencia de 19 de febrero de 2015	95
79.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 3694-2015	Sentencia de 23 de marzo de 2015	95
80.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 5276-2015	Sentencia de 23 de abril de 2015	94
81.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 8759-2015	Sentencia de 15 de julio de 2015	94
82.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 9051-2015	Sentencia de 22 de julio de 2015	94
83.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 12356-2015	Sentencia de 02 de septiembre de 2015	94
84.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 37574-2015	Sentencia de 29 de diciembre de 2015	94
85.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 35236-2016	Sentencia de 30 de agosto de 2016	105, 106
86.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 35237-2016	Sentencia de 30 de agosto de 2016	105, 106
87.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 38337-2016	Sentencia de 12 de julio de 16	90, 96
88.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 43367-2016	Sentencia de 06 de octubre de 2016	108
89.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 44965/2016	Sentencia de 06 de octubre de 2016	108
90.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 44989/2016	Sentencia de 06 de octubre de 2016	109
91.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 92948-2016	Sentencia de 10 de enero de 2016	109
92.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 50010-2016	Sentencia de 17 de agosto de 2016	95
93.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 3990-2017	Sentencia de 16 de febrero de 2017	115- 119
94.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 8397-2017	Sentencia de 21 de marzo de 2017	95
95.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 12208-2017	Sentencia de 18 de abril de 2017	95
96.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 16754-2017	Sentencia de 08 de mayo de 2017	95
97.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 19208-2017	Sentencia de 24 de mayo de 2017	95
98.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 30361-2017	Sentencia de 22 de junio de 2017	95

99.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 37229-2017	Sentencia de 22 de agosto de 2017	95
100.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 4732-2017	Sentencia de 04 de abril de 2017	109
101.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 5067-2017	Sentencia de 06 de julio de 2017	109
102.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 5073-2017	Sentencia de 06 de julio de 2017	109
103.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 18206-2017	Sentencia de 07 de agosto de 2017	109
104.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 19018-2017	Sentencia de 07 de agosto de 2017	109
105.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 28014-2017	Sentencia de 05 de septiembre de 2017	109
106.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 30221-2017	Sentencia de 03 de octubre de 2017	109
107.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 37806-17	Sentencia de 02 de noviembre de 2017	109
108.	Corte Suprema.	Sentencia Rol N° 38750-17	Sentencia de 18 de diciembre de 2017	109
109.	Tribunal Constitucional	Sentencia Rol N° 2273-12-INA	Sentencia de 4 de julio de 2013	115, 122
110.	Tribunal Constitucional	Sentencia Rol N° 4757-18-CDS	Sentencia de 19 de julio de 2018	121- 131

ANEXO 2: TABLA DE LEGISLACIÓN

N°	Norma	Tipo	Página
1.	Declaración Universal de Derechos Humanos	Internacional	16
2.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Internacional	16
3.	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Internacional	18
4.	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial	Internacional	20
5.	Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes	Internacional	41
6.	Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven	Internacional	27
7.	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Internacional	28
8.	Convención sobre condición de los extranjeros	Internacional	24
9.	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Internacional	22
10.	Convención Americana sobre Derechos Humanos	Internacional	23
11.	Convenio N° 97 Sobre los trabajadores migrantes	Internacional	25
12.	Convenio N° 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes	Internacional	26
13.	Decreto con Fuerza de Ley N° 69 Crea el Departamento de Inmigración.	Nacional	55
14.	Decreto Ley N° 1.094 Establece normas sobre extranjeros en Chile.	Nacional	58
15.	Decreto N° 84 Promulga la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	Nacional	63
16.	Decreto N° 137 Deja sin efecto el decreto N° 651.	Nacional	55
17.	Decreto N° 225 Promulga el protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de	Nacional	63

	niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.		
18.	Decreto N° 248 Promulga el protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.	Nacional	63
19.	Decreto N° 342 Promulga 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	Nacional	63
20.	Decreto N° 521, Reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953 que crea el Departamento de Inmigración	Nacional	55
21.	Decreto N° 597 Reglamento de extranjería	Nacional	55
22.	Decreto N° 776 Establece visto consular de turismo a los nacionales de Haití	Nacional	69, 122
23.	Decreto N° 818 Delega a los intendentes regionales atribuciones relativas a extranjeros	Nacional	55
24.	Decreto N° 830 ratifica la Convención de los derechos del niño.	Nacional	63
25.	Decreto N° 837 Reglamento de la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados.	Nacional	63
26.	Decreto N° 873 Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.	Nacional	55
27.	Decreto N° 2.910 Modifica decreto N° 597 de 1984	Nacional	63
28.	Decreto N° 5.142 Fija el texto refundido de las disposiciones legales sobre nacionalización de extranjeros	Nacional	55
29.	Ley N° 19.273 Deroga las disposiciones de salida y entrada a los residentes extranjeros en el territorio nacional	Nacional	63
30.	Ley N° 19.476 Introduce modificaciones al Decreto Ley 1.094 de 1975 en materia de refugiados	Nacional	63
31.	Ley N° 19.581 Establece la categoría de habitante de zona fronteriza	Nacional	55
32.	Ley N° 19.880 Establece bases de los procedimientos administrativos que	Nacional	62

	rigen los actos de los órganos de la administración del Estado		
33.	Ley N° 20.050 Reforma la Constitución Política de 1980	Nacional	55
34.	Ley N° 20.430 Establece disposiciones sobre protección de refugiados	Nacional	55
35.	Ley N° 20.507 Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal	Nacional	55