



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

## **Legislación migratoria en Chile: ¿Una oportunidad para el racismo en la frontera?**

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

Alumno: Rodrigo Ignacio Gómez Contreras

Profesora: Rita Lages de Oliveira

Santiago, 2020

## Tabla de contenidos:

Resumen.....	4
Introducción.....	5
Capítulo 1: Racismo y discriminación en Chile. Especial referencia a la frontera	
1.1. Discriminación y racismo: Precisiones conceptuales y una conexión con la nación.....	12
1.2. El concepto de raza y su importancia como significador.....	17
1.3. El racismo presente en Chile.....	21
1.4. La migración como factor determinante.....	28
1.5. La frontera y la institución del control migratorio.....	32
Capítulo 2: Legislación migratoria en Chile y las condiciones de entrada para los migrantes	
2.1. Lógicas restrictivas en la historia de nuestra legislación migratoria.....	35
2.2. Actual legislación migratoria en Chile y su política de seguridad nacional...38	
2.3. Criterios de entrada y la indeterminación conceptual.....	42
2.4. Consecuencias prácticas: El racismo en el control migratorio policial en la entrada al país y el atropello a derechos constitucionales.....	49
Capítulo 3: Una mirada al Derecho Internacional: El principio de no discriminación en razón de la raza	
3.1. Límites a la soberanía de los Estados.....	55
3.2. Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.....	60
3.3. Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y las Formas Conexas de Intolerancia.....	71
3.4. Otros instrumentos internacionales relevantes en la materia.....	75
Capítulo 4: Propuestas para una solución	

4.1. Posibles soluciones a la luz del Derecho Internacional y los proyectos de ley migratoria de los años 2013 y 2017.....	81
Conclusiones.....	94
Bibliografía.....	98

**RESUMEN:** La sociedad chilena ha vivido durante los últimos años un aumento generalizado de su población migrante. Con la reciente inmigración, proveniente de países como Colombia o Haití, el aumento de la población afroamericana migrante ha desenmascarado el racismo presente en nuestra comunidad, tanto en forma de ataque directo hacia la persona afectada como también en sus formas de expresión cotidiana e institucionalizada. En este contexto se busca analizar nuestra actual legislación migratoria específicamente en cuanto a los criterios que determinan el permiso o la prohibición de entrada del extranjero a Chile, teniendo especial consideración con la institución de la “bolsa de viaje”. Adicionalmente, también se analizará el derecho internacional en cuanto a la protección del principio de igualdad y no discriminación en razón de la raza. De esta investigación se pretende determinar si nuestra actual legislación migratoria en cuanto a sus criterios de entrada permite tratos racistas por parte de funcionarios policiales en los controles migratorios.

**Palabras clave:** Inmigrante, control migratorio, racismo, legislación migratoria, principio de no discriminación.

**ABSTRACT:** The Chilean society has suffered on last years a general increase on their migrant population. This migratory “boom” has revealed the racism hidden on our community which is perceived on its direct, indirect and institutionalized forms. In this context this paper aims to analyse our present migration law with specific emphasis on the articles that determine the prohibitions to enter the country, with special consideration on the “travel bag” institution. Additionally, the protection of the no discrimination principle on the international law, specifically towards the racial criteria, will also be analysed. The goal of this investigation is to establish if certain interpretations of the articles that determine the prohibitions to enter the country on our present migration law allow racist treats on the migration control.

**Key words:** Immigrant, Migration control, racism, migratory law, no discrimination principle.

## Introducción

“Llegamos a Tacna y cuando fuimos a entrar nos encontramos con una pared de hierro porque los funcionarios de la PDI, no todos pero si me tocó a mí en particular con una chiquilla que me pidió la documentación, y yo traía la documentación pero no apostillada, o sea me tocó salir de mi país en cuestión de 5 días... La chiquilla que me atendió y me pidió la documentación, la bolsa, y me dijo que no me podía dar ingreso... entonces yo le pregunté por qué y ella volvió a coger mi pasaporte, lo miro y me dijo: “Eres Colombiana”. Y yo le digo “sí señora”. Y me dice: “ahh es que las colombianas son unas maracas [prostitutas]...” y que veníamos a quitarles sus empleos y sus hombres”<sup>1</sup>.

Esta declaración fue realizada por una mujer colombiana afroamericana que fue “rebotada” en el control fronterizo chileno. En ella, se puede ver que recibió un trato discriminatorio, racista y arbitrario para que posteriormente se le negase la entrada a nuestro país. Esta declaración es prueba de la existencia de un problema de discriminación basado en sesgos racistas en el control que se realiza en las fronteras de Chile por parte de Policía de Investigaciones (PDI), quienes, amparados en la actual legislación migratoria, parecen tener amplias facultades discrecionales para decidir quién entra a Chile y quien debe ser “rebotado”:

*“Quienes están encargados ahí son funcionarios de la PDI, Policía de Investigación, ellos son los encargados de eso, son la policía de la frontera, ya sea aeropuerto, puerto o fronteras terrestres, y pasa por el criterio de ellos si una persona entra o no, a discreción del funcionario que este en el momento”* (especialista de Refugio, ONG que trabaja con refugiados en Antofagasta, Antofagasta, 2015)<sup>2</sup>.

Estas situaciones discrecionales y discriminatorias que se dan en las fronteras chilenas tienen un contexto que es necesario entender y traer a colación para poder realizar las debidas críticas. Así, a juicio de este autor, tiene en primer lugar una sede demográfica. Nuestro país latinoamericano presencia importantes cambios en

---

<sup>1</sup> LIBERONA, Nanette. (2015). “La frontera cedazo y el desierto como aliado. Prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile”. *Revista Polis* Nro. 42. P. 9.

<sup>2</sup> ECHEVERRI, María Margarita. (2016). “Otriedad racializada en la migración forzada de afrocolombianos a Antofagasta (Chile)”. Universidad Central; Colombia. P. 97.

los flujos migratorios de los últimos años. Según un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el Departamento de extranjería y Migración (DEM) hasta el 31 de diciembre del 2018 Chile se encontraba con una población de 1.251.225 migrantes, es decir, un 6,6 por ciento de su población total.<sup>3</sup> Hasta el 2017 esa cifra era de un 4 por ciento, lo que denota el crecimiento pronunciado de población migrante que Chile ha sufrido en un periodo muy corto de tiempo. De hecho, Chile es el país de América latina que más ha aumentado su proporción de población migrante en los últimos años (2014 a 2017), con un sorprendente 232%<sup>4</sup>.

Es importante recalcar que la nueva ola migratoria de la década del 2010 en adelante se caracteriza por la mayor presencia de nacionales de Venezuela, Haití y Colombia principalmente<sup>5</sup>. Actualmente, la población migrante venezolana se posiciona como la más numerosa del país, superando a la población de migrantes peruanos, quienes tradicionalmente ocupaban el primer puesto, seguidos de la población migrante haitiana en el tercer lugar de la lista, y la colombiana en el cuarto<sup>6</sup>.

En segundo lugar, hay una arista cultural. Parte del problema de la discriminación racial en la frontera viene del significado que le damos a la calidad de extranjero o migrante en nuestro país. Una encuesta realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en el año 2017 con el objeto de medir la percepción que tienen los chilenos sobre los inmigrantes muestra que el 68% de los chilenos piensa que se debería restringir el acceso de inmigrantes al país<sup>7</sup>. Además, un tercio de los entrevistados piensa que Chile es más “blanco” que el resto de los países de la región y un 71% piensa que la llegada de inmigrantes a la región provocara una mayor mezcla de “razas”. La encuesta también revela que un 76% ha presenciado una agresión en contra de inmigrantes, las cuales se dividen en agresiones

---

<sup>3</sup> INE y DEM. Estimación de personas extranjeras residentes en Chile, Santiago, febrero de 2019. P. 19.

<sup>4</sup> BLASCO, Emili. (2018). “Chile, el país americano con el mayor aumento de inmigrantes”. [en línea]. ABC en internet, 20 de junio 2018. [https://www.abc.es/internacional/abci-chile-pais-americano-mayor-aumento-inmigrantes-201806190456\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-chile-pais-americano-mayor-aumento-inmigrantes-201806190456_noticia.html) [Consulta: 17 de abril de 2019].

<sup>5</sup> INE y DEM, Op. Cit. P. 21.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> INDH (2017). “Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile”. P.24.

sexuales, insultos, escupitajos, menosprecio, intimidaciones, burlas, entre otras. El estudio en cuestión arroja que más de un tercio de los chilenos piensa ser más desarrollados que los otros pueblos de Latinoamérica. Por último, un 44% de la población cree que la migración en Chile ha provocado un aumento en la delincuencia y un 16% califica a los migrantes de “sucios”.

Según la socióloga María Emilia Tijoux nuestro país ha heredado del colonialismo una mirada de sí mismo como una sociedad blanca que se contrapone directamente a la visión que se tiene del migrante, sobre todo del migrante afroamericano, a quien clasificamos, excluimos y, en definitiva, miramos lejanamente como un “otro”<sup>8</sup>. ¿En base a qué realizamos esta clasificación? La raza.

“Los inmigrantes negros son objeto de una racialización/sexualización contenida en el proceso deshumanizador impuesto por la colonia que esclavizó, marco y diferenció a toda una población como raza”<sup>9</sup>.

La raza, según se argumentará más adelante, moldea y adapta el significado que adquiere en una sociedad debido a factores de lugar, cultura y contexto histórico<sup>10</sup>. Por eso, el *boom* migratorio que ha experimentado Chile en los últimos años es un factor preponderante en la imagen que se tiene del migrante afroamericano hoy en día. El siguiente testimonio, realizado el 2015, de una mujer afroamericana colombiana que llega a Antofagasta el año 2003 es bastante decidor de aquello:

“Cuando yo llegué a Antofagasta era muy raro ir por la calle y los chilenos pasaban y me pellizcaban. Yo no entendía y decía: “Ahhhh, pero mira estos, ¿Por qué me pellizcan?”. A mi me contaron, que ellos nos pellizcaban porque los negros, así los de color, éramos de buena suerte, no habíamos muchos. Y pasaban y nos daban el pellizquito de la buena suerte, pa’ ellos claro [Risas]. Ahora pasamos de pellizquito de la buena suerte a colombianos culiaos”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> TIJOUX, María Emilia. (2014). “El otro inmigrante “negro” y el nosotros chileno. Un lazo cotidiano pleno de significaciones”. Boletín Oñteaiken Nro. 17; Córdova, Argentina. P. 1.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> HALL, Stuart. (1997). “Race, The Floating Signifier”. Media Education Foundation; Northampton, England. P. 2.

<sup>11</sup> ECHEVERRI, María Margarita. (2016). “Otridad racializada en la migración forzada de afrocolombianos a Antofagasta (Chile)”. Universidad Central; Colombia. P. 99.

Esta es la realidad socio-cultural que está por detrás de los comportamientos discrecionales y racistas en la frontera chilena. ¿Pero qué dice nuestra legislación migratoria ante estos casos? La legislación migratoria chilena, en este contexto, está formada eminentemente por el DL 1094 de 1975, creado bajo la dictadura de Augusto Pinochet al igual que el reglamento de extranjería de 1984. Nuestra legislación en esta materia se erige como la más antigua de Sudamérica “y, aunque ha sufrido ciertas modernizaciones, como por ejemplo en materia de refugiados (Ley nro. 20430) y crímenes de trata de personas (Ley nro. 20507), aún carece del reconocimiento de los derechos de los migrantes<sup>12</sup>”. Es así como esta legislación fue escrita bajo una política de seguridad nacional, la que parte de la premisa del migrante como un “otro”, como una amenaza y un objeto de cuidado y no como un sujeto de derechos:

“Se observa un marcado sesgo en la política de seguridad nacional, con la idea del enemigo externo que asociaba lo extranjero con las corrientes políticas contrarias a la ideología del gobierno. Ello además implica un nuevo uso del vocabulario y de la ley, ya no se utiliza marcadamente la palabra migrante, sino que se pasa a la de extranjero, vinculándola a la idea de lo extraño y de peligroso”<sup>13</sup>.

La influencia de la política de seguridad nacional ideada en la dictadura para nuestra legislación migratoria, a pesar de algunos pocos cambios realizados, persiste hasta el día de hoy con consecuencias marcadas en el control fronterizo y en la arbitrariedad que se otorga a la Policía de Investigaciones a la hora de realizarlo, es decir, permanece la orientación basal inspiradora de la norma<sup>14</sup>.

Esta política de seguridad nacional y su arbitrariedad en el control fronterizo se manifiestan según veremos, en la presencia de distintos conceptos indeterminados en la legislación migratoria en cuanto a los requisitos de entrada y prohibición de entrada al país y que, por ende, son esenciales para que los funcionarios de la

---

<sup>12</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina. (2015). “La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas”. Revista de estudios políticos y estratégicos Vol. 3 Nro. 1; Santiago, Chile. P. 54.

<sup>13</sup> LARA ESCALONA, María. (2014). “Evolución de la legislación migratoria en Chile: Claves para una lectura (1824-2013)”. Revista de Historia del Derecho Nro. 47; INHIDE, Buenos Aires. P. 90.

<sup>14</sup> Ministerio del Interior. (1975). Decreto Ley 1094; Santiago de Chile.

Policía de Investigaciones (PDI) determine si un migrante o extranjero puede entrar o no ingresar.

Pero de todos estos conceptos indeterminados que se establecen como criterios de entrada en nuestra ley de extranjería, a nuestro juicio, el que causa una mayor atención es el concepto de “bolsa de viaje”, esto es, el requisito de solvencia económica que es exigido a extranjeros que buscan entrar como turistas al país. El problema de la bolsa de viaje es que su contenido no se encuentra especificado en ninguna parte de nuestra legislación, la cual no establece concretamente cuál será el monto que se requerirá como decidor de una supuesta solvencia económica. Además, según el artículo 44 de nuestra ley de extranjería, queda a decisión del funcionario policial decidir la pertinencia de exigir este requisito o no:

“En definitiva será el funcionario encargado del ingreso quien arbitrariamente y sin ningún patrón objetivo establezca si la cantidad de dinero que tiene la persona que busca ingresar a Chile, es o no suficiente para estos efectos”<sup>15</sup>.

Este comportamiento de prohibición arbitraria en la entrada a migrantes resultaría tremendamente contraproducente en la práctica dado que llevaría a aumentar los casos de entrada ilegal en la frontera chilena y la presencia de grupos de crimen organizado, como lo son aquellos dedicados al tráfico de personas<sup>16</sup>.

Se identifica a su vez una contradicción entre la legislación migratoria interna adoptada y lo expuesto en una serie de tratados internacionales firmados por Chile que conciben al migrante como un sujeto de obligaciones, y también de derechos<sup>17</sup>. En este sentido, el principio o derecho que guía la protección del migrante en su dignidad humana es el de igualdad y no discriminación. Este principio se encuentra consagrado en todas la declaraciones y convenios generales sobre Derechos Humanos, entre ellos, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos

---

<sup>15</sup> BUSTAMANTE, Valentina y SCHAUB, Magdalena. (2015). “Principales problemas de legislación y políticas migratorias en Chile a la luz de principio de igualdad y no discriminación”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago de Chile. P. 166.

<sup>16</sup> Servicio Jesuita a Migrantes. (2016). “Avances y desafíos en materia migratoria en Chile”. Universidad Alberto Hurtado; Santiago de Chile. P. 54.

<sup>17</sup> BUSTAMANTE, Valentina y SCHAUB, Magdalena, Op. Cit, P. 7.

de 1948 (art. 2) (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 2.1) (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 2.2) (PIDESC); la Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948 (art. 2), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 1.1), entre otros<sup>18</sup>. Además, este principio también se encuentra presente en la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, ratificado por el Estado de Chile en 1971, bajo la formulación de principio de no discriminación en razón de la raza y que resulta especialmente violentado ante las situaciones fronterizas que son objeto de esta tesis. En cuanto a la región latinoamericana, el año 2015 se crea la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y las Formas Conexas de Intolerancia la cual tiene por objeto actualizar y reafirmar los derechos relativos a la no discriminación racial. Lamentablemente nuestro país no ha ratificado todavía aquel instrumento.

Ante lo expuesto en los párrafos anteriores es pertinente realizar la siguiente pregunta: ¿Qué grado de responsabilidad tiene nuestra legislación migratoria ante los casos de racismo o discriminación en la frontera a la luz del principio de no discriminación en razón de la raza?

En el capítulo 1 se precisarán los conceptos de discriminación, racismo y raza y cuáles son sus mecanismos de funcionamiento. Se expondrá también cual es el grado de presencia que tiene la discriminación racial en ideario cotidiano de nuestro país y cuál es el rol que juega el factor de la migración en este.

El capítulo 2 tendrá por objeto realizar un análisis de nuestra legislación migratoria a través de la historia, su política de seguridad nacional y los conceptos indeterminados presentes en nuestros criterios de permisión de entrada, con

---

<sup>18</sup> DIAZ TOLOSA, Regina. (2015). "La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas". Revista de estudios políticos y estratégicos Vol. 3 Nro. 1; Santiago, Chile. P. 44.

especial atención en aquel que ha resultado más peligroso en la práctica<sup>19</sup>: la bolsa de viaje.

Posteriormente en el capítulo 3 se analizará el principio de igualdad y no discriminación a la luz del derecho internacional y su rol como límite a la soberanía de los Estados. Se tendrá especial énfasis en aquellos tratados e instrumentos internacionales que resultan más importantes en cuanto a la vinculación del principio de no discriminación con el criterio racial.

Gracias a esta exposición, se planteará finalmente que la actual legislación migratoria de nuestro país, en base a su política de seguridad nacional, sus conceptos indeterminados en los criterios de entrada en la frontera y su alta discrecionalidad otorgada a los funcionarios policiales de esta, dan la oportunidad a que una actitud que hemos adoptado en nuestro día a día como chilenos ante el crecimiento demográfico en el número de extranjeros de países y rasgos raciales específicos, se refleje directamente en múltiples casos de control fronterizo: el racismo. De lo anterior se plantea que nuestra legislación migratoria es en gran parte responsable de la ocurrencia de estos casos y que no está a la altura de la realidad social, cultural o demográfica de Chile ni de los estándares internacionales en cuanto a protección de Derechos Humanos, específicamente en materia de criterios de entrada al país.

Finalmente, en el capítulo 4 se buscará proponer soluciones que modifiquen o estandaricen estos criterios indeterminados de entrada (o prohibición de esta) a migrantes en nuestra actual legislación migratoria con el objeto de evitar los casos de racismo en la frontera por parte de personal de PDI.

---

<sup>19</sup> LIBERONA, Nanette. (2015). "La frontera cedazo y el desierto como aliado. Prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile". Revista Polis Nro. 42. p. 7.

## Capítulo 1:

### Racismo y migración en Chile. Especial referencia a la frontera

Antes de ingresar directamente al problema que nos toca, esto es, dilucidar si nuestra actual legislación migratoria abre una oportunidad al racismo en la frontera, debemos desarrollar un marco conceptual extrajurídico que nos ayude a comprender el contexto social, cultural y demográfico en que se enmarca la legislación migratoria que actualmente nos rige.

#### 1.1) Discriminación y racismo: Precisiones conceptuales y una conexión con la nación

Cuando como sociedad juzgamos a quienes realizan tratos vejatorios arbitrarios en contra de otra persona, sea cual sea el motivo y el contexto, es común encontrarnos con la palabra discriminación. Sin embargo, la utilización de este concepto muchas veces es errónea, ya que se suelen utilizar subespecies del concepto de discriminación que no son aplicables al caso concreto. Una de estas subespecies es el racismo.

“Racismo y discriminación constituyen dos palabras que se encuentran estrechamente ligadas. En los medios de comunicación se las suele presentar como sinónimos, como si toda discriminación estuviese necesariamente asociada a lo racial”<sup>20</sup>.

Es así como se hace necesario realizar las adecuadas precisiones conceptuales para entender las diferencias entre discriminación, racismo y raza.

La discriminación se descompone en dos tipos de actos o acciones, en primer lugar, un acto de diferenciación intrínseco en el cual la persona realiza una clasificación

---

<sup>20</sup> RESTREPO, Eduardo. (2016). “Racismo y discriminación”. Instituto de Estudios Sociales y Culturales PENSAR, Universidad Javeriana; Colombia. P. 1.

en base a la que distingue a un grupo de personas o colectividades de lo que se considera normal o adecuado en una determinada sociedad<sup>21</sup>. En segundo lugar, la discriminación es un acto directo en el cual se realiza una exclusión de aquel grupo de personas o colectividad, basado en las diferencias clasificatorias que se establecen en el acto de diferenciación. Este ejercicio de exclusión abarcaría acciones tales como el rechazo, la negación o el desconocimiento de quienes son afectados por la discriminación<sup>22</sup>.

A su vez, el racismo es una forma de discriminación, que se basa también en los elementos de diferenciación y exclusión, formando así una relación de género y especie con el concepto de discriminación. La diferencia estriba en que en el racismo el acto de diferenciación realiza la clasificación de personas o colectividades específicamente en base a la raza.

“Racism postulates the existence of discrete races and attributes a negative evaluation to one or some of these putative races”<sup>23</sup>.

Lo interesante y preocupante del racismo, sin embargo, es que además de tener la peculiaridad de ser un acto de discriminación basado en la raza, concepto al cual aludiremos más adelante, es también una ideología. La ideología suele ser definida como un conjunto de ideas que se relacionan con los intereses de un grupo, pero Van Dijk nos asegura que es más que eso, puesto que incorpora además el cómo la gente de aquel grupo debe actuar en la práctica<sup>24</sup>.

“Las ideologías como tales tienen una naturaleza cognitiva, dado que están representadas en las cabezas de las cabezas de la gente. Pero también, al mismo tiempo, son sociales por que son compartidas por otra gente en tanto miembros de grupo y son adquiridas, formadas y aplicadas en situaciones sociales bajo condiciones sociales (económicas, históricas) y con consecuencias sociales”<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup>RESTREPO, Eduardo. (2016). “Racismo y discriminación”. Instituto de Estudios Sociales y Culturales PENSAR, Universidad Javeriana; Colombia. P.1.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> MILES, Robert & BROWN, Malcolm. (2003). “Racism”. Routledge; Abingdon, England. P. 8.

<sup>24</sup> VAN DIJK, Teun. (1988). “El discurso y reproducción del racismo. Lenguaje en contexto Nro. 1. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. P. 145.

<sup>25</sup> Ibid.

El racismo, por lo tanto, no se enfrasca meramente en una situación puntual en base a la cual una determinada persona arbitrariamente decide excluir a personas de una sociedad debido a sus condiciones raciales distintas de las normales en un determinado territorio. Esta sería solamente la cáscara, la explicación básica, simple y visible de lo que este concepto conlleva.

En cuanto ideología el racismo representa una forma de pensar que debe expresarse en una específica forma de actuar, que es adquirida por un grupo de personas con el propósito de velar por sus intereses. En este sentido la ideología puede incluir argumentos o visiones de la sociedad basadas en normas o valores específicos con el objetivo de proteger los intereses de aquel grupo, en donde la consistencia subjetiva y el auto convencimiento darán sustento a esta, en desmedro, muchas veces, de la coherencia misma de este<sup>26</sup>.

“Vemos entonces que la naturaleza social de las ideologías no se limita a las representaciones compartidas de los problemas sociales. Más bien, los miembros de un grupo desarrollan ideologías como un correlato cognitivo de las normas, valores y especialmente de los intereses de ese grupo”<sup>27</sup>.

Así, la ideología del racismo se basa en una forma de ver el mundo (o discurso) en base a la cual un grupo racial dominante establece jerarquías, también raciales, en una determinada sociedad. El sujeto racista parte de la base de que el ser humano está subdividido en distintas razas, que a su vez tienen distintas jerarquías que otorgarían un mayor valor a unas en desmedro de otras en base a cualidades no solo biológicas, sino que también intelectuales, morales, psicológicas o civilizatorias<sup>28</sup>. Como consecuencia de esta clasificación jerárquica de las razas y estos significados negativos que la ideología racista enmarca dentro del cuerpo de los sujetos pertenecientes a grupos raciales distintos del dominante, se dan las actitudes excluyentes en contra de minorías raciales que se pueden manifestar tanto físicamente, por medio de golpes u otras agresiones físicas, o psicológicamente,

---

<sup>26</sup> VAN DIJK, Teun. (1988). “El discurso y reproducción del racismo. Lenguaje en contexto Nro. 1. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. P. 148.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> CAMPOS GARCIA, Alejandro. (2012). “Radicalización, racialismo y racismo: Un discernimiento necesario”. Revista de la Universidad de la Habana Nro. 273. La Habana, Cuba. P. 8.

por medio de humillaciones, burlas, chistes, indiferencia o invisibilidad de los sujetos, entre otras formas.

El ideario de racismo conformado por una clase racial dominante en una determinada sociedad puede ser asimilado al concepto de familia. Es decir, en una familia se comparten valores morales, actitudes, pretensiones futuras e incluso similitudes físicas. Las familias esperan por lo general que estos valores o actitudes se repliquen en los futuros miembros o en aquellos que buscan entrar en estas:

“Just as members of real families linked by blood were expected to resemble one another, so were members of racial groups descended from a common bloodline seen as sharing similar physical, intellectual, and moral attributes. Within this logic, those lacking biological similarities became defined as family outsiders, while racially different groups became strangers to one another”<sup>29</sup>.

Pero el concepto de clase dominante no solo puede ser aterrizado al de “familia”, sino que también fácilmente, y sobre todo en aplicación al tema que nos toca, es decir, al de nación. En una construcción nacionalista de la sociedad, se espera que los ciudadanos pertenecientes a la nación gobernante, con valores en común, características raciales similares y formas de comportamiento social parecidas sean aquellos que presentan mayores beneficios.

“Cultural expressions of their peoplehood – their music, art, language and customs - constitute their unique national identity. Under this ethnic nationalism model, each nation should have its own nation-state, a political entity where the ethnic can be self-governing”<sup>30</sup>.

En este sentido, y relacionado directamente con el punto de la inmigración, el racismo ha funcionado históricamente como una ideología que sirve para dar una identidad y pertenencia a las naciones en contraposición a la presencia de extranjeros en un determinado territorio.

---

<sup>29</sup> HILL COLLINS, Patricia. (1998). “It’s all in the family: Intersections of gender, race, and Nation”. *Hyatia* vol. 13, n° 3. P. 70.

<sup>30</sup> *Ibid.*

“El racismo no solo permite la construcción de ficciones de identidad nacional, sino que a su vez establece los fundamentos de las normas sociales procedimentales a nivel institucional y experienciales a nivel cotidiano que permiten a la nación resolver precariamente el cuestionamiento a su existencia puesto a la luz de la figura del inmigrante”<sup>31</sup>.

El racismo, sin embargo, se ha ido adaptando a través de los tiempos debido a su represión política y moral, presente incluso sociedades multiculturales. El racista ya no actúa de forma tan directa y explícita, puesto que sabe que se arriesga a un rechazo generalizado de sus pares, sino que lo hace de forma moderada, sutil y poco perceptible<sup>32</sup>.

“Algunas de las características contemporáneas de estas formas son su carácter indirecto y su sutileza, así como la estrategia generalizada de negar tanto la prevalencia del racismo estructural, como incluso la relevancia de la raza en favor de formas más inocentes de etnicismo, culturalismo o nacionalismo”<sup>33</sup>.

Esta nueva forma de racismo contemporáneo se manifiesta en la forma de un racismo cotidiano (*everyday racism*), la mayoría de las veces sutil e indirecta, que puede revelarse en simples bromas, gestos corporales o actitudes que buscan que el rechazo al grupo racial o la persona sea percibido lo menos posible por parte del resto de la sociedad.

“No obstante las discusiones sobre la idea de raza, su reemplazo por la noción de etnicidad (que da cuenta de las diferencias culturales de los grupos sociales) derivó en la invisibilización de las prácticas de racismo, que continuarían operando especialmente a nivel de la experiencia cotidiana”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> PALOMINOS, Simón. (2016). “Racismo, Inmigración y políticas culturales. La subordinación racializada de las comunidades migrantes como principio de construcción de la identidad chilena”. En *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. P. 191.

<sup>32</sup> Para mayor profundización del tema, ver: ESSED, Philomena. (1991). “Understanding everyday racism. An interdisciplinary theory. California: Sage publications.

<sup>33</sup> VAN DIJK, Teun. (1988). “El discurso y reproducción del racismo. Lenguaje en contexto Nro. 1. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. P. 139.

<sup>34</sup> PALOMINOS, Simón. (2016). Op. Cit. P. 190.

Esta forma contemporánea de racismo sutil en el cual se disfraza el concepto de raza en otros más neutros como el de “etnicidad” no sólo se vería expresado a través del comportamiento directo de los sujetos en el día a día de una sociedad, sino que también se ha ido plasmando en instituciones, generando a veces una institucionalización del racismo.<sup>35</sup> Es así como los controles migratorios de las naciones, generalmente, ya sea de una forma directa o indirecta, a la hora de encontrarse con un migrante que busca entrar al país buscan hacer un *match* entre éste y los valores o los estándares biológicamente comunes presentes en aquel territorio<sup>36</sup>.

Recogiendo todo lo analizado, tenemos en el racismo una subespecie de la discriminación que se manifiesta a través de la diferenciación de los sujetos en base a la raza, que actúa como una ideología que busca mantener los intereses de una determinada clase dominante en una sociedad, ideología que se hace explícita tanto en el ámbito abstracto de las ideas como en el ámbito concreto de la forma de actuar. Además, esta clase dominante, cuyos intereses la ideología del racismo defiende, puede ser aterrizado o asimilado en la práctica a la familia, pero más importantemente al concepto de nación, en contraposición a los sujetos extranjeros con características raciales distintas con el objeto de contribuir a la construcción de una identidad nacional única y totalmente distinguible de lo extranjero. Por último, esta ideología actualmente no se manifiesta de una forma directa, sino que se hace más sutil y simbólica, a la vez que también se comienza a plasmar, también sutilmente, en nuestro actuar cotidiano y en instituciones de nuestra sociedad, como lo pueden ser los medios de comunicación o las instituciones de control migratorio.

## **1.2) El concepto de raza y su importancia como significador**

---

<sup>35</sup>TIJOUX, Maria Emilia y PALOMINOS, Simon. (2015). “Aproximaciones teóricas para el estudio de procesos de racialización y sexualización en los fenómenos migratorios de Chile”. *Revista Polis* Vol. 14, n° 42. PP. 247 – 275. P.252.

<sup>36</sup> HILL COLLINS, Patricia. (1998). “It’s all in the family: Intersections of gender, race, and Nation”. *Hypatia* vol. 13, n° 3. P. 71.

Si bien se produce un reemplazo del concepto de raza por el de etnicidad en el racismo contemporáneo, el discurso racista sigue creyendo intrínsecamente en la idea de la jerarquización de estas. Esto porque, inevitablemente, producto de esta tendencia, se suele confundir el concepto de raza con otros tales como cultura, etnia o grupo étnico. Aclarar esto es de vital importancia puesto que no existe el racismo sin raza.<sup>37</sup> Esta última se ha convertido, debido a esta ideología, en un concepto criticado y polémico. Para determinar el concepto de raza, debemos partir de la base y derribar un par de mitos. En primer lugar, se puede afirmar:

“que la noción de raza supone la asociación necesaria entre ciertos rasgos corporales (como el color de la piel) que son concebidos como heredados e inmutables con unas características intelectuales y de comportamiento que se consideran irremediabilmente derivadas”<sup>38</sup>.

La raza ha funcionado históricamente como una forma de clasificación humana, que, bajo argumentos supuestamente científicos, delimita tipos humanos biológicamente diferenciados y jerarquizados en una escala evolutiva de razas inferiores y superiores, donde el hombre blanco de rasgos europeos se sitúa en la parte más alta<sup>39</sup>. Pero no debemos confundirnos, la raza como realidad de distinción científica-biológica no existe:

“Biológicamente hablando, no existen las razas en lo que a seres humanos respecta. Sobre ello no cabe la menor duda en la comunidad científica. Los desarrollos de la nano-tecnología contemporánea, como los de la genética del siglo pasado, evidencian que no existen fundamentos de orden genético para desagregar significativamente esos tipos humanos denominados razas”<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> RESTREPO, Eduardo. (2016). *Racismo y discriminación*. Instituto de Estudios Sociales y Culturales PENSAR, Universidad Javeriana; Colombia. P.3.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> TODOROV, Tveztan. (1991). *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*. Siglo Veintiuno editores, México. p. 47.

<sup>40</sup> RESTREPO, Eduardo. (2016). Op. Cit. P.4.

La raza entonces no es una realidad biológica, es una construcción social-cultural del ser humano con fines clasificatorios conformado por características externas o fenotípicas en base a las cuales se busca dar una visión o significado sobre estas<sup>41</sup>.

Lo realmente importante del concepto de raza, no es tanto el hecho de que sea una construcción social que se ha disfrazado históricamente de una realidad biológica, sino que el hecho de que la raza genera un significado:

“Now the central fact about the gross physical differences is not that they are based on genetic differences, but they are clearly visible to the eye. They are what palpably to the untutored, unscientific eye, which makes race thing, which we continue to talk about. They are in a sense beyond dispute. They are brute, physical biological facts about human vision that appear in the field vision. Where seeing is believing”<sup>42</sup>.

Para el racista las características físicas externas que clasifica mentalmente dentro de razas tienen un contenido: características negativas formadas en base a prejuicios y estereotipos que asocia directamente a ésta. Es así como a lo largo de la historia, por ejemplo, se ha asociado la piel negra a significados tales como promiscuidad sexual, pobreza, falta de capacidad intelectual, gran habilidad para trabajos físicos, etc.

“La raza negra, favorecida por el sol tropical, por sus costumbres salvajes y por su escasa intelectualidad y moralidad, se reprodujo prodigiosamente y pobló extensas comarcas de nuestros valles y ríos<sup>43</sup>”.

Lo anterior es consecuencia, de acuerdo con el sociólogo Stuart Hall, de que la raza actúa como un significador flotante (*floating signifier*). Según Hall, la raza trabaja curiosamente de forma igual al lenguaje. Hall en este término se remite a Saussure para explicar que el lenguaje funciona a través de un sistema de signos (*signs*) que a su vez se componen de dos elementos. En primer lugar, un significador (*signifier*)

---

<sup>41</sup> STEFONI, Carolina. (2016). “La nacionalidad y el color de piel en la racialización del extranjero. Migrantes como buenos trabajadores en el sector de la construcción”. En: María Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. P. 68.

<sup>42</sup> HALL, Stuart. (1997). “Race, The Floating Signifier”. Media Education Foundation; Northampton, England. P. 14.

<sup>43</sup> BEJARANO, Jorge. (1920). “Quinta conferencia y Sexta conferencia”. En: LÓPEZ DE MESA, Luis. (ed.), *Los problemas de la raza en Colombia*, Segundo volumen. Biblioteca de la Cultura, Bogotá.

que será el elemento externo del signo, como puede ser la palabra “agua” conformada por ese específico conjunto de letras que se pueden expresar externamente tanto verbal como gramáticamente. En un segundo lugar está el contenido (*signified*), es decir, el concepto al que se refiere este significador. En el ejemplo anterior éste será el líquido transparente e icónico que da vitalidad al planeta. La unión entre el significador y el contenido va a producir un determinado signo o significado (*meaning*). El punto crucial de este análisis es que la unión entre el significador y el contenido es totalmente arbitraria. Como lo es, por ejemplo, la atribución del color rojo al agua caliente y el azul para la fría en las llaves de agua<sup>44</sup>.

La raza entonces funcionaria como una característica externa que, debido a factores arbitrarios, inducidos por la historia, la realidad cultural, el tiempo y el lugar, tiene la capacidad de adquirir contenido. De esta forma al igual que en la explicación del párrafo anterior, no asume las características que históricamente se le atribuyen debido a una unión genéticamente objetiva entre el color de la piel y, por ejemplo, una inferior capacidad intelectual o una tendencia a la criminalidad. En palabras del propio Hall:

“Their meaning, because it is relational, and not essential, can never be finally fixed, but is subject to the constant process of redefinition and appropriation. To the losing of old meanings, and the appropriation and collection on contracting new ones, to the endless process of being constantly re-signified, made to mean something different in different cultures, in different historical formations, at different moments of time”<sup>45</sup>.

A esto hace referencia Hall cuando dice que la raza no es solo un significador, sino que además es un significador flotante (*floating*) pues nunca está definitivamente quieto o completamente fijado, sino que cambia constantemente dependiendo del lugar, el contexto histórico, la cultura y el tiempo. El color de la piel en ese sentido no transmite el mismo contenido que hace 10, 20 o 50 años en Chile, ni tampoco

---

<sup>44</sup> PROCTER, James. (2004). “Stuart Hall”. Routledge Critical Thinkers. P.41. Para más profundización acerca del tema ver también: HALL, Stuart. (1997). “Representation: Cultural representations and signifying practices”. Sage publications in association with The Open University.

<sup>45</sup> HALL, Stuart. (1997).” Race, The Floating Signifier”. Media Education Foundation; Northampton, England. P.8.

construye el mismo significado que hoy en día tiene en otros lugares o países del mundo. Como argumentaré más adelante, el alto aumento de migración de países con índices más altos de población afroamericana ha contribuido a la nueva conformación de este significador en Chile.

“La raza es una noción ligada a una cultura y a un momento histórico específico, que ofrece una manera de interpretar diferencias físicas. Ello significa que un sujeto puede ser categorizado como minoría racial en ciertas sociedades y no serlo en otras”<sup>46</sup>.

### 1.3) El racismo presente en Chile

Mucho se ha dicho acerca del racismo, la raza y de cómo funcionan, pero la pregunta es: ¿Somos de verdad una sociedad racista?

La verdad es que esta es una pregunta compleja, que requiere un nivel de estudio que tal vez excede lo que pretende demostrar este trabajo. Por lo tanto, sería imprudente el extremarnos a responder que somos una sociedad racista, tanto como afirmar que no lo somos. Lo cierto y comprobable, sin embargo, es que el racismo existe, y no en pequeña medida, en nuestra sociedad.

Para María Emilia Tijoux, la sociedad chilena ha construido un imaginario de sí misma en base a su contraposición con el migrante, a quien ven como un otro racializado, contraposición que afecta sobre todo al sujeto de rasgos afroamericanos:

“La fuerza de la nación en dicha producción está muy presente, debido a los constantes esfuerzos identificadorios de los chilenos por un posicionamiento que los ubique en lugares superiores frente a inmigrantes que representen el peligro de una otredad que aparece como amenazante y contaminadora”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> MORA, Claudia. (2009). “Estratificación social y migración intrarregional: Algunas caracterizaciones de la experiencia migratoria en Latinoamérica”. *Revista Universum*, vol. 1, n°24. Pp. 128 - 143. Universidad de Talca. P. 134.

<sup>47</sup> TIJOUX, María Emilia. (2014). “El otro inmigrante “negro” y el nosotros chileno. Un lazo cotidiano pleno de significaciones”. *Boletín Onteaiken* n° 17. P. 2.

Esta percepción de la sociedad chilena cabe perfectamente dentro de la visión de la nación como la clase dominante dentro de la ideología del racismo, que buscaría la construcción de una propia identidad y la protección de sus propios intereses. En la cita introductoria del presente trabajo se expuso como una funcionaria de PDI le rehusó la entrada a una migrante colombiana afroamericana debido a que según esta “viene a quitarnos el empleo y a los hombres”. Este caso expone claramente una visión que ve al migrante negro como una amenaza, como otro, como una persona que debe ser menos privilegiada que la sociedad común chilena, quien debe ser vista como superior y tener más derechos en contraposición a este:

“La otredad opera como demanda de una corporalidad distinta que permite - una vez más – la constitución de un sí mismo chileno blanco y, por lo tanto, diferente y separado de lo que constituye y que se debe excluir o separar”<sup>48</sup>.

Una encuesta realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos durante el año 2017 revela que hay una percepción más bien negativa de los chilenos hacia el migrante<sup>49</sup>. También desvela que la visión que tiene el chileno sobre sí mismo se basa en la superioridad en contraposición al extranjero. La encuesta abarcó la opinión de 2.047 chilenos residentes y mayores de 14 años de todas las regiones del país. Los resultados arrojaron que más de un tercio de los chilenos piensa que nuestra sociedad es “más blanca que otros países de Latinoamérica”. Además, un 71% de los encuestados está de acuerdo con la afirmación “con la llegada de migrantes a Chile hay una mayor mezcla de razas”. Sobre este punto resulta preocupante el hecho de que los encuestados tengan la percepción de una superioridad racial debido a la “blancura” de su piel. Ante esto el INDH afirma que:

“la respuesta no se ubica en que opinen que es bueno o mala la mezcla, sino que el supuesto que “lo blanco” es mejor puede ayudar a acentuar discursos y comportamientos hostiles hacia las personas inmigrantes y pueblos originarios, en

---

<sup>48</sup> TIJOUX, María Emilia. (2014). “El otro inmigrante “negro” y el nosotros chileno. Un lazo cotidiano pleno de significaciones”. Boletín Onteaiken n° 17. P. 3.

<sup>49</sup> INDH (2017). *Informe Anual de la situación de los Derechos Humanos en Chile*. PP. 13 – 32.

particular a quienes tienen rasgos afrodescendientes o indígenas, partiendo de un supuesto de la superioridad racial chilena”<sup>50</sup>.

El estudio también demuestra que un 16% de los encuestados caracteriza a las personas migrantes como más “sucias” que los chilenos, situación que se acentúa gravemente en la región metropolitana, llegando al 24% de los encuestados. Se suma esto el hecho de que más de un 40% de los encuestados sostuvo estar de acuerdo o completamente de acuerdo con la afirmación “*La mayoría de las personas que conozco rechazan a los(as) inmigrantes por su color de piel*”. Esta información resulta ser de suma importancia, ya que nos da a entender que hay una conexión directa entre la discriminación al migrante y la discriminación racial. Y es que, en una sociedad como la nuestra, que ha tenido históricamente índices muy bajos de población afroamericana y que cree ser “*más blanca que otros países de Latinoamérica*”, el migrante afroamericano no tiene posibilidad de ocultarse, su piel pasa a ser un distintivo automático de su condición de migrante:

“A mi mamá le da asco que vengan haitianos al país, porque dice: Antes Chile era un país de blancos, ahora es de negros y blancos. Me da asco”<sup>51</sup>.

Frente a la pregunta “*¿Está de acuerdo con medidas que limiten el ingreso de los inmigrantes a Chile?*”, el 68,2% de la población responde de manera afirmativa. Cabe mencionar también que el ideario de superioridad chilena con respecto al migrante no solo se comprueba por una autopercepción de mayor blancura, se debe agregar que más de un tercio de los encuestados piensa que somos “*más desarrollados que otros pueblos de Latinoamérica*” y un 27% piensa que “*Somos mejores porque migramos menos*”.

En el ámbito laboral, y en directa relación con la declaración que da comienzo a este trabajo, un 47% de los encuestados cree que “*los inmigrantes les quitan el trabajo a los chilenos*”. Cabe mencionar también que un 53% está de acuerdo con que los migrantes son culpables de las sobrecargas en los servicios de educación y salud.

---

<sup>50</sup> INDH (2017). *Informe anual de la situación de los Derechos Humanos en Chile*. P. 24.

<sup>51</sup> RIEDEMANN, Andrea y STEFONI, Carolina. (2015). “Sobre el racismo, su negación, y las consecuencias para una educación anti-racista en la enseñanza secundaria chilena”. *Revista Latinoamericana Polis* vol. 42. PP. 191-216. P. 7.

Según estos datos, los chilenos tendríamos la tendencia a culpar al extranjero de las situaciones negativas que se presentan en nuestra sociedad, lo cual es un signo irrefutable de una mirada bajo la cual se ve al migrante como alguien ajeno a esta, un “otro” alguien que no pertenece acá.

Otro ámbito de alerta es la percepción de exotismo sexual con el cual se mira a los migrantes, sobre todo de rasgos afroamericanos, en nuestro país. En este sentido el estudio revela que un 32,2% se muestra completamente o algo de acuerdo con que el aumento de la migración ha contribuido a un aumento de las infidelidades en Chile. Esta percepción se incrementa significativamente en la zona Norte de nuestro país (56%) y también en la región metropolitana (33%). En estas áreas se ha asentado la mayoría de la población haitiana y afrocolombiana en nuestro país<sup>52</sup>:

“Se trata de la construcción de marcas físicas concentradas en la idea de una negritud racializada/sexualizada en el imaginario cotidiano chileno. Las características físicas serían indicadores de apetito sexual y “salvajería” pues los chilenos significan la negritud de modo sexualizado y la perciben como una habilidad para seducir y atraer”<sup>53</sup>.

Otro punto de interés inserto en el estudio dice relación con la criminalidad y la delincuencia. Se presenta que un 44,5% de los encuestados cree que hay una directa relación entre el aumento de la delincuencia y el aumento de la población migrante. Este punto resulta particularmente preocupante ya que según cifras oficiales solamente un 1% de los inmigrantes ha sido detenido por cometer algún delito. Lo anterior es demostración directa de que el relacionar el aumento de la delincuencia con el aumento de la migración no es más que una conclusión producida por los prejuicios en contra de determinadas nacionalidades o razas.<sup>54</sup> Los medios de comunicación han tenido una incidencia especial en este punto, recalcando noticias y titulares que vinculan al migrante con el mundo de los asaltos, narcotráfico y otras figuras delictivas, lo cual sólo contribuye a la creación de

---

<sup>52</sup> INDH. (2017). *Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile*. P. 27.

<sup>53</sup> TIJOUX, María Emilia. (2014). “El otro inmigrante “negro” y el nosotros chileno. Un lazo cotidiano pleno de significaciones”. Boletín Onteaiken n° 17. P. 7.

<sup>54</sup> INDH. (2017). Op. Cit. P. 28.

estereotipos que vinculan al migrante, y por lo tanto también a la negritud, con la criminalidad y la ilegalidad.

Por último, el estudio en cuestión realiza la pregunta acerca de si los encuestados han presenciado o sabido de actos de violencia en contra de inmigrantes. Estos afirman que han presenciado o sabido de actos de burla (78%), menosprecio (76%), intimidaciones (65%), escupitajos (54%), insultos (79%), golpes (69%), agresiones sexuales (54%), apuñalamientos (58%) y asesinatos (51%). Lo más grave de esta situación es que un 10% de los chilenos piensa que estas situaciones fueron consecuencia de una provocación de los propios inmigrantes, “por qué ellos se lo buscaron”.

Este estudio presenta percepciones y casos de racismo desde el punto de vista del residente chileno. Otros, sin embargo, han abarcado entrevistas y casos tomados desde el punto de vista de las víctimas, es decir, los migrantes afroamericanos, quienes suelen ser afrocolombianos o personas de nacionalidad haitiana. En estos estudios podemos encontrar testimonios de racismo cotidiano:

“En una oportunidad una señora de edad me quedo mirando fijo por mucho rato adentro de un vagón del metro, cuando le devolví la mirada, así bien penetrante, la señora comenzó a hacer gestos como de rechazo (haciendo “no” con la cabeza)”<sup>55</sup>.

A su vez, también encontramos testimonios decisivos de la presencia de un racismo más violento y directo:

“Me pasó fue que una vez un tipo que estaba afuera del metro se me tiro como encima, y como que lo empuje, fue raro porque no se bien que quería lograr, si tocarme, no sé, y lo empujé, yo tengo fuerza (risas), y cuando lo hice me empujo de vuelta y me dijo que me devolviera a mi país y esas cosas que siempre te dicen”<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> GUTIERREZ MANGINI, Juan Pablo. (2016). *Prácticas de violencias etnorracistas en el contexto de la migración internacional “negra” en Santiago de Chile*. Tesis para optar al grado de Magister en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización, Universidad de Chile. Santiago, Chile. P. 70.

<sup>56</sup> Ibid. P. 73.

En estas acciones de violencia racial directa, también es posible comprobar la presencia de violencia sexual, donde también se evidencia la sexualización de la negritud de los migrantes:

“Recuerdo haberme golpeado con alguien en algún momento, porque me acuerdo que venía detrás mío y molestándome, diciéndome que cuanto cobraba”<sup>57</sup>.

Los testimonios no solo se limitan a demostrar violencia racial directa, indirecta o sexualizada, sino que también dan una visión de los estereotipos que se han construido alrededor del significador de la negritud migrante. Delincuencia, criminalización, suciedad, fealdad, inferioridad económica son algunos de estos significados que se han dado al color negro de piel en nuestra sociedad chilena y que son comprobables tanto en el estudio antes analizado como en testimonios tales como los siguientes:

“El domingo nos juntamos y ahí ella empieza a contar todo lo que le han dicho de mi porque ella como que anda conmigo. Que tan feo que soy, que soy negro, que soy haitiano y no tengo dinero, y que soy drogadicto, y marihuanero e inventan tanta cosa”<sup>58</sup>.

“A mí me tocó vivir una situación muy fuerte, entre los alumnos le comenzaron a decir a otra que era hedionda. Las llevamos a la oficina con la inspectora general y lo conversamos, tratamos de ser lo más sutiles, entre la niña chilena y la otra niña, que se sentía muy mal, porque me decía ‘¿por qué me dice que estoy hedionda?’”<sup>59</sup>.

Estos estereotipos y significados que se han impregnado en su color de piel no solo son percibidos por ellos como impuestos por el ciudadano chileno en su cotidianidad, sino que también se percibe el aporte de los medios de comunicación:

---

<sup>57</sup>GUTIERREZ MANGINI, Juan Pablo. (2016). *Prácticas de violencias etnoracistas en el contexto de la migración internacional “negra” en Santiago de Chile*. Tesis para optar al grado de Magister en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización, Universidad de Chile. Santiago, Chile. P. 72.

<sup>58</sup>TIJOUX, María Emilia. (2014). “El otro inmigrante “negro” y el nosotros chileno. Un lazo cotidiano pleno de significaciones”. *Boletín Onteaiken* n° 17. P. 11.

<sup>59</sup>RIEDEMANN, Andrea y STEFONI, Carolina. (2015). “Sobre el racismo, su negación, y las consecuencias para una educación anti-racista en la enseñanza secundaria chilena”. *Revista Latinoamericana Polis* vol. 42. PP. 191-2016. P. 8.

“Si, eso. Bueno antes de irme pensaba hablar de eso, por que últimamente han estado saliendo mucho reportaje sobre lo malo de nosotros. Y, entonces, ese presidente de refugiados colombianos en Santiago, van a hacer una demanda contra TVN. El problema es que quedamos nosotros como todas prostitutas, todas con enfermedades venéreas, todos ladrones, y todos entonces ¿nosotras que? A nosotros nos ha tocado comer de la buena como decimos, ¿y qué? Y ni Fernando se ha puesto ladrón ni yo a prostituir, ¿entonces nosotros que? ¿el resto qué? Entonces cuando escucho reportajes y esas cosas, cuando voy en el colectivo, trato de no hablar para que no me sientan el acento, me avergüenzo”<sup>60</sup>.

Lo que se concluye de este análisis es que en nuestro país hay una presencia importante de racismo. Un racismo que se manifiesta de forma contemporánea o simbólica en algunos casos, como también en forma de violencia directa en otros. Un racismo que mantiene estereotipos de sexualización, criminalización y subdesarrollo ligados con el color de la piel y que es alimentado por los medios de comunicación en nuestro país.

En contraposición a esto, el chileno construye una visión de sí mismo como superior y más “blanco” que el resto de sus vecinos latinoamericanos. En este argumento es donde reside el punto de importancia, el racismo en Chile no se vive actualmente como una situación que divida eminentemente a los propios ciudadanos nacionales, sino que se vive como directamente relacionada con el sujeto migrante, el extranjero, aquel que es visto como una amenaza para los propios intereses de los trabajadores y ciudadanos chilenos:

“Los chilenos no somos racistas. Solo lo somos – ocasionalmente- cuando alguien que consideramos de una categoría inferior por su color de piel y lo que le asociamos, hace algo que nos disgusta, le va mejor, y se atreve a pensar que está en igualdad de condiciones que nosotras y nosotros. En estas situaciones en que ese otro diferente se convierte en una AMENAZA para lo que nos corresponde por el hecho

---

<sup>60</sup> ZAPATA-SEPULVEDA, Pamela. (2016). “Experiencias de investigación, desafíos y limitaciones en el trabajo con inmigrantes y refugiados en la ciudad fronteriza de Arica”. En: Maria Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. P. 149.

de vivir en NUESTRO país, somos racistas”. (Adolescente de la zona centro del país)<sup>61</sup>.

#### 1.4) La migración como factor determinante

Chile es el país de América Latina que más ha aumentado su proporción de población migrante entre los años 2014 y 2017, con un sorprendente 232%<sup>62</sup>. Según estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el Departamento de Extranjería y Migración (DEM) a principios del 2019 nuestro país contaría con la presencia de 1,25 millones de habitantes extranjeros, lo que supone un aumento de un 67,7% en relación con el último censo realizado el 2017<sup>63</sup>.

“El proceso migratorio hacia Chile ha sido de constante alza, pero se acentuó en los últimos años debido al fuerte ingreso de ciudadanos de Venezuela y Haití, países que atraviesan serias dificultades políticas, económicas y sociales. De acuerdo al Censo 2012, los extranjeros en Chile no superaban los 85.000. En el Censo 2017, la cifra llegó a 746.465 y ahora a 1.251.225, un registro sin precedentes”<sup>64</sup>.

Si bien históricamente Chile no comenzó como un país ajeno a la migración, iniciamos un proceso de declive de esta desde los años 20 hasta alcanzar un mínimo histórico en 1982, época de dictadura, en el cual la población migrante representaba tan solo un 0,72% de la población total<sup>65</sup>. Si bien de esta fecha en adelante la población migrante comenzó a repuntar, hasta el 2002 constituían un

---

<sup>61</sup> ZAPATA-SEPULVEDA, Pamela. (2016). “Experiencias de investigación, desafíos y limitaciones en el trabajo con inmigrantes y refugiados en la ciudad fronteriza de Arica”. En: Maria Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. P. 142.

<sup>62</sup> BLASCO, Emili. (2018). “Chile, el país americano con el mayor aumento de inmigrantes”. [en línea]. ABC en internet, 20 de junio 2018. [https://www.abc.es/internacional/abci-chile-pais-americano-mayor-aumento-inmigrantes-201806190456\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-chile-pais-americano-mayor-aumento-inmigrantes-201806190456_noticia.html) [Consulta: 17 de abril de 2019].

<sup>63</sup> ACOSTA, Paula. (2019). “Chile es el país Sudamericano con mayor peso de extranjeros, pero está muy lejos del promedio de la OCDE”. [en línea]. La tercera online, 15 de febrero 2019. <https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-pais-sudamerica-mayor-peso-extranjeros-esta-lejos-del-promedio-la-ocde/530369/> [Consulta: 21 de mayo de 2019].

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> RIHM, Andrea y SHARIM, Dariela. (2017). “Migrantes colombianos en Chile: Tensiones y oportunidades en la articulación de una historia personal”. *Universitas Psychologica* vol. 16, n° 5. PP. 1-15. P. 1.

1% e incluso hasta el año 2015, tan solo un 2,7%<sup>66</sup>. Estas cifras no hacen más que demostrar que, efectivamente, el aumento de migración en los últimos años ha sido inesperado.

Las últimas estadísticas presentadas por el INE y el DEM hacen referencia a la situación en Chile hasta el 31 de diciembre del 2018, muestran que la mayor cantidad de migrantes proviene de Venezuela con un 23%. Lo importante, sin embargo, es que Haití se posiciona en tercer lugar con un 14%, además de ser el segundo país que más aumentó su proporción de migrantes desde el censo del 2017, según el cual representaban un 10% de los migrantes en Chile y se ubicaban en el quinto lugar. Los migrantes colombianos, por su parte, se posicionaron en cuarto lugar con 146.582 habitantes registrados<sup>67</sup>. Estos últimos, para el 2014 constituían un 6% del total de la población migrante residente en Chile con tan 25.038 personas, es decir, que casi han sextuplicado su población en tan solo 5 años.

La presencia de estos dos países es importante para nuestro análisis que, puesto que han introducido un nuevo factor en la sociedad chilena en los últimos años: el migrante afroamericano. De hecho, el 60% de los nacionales de Haití son de raza negra, un 30% son mulatos y menos de un 10% son blancos de ascendencia francesa<sup>68</sup>. Es decir, cerca de un 90% de los migrantes haitianos tendrían rasgos afroamericanos. La situación del afrocolombiano en cambio es distinta:

“La población afrocolombiana se encuentra distribuida en todo el territorio nacional y las regiones con mayor presencia son la Costa Pacífica, la franja costera del Caribe, Risaralda, Caldas, Quindío y Antioquia. De acuerdo con el Censo del año 2005, (último hasta 2012) los y las afrocolombianos (as) representan el 10,62% de la

---

<sup>66</sup> RIHM, Andrea y SHARIM, Dariela. (2017). “Migrantes colombianos en Chile: Tensiones y oportunidades en la articulación de una historia personal”. *Universitas Psychologica* vol. 16, n° 5. PP. 1-15. P. 1.

<sup>67</sup> INE y DEM. *Estimación de personas extranjeras residentes en Chile*, Santiago, febrero de 2019.

<sup>68</sup> SANCHEZ, Katherin, VALDERAS, Jaime, MESSENGER, Karen, SANCHEZ, Carolina & BARRERA, Francisco. (2018). “Haití, la nueva comunidad inmigrante en Chile”. *Revista chilena de pediatría* vol. 89, n°2, PP. 278-283. P. 1.

población. Sin embargo, la Defensoría del Pueblo asegura que son al menos el 25% del total; es decir, 10,5 millones de personas”<sup>69</sup>.

En este contexto la población colombiana, si bien presenta un porcentaje importante de población afrodescendiente, no lo es tanto como para hacer un vínculo directo entre el aumento de la migración colombiana per se y un aumento importante de la población migrante afrodescendiente en Chile. En este sentido es importante considerar las razones que llevan a los colombianos a decidir migrar a Chile o a otros países en general. Según datos publicados por el DEM y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en el 2016, entre 2005 y 2014 la población colombiana presentaba los mayores porcentajes de solicitudes de refugio variando entre un 73% y un 84% del total de las solicitudes entre esos años<sup>70</sup>. Si bien esta situación ha disminuido en los últimos años, la población colombiana siguió hasta el 2018, como la tercera que más solicita refugios a Chile después de Cuba y Venezuela.

“En este sentido, se comprende que la migración de personas colombianas hacia Chile está marcada por la violencia estructural del contexto de origen, reconociéndose no sólo la tensión generada en los territorios por el conflicto armado entre el Estado colombiano y las guerrillas de izquierdas, sino también la presencia del narcotráfico, lo que configura motivos migratorios tendientes a buscar seguridad e incluso lugares más propicios para la crianza de niñas y niños, lo cual habla de contextos de vulnerabilidad social”<sup>71</sup>.

Lo anterior hace sentido ya que las zonas más afectadas por estos conflictos en Colombia son aquellas con más presencia de población afrocolombiana:

“El Pacífico colombiano se constituye en la región por excelencia de donde proceden los/as migrantes colombianos/as que llegan a la ciudad (Antofagasta), sumados a los que proceden de la zona cafetera, especialmente de ciudades limítrofes al Valle del

---

<sup>69</sup> ACNUR. (2012). “Situación Colombia: Afrodescendientes”. [en línea]. Hoja informativa de junio de 2012. [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2013/SituacionColombia\\_Afrodescendientes\\_junio2012.pdf?view=1](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2013/SituacionColombia_Afrodescendientes_junio2012.pdf?view=1) [Consulta: 21 de mayo 2019].

<sup>70</sup> Departamento de Extranjería y Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (2016). “Migración en Chile 2005 – 2014”.

<sup>71</sup> CUEVAS, Pablo y GATICA, Javiera. (2017). *inmigración colombiana en Antofagasta: Un estudio específico sobre racismo en torno a experiencias de inmigrantes de nacionalidad colombiana entre los años 2010 y 2013*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Historia, Universidad de Chile. Santiago de Chile. P. 27.

Cauca”. Mujeres y hombres afrodescendientes ... que proceden de una región en Colombia donde aún siguen muy vivas las violencias y el conflicto armado”<sup>72</sup>.

En este sentido, el aumento repentino de la migración afrodescendiente en Chile, aunque aún baja comparativamente con el resto de los países de la región, ha sido suficiente para hacerla visible en nuestra sociedad ante los ojos del chileno. Se identifica por lo tanto que este aumento de la migración en Chile ha contribuido a dar contenido al significador de raza en Chile. Esto no es solo una construcción de pensamiento que puede parecer evidente, sino que también ha sido percibida en la práctica por los propios migrantes:

“Yo no entendía y decía: “Ahhhh, pero mira estos, ¿Por qué me pellizcan?”. A mí me contaron, que ellos nos pellizcaban porque los negros, así los de color, éramos de buena suerte, no habíamos muchos. Y pasaban y nos daban el pellizquito de la buena suerte, pa’ ellos claro [Risas]. Ahora pasamos de pellizquito de la buena suerte a colombianos culiaos”<sup>73</sup>.

El afroamericano en Chile, no puede camuflarse con el nacional, su color de piel es símbolo automático de su calidad de extranjero o migrante. A su vez, como vimos, el migrante ha adquirido diversos prejuicios que lo ligan a la criminalidad, falta de puestos de trabajo, pobreza y colapso de sistemas públicos, entre otros. Es por esto que el migrante haitiano o afrocolombiano en Chile es estereotipado por partida doble, tanto por su piel negra, como por su “evidente” calidad de migrante. Este fenómeno se comprueba en las palabras de la autora Claudia Mora:

“En el marco del progresivo aumento de los flujos migratorios interregionales, emergen o se intensifican nuevos patrones de estratificación en las sociedades de llegada, como, por ejemplo, aquellos basados en características raciales o étnicas de los inmigrantes que son percibidas, categorizadas y jerarquizadas en la sociedad receptora”<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> ECHEVERRI, María Margarita. (2016). *Otredad racializada en la migración forzada de afrocolombianos a Antofagasta (Chile)*. Universidad Central; Colombia. P. 93.

<sup>73</sup> Ibid. P. 99.

<sup>74</sup>MORA, Claudia. (2009). “Estratificación social y migración intrarregional: Algunas caracterizaciones de la experiencia migratoria en Latinoamérica”. *Revista Universum* n° 24, vol. 1 Pp. 128 - 143. P. 131.

## 1.5) La frontera y la institución del control migratorio

Antes de entrar en el análisis jurídico de nuestra legislación migratoria en relación con el racismo en la frontera, es necesario delimitar el concepto de frontera, con vistas a determinar la importancia de encerrar el estudio de la legislación migratoria y el racismo en este específico espacio.

La frontera puede ser definida como una zona o espacio vecino a la línea de separación entre dos estados, o como línea que determina donde comienzan o terminan los territorios que dependen respectivamente de dos estados vecinos<sup>75</sup>. La frontera por lo tanto marca un límite a uno de los elementos esenciales del Estado, como lo es el territorio. Se sigue de esto que las limitaciones al territorio de un Estado podrán ser terrestres, marítimas o aéreas. La importancia del concepto de frontera radica en que no solo establece un límite al territorio físico de un estado en sí, sino que también establece un límite a su jurisdicción<sup>76</sup>. Debido a que esta delimitación marca un inicio y un fin a la expresión de su soberanía, los Estados realizan controles en estas para determinar qué, y quienes entran y bajo qué condiciones lo hacen. De hecho, la OIM define control de frontera como:

“regulación por un Estado del ingreso de personas a su territorio, en ejercicio de su soberanía”<sup>77</sup>.

En estas limitaciones es el migrante quien atrae las miradas y mayores resguardos en el control fronterizo o migratorio. Lo anterior debido a que, según la Organización Internacional para las Migraciones, migrante es toda persona que se desplaza a través de una frontera internacional o dentro del propio territorio nacional, pero siempre fuera de su habitual lugar de residencia<sup>78</sup>. Tal calidad es independiente de

---

<sup>75</sup> INFANTE CAFFI, María Teresa. (2016). “Las fronteras desde la perspectiva del derecho internacional”. *Estudios Internacionales* vol. 48. n° 185. P. 61.

<sup>76</sup> ARRIAGA-RODRIGUEZ, Juan Carlos. (2011). “El concepto jurídico de frontera”. *Memorias: XII seminario internacional de verano caribe, economía, política y sociedad*. Universidad de Quintana Roo. P. 486.

<sup>77</sup> OIM. (2006). “Glosario sobre migración”. *Derecho internacional sobre migración* n° 7. P. 13.

<sup>78</sup> OIM. (2019). “¿Quién es un migrante?”. [en línea] <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante> [Consulta: 24 de mayo 2019].

su situación jurídica, la voluntariedad de tal desplazamiento, la duración de la estancia o las causas propias del desplazamiento. Es la incertidumbre sobre las razones verdaderas del desplazamiento, así como el tiempo de este, lo que genera una mayor preocupación y recelo por parte de los Estados y sus controles migratorios fronterizos.

En el sentido de lo anteriormente expuesto, se debe entender que la frontera y el control fronterizo conforman una institución y por lo tanto una estructura social que tiene una finalidad particular, y una forma de organización que rige a la sociedad y porta sus valores<sup>79</sup>. Se puede llamar institución a todas las creencias y los modos de conductas arraigados en una sociedad o comunidad<sup>80</sup>. Estas a su vez se plasman como componentes o reglas de diferente índole que van desde normas sociales y valores hasta normas jurídicas o legislación que son producto de una intención o pensamiento colectivo y que además ayudan a moldear o perpetuar este pensamiento<sup>81</sup>. En base a esto, nuestro control migratorio, como institución que es, estaría forjado por conductas y creencias basadas en los imaginarios sociales que se tienen respecto a la migración en nuestra sociedad, imaginarios que ya fueron analizados en páginas anteriores<sup>82</sup>. Adicionalmente, la institucionalidad del control migratorio en la frontera también estaría basada en nuestra actual legislación migratoria chilena.

Ya se estableció que el imaginario social chileno en una gran medida ve al inmigrante como una amenaza o como un otro racializado y que las prácticas de racismo en nuestra sociedad son algo presente de lo que no podemos desviar la mirada. En los capítulos siguientes se verá si la otra parte constitutiva del ideario de la institución de control migratorio en la frontera, es decir, nuestra actual legislación migratoria, realiza un aporte para limitar que se plasme este ideario social a veces racista sobre el migrante, sobre todo de color, en la institución en cuestión, o si en

---

<sup>79</sup> LIBERONA, Nanette. (2015). "La frontera cedazo y el desierto como aliado. Prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile". *Revista Polis* n° 42. P. 4.

<sup>80</sup> DURKHEIM, Emile. (2001). "Las reglas del método sociológico". Fondo de cultura económica, México. P. 31.

<sup>81</sup> AIRA, María Roselia. (2016). "Las instituciones y su incidencia en el comportamiento organizacional". *Revista Negotium* vol 11, n° 33. P. 104.

<sup>82</sup> LIBERONA, Nanette. (2015). Op. Cit.

cambio permite que estas prácticas racistas aterricen en el control migratorio chileno.

## Capítulo 2

### Legislación migratoria en Chile y las condiciones de entrada para migrantes

Una vez descrito el contexto social, cultural y demográfico en el cual se enmarca nuestra legislación migratoria, corresponde ahora analizarla. Específicamente el tratamiento al migrante en sus condiciones de entrada al país y las consecuencias prácticas que se generan en cuanto al control policial fronterizo, con un principal enfoque en la raza.

#### 2.1) Lógicas restrictivas en la historia de nuestra legislación migratoria

La legislación migratoria chilena se presenta a lo largo de la historia caracterizándose por lógicas restrictivas desde la colonia hasta la legislación que se presenta hoy en día. Según Rodrigo Sandoval estas lógicas restrictivas han permeado la gran mayoría de las políticas migratorias chilenas y estarían basadas en restricciones de carácter racial y/o biológico, o en restricciones de carácter funcional de corte más utilitarista<sup>83</sup>.

Las restricciones raciales que se dan a lo largo de la historia chilena se presentan en un primer periodo de la historia nacional (1824-1973), donde se vislumbra un gran interés por la llegada de migrantes de determinadas características biológicas<sup>84</sup>. Así, en 1984 cuando el gobierno de la época nombra una comisión especial para analizar fórmulas para introducir inmigración extranjera en el territorio nacional. Resultado de esto Benjamín Vicuña Mackenna redacta el informe de aquella comisión en donde se manifestaba una jerarquización de distintas nacionalidades con el objeto de atraer su inmigración, estableciendo preferencias

---

<sup>83</sup> SANDOVAL, Rodrigo. (2016). "Hacia una política nacional migratoria". En: María Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. P. 104.

<sup>84</sup> LARA ESCALONA, María. (2014). "Evolución de la legislación migratoria en Chile: Claves para una lectura (1824-2013)". *Revista de Historia del Derecho* n° 47. PP. 59-104. P. 62.

por la nacionalidad alemana, debido a lo especial de su raza<sup>85</sup>. El argumento era que la población alemana, debido a su carácter, hábitos y raza, era la más propensa para entremezclarse con la sociedad chilena y contribuir a su regeneración<sup>86</sup>. Seguido de esta vienen, la italiana, suiza, belga y demás nacionalidades de origen europeo. El informe anteriormente mencionado es importante puesto que:

“se observa claramente el sesgo biológico para la política de la época con un énfasis en la mejora racial, lo que continuará persistiendo en los diversos cuerpos normativos y en las instituciones que se crean para el fomento de esta migración y para el desarrollo de las colonias”<sup>87</sup>.

Lo anterior se observa, por ejemplo, en el reglamento de inmigración libre de 1905 que establecía que era inmigrante libre todo extranjero, que, entre otras cosas, fuese de origen europeo o de Estados Unidos y que lograra acreditar su moralidad y aptitudes (como oficio)<sup>88</sup>.

En diciembre de 1918 se promulga la ley 3.446, también conocida como Ley que impide la entrada al país, o la residencia en él de *elementos indeseables*. En esta se establecían lógicas restrictivas de carácter funcional ya que se podía impedir la entrada al país de extranjeros que hubieren sido condenados o que estuviesen siendo procesados por algún delito o que no tuviesen profesión, oficio o forma de ganarse la vida. Además, también se impedía la entrada de aquellos que tuviesen alguna enfermedad prevista en el código sanitario. Sin embargo, lo que más llama la atención era la exclusión de todos aquellos extranjeros que practicasen o enseñaran la alteración al orden social o político o que promoviesen doctrinas que fuesen incompatibles con el ideario de la nación<sup>89</sup>.

Posteriormente en mayo de 1953 bajo el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo se promulga el D.F.L número 69, el primero que regula la figura del migrante.

---

<sup>85</sup>LARA ESCALONA, María. (2014). “Evolución de la legislación migratoria en Chile: Claves para una lectura (1824-2013)”. Revista de Historia del Derecho Nro. 47; INHIDE, Buenos Aires. PP. 59-104. P. 66.

<sup>86</sup> VICUÑA MACKENNA, Benjamín. (1864). “Bases del informe presentado al Supremo Gobierno sobre la inmigración extranjera por la Comisión Especial nombrada con ese objeto”. P. 25.

<sup>87</sup> LARA ESCALONA, María. (2014). Op. Cit. P. 66.

<sup>88</sup> Ibid. P. 70.

<sup>89</sup> LARA ESCALONA, María. (2014). Op. Cit. P. 72.

Nuevamente en este cuerpo normativo se observa un interés por el mejoramiento de la raza al establecer que:

“la inmigración con elementos de selección contribuirá a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza”<sup>90</sup>.

Se percibe a lo largo de estas disposiciones una preocupación por la mejora racial de la población chilena, que se realizaría con la llegada de extranjeros de cierto origen generalmente europeo. Además de esto, ya se vislumbra en esta época una visión del extranjero en general como una amenaza y un sujeto que debía ser visto con resguardos. En este sentido las disposiciones migratorias de la historia de nuestro país siempre parten de la base de no mirar al migrante como un sujeto de derechos, sino como un alguien que puede contribuir sustancialmente a empeorar o mejorar nuestra sociedad dependiendo de las características raciales, culturales o profesionales que este posea.

Esta visión no solo es evidencia de la mirada que tenía la sociedad en general sobre el extranjero en la época, con una gran admiración por lo europeo y un rechazo a todo aquello que no siguiese esos cánones, sino que también marca una gran influencia para la legislación que tenemos hoy. Tanto a través de disposiciones de la misma ley, ya que denota una inspiración directa en estatutos tales como la Ley 3.446 que prohíbe la entrada de elementos indeseables, como también de forma ideológica, como lo es la política de seguridad nacional sobre la que se basa, y que se verá en el siguiente subcapítulo. En palabras de Sandoval:

“El Decreto de Ley 1.094 del año 1975, cuerpo normativo que desde la dictadura hasta la fecha regula las condiciones de ingreso, salida, residencia y permanencia definitiva de los extranjeros en Chile, se inserta muy bien dentro de estas lógicas históricas”<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> LARA ESCALONA, María. (2014). “Evolución de la legislación migratoria en Chile: Claves para una lectura (1824-2013)”. Revista de Historia del Derecho Nro. 47; INHIDE, Buenos Aires. PP. 59-104. P. 75.

<sup>91</sup> SANDOVAL, Rodrigo. (2016). “Hacia una política nacional migratoria”. En: Maria Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. P. 104.

Esta lógica de restricción racial y funcional al migrante extranjero es parte del proceso histórico que guía el camino y que está por detrás de nuestra actual legislación migratoria. A continuación, me referiré directamente a esta y se verán las consecuencias de esta lógica en el control fronterizo.

## **2.2) Actual legislación migratoria y su política de seguridad nacional**

La actual legislación migratoria chilena está conformada principalmente por el decreto ley 1.094 o ley de extranjería de 1975 y por el decreto 597 o reglamento de la ley de extranjería de 1984. Ambos cuerpos legales fueron promulgados por la dictadura de Augusto Pinochet y aún se mantienen vigentes, convirtiendo a nuestra legislación migratoria en la más anticuada de Latinoamérica. Un contexto en el cual se buscó controlar el ingreso de personas extranjeras bajo la preocupación de que estas fuesen personas contrarias al régimen y que buscasen realizar acciones de cualquier tipo en contra de este. Teniendo lo anterior en mente la legislación de extranjería fue creada mirando al extranjero como una amenaza, como un extraño al cual hay que observar con extremo cuidado:

“Para el Decreto Ley, el extranjero y la migración son una amenaza. En este escenario, el Estado está llamado a recelar y a tomar los resguardos para evitar la entrada de sujetos, grupos e ideas atentatorios contra los valores nacionales que se busca preservar”<sup>92</sup>.

A pesar de haber sido dictada hace casi 45 años y en un escenario totalmente distinto a la realidad que hoy presenciamos en nuestro país, marcado por un contexto de dictadura y una de las tasas de inmigración más bajas que se hayan podido presenciar en la historia de nuestro país (0,72% en 1982), la ley de extranjería no ha sufrido ninguna modificación. Las más importantes son la Ley 20.430 cuyo objeto fue adecuar la normativa interna en materia de refugio y la Ley 20.507 que introdujo los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas.

---

<sup>92</sup> SANDOVAL, Rodrigo. (2016). “Hacia una política nacional migratoria”. En: Maria Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. P. 104.

Tan desactualizada esta nuestra normativa con el presente nacional e internacional que incluso en su artículo 4 señala que los inmigrantes se registrarán por el decreto con fuerza de ley 69 de 1953, él mismo que se ideó bajo un pensamiento de que la inmigración bajo criterios de selección contribuirá al mejoramiento de la raza<sup>93</sup>.

La ley de extranjería específicamente señala en su artículo 1 que tiene por objeto regular el ingreso, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros a nuestro país. Algunas de sus disposiciones importantes, como lo es el artículo 10 de la mencionada ley, señalan que la Dirección General de Investigaciones, esto es, la PDI, tiene a su cargo controlar ingresos y salidas de los extranjeros en nuestro país. En caso de no haber personal de PDI en un determinado lugar para realizar esta tarea, esta labor la realizará Carabineros. Este precepto tempranamente ya nos presenta un carácter más policial que administrativo dentro de esta legislación migratoria. La disposición también es repetida en el artículo 4 del reglamento de extranjería.

Lo preocupante de la ley en análisis es la presencia de varias disposiciones que dejan en claro la discrecionalidad que tienen las autoridades a cargo a la hora de permitir o prohibir el ingreso de extranjeros al país. Un ejemplo de lo anterior lo vemos ya en el segundo artículo de dicho cuerpo normativo al señalar lo siguiente:

“Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacional”<sup>94</sup>.

Al igual que el anterior, un precepto que resulta bastante decidor de la discrecionalidad y espíritu de este cuerpo normativo es el artículo 13, que establece:

“Las atribuciones que corresponden al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visas, para prorrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por este, atendándose en especial a la

---

<sup>93</sup> LARA ESCALONA, María. (2014). “Evolución de la legislación migratoria en Chile: Claves para una lectura (1824-2013)”. *Revista de Historia del Derecho* n° 47. P. 75.

<sup>94</sup> Ministerio del Interior. (1975). Decreto Ley 1094; Santiago de Chile.

conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones”<sup>95</sup>.

El artículo anteriormente citado es otra muestra irrefutable, además del artículo 4 ya mencionado, de que nuestra legislación migratoria actual fue construida con una especial mirada e influencia en disposiciones del pasado. La disposición trae un corte descaradamente funcional o utilitarista, no sólo para el otorgamiento de visas o permanencia definitiva, que resulta de por sí criticable, sino también para el espíritu mismo del precepto legal. Con esto hago una referencia directa al artículo 15 de la ley, el cual establece los impedimentos de ingreso y que será analizado especialmente en el siguiente apartado. Cabe mencionar que el artículo 13 de la ley de extranjería es replicado igualmente en el artículo 13 del reglamento de extranjería.

Con respecto a las visaciones que pueden ser otorgadas al extranjero, estas son específicamente las de Residente Temporario, Residente sujeto a contrato, Residente Estudiante y Residente con Asilo Político o Refugiado.

“Existen problemas evidentes con la clasificación que entrega el Decreto Ley sobre extranjeros. Primero, la poca flexibilidad que se da en las categorías solo perjudica al extranjero, haciendo engorrosos los trámites de visa. Además, siendo tan pocas las categorías, resulta complejo encasillar a los extranjeros, que muchas veces no cumplen con los requisitos específicos de cada categoría y terminan como indocumentados”<sup>96</sup>.

Además, el artículo 2 del reglamento de extranjería señala que tiene por objeto establecer los requisitos que deben cumplir los extranjeros para ingresar al país y que para permanecer en el deben observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Ministerio del Interior. (1975). Decreto Ley 1094; Santiago de Chile.

<sup>96</sup> BUSTAMANTE, Valentina y SCHAUB, Magdalena. (2015). “Principales problemas de legislación y políticas migratorias en Chile a la luz de principio de igualdad y no discriminación”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago de Chile. P. 91.

<sup>97</sup> Ministerio del Interior. (1984). Decreto 597; Santiago de Chile.

Según nuestro entendimiento nuestra legislación migratoria toma la migración como un problema que debe ser solucionado y no como un derecho de parte de quien llega a nuestro país en busca de mejores condiciones de vida. Tanto la ley de migración como el reglamento de extranjería hacen referencias constantes a requisitos, prohibiciones, condiciones, atribuciones amplias de las autoridades para hacer valer estas, y sanciones ante el incumplimiento, pero muy poco, por no decir nada, a derechos del extranjero. De lo anterior se manifiesta ineludiblemente que nuestra actual legislación migratoria no ve la migración como un derecho.

Las anteriores normas citadas y todo lo que se expuso con relación a ellas son producto de la doctrina de la seguridad nacional, sustrato ideológico principal de la ley 1.094:

“Se trata de una norma claramente signada por el conjunto de principios que constituyeron el sustento ideológico de esta y otras dictaduras institucionales del Cono Sur, la Doctrina de la Seguridad Nacional, con el claro propósito implícito de impedir el ingreso de “agitadores”- la acción indirecta del comunismo- que pudieran atentar contra el orden interno”<sup>98</sup>.

Esta es la razón de fondo por la cual nuestra legislación migratoria contempla disposiciones discrecionales y concentra sus apartados principalmente en prohibiciones, requisitos y sanciones. Debido a que su sustrato ideológico viene marcado por una época y un contexto en donde la migración era un problema que amenazaba con alterar el orden establecido. Dicho lo anterior, cabe reflexionar: ¿No es así mismo como nuestra sociedad chilena se plantea el tema de la migración? Es cierto que no nos encontramos en época de dictadura, pero hay un “orden cultural” que ve con miedo que sea alterado por las nuevas olas migratorias:

“¿Cómo explicamos que una legislación que consideramos tan lejana a nuestro fuero íntimo haya sobrevivido 40 años? Porque si bien es cierto que la normativa impuesta por la dictadura duro 15 años bajo el régimen militar, es ineludible constatar que lleva vigente otros 25 años de democracia, sin ninguna modificación importante. ¿Qué dice

---

<sup>98</sup> STANG, María Fernanda. (2016). “De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: La idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014”. En *Revista Polis* vol. 44. PP. 83-107. P. 84.

eso de nosotros los chilenos? ¿Será quizás necesario preguntarse si el racismo y la xenofobia resultan tan ajenos -como nos gustaría- a nuestra conciencia nacional?”<sup>99</sup>.

### **2.3) Criterios de entrada y la indeterminación conceptual**

El primer artículo del decreto ley 1094 que hace referencia al ingreso de extranjeros a nuestro territorio es el artículo 2, específicamente en su inciso segundo el cual establece que: “Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacional”.

Seguido de este, los artículos 15 y 16 del decreto ley 1094 son los que establecen de forma un poco más lata las prohibiciones de ingreso a nuestro país. Específicamente, en su artículo 15, estas hacen referencia a: 1) Los que fomenten por cualquier medio doctrinas que tiendan a destruir o alterar el orden social del país o sus sistema de gobierno; 2) Los que se dediquen al tráfico o comercio de drogas o armas, contrabando, trata de personas y en general cualquiera que ejecute actos contrarios a las buenas costumbres; 3) Los condenados o actualmente procesados por delitos que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos por delitos no políticos; 4) Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social; 5) Los que sufran enfermedades que la autoridad chilena califique de impedimento para entrar; 6) Los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremos sin que este haya sido derogado; 7) Los que no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en el decreto de ley o su reglamento; 8) Los que hubieren cometido delitos de ingreso o intento de ingreso con documentos falsificados, ingreso o intento de ingreso clandestino o ingreso existiendo causales de impedimento o prohibición, cuando hubiesen prescrito las acciones penales o penas correspondientes encontrándose fuera del país.

---

<sup>99</sup>SANDOVAL, Rodrigo. (2016). “Hacia una política nacional migratoria”. En: Maria Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. P. 105.

Además, el artículo 16 del precepto legal en cuestión determina que podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los extranjeros que: 1) Estén condenados o actualmente procesados por simples delitos; 2) Hayan salido de Chile por disposición del gobierno; 3) Hayan sido expulsados por país extranjero ante autoridad competente; 4) Sean menores de 18 años y no sean acompañados por sus padres o guardador y que no tengan autorización escrita de ninguno de ellos o de un Tribunal competente. Estas mismas causales se replican en los artículos 26 y 27 del reglamento de extranjería.

Además, es importante mencionar que según el reglamento de extranjería en su artículo 28 el Ministerio del Interior resolverá la medida de prohibición de ingreso al territorio nacional de los extranjeros que se encuentren en las situaciones ya mencionadas. En cuanto a esto debe tenerse en especial consideración el artículo 29 del reglamento de extranjería el cual establece que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las autoridades controladoras tendrán la obligación de rechazar el ingreso de los extranjeros que se encuentren en alguna de las situaciones prescritas en los artículos 26 y 27 en base a los antecedentes que obren en su poder”.

Siguiendo la misma línea de los anteriores preceptos, el artículo 44 en su inciso segundo establece que aquellos extranjeros que entren como turistas deberán tener los medios económicos suficientes para subsistir en Chile durante su permanencia, circunstancia que deberá acreditar cuando lo estime necesario la autoridad policial. Lo mismo se dispone en el inciso segundo del artículo 87 del reglamento de extranjería.

Directamente relacionado con todo lo anteriormente expuesto, cabe mencionar que según lo dispuesto en el inciso final del artículo 16 en referencia al artículo 10 del mismo Decreto Ley, la autoridad competente para aplicar las mencionadas prohibiciones de ingreso al país será la Policía de Investigaciones, y en su defecto, carabineros de Chile.

Se manifiesta claramente dentro de algunas de las normas que regulan las prohibiciones de ingreso a Chile una falta de precisión, o, en otras palabras, una

indeterminación conceptual. Conceptos tales como: “razones de interés o seguridad nacional”, “doctrinas que alteren el orden social”, “actos contrarios a las buenas costumbres” o “carezcan de recursos que les permitan vivir”, pueden ser ampliamente interpretados por la autoridad de turno y llevar a discriminaciones completamente arbitrarias<sup>100</sup>, dado que esto sucede:

“al fundamentar las sanciones en la protección de bienes jurídicos relevantes para el estado tales como la seguridad nacional, el orden público o la seguridad pública, entre otros, pero en ausencia de criterios legales que permitan orientar la ponderación o proporcionalidad en la determinación y aplicación de dichas medidas”<sup>101</sup>.

¿No debiese una legislación razonable para nuestros tiempos ser capaz de determinar el sentido de interés o seguridad nacional? ¿Cuándo una doctrina altera el orden social? ¿Cómo y en base a qué criterios o valores determinamos que un acto es contrario a las buenas costumbres? ¿Qué recursos y qué cantidad de estos de estos es necesaria para poder vivir en nuestro país? ¿Se consideran otros factores como el tiempo, la presencia de familia o el valor actual del dinero para determinar esta causal? Ninguna de estas preguntas básicas logra ser resuelta por nuestra legislación. Según Pablo Ceriani, este es un problema que abarca a gran parte de los países de nuestra región latinoamericana, dado que el considera que hay una gran presencia de cláusulas que llevan a la selectividad de migrantes, las cuales se basan finalmente en criterios de utilidad, punto que ya se vio presente en la evolución histórica de nuestra legislación migratoria. Ceriani considera que estos criterios de selectividad utilitarista muchas veces redundan en “criterios incuestionablemente discriminatorios”<sup>102</sup>.

La falta de precisión de estos conceptos no es más que una muestra de la discrecionalidad que se les da en esta labor a los funcionarios policiales de turno, lo

---

<sup>100</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del D.L. No.1094*. 4 de julio de 2013. Considerando 7.

<sup>101</sup> BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARUBIA, Fernanda. (2015). “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”. *Estudios Constitucionales* n°2. PP. 103-124. P.114.

<sup>102</sup> CERIANI CERNADAS, Pablo. (2011). “Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”. *Revista Nueva Sociedad* n°233. PP. 68-86. P.78.

que ha llevado a situaciones de rechazos sin que se exprese una causal de justificación:

“De la manera expresada, sólo resulta posible concluir que el control migratorio efectuado por la Policía de Investigaciones ha excedido sus atribuciones, al negar el ingreso al país a los amparados únicamente sobre la base de lo declarado por la autoridad en circunstancias en que no se ha demostrado que no cumplieran los requisitos generales que prescribe la ley para permitir su libre tránsito por Chile, de manera que no era posible impedirles válidamente su derecho a ingresar al territorio nacional”<sup>103</sup>.

También producto de la misma arbitrariedad otorgada por la legislación nos encontramos con casos en que la justificación es creada por los propios funcionarios de turno sin respetar siquiera la criticada legislación que los ampara:

“es claro que, si un extranjero se encuentra en alguna de las hipótesis que describen los preceptos citados, se le debe denegar la entrada al país. Sin perjuicio de lo expresado, en el caso de autos y conforme a lo informado por la propia recurrida, el fundamento que se esgrime para prohibir el ingreso de la amparada no se sustenta en ninguna de las causales descritas en los preceptos citados; en consecuencia, la negativa sólo se ha fundado en la existencia de una actuación administrativa -ya agotada-, como es la resolución Exenta No. 621, de forma que no existe un impedimento real que sustente la decisión desplegada por la recurrida, decidir lo contrario implica mantener vigente en el tiempo una sanción ya cumplida; la decisión de impedir el ingreso de la amparada al país fue ilegal y arbitraria y vulneró la libertad de desplazamiento de la amparada, puesto que no existe justificación alguna que fundamente la actuación desplegada por la autoridad recurrida, razones por las cuales el recurso interpuesto será acogido”<sup>104</sup>.

El artículo 44 de la ley de migración, replicado en su totalidad en el artículo 87 del reglamento de extranjería, dice relación a los extranjeros que entran a nuestro país como turistas, regula en su inciso segundo la llamada “bolsa de viaje”, esto es,

---

<sup>103</sup> CORTE SUPREMA. 20 de noviembre de 2014. Rol n°29344-2014. En: Arellano Ortiz, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson Reuters. P.19.

<sup>104</sup> CORTE SUPREMA. *Martha Riascos con Policía de Investigaciones de Chile y otros*. 20 de junio de 2013. Rol n°4014-2013. Considerando 3.

aquella cantidad de dinero que se considera suficiente para la subsistencia del extranjero en Chile. Este artículo delega un poder de discrecionalidad a la autoridad policial de turno, pues permite que esta decida la cantidad de dinero necesaria para poder autorizar el ingreso de la persona extranjera. En este sentido queda a criterio del agente policial el determinar si un determinado individuo puede ser sospechoso o no de no portar la bolsa de viaje, resultando bastante difícil en la práctica que este razonamiento no se vea justificado por criterios que puedan ser considerados discriminatorios, como, por ejemplo, el color de piel u otra característica externa del sujeto o su nacionalidad. En un segundo término, ni el artículo 44, ni ningún otro artículo de la ley de migración, reglamento de extranjería o normativa infra-legal determinan que cantidad de dinero es suficiente para acreditar que se tiene medios económicos suficientes para permanecer en Chile. Tampoco se establecen criterios, como puede ser cantidad de días que pretende estar el extranjero o la presencia o no de familiares, que permitan guiar al funcionario PDI en la determinación del monto.

Esta fue la misma mirada crítica que utilizó la Corte Suprema en el caso “Grimalda Ccanccahua con Jefe de Prefectura Policial del Aeropuerto de Santiago” en una sentencia de junio de 2013:

“para exigirle que acredite tener los medios económicos suficientes de subsistencia, tales preceptos no contemplan la forma en que ello deba ser establecido, por lo que se trata de una cuestión subjetiva y discrecional, que como tal debe ser analizada con prudencia y de forma restringida; la disposición legal no permite distinguir el origen de las sumas que traiga el extranjero, de modo que el hecho de ser obsequiadas o prestadas, no permite al funcionario policial reconducir ello a la única calificación que contempla la norma, que es su suficiencia; si la turista declara que viene invitada a la casa de una familia -circunstancia que está en condiciones de demostrar- ello es un antecedente que debe ser considerado en la apreciación de la suficiencia de los medios que trae consigo al ingresar al país; la decisión de devolver a la amparada a su país de origen apoyada en el hecho de que no portaba los medios suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, fue ilegal y arbitraria y vulneró la libertad

de desplazamiento de la amparada, siendo ilegal también la retención de su documentación”<sup>105</sup>.

Más incomprensible se hace este artículo, así como las demás causales de prohibición de ingreso indeterminadas, cuando nuestra legislación migratoria consagra los artículos 9 y 49 del Decreto Ley 1094 el principio de “visa móvil o flexible”<sup>106</sup>. Esto permite que el migrante que ingresa como turista con solamente su pasaporte o documento de identidad en algunos casos, pueda efectuar el cambio o traspaso de esta calidad a cualquiera de las otras que el sistema contempla, en la medida que cumpla los requisitos que las normas específicas contemplan para ello. Ante esto surge la duda de si es razonable imponer una restricción económica asociada a un elevado nivel de arbitrariedad para evitar que entren personas con fines distintos al turismo, siendo que estas pueden legalmente optar a un cambio de visa dentro del territorio chileno.

No resultaría raro encontrarnos ante casos de extranjeros que entran como turistas a Chile con el objetivo de posteriormente cambiar su situación migratoria a otra que legalmente les permita ejercer un trabajo dentro de nuestro territorio nacional. ¿Debemos mirar como amenaza a un extranjero que tenga aquella pretensión? ¿Debe nuestra Policía de Investigaciones impedir la entrada de turistas que tengan esta clase de objetivos aun cuando legalmente pueden hacer este cambio de régimen? Nuestra Corte Suprema ha respondido lo siguiente ante casos en los cuales Policía de Investigaciones ha decidido prohibir el ingreso a extranjeros en esta situación debido a la causal del artículo 44:

“No cabe entender que la calidad de turista que invoca el extranjero al solicitar su ingreso al país, mude, se pierda o pueda calificarse de falsa, si este tiene la intención de más tarde requerir la modificación de estatuto que autoriza la ley y, por otra parte, en este supuesto el cumplimiento de los requisitos para tal cambio de calidad será

---

<sup>105</sup> CORTE SUPREMA. *Grimalda Cconccahua con Jefe de Prefectura Policial del Aeropuerto de Santiago*. 4 de junio de 2013. Rol n°3563-2013, considerando 2.

<sup>106</sup> OBSERVATORIO JUDICIAL. (2018). “La Corte, defensora del inmigrante. ¿Cómo aplica la Corte Suprema la legislación migratoria?”. *Revista Radar* n°2. P.5.

examinado en su oportunidad por la autoridad administrativa competente, sin que pueda la PDI adelantar dicho escrutinio”<sup>107</sup>.

Ha sido también nuestra jurisprudencia, esta vez de la Corte de Apelaciones, la que ha establecido que la ponderación resulta un principio indispensable a la hora de determinar la prohibición de ingreso de un extranjero bajo estas causales. De esta manera se debe evaluar caso a caso las condiciones en las cuales entra el extranjero con especial consideración en sus derechos fundamentales, de manera que la sanción no resulte desproporcionada<sup>108</sup>.

Los conceptos abiertos y la indeterminación conceptual llevan la implacable realidad de convertir al funcionario policial de la frontera en una autoridad de poder absoluto. No cabe duda de que debe haber algunos de ellos que logran aplicar estas causales de forma más criteriosa. Pero si no las regulamos extensiva y prudentemente caemos en el riesgo de que entren en juego los prejuicios y estereotipos sociales a la hora de decidir quién debe entrar a nuestro país y quién no. Todo en desmedro de derechos, como el de igualdad, no discriminación, acceso a la justicia y libertad de desplazamiento (entre otros).

“Es importante notar que el establecimiento de una regulación tan favorable a la discrecionalidad del funcionario de frontera permite actuaciones discriminatorias en la más absoluta impunidad, de las que no se llevan registro alguno”<sup>109</sup>.

Se hace entonces pertinente, en este punto, la siguiente pregunta: ¿Cuál es la relación entre el racismo y la indeterminación conceptual de estas disposiciones de nuestra legislación migratoria?

---

<sup>107</sup> CORTE SUPREMA. 23 de abril de 2015. Rol n°5163-2015. Considerando 5. En: ARELLANO ORTIZ, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson y Reuters. P.60.

<sup>108</sup> CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. (2016). 20 de mayo de 2016. Rol n°42-2016. Considerando 9. En: ARELLANO ORTIZ, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson Reuters. P.19.

<sup>109</sup> DOMINGUEZ VALVERDE, Cecilia. (2016). “Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los Derechos Humanos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas del control migratorio?”. *Revista chilena de derecho* vol. 43. n°1. PP. 189-217. P.198.

## **2.4) Consecuencias prácticas: el racismo en los controles policiales de entrada al país y el atropello a derechos constitucionales**

Se dijo en el apartado anterior que los conceptos abiertos e indeterminados dejaban la posibilidad a que el personal de turno de Policial de Investigaciones se dejara llevar por prejuicios y estereotipos a la hora de decidir aplicar estas normas de prohibición de ingreso. El anterior análisis de ninguna forma fue antojadizo, dado que en diversas declaraciones vemos cómo los prejuicios de discriminación racial analizados en el capítulo 1 y presentes en la cotidianidad de nuestro país, se hacen presentes en los controles fronterizos de ingreso:

“Yo llegue en avión. Porque ya unos compañeros me habían dicho que, si iba a viajar, que no viajara por tierra... Me decían que no me iban a dejar entrar, que me iban a tratar mal en las, en las, las aduanas... Cuando uno llega, uno dice que es de Colombia y al tiro empiezan a preguntar más cosas. “¿Qué estás haciendo acá?”, a pedirte, por ejemplo, me decían “¿Usted cuánta plata tiene para quedarse acá?”<sup>110</sup>. (Entrevista a dirigente inmigrante).

“¿Por qué se vuelve uno ilegal? Porque no nos dejan pasar, y ellos saben el viaje de 5 días, pasando hambre, necesidades, a veces vienen con el mero transporte. Gente que es inexperta le roban los peruanos, y se quedan sin nada, y les toca pedir. Entonces llegar aquí a la frontera para que le peguen una puerta en la cara y le digan no, porque usted es colombiano, por que usted es negro, por que usted es esto, es terrible”<sup>111</sup>. (Entrevista a dirigente inmigrante colombiana).

En la práctica, el mayor instrumento de discriminación racial resulta ser la ya mencionada “bolsa de viaje”, precepto que tiene la regulación más discrecional y arbitraria de todas las prohibiciones de ingreso que contempla la ley de migración. Las consecuencias de su falta de estandarización son obvias, y es algo que tanto migrantes afectados como los propios funcionarios de los controles fronterizos chilenos no vacilan en diagnosticar:

---

<sup>110</sup>LIBERONA, Nanette. (2015). “La frontera cedazo y el desierto como aliado. Prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile”. *Revista Polis* Nro. 42. P. 7.

<sup>111</sup> Ibid. P. 10.

“La policía simplemente dice “no, no entrai”, y o entrai y sino tenía la bolsa de 3.000 dólares, 500 dólares, eh depende, hay unos que les piden hasta 300 dólares y a otros les dice 5000, 3000, 2000, entonces va a depender de quien esté al frente”<sup>112</sup>.(Administrador del complejo fronterizo Colchane).

“la bolsa de viaje puede ser lo que al policía se le ocurra, pueden ser cinco mil dólares como pueden ser quinientos dólares, no hay un... hay mucha discrecionalidad de parte de las policías... los dejan entrar, no los dejan entrar”<sup>113</sup>. (Entrevista a Jefe de Gabinete Gobernación del Tamarugal).

La indeterminación de la bolsa de viaje también da la oportunidad de dejar al descubierto todos los prejuicios ya analizados que se relacionan con el color de piel y ciertas nacionalidades, como lo son la criminalización y la sexualización de los cuerpos:

“Lo justifican en que, como se van a mantener acá en Chile. Entonces, si no traen bolsa de turismo, es porque vienen a prostituirse o a delinquir. “¿Cómo te vai a mantener en Chile?” le dicen, “con trescientas lucas no te vai a mantener más de un día en Chile”<sup>114</sup>. (Entrevista a Administrador del complejo fronterizo Colchane).

“En el aeropuerto nos dicen [los funcionarios] a las mujeres: “Porque mejor no se va a putiar a su país”. ¿Usted cree que eso no es humillación?”<sup>115</sup>. (Carmina, mujer colombiana que migro de Buenaventura a Antofagasta en el 2005).

En 2013 el INDH realiza un informe sobre la situación de los migrantes en el paso fronterizo de Colchane. En este se relata cómo se encontraron con una casa manejada por las Hermanas de la caridad en una localidad de Bolivia cercana a la frontera con Chile la cual se ocupaba de recibir a aquellos migrantes que son rechazados y no tienen donde ir. En esta, la mayoría de las personas que llegan son de nacionalidad colombiana y de rasgos afroamericanos:

---

<sup>112</sup> LIBERONA, Nanette. (2015). “La frontera cedazo y el desierto como aliado. Prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile”. *Revista Polis* Nro. 42. P. 8.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> ECHEVERRI, María Margarita. (2016). *Otredad racializada en la migración forzada de afrocolombianos a Antofagasta (Chile)*. Universidad Central; Colombia. P. 99.

“Alegan que los requisitos para el ingreso no son claros y que varían de acuerdo al funcionario/a que los/as atiende: la solvencia puede ser de 500 a 5000 dólares, a algunos les han requerido tarjeta de crédito. Cuando creen que han cumplido los requisitos exigidos, vuelven al paso fronterizo y hay nuevas exigencias, o el funcionario/a simplemente les dice que no los/as va a dejar entrar, “los negros no entran a Chile”<sup>116</sup>.

Se deja claro con estas declaraciones que es común que funcionarios policiales no apliquen criterios objetivos que podrían ayudar a comprobar si aquella persona tiene o no la capacidad de mantenerse en el país, como lo puede ser la presencia de familiares, la corta duración del viaje, o la pretensión de cambiar su situación migratoria estando una vez dentro del país, lo que como ya vimos, es una posibilidad que nuestra propia legislación permite.

El 2018 Chile rechazó el ingreso de 13.742 extranjeros, la mayor cifra registrada en 5 años. Curiosamente, en un 67% de los casos, la justificación del rechazo se debió a que los sujetos no lograron respaldar su pretensión de ingresar al país por motivos turísticos<sup>117</sup>. En otras palabras, la mayor causal de rechazo durante el 2018 fue la contenida en el artículo 44 de la ley de migración. En cuanto a las nacionalidades rechazadas, la mayor parte correspondieron a personas de nacionalidad venezolana<sup>118</sup>. Por otra parte, quienes ocuparon el segundo y tercer puesto de mayor cantidad de rechazos fueron Colombia y Haití respectivamente.

De las declaraciones y los datos presentados en las líneas anteriores se extrae que los conceptos indeterminados en las causales de prohibición de ingreso, especialmente en cuanto a la contenida en el artículo 44 de la ley de migración, son utilizados como un arma de selección por parte del funcionario policial. Una selección de qué clase de extranjeros deben entrar a Chile. Una selección en donde se denota un patrón de rechazo a personas de nacionalidades poseedoras de un

---

<sup>116</sup> INDH. (2013). *Informe misión de observación. Situación de la población migrante. Iquique y Colchane*. P.24.

<sup>117</sup> El Mercurio. (2019). “Chile rechazo el ingreso de 13.742 extranjeros en 2018, la mayor cifra de los últimos 5 años”. [En línea] El Mercurio online, 16 de abril de 2019. <https://digital.elmercurio.com/2019/04/16/C/IT3IUGQ4#zoom=page-width> [Consulta: 23 de agosto de 2019].

<sup>118</sup> Ibid.

mayor porcentaje de habitantes afroamericanos<sup>119</sup>, conclusión que se ve respaldada por las propias declaraciones de estos. La bolsa de viaje contenida en el artículo 44 se ha transformado en una ventana para normalizar e institucionalizar prejuicios y estereotipos contenidos en nuestra sociedad en contra de migrantes. Se ha transformado en una oportunidad para normalizar el racismo en los controles fronterizos.

El rechazo de migrantes debido a su color de piel y/o nacionalidad, es inconstitucional. La aplicación del artículo 44 y los demás preceptos que contienen criterios indeterminados de prohibición de entrada, así como también los casos en los cuales el rechazo no manifiesta ninguna causa, o se basa en causales que son creadas por los propios funcionarios, es completamente contrario a lo estipulado en el artículo 19 n°2 de nuestra constitución. Este, consagra el derecho de igualdad ante la ley estipulando que “en Chile no hay personas ni grupos privilegiados” y que “ni la ley ni la autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias”. En este sentido, cualquier aplicación que se le dé a las causales de prohibición de entrada que haga distinción entre rasgos raciales para establecer, por ejemplo, el monto de dinero que será aceptado como demostrativo de solvencia económica, es una diferencia arbitraria aplicada por la autoridad, y, por lo tanto, inconstitucional a la luz del principio de igualdad ante la ley.

De hecho, nuestra propia legislación, específicamente la ley 20609 o ley de antidiscriminación, establece en su artículo 2 una definición de discriminación arbitraria:

“Se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que **carezca de justificación razonable**, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se

---

<sup>119</sup> PEDEMONTE, Nicolas. (2016). “La migración en Chile: breve reporte y caracterización”. Observatorio iberoamericano sobre movilidad humana. P.16.

encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la **raza o etnia**, la nacionalidad, la situación socioeconómica...”.

En segundo término, un rechazo en la entrada de esta naturaleza también significa una vulneración a lo estipulado en el artículo 19 n°7. El mencionado artículo consagra el derecho a la libertad personal, o libre desplazamiento, estableciendo que: “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”. Esta definición no hace distinción entre nacionales ni extranjeros, por lo que se ha entendido tanto en la doctrina como la jurisprudencia que nuestra constitución establece una regla de admisión general de extranjeros, siendo casos especiales y determinados legalmente aquellos que debiesen ir en contra de esta<sup>120</sup>. Es evidente en virtud del principio de soberanía de los estados, que estos tienen la facultad de determinar categorías de ingreso distintas entre nacionales y no nacionales, pero estas deben ser reguladas y ser debidamente justificadas para no dañar los derechos fundamentales de estos últimos<sup>121</sup>.

No debemos olvidar que la presente normativa migratoria (1975) es previa a la creación de nuestra actual constitución (1980). Según el Tribunal Constitucional nuestra legislación migratoria fue dictada bajo la óptica de la doctrina de la seguridad nacional, la cual restringía en gran medida los derechos de ingreso de las personas y que por lo tanto hoy en día debe contrastarse a la luz de nuestro actual texto constitucional<sup>122</sup>.

Las consecuencias de la no existencia de una norma constitucional que guiara la redacción de nuestra actual legislación son que el Decreto Ley 1094 les entregue amplias facultades a los funcionarios policiales en la frontera, creando amplios espacios de discrecionalidad y en donde no hubo una norma supralegal que

---

<sup>120</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina. (2016). “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”. *Estudios constitucionales Universidad de Talca*. Año 14, n°1. PP. 179-220. P. 188.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n°2273-2012-INA. 4 de julio de 2012. Considerando 25.

entregue un grado de razonabilidad en la delegación de aquellas facultades que hoy resultan tan arbitrarias en la práctica<sup>123</sup>. Esta es la principal razón por la cual esta norma posibilita la vulneración del principio de igualdad y libertad de circulación por parte de los funcionarios fronterizos y por la cual nuestra legislación migratoria tolera la institucionalización del racismo en el control migratorio sin sanción alguna.

---

<sup>123</sup> BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARUBIA, Fernanda. (2015). "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios". *Estudios constitucionales Universidad de Talca*. Año 13, n°2. PP 103-124. P. 110.

## Capítulo 3

### Una mirada al derecho internacional: El principio de no discriminación en razón de la raza

El presente capítulo pretende analizar los límites de la soberanía estatal, con especial énfasis en el principio de no discriminación. A continuación, se analizará cuál es su regulación internacional específicamente en tratados e instrumentos internacionales que hacen referencia a la raza y la migración. Esto nos permitirá hacer el debido contraste para determinar si nuestra actual legislación migratoria, en cuanto a sus criterios de entrada, cumple con los estándares internacionales.

#### 3.1) Límites a la soberanía de los Estados

Todo Estado, para conformarse como tal, debe ser poseedor de tres elementos esenciales<sup>124</sup>. El primero es la población, esto es, una multitud de seres humanos<sup>125</sup>. El segundo es el territorio el cual se compone por el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo y el espacio marítimo en el cual habitan los seres humanos que forman parte del Estado<sup>126</sup>. Finalmente, el tercer elemento es el poder o soberanía. En este sentido todo Estado debe tener capacidad de coacción, autónoma, inherente y soberana, esto es, que no haya otra que pueda imponerse por sobre esta<sup>127</sup>.

Por otro lado, cabe precisar que el poder soberano de un Estado tiene sus límites. Si bien se dijo que la característica esencial de la soberanía es que no debe haber ningún otro poder que se le equipare, el punto central del límite de los Estados es que son ellos mismos quienes, en el mismo ejercicio de su soberanía, la circunscriben. El importante límite a la soberanía de los Estados es el respeto a los

---

<sup>124</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2018). "Guía de formación cívica". Departamento de servicios legislativos y documentales. Programa de formación cívica. P. 145.

<sup>125</sup> VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana María. (2016). "Manual de Derecho político". Editorial Jurídica, 4ta edición. P. 57.

<sup>126</sup> Ibid. P. 62.

<sup>127</sup> Ibid. P. 70.

derechos fundamentales de las personas. Por lo tanto, primeramente, la limitación a la soberanía puede verse plasmada en la propia Constitución y leyes internas de los Estados, como una forma de autolimitación. En el caso de nuestra actual Constitución, estos derechos fundamentales se encuentran plasmados en el artículo 19.

“Queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos”<sup>128</sup>.

Asimismo, el derecho internacional puede igualmente configurar límites a la actuación soberana de los Estados. Mucho se ha cuestionado el rol de los tratados internacionales como limitantes a la soberanía de los estados. Tempranamente, en 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaraba que:

“Sin duda, toda convención que engendra una obligación de este género establece una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido que imprime una dirección determinada a dicho ejercicio. Pero la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado”<sup>129</sup>.

Según el profesor Claudio Troncoso el ejercicio de la soberanía de los Estados en el ámbito de los tratados internacionales es asimilable al de dos particulares firmando un contrato, adquiriendo obligaciones que no pesaban sobre ellos con anterioridad a la firma de estos<sup>130</sup>.

Es por ello que, si bien los Estados son soberanos para determinar quienes entran a sus fronteras y bajo qué condiciones, esta potestad debe ejercerse con el pleno respeto a los Derechos Humanos:

---

<sup>128</sup> CORTE SUPREMA. 9 de septiembre de 1998. Rol n°469-98. Considerando 4.

<sup>129</sup> CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. (2016). “Casos y textos de derecho internacional público”. *Editorial Tecnos*. P.145.

<sup>130</sup> TRONCOSO REPETTO, Claudio. (2012). “Derecho internacional, Constitución y derecho interno”. *Revista de derecho público*. vol. 77. PP. 453-462. P.454.

“Es preciso destacar que esta discrecionalidad de los Estados de recibir esta sujeta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual posee criterios sustanciales que enmarcan la facultad de los Estados para rechazar el ingreso de determinados extranjeros”<sup>131</sup>.

En este sentido, los Estados pueden hacer distinciones en la entrada para nacionales y no nacionales, siempre que estas distinciones sean razonables, proporcionales y objetivas<sup>132</sup>. Esto dice relación, entre otros criterios, con que las medidas que se tomen deben ser las adecuadas para cumplir la función protectora, ser el instrumento menos perturbador para llevar a cabo el objetivo y que debe guardar proporción con el interés que se busca proteger<sup>133</sup>.

El principio crucial para lograr criterios de entrada razonables, proporcionales y objetivos es sin lugar a duda el de igualdad y no discriminación<sup>134</sup>:

“En principio, la no discriminación como parte de una justicia distributiva implica tratar equitativamente a los que están en situación de igualdad y dar un trato no igualitario a quienes se encuentran en una situación de desigualdad en términos de los criterios pertinentes”<sup>135</sup>.

Tanto es así, que se ha considerado que el principio de igualdad y no discriminación es el principio clave a la hora de guiar las regulaciones en post de la protección de la dignidad de los migrantes, dado su categoría de *ius cogens* y su carácter de principio básico del orden internacional<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina. (2016). “Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: Examen de constitucionalidad con los estándares internacionales”. *Revista Tribuna Internacional*, vol. 5. N°9. PP. 139-154. P.140.

<sup>132</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina. (2016). “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”. *Estudios constitucionales Universidad de Talca*. Año 14, n°1. PP. 179-220. P.187.

<sup>133</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (1999). Observación General N°27. Párrafo 14.

<sup>134</sup> *Ibid.* Párrafo 18.

<sup>135</sup> SHELTON, Dinah. (2008). “Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos 2008*. PP. 15-39. P.16.

<sup>136</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina. (2015). “La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas”. *Revista de estudios políticos y estratégicos* Vol. 3 Nro. 1; Santiago, Chile. P. 44.

En relación a los límites del derecho a la libre circulación, resulta importante mencionar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su observación general N°27 establece que las leyes que autoricen restricciones a la aplicación de la libertad de circulación deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a quienes aplicaran estas restricciones en la práctica<sup>137</sup>. Lo anterior denota una preocupación ante la abierta posibilidad de que estas restricciones de los Estados a la libertad de circulación no caigan en prácticas que afecten el derecho a la igualdad o no discriminación.

Para mejor definir este último principio, conviene mencionar el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que declara “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Por su parte el artículo 2 de la misma declaración establece que

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin 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”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que nos encontramos frente a una situación de discriminación cuando: a) Hay una diferencia de trato entre situaciones análogas; b) La distinción de trato no tiene justificación objetiva o razonable; c) No hay proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se persiguen<sup>138</sup>. La dificultad es la concreción del contenido de estos criterios “pertinentes”, “razonables”, “proporcionales y/o “objetivos” que permitirían diferenciar criterios de entrada entre nacionales y no nacionales, o entre los mismos no nacionales, en el uso de facultades soberanas del Estado y sin desmedro del principio de igualdad y no discriminación. Este es el mismo problema que vemos en los criterios de entrada del decreto ley 1094, criterios indeterminados que carecen de objetividad y la petición de una bolsa de viaje en el caso de quienes entran como

---

<sup>137</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (1999). Observación General N°27. Párrafo 13.

<sup>138</sup> COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2000). Informe n°73/00. Párrafo 37.

turistas que en ningún caso es exhaustiva en determinar qué criterios son los “pertinentes” para determinar que un extranjero no puede entrar debido a la falta de capacidad económica.

En cuanto a nuestro país, la importancia de los tratados internacionales como límite o demostración de soberanía también se ve respaldado por nuestra propia normativa, dado que el artículo 5 de la Constitución establece que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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”.

Luego, se debe tener en consideración que el principio de igualdad y no discriminación, además de estar protegido por el artículo 19 número 2 de nuestra Constitución, también lo está por distintos tratados internacionales firmados por Chile tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 2) (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 2.1) (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 2.2) (PIDESC); la Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948 (artículo 2), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículo 1.1), entre otros<sup>139</sup>.

Especial interés causa la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificada por Chile en 1971. Dado el enfoque que da este tratado al principio de igualdad y no discriminación resulta especialmente aplicable a los casos de discriminación racial en la frontera por parte de funcionarios PDI analizados en el presente trabajo.

Cabe mencionar, por último, que Chile el 2015 firma la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas conexas de Intolerancia.

---

<sup>139</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina. (2015). “La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas”. Revista de estudios políticos y estratégicos Vol. 3 Nro. 1; Santiago, Chile. P. 44.

Lamentablemente el mencionado instrumento internacional aún no ha sido ratificado por nuestro país.

A pesar de la ratificación de todos estos tratados, se ha comprobado en el presente trabajo que los casos de discriminación racial se hacen presente con bastante frecuencia en nuestra frontera, y que nuestra legislación interna a través de determinados criterios de entrada juega un rol clave en aquellos casos. ¿Será acaso que nuestra legislación migratoria indirectamente vulnera el principio de no discriminación, específicamente en cuanto al elemento de la raza, a través de estos criterios indeterminados de entrada?

### **3.2) Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial**

Ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre del 1965 y entrando en vigor el 4 de enero del mismo año, esta convención establece en su preámbulo entre sus fines la puesta en práctica de los principios consagrados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la cual en su artículo 2 numeral 1 establece que:

“Ningún Estado, institución, grupo o individuo establecerá discriminación alguna en materia de derechos humanos y libertades fundamentales en el trato de las personas, grupos de personas o instituciones, por motivos de raza, color u origen étnico”<sup>140</sup>.

Además, también el artículo 4 de la misma declaración, que nos dice que los Estados deben adoptar medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales y públicas en general con el fin de abolir normativas que tengan como consecuencias la discriminación racial y “permitirla ahí donde todavía exista”<sup>141</sup>. Por último, deben adoptar las medidas adecuadas para combatir aquellos prejuicios que dan lugar a la discriminación racial.

---

<sup>140</sup> NACIONES UNIDAS. (1963). “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”.

<sup>141</sup> Ibid.

Esta última disposición es importante, pues no prohíbe solamente la discriminación manifestada como fin u objetivo principal de una determinada normativa en forma abstracta, sino que lo que importa es que esta discriminación se produzca en forma concreta. Dicho de otro modo, no es relevante que de la lectura de una determinada norma no se desprenda la intención de discriminar, lo importante es que la aplicación práctica de esta tenga como consecuencia situaciones de discriminación. Este mismo enfoque es compartido por parte de la doctrina nacional al declarar que:

“Asimismo, el respeto del principio de igualdad y no discriminación, que se compone por los elementos no discriminación, igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, no solo implica la abstención por parte del Estado de realizar acciones que produzcan situaciones de discriminación de jure, sino que también de facto”<sup>142</sup>.

A su vez, la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial en su artículo 1 define la discriminación racial como:

“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”<sup>143</sup>.

Cabe destacar de la citada definición la mención a la interseccionalidad, es decir, el reconocimiento a la directa relación entre la raza y elementos como la etnia o el origen nacional, aclarando que una discriminación aparentemente cultural u oculta detrás de aires nacionalistas también puede caer en el racismo. Lo anterior producto de que la identificación de lo nacional o lo extranjero muchas veces se da por medio de características raciales que se piensan propias de ciertos países y no de otros. Tal como se da en los casos de discriminación fronteriza previamente descritos al

---

<sup>142</sup> DOMINGUEZ VALVERDE, Cecilia. (2016). “Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas del control migratorio?”. *Revista Chilena de Derecho*, vol.43. n°1. PP. 189-217. P.193.

<sup>143</sup> NACIONES UNIDAS. (1965). “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”. *Treaty Series*, vol. 660.

hacer referencia a frases que atentan directamente en contra de la nacionalidad colombiana o haitiana específicamente.

Un segundo elemento importante de la definición es la referencia a menoscabar u anular el reconocimiento u goce de un derecho en “condiciones de igualdad”. Para que la discriminación sea tal debe haber un debido contraste entre la negación de un derecho (en este caso sería la libertad de desplazamiento) a la persona con características raciales determinadas, y la no restricción de este a aquellas personas que no poseen aquellas características. En los capítulos precedentes de este trabajo se estableció un patrón entre la prohibición de entrada, y nacionalidades con un mayor porcentaje de población afroamericana, sobre todo en cuanto a la aplicación de la bolsa de viaje.

Un tercer elemento de esta definición, y el más importante en cuanto a su aplicabilidad al caso en análisis, es la referencia que hace a que la distinción, exclusión, restricción o preferencia debe tener por objeto o resultado el menoscabo de derechos. La referencia explícita al “objeto o resultado” significa que no es determinante el fin u objetivo que hay por detrás de la acción discriminatoria<sup>144</sup>- en este caso la petición de bolsa de viaje del artículo 44 de la ley migratoria o cualquiera de los criterios indeterminados de entrada anteriormente analizados-, sino más bien que dicha acción produzca en la práctica efectos discriminatorios. Lo anterior cobra importancia cuando las acciones discriminatorias se producen en base a normas o actos neutros. La institución de la bolsa de viaje es un ejemplo de lo anterior, dado que la justificación de su presencia es el corroborar que el migrante que entra como turista tiene la capacidad económica para subsistir dentro del país sin convertirse en una carga para el Estado o trabajar de forma ilegal, sin embargo, como hemos visto en capítulos previos del presente trabajo, en la práctica es utilizado para discriminar racialmente. La doctrina internacional ha entendido la importancia de identificar los actos de discriminación racial que se ocultan detrás de políticas, normas o acciones aparentemente neutros:

---

<sup>144</sup> BAYEFISKY, Anne. (1990). “The principle of equality or non-discrimination in international law”. *Rights Law Journal*, vol.11, n°1-2. PP. 1-34. P. 8.

“The present effects of past discrimination may be continued or even exacerbated by facially neutral policies or practices that, though not purposely discriminatory, perpetuate the consequences of prior, often intentional, discrimination...Because the objective of the Convention is the attainment of equality, facially neutral policies or practices that have a disparate impact on some racial groups should be prohibited, despite the absence of discriminatory motive”<sup>145</sup>.

Frente a este entendimiento de la definición de discriminación racial que realiza la convención, no cabría defender a nuestra ley migratoria en su artículo 44 inciso segundo en base a que este tiene por objeto fines absolutamente distintos a la discriminación racial (a saber, realizar un control de la capacidad económica con la cual entran las personas en calidad de turistas a nuestro país). Esto porque, en nuestro entendimiento, la citada disposición legal viola directamente la presente convención desde el momento en que los funcionarios policiales en la frontera lo utilizan para realizar discriminaciones en base a nacionalidad y color de piel.

En su artículo 2 la convención hace referencia al rol activo que deben tener los Estados firmantes a la hora de “seguir, por todos los medios y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial<sup>146</sup>”. Seguido de lo anterior la convención realiza un listado de actuaciones que deben realizar los Estados para promover la eliminación de la discriminación racial de forma activa. Llamam la atención para el caso chileno especialmente las contenidas en la letra a) y c).

El artículo 2 letra a) establece que:

“Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas...y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación”<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> MERON, Theodor. (1985). “The meaning and reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”. *The American Journal of International Law*, vol. 79. n°2. PP. 283-318. P.289.

<sup>146</sup> NACIONES UNIDAS. (1965). “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”. *Treaty Series*, vol. 660.

<sup>147</sup> Ibid.

En cuanto a la discriminación racial en la frontera basada en los criterios indeterminados de entrada que establece la legislación migratoria chilena, no se han hecho los esfuerzos suficientes por velar que las autoridades, en este caso funcionarios PDI, actúen en conformidad a la obligación de no caer en actitudes de discriminación racial. No se ha aplicado ninguna medida de prevención para la no ocurrencia de estos actos (Como la creación de un recurso administrativo de acceso viable para extranjeros en esta situación) ni tampoco se ha aplicado un estándar para determinar los criterios objetivos que permitan determinar la bolsa de viaje sin discrecionalidad del funcionario PDI, criterios objetivos que parecieran ser básicos para velar por la no discriminación en la frontera.

Por otro lado, la letra c) del mencionado artículo nos dice:

“Cada Estado parte tomará las medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista”<sup>148</sup>.

Como se ha dicho previamente, nuestra legislación migratoria es la más antigua de Sudamérica, con más de 40 años de antigüedad y fue creada en un contexto social y política distinto del actual, lo que ha provocado incansables críticas ante su impertinencia para enfrentar a los procesos migratorios de hoy. Además de no derogar una legislación absolutamente anacrónica, el Estado chileno tampoco ha adoptado medidas de modificación concreta hacia la presente ley ni al reglamento de extranjería en aquellas disposiciones que tienen como consecuencia práctica la discriminación racial.

Cabe mencionar que se han enviado 2 proyectos para la creación de una nueva ley de migraciones. El primero el 4 de junio de 2013 durante el primer del actual presidente Sebastián Piñera y el cual actualmente se encuentra avanzando en su tramitación en el congreso<sup>149</sup>. El segundo ingresado el día 23 de agosto de 2017

---

<sup>148</sup> NACIONES UNIDAS. (1965). “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”. *Treaty Series*, vol. 660.

<sup>149</sup> Boletín N°8970-06. “Ley de migración y extranjería”. 4 de junio de 2013.

por la entonces presidenta Michelle Bachelet<sup>150</sup>. Ambos proyectos eliminan el criterio de la bolsa de viaje para el ingreso del migrante que busca ingresar como turista, así como también la mayoría de los criterios indeterminados de ingreso que se encuentran hoy en día dentro del artículo 15 de nuestra actual ley de extranjería. Sin embargo, de la existencia de estos proyectos no puede concluirse que alguno de estos se concretizará en una ley y menos que lo hará manteniendo estas importantes diferencias con respecto a nuestra actual legislación migratoria.

Siguiendo adelante con el articulado de la convención, su artículo 5 tiene directa relación con el derecho al libre desplazamiento, clave en el contexto de las prohibiciones de entrada en la frontera. Específicamente establece que los Estados parte deben garantizar el derecho de igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen étnico “particularmente en el goce de los derechos siguientes: i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”<sup>151</sup>.

En este sentido cabe preguntar la duda: ¿Se protege el derecho a igualdad ante la ley para el derecho a libre desplazamiento cuando nuestra legislación migratoria permite arbitrariedades que dan lugar al racismo en los controles fronterizos? ¿Gozan en la práctica los migrantes afroamericanos de un derecho a la no discriminación en cuanto a su derecho a libre desplazamiento? Me parece que la evidencia casuística aportada por la investigación de los capítulos previos nos permite determinar que la respuesta es negativa para ambas interrogantes.

Por último, cabe mencionar también el artículo 6 que establece el compromiso de los Estados a dar la protección judicial y recursos efectivos ante casos de violación a los preceptos de la convención, así como también a una satisfacción justa y reparación adecuada ante los daños que se podrían causar producto de las contravenciones<sup>152</sup>. En la práctica, los casos de discriminación racial en la frontera por prohibición de entrada son resueltos mediante recursos de amparo. Este no es un recurso que se haya creado para este propósito ni es la medida idónea para

---

<sup>150</sup> Boletín N°11395-06. “Establece nueva ley de migraciones”. 23 de agosto de 2017.

<sup>151</sup> NACIONES UNIDAS. (1965). “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”. *Treaty Series*, vol. 660.

<sup>152</sup> *Ibid.*

reparar los daños que se hayan producido producto de la discriminación en cuestión. Esto ya que el propósito del recurso de amparo es la protección específica de los derechos contenidos en el artículo 19 número 7 de nuestra constitución, es decir, la libertad personal y la seguridad individual, pero no la igualdad y no discriminación<sup>153</sup>. En segundo lugar, debido a que su objetivo es que se deje de realizar aquella acción que amenaza, perturba o priva la realización de los derechos mencionados<sup>154</sup>, pero en ningún caso busca una reparación o compensación de los daños sufridos. En último lugar debido a que a pesar de que el titular activo de la acción puede ser cualquier persona, esta debe ser interpuesta ante la Corte de Apelaciones más cercana<sup>155</sup>, lo cual hace su interposición sumamente difícil para personas migrantes que buscan entrar a nuestro país por pasos fronterizos. Los plazos recursivos que establece nuestra legislación migratoria son extremadamente cortos, y un migrante, ante una situación de denegación de entrada, se encuentra en un contexto de especial desprotección que no es subsanada por estos.

En conclusión, en nuestra opinión, la legislación migratoria chilena dada la amplia discrecionalidad que otorga a funcionarios PDI para la interpretación de los criterios indeterminados de entrada y las consecuencias de discriminación racial que esta trae en la práctica para migrantes afrodescendientes, está en directa contravención con respecto a la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial específicamente en cuanto a los principios consagrados en su preámbulo y a los artículos 2 letras a) y c), 5 y 6.

Es también pertinente mencionar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), órgano del tratado encargado de dar un seguimiento a los países firmantes del tratado en cuestión, realizó su último informe sobre la situación en nuestro país en septiembre de 2013. Este se enfoca principalmente en la situación de los pueblos indígenas en nuestro país, para luego analizar específicamente la situación de la población afrodescendiente. Alarmante es que el

---

<sup>153</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (1998). "El habeas corpus o recurso de amparo en Chile". Revista de Estudios Políticos (Nueva época), N° 102. PP. 193-216. P. 205.

<sup>154</sup> Ibid. P. 210.

<sup>155</sup> Ibid. P. 208.

Comité comience su análisis expresando su preocupación “por la falta de información oficial sobre la situación de los derechos humanos de las personas afrodescendientes en el Estado parte, lo que impediría conocer mejor su situación y elaborar políticas públicas adecuadas en su favor”<sup>156</sup>.

La falta de información en base a la cual se elabora el informe CERD sumado al hecho de que fue elaborado hace más de seis años (Lo cual es total responsabilidad de Chile debido a no presentar los informes periódicos que son sugeridos en este por parte del mismo CERD), podrían ser argumentos para restar valor a la importancia de este instrumento. Sin embargo, a pesar de lo mencionado, en su párrafo 18 se menciona que:

“El Comité reitera su recomendación al Estado parte de tomar las medidas necesarias y efectivas, incluyendo de orden legislativo, para garantizar en igualdad los derechos reconocidos por la Convención a los migrantes”<sup>157</sup>.

Si bien esta instrucción es bastante amplia, el Comité logra ser aún más específico en su párrafo 19 mencionando que ve con preocupación los tratos abusivos y discriminatorios en contra de migrantes “especialmente los afrodescendientes, en particular en la frontera norte del país”<sup>158</sup>. Si bien el Comité nunca menciona específicamente la amplia discrecionalidad de los funcionarios en la frontera, los criterios indeterminados o la bolsa de viaje, si establece que:

“Le preocupan las prácticas restrictivas de pre-admisibilidad al territorio implementadas en el Estado parte que no son conformes a las garantías de debido proceso según estándares internacionales en la materia”<sup>159</sup>.

A pesar de verse enfrentado a una situación de aparente falta de información y de que el informe fue realizado hace más de seis años, momento en el cual el fenómeno migratorio en nuestro país todavía no explotaba en su totalidad, el Comité de igual forma fue capaz de identificar que nuestras prácticas de pre-admisibilidad

---

<sup>156</sup> CERD. (2013). “Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobados por el Comité en su 83° periodo de sesiones”. P. 6.

<sup>157</sup> Ibid. P. 7.

<sup>158</sup> Ibid.

<sup>159</sup> Ibid.

en las fronteras del norte de nuestro país afectan los derechos de los migrantes, especialmente de aquellos que son afrodescendientes.

La recomendación del Comité frente a esta situación fue de suspender las prácticas restrictivas de pre-admisibilidad, que las medidas legales y políticas en materia migratoria no discriminen por motivos de raza, color u origen étnico o nacional y que se intensifique la capacitación y formación en derechos humanos a funcionarios públicos<sup>160</sup>.

Por último, es de suma importancia mencionar que en el párrafo 22 del informe emitido por el CERD a Chile establece que a la hora de incorporar a su legislación interna la convención en análisis debe considerar y tomar en cuenta la Declaración y Programa de Acción de Durban aprobados en el 2001 por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, conferencia de la cual nuestro país fue parte<sup>161</sup>. El CERD agrega en su sugerencia que esta declaración y programa de acción debe ser tenida en cuenta a la hora de incorporar específicamente los artículos 2 a 7 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial. Esta sugerencia es sumamente interesante para nuestro análisis teniendo en cuenta que este ha concluido que Chile viola los artículos 2 letras a) y c), 5 y 6.

No es el objetivo de nuestro trabajo realizar una profunda mención y análisis a la Declaración y Programa de Acción de Durban, pero si sería útil mencionar algunas disposiciones a modo de iluminarnos aún más acerca de la opinión y consenso internacional en la materia.

En cuanto a la Declaración, de la cual reiteramos Chile fue parte, esta entre otras cosas establece que se reconoce que la xenofobia contra los no nacionales, en

---

<sup>160</sup> CERD. (2013). "Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobados por el Comité en su 83° periodo de sesiones". P. 7.

<sup>161</sup> Ibid. P. 8.

particular los migrantes, constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo<sup>162</sup>. Además, en su párrafo 47 se afirma importantemente que:

“Reafirmamos el derecho soberano de los Estados a formular y aplicar su propio régimen jurídico y políticas de migración, y afirmamos asimismo que esas políticas deben ser congruentes con los instrumentos, normas y principios de derechos humanos aplicables y deben estar formuladas de modo que asegure que no están contaminados por el racismo, la discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia”<sup>163</sup>.

Esta afirmación, tan interesante a la luz del problema que se analiza, está en armonía con la doctrina internacional en la materia dado que hace mención directa a los tratados internacionales y derechos humanos como límites a la soberanía de los Estados. Importante es también en cuanto a que la palabra “contaminar” no solo hace referencia a contenidos racistas explícitos dentro del régimen jurídico, sino que cabe también la influencia histórica e ideología que hay detrás de las disposiciones. ¿No serán contaminantes en nuestra actual legislación migratoria la política de seguridad nacional y las lógicas restrictivas de corte utilitarista y biológico que están detrás de legislaciones anteriores a las cuales la actual hace referencia?

Por otra parte, es de importante consideración en el Programa de Acción de Durban el párrafo 26 que pide a los Estados parte que promuevan y protejan efectivamente los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los migrantes<sup>164</sup>. Más importante es el párrafo 30 letra e) que insta a los Estados a que:

“Velen por que la policía y las autoridades de inmigración traten a los migrantes de forma digna y no discriminatoria de acuerdo con las normas internacionales mediante, entre otras cosas, la organización de cursos de formación especializada para administradores, policías, funcionarios de inmigración y otros grupos interesados”<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> NACIONES UNIDAS. (2001). “Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”. Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre 2001. P. 11.

<sup>163</sup> Ibid. P. 15.

<sup>164</sup> Ibid. P. 31.

<sup>165</sup> Ibid. P. 32.

El representante de Chile en esta conferencia concluye destacando la importancia de esta en el compromiso internacional y nacional en la lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación en general. En específico califica a la Declaración y Programa de Acción de Durban como una victoria que refuerza la universalidad de los derechos humanos<sup>166</sup>. Curioso, a lo menos, resulta el hecho de que, a más de dieciocho años de su celebración, esta victoria aún no se pueda plasmar en la legislación relativa a lo que la propia declaración califica como uno de los mayores focos de discriminación racial contemporánea: la migración. Esto solo delata el poco compromiso que nuestro país tiene con la comunidad internacional<sup>167</sup> y en esta materia en específico. Un ejemplo de lo anterior fue la no adopción por parte de Chile del Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular. El pacto fue adoptado en Marrakech por 164 gobiernos de todo el mundo el día 13 de julio de 2018. Chile fue el único país latinoamericano, junto con República Dominicana, en no firmar este pacto. El pacto, a grandes rasgos, buscaba la cooperación internacional de la mayor cantidad de países para enfrentar el problema de la migración en el mundo, entendiendo que para ello debían adoptar medidas en conjunto tales como:

“We must ensure that current and potential migrants are fully informed about their rights, obligations and options for safe, orderly and regular migration, and are aware of the risks of irregular migration. We also must provide all our citizens with access to objective, evidence-based, clear information about the benefits and challenges of migration, with a view to dispelling misleading narratives that generate negative perceptions of migrants”<sup>168</sup>.

De lo ampliamente expresado en este capítulo no cabe más que concluir que la situación en la frontera en cuanto a los criterios indeterminados de entrada de los cuales nuestros funcionarios en migraciones sacan provecho para permitir sus tratos racistas y discriminatorios han delatado la falta de compromiso y rigurosidad

---

<sup>166</sup> NACIONES UNIDAS. (2001). “Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”. Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre 2001. P. 109.

<sup>167</sup> TRONCOSO REPETTO, Claudio. (2012). “Derecho internacional, Constitución y derecho interno”. *Revista de derecho público*. vol. 77. PP. 453-462. P. 462.

<sup>168</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration”. P. 2.

que se ha tenido en la efectiva aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. El informe del CERD y su referencia a la Declaración y Programa de Acción de Durban no han hecho más que reflejar nuevamente el bajo compromiso que ha tenido Chile ante la comunidad internacional, al darle tan poca importancia y atención a una situación claramente vulneradora de derechos humanos, y a la que lamentablemente los migrantes se ven expuestos a sufrir día a día.

### **3.3) Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia**

La Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia es un instrumento regional establecido por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 5 de junio de 2013 y adoptado en La Antigua, Guatemala. Lamentablemente, a la fecha solo ha sido ratificado por Uruguay, Costa Rica y Antigua y Barbuda. Chile tan solo ha realizado la firma del tratado en el 2015. Sin embargo, ha de considerarse como un importante precedente en materia de condena a la discriminación racial a nivel latinoamericano y un tratado que ha de tenerse en cuenta sobre todo en miras de una inminente nueva ley de migración.

En sus disposiciones preliminares la convención establece que los Estados firmantes están convencidos que el principio de igualdad y no discriminación es democrático y dinámico y que presupone el deber del Estado de adoptar medidas especiales en favor de los derechos de aquellos que sufren discriminación racial a fin de combatir esta en sus manifestaciones individuales, estructurales e institucionales<sup>169</sup>. Este tratado ya innova y reconoce una necesidad al tener en consideración explícitamente al racismo institucional y su necesidad de combatirlo en la esfera pública.

---

<sup>169</sup> OEA. (2013). "Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia".

Además, en estas disposiciones preliminares la presente Convención hace explícita referencia a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial al declarar sobre esta que:

“Es esencial que los derechos en ella consagrados sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos, a fin de consolidar en las Américas el contenido democrático de los principios de la igualdad jurídica y de la no discriminación”<sup>170</sup>.

Esto deja en claro el objetivo de realizar esta nueva Convención en cuanto al tema de la discriminación racial en nuestra región, actualizarse y volver a comprometerse con respecto a un fenómeno que evoluciona y se reinventa constantemente. En este sentido el análisis realizado por la OEA parece bastante acertado. A continuación, se expondrán las disposiciones que causan mayor interés a la luz del problema que se plantea en esta tesis.

El artículo 1 establece una serie de definiciones pertinentes a la hora de realizar una convención sobre un tema tan complejo como lo es el racismo. En este sentido, no solo se limita a definir la discriminación racial, definición que es bastante acorde a la establecida por la Convención Internacional Para la Eliminación del Racismo, sino que introduce el concepto de discriminación racial indirecta:

“Es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico...o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”<sup>171</sup>.

Se desprende de esta acción la preocupación de la Convención de hacer referencia a otras formas de racismo, tales como el ya mencionado racismo cotidiano, las cuales no fueron consideradas en la Convención Internacional al respecto. Además, esta preocupación por la actualización de conceptos también se denota en la

---

<sup>170</sup> OEA. (2013). “Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”.

<sup>171</sup> Ibid.

introducción de la definición de discriminación múltiple o agravada<sup>172</sup>, es decir, la discriminación basada en dos o más motivos relacionados con la discriminación racial. Por ejemplo, discriminación por color de piel y origen nacional. La introducción del concepto de interseccionalidad<sup>173</sup> en esta convención es más marcada que en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Para efectos de las discriminaciones raciales en la frontera, resulta muy atinente la introducción de este concepto de discriminación múltiple, dado que en estas regularmente se hace referencia tanto al color de piel como también a las nacionalidades haitianas o colombianas de los afectados en forma despectiva.

Por último, cabe destacar que la presente Convención precisa los conceptos de racismo e intolerancia, reforzando esta idea de darnos un marco conceptual aún más enriquecedor y preciso. De esta forma, en su artículo 1 numeral 4 define racismo como:

“cualquier teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas que enuncian un vínculo causal entre las características fenotípicas o genotípicas de individuos o grupos y sus rasgos intelectuales, culturales y de personalidad, incluido el falso concepto de la superioridad racial”<sup>174</sup>.

En cuanto al concepto de tolerancia, este es definido en el numeral 6 del mismo artículo como el acto que manifiesta el irrespeto, rechazo o respeto a la dignidad, características, convicciones u opiniones de otras personas por el solo hecho de ser contrarias o distintas<sup>175</sup>.

La Convención interamericana es más específica en su artículo 4 que la Convención Internacional en su artículo 2 en cuanto al compromiso de los Estados parte, pues no sólo los obliga a prohibir y eliminar ciertas actitudes que a continuación se

---

<sup>172</sup> OEA. (2013). “Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”.

<sup>173</sup> Para más profundización acerca del tema ver: FEW-DEMO, April. (2014). “Intersectionality as the “new” critical approach in feminist family studies: Evolving racial/ethnic feminisms and critical race theories”. *Journal of Family Theorie and Review*, vol. 6. PP. 169-183.

<sup>174</sup> OEA. (2013). “Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”.

<sup>175</sup> Ibid.

enumeraran, sino que también introduce las obligaciones de prevención y de sancionar, lo cual hace más potente las obligaciones de los Estados en esta materia y los obliga a estar aún más vigilantes. En cuanto a las obligaciones que en esta se enumeran, se reconocen múltiples diferencias e innovaciones, siendo la más interesante para el tema que nos convoca la contenida en el numeral viii) que establece:

“Cualquier restricción racialmente discriminatoria del goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y regionales aplicables y en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, en especial los aplicables a las minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación racial”<sup>176</sup>.

No solo hace referencia a instrumentos internacionales, sino que introduce la obligación de respetar la jurisprudencia de tribunales internacionales y regionales en la materia, estableciendo un estándar de protección aún mayor que el de la Convención internacional en la materia. En este sentido, nuestro Estado debiese respetar disposiciones tales como la siguiente:

“Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales”<sup>177</sup>.

En su artículo 8 la Convención establece que los Estados además se comprometen a que la adopción de medidas de cualquier tipo, en especial las medidas de seguridad no discriminen directa o indirectamente a personas o grupos protegidos por esta. Una vez más, una disposición que prohíbe la discriminación racial en la

---

<sup>176</sup> OEA. (2013). “Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”.

<sup>177</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2003).” Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Opinión Consultiva OC-18/03. Párrafo 103.

frontera en virtud de la interpretación arbitraria de los criterios de entrada por parte de funcionarios PDI.

Por último, cabe mencionar que en su artículo 12, la Convención soluciona y evidencia un problema en la aplicación de la Convención internacional en la materia y que fue evidenciado por el informe del CERD a nuestro país en el 2011. Nos referimos a la recopilación de datos, sin los cuales se hace compleja la tarea de identificar los focos de discriminación racial:

“Los Estados Partes se comprometen a llevar adelante estudios sobre la naturaleza, causas y manifestaciones del racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia en sus respectivos países...y a recolectar, compilar y difundir datos sobre la situación de los grupos o individuos que son víctimas del racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia”<sup>178</sup>.

La presente Convención significa un gran avance en materia de protección a víctimas de discriminación racial en nuestra región. Incorpora definiciones y garantías y también soluciona falencias claras de aplicación en la anterior Convención internacional en la materia. Desgraciadamente, su ratificación y aplicación en la región ha sido baja. Esperemos que nuestro país logre ratificar este tratado antes de modificar la actual legislación migratoria, o que, a lo menos, lo tenga en cuenta como una influencia que ilumine todo lo que debemos avanzar en cuanto a la condena de la discriminación racial.

### **3.4) Otros instrumentos internacionales relevantes en la materia**

Finalmente, es necesario abordar brevemente algunos documentos emitidos por las Naciones Unidas en la materia de manera de lograr redondear la tendencia que se da con respecto a el principio de no discriminación especialmente relacionado con el trato que se da con migrantes en las fronteras, en el ámbito internacional.

---

<sup>178</sup> OEA. (2013). “Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”.

El primero de estos documentos es la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, aprobada por la Asamblea General en septiembre del 2016 con el objetivo de examinar la cuestión de los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes a nivel global. Durante la introducción de esta declaración se menciona que debe recordarse las obligaciones que se han contraído en virtud del derecho internacional que prohíben todo tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, origen nacional, religión, posición económica y social, entre otras<sup>179</sup>. La Declaración hace presente que los Estados comprenden que, a pesar de lo anterior, se han observado respuestas cada vez más racistas y xenófobas en contra de migrantes.

Luego de esto, es importante mencionar el párrafo 24 de la declaración donde menciona:

“Reconociendo que los Estados tienen derechos y responsabilidades en la gestión y el control de sus fronteras, aplicaremos procedimientos de control de fronteras que sean conformes con las obligaciones aplicables en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos...Velaremos por que los funcionarios públicos y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que trabajan en las zonas fronterizas estén capacitados para respetar los derechos humanos de todas las personas que cruzan o tratan de cruzar las fronteras internacionales”<sup>180</sup>.

Igualmente menciona, en su párrafo 39, que los Estados se comprometen a combatir la xenofobia, discriminación y racismo en contra de migrantes y refugiados dentro de sus sociedades<sup>181</sup> y en el párrafo 40 reconoce, una vez más, la importancia de mejorar la recopilación de datos por parte de las autoridades nacionales<sup>182</sup>.

El anexo II de la Declaración de Nueva York plantea a los Estados firmantes la creación de un Pacto Mundial para la Migración Ordenada, Segura y Regular, el

---

<sup>179</sup> NACIONES UNIDAS. (2016). “Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes”.

<sup>180</sup> Ibid. Párrafo 24.

<sup>181</sup> Ibid. Párrafo 39.

<sup>182</sup> Ibid. Párrafo 40.

cual se concreta el día 13 de julio de 2018 en la ciudad de Marrakech, Marruecos. En este pacto, del cual, como ya mencionamos, Chile no es parte, se afirman ciertos principios rectores a respetar por parte de los Estados parte. Uno de estos principios es el de soberanía nacional, del cual se menciona que:

“The Global Compact reaffirms the sovereign right of States to determine their national migration policy and their prerogative to govern migration within their jurisdiction, in conformity with international law”<sup>183</sup>.

En directa relación con el principio rector anterior, el pacto también establece como uno de estos el respeto a los Derechos Humanos. De esta forma, se menciona que el pacto se basa en el respeto a los derechos humanos, haciendo especial énfasis al principio de no devolución y al principio de no discriminación<sup>184</sup>. Este principio busca que la aplicación del pacto se realice en todo momento buscando el respeto a los Derechos Humanos en forma efectiva e independientemente del estatus migratorio de las personas. Finalmente, con respecto a este principio se establece lo siguiente:

“We also reaffirm the commitment to eliminate all forms of discrimination, including racism, xenophobia and intolerance against migrants and their families”<sup>185</sup>.

Luego el pacto nombra como su objetivo número 11 el gestionar las fronteras de forma integrada, segura y coordinada. En base a esto se reitera la idea de que los Estados se comprometen a gestionar sus fronteras en base a el respeto a la soberanía nacional, el estado de derecho, el derecho internacional, los Derechos Humanos de los migrantes independientemente de su estatus migratorio, y el principio de no discriminación<sup>186</sup>.

Por último, con respecto a este pacto resulta importante mencionar que en su objetivo número 17 se busca eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso basado en la evidencia para modificar las percepciones negativas acerca de la migración. En base a esto los Estados se comprometen a eliminar

---

<sup>183</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration”. P.4.

<sup>184</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration”. P. 4.

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> Ibid. P.18.

todas las formas de discriminación hacia migrantes y condenar activamente el racismo, la discriminación racial, violencia, xenofobia y todas las formas conexas de intolerancia en relación al derecho internacional de los Derechos Humanos<sup>187</sup>. Para lograr este objetivo, los Estados parte se comprometen en este pacto a tomar medidas como la siguiente:

“Establish mechanisms to prevent, detect and respond to racial, ethnic and religious profiling of migrants by public authorities, as well as systematic instances of intolerance, xenophobia, racism and all other multiple and intersecting forms of discrimination in partnership with National Human Rights Institutions, including by tracking and publishing trends analyses, and ensuring access to effective complaint and redress mechanisms”<sup>188</sup>.

Un tercer documento son los principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales elaborado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En él se evidencia el entendimiento de que los migrantes dentro de las fronteras terrestres, marítimas y aéreas del mundo sufren discriminación por, entre otras causas, decisiones arbitrarias y selección ilícita por perfiles. Para salvaguardar este tipo de problemas se proponen una serie de directrices que deben basarse en tres principios básicos, uno de los cuales es el principio de no discriminación en base al cual se protegerá a los migrantes contra toda forma de discriminación en las fronteras y el cual debe encontrarse en el centro de todas las medidas de gobernanza en la frontera<sup>189</sup>.

Entre las directrices que se sugieren a los Estados en esta materia parece relevante mencionar, en primer lugar, el deber armonizar la legislación nacional con el derecho internacional de los derechos humanos y que esta debe lograr una protección explícita de los derechos de los migrantes en la frontera<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration”. P. 27.

<sup>188</sup> Ibid. P. 28.

<sup>189</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales”.

<sup>190</sup> Ibid. P. 15.

Luego de esto se menciona que los Estados deben:

“Adoptar legislación o modificar la existente para garantizar que los poderes ejercidos por las autoridades de fronteras estén claramente definidos y sujetos a autorización y revisión judicial de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”<sup>191</sup>.

Además, apela a la necesidad de formar a las autoridades de las fronteras sobre el derecho internacional de los derechos humanos pertinente para su trabajo. En este sentido, se menciona posteriormente de forma más específica que los funcionarios de frontera deben ser especializados en el principio de no discriminación, cosa que en las prácticas de admisión no se discrimine por motivos prohibidos, tales como la raza o la nacionalidad<sup>192</sup>.

Una iniciativa original que ha tenido este conjunto de directrices ha sido la elaboración de un código de conducta para funcionarios de la frontera que tenga un enfoque en los derechos humanos y con consecuencias para quienes no lo cumplan<sup>193</sup>.

Una última directriz interesante para la materia de nuestro trabajo es nuevamente con la recopilación de datos, esta vez con el fin de evidenciar denuncias relativas a cualquier caso de violencia por parte de autoridades o funcionarios hacia migrantes, dentro de los cuales menciona los “malos tratos”<sup>194</sup>. Ante esto se debería trabajar en la definición de qué conductas serán sancionables y violentas, además de que es lo que debe entenderse por “malos tratos”.

Ambos documentos no son vinculantes, pero sí son instrumentos de “soft law” y, como tal, nos permiten construir una línea de lo que el derecho y la comunidad internacional podrían considerar como principios de “hard law” en el futuro<sup>195</sup>. En líneas generales, el cumplimiento por parte de los Estados de derecho internacional

---

<sup>191</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales”. P. 16.

<sup>192</sup> Ibid. P. 20.

<sup>193</sup> Ibid. P. 21.

<sup>194</sup> Ibid. P. 21.

<sup>195</sup> FELER, Alan Matías. (2015). “Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”. *Lecciones y ensayos*, N°95. PP. 281-303. P. 290.

de los derechos humanos como un límite a su soberanía en el control fronterizo, en particular, el respeto al derecho a igualdad y no discriminación en razón de la raza y el origen nacional como motivos prohibidos de discriminación por parte de los Estados. Por último, se da una gran importancia a la recopilación de datos por parte de los Estados para poder ser capaces de evidenciar las situaciones de discriminación.

## Capítulo 4

### Propuestas para una solución

Este capítulo final tiene por objetivo plantear soluciones al problema de los criterios indeterminados de entrada, con especial énfasis en el contenido en el artículo 44 inciso segundo de la ley de migración y que hace referencia a la “bolsa de viaje”, en relación con los planteamientos y sugerencias esbozados por el derecho y la comunidad internacionales en esta materia. Para esto, se tomarán como base los proyectos de ley migratoria del año 2013 y 2017.

#### **4.1) Posibles soluciones a la luz del derecho internacional y los proyectos de ley migratoria de los años 2013 y 2017**

Son tres las materias principales que creemos aportan a materializar esta situación de discriminación racial en la frontera por parte de funcionarios PDI. En primer lugar, encontramos la falta de un recurso en la materia que puedan interponer los migrantes que se vean enfrentados a una situación de discriminación en la frontera de manera efectiva. En este sentido, dada la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo (LBPA) en materia migratoria, caben los recursos contemplados en esta, los cuales serían invalidación, reposición, jerárquico y extraordinario de revisión<sup>196</sup>. En específico, para los casos de discriminación por parte de funcionarios policiales en las fronteras, caben los recursos de reposición y jerárquico<sup>197</sup>. Sin embargo, debido a que la autoridad administrativa tiene un plazo de 30 días<sup>198</sup> para dictar una resolución en ambos casos, estos recursos resultan

---

<sup>196</sup> DELLACASA, Francisco y HURTADO, José Maria. (2015). “Derecho migratorio chileno”. Editorial Jurídica de Chile. P. 165.

<sup>197</sup> DOMINGUEZ VALVERDE, Cecilia. (2016). “Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas del control migratorio?”. *Revista Chilena de Derecho*, vol.43. n°1. PP. 189-217. P.199.

<sup>198</sup> Ministerio de la Secretaría General de Gobierno. (2008). Ley 19.880; Santiago de Chile.

absolutamente ineficaces para el migrante que es rechazado en la frontera en forma arbitraria. En la práctica los migrantes rechazados bajo este tipo de circunstancias han recurrido al recurso de amparo, pero como se ha expuesto en esta tesis, este recurso no resulta el más idóneo para resolver este tipo de situaciones. Otra alternativa sería recurrir a la ley 20.609, más conocida como “Ley Zamudio”, que establece medidas en contra de la discriminación arbitraria. En su artículo 3 esta ley establece que:

“Los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria, a su elección, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión”<sup>199</sup>.

Además, en su artículo 4 establece que la acción podrá ser interpuesta por cualquier persona por parte del afectado cuando este se vea impedido de poder interponerla. Sin embargo, el procedimiento que establece esta ley para la acción de discriminación arbitraria vuelve a ser muy extenso. Según el artículo 12 el tribunal fallará dentro de los 15 días siguientes a aquel en el cual la causa hubiera quedado en estado de sentencia. A esto deben sumarse diversos trámites previos como informes al requerido y audiencias de prueba que hacen aún más extenso el proceso para llegar a una resolución. Como si lo anterior fuera poco, no podemos asegurar que cada migrante que se vea afectado por una situación de discriminación arbitraria en la frontera tendrá algún familiar o persona de confianza dentro del territorio nacional para poder interponer el recurso en su representación. Nuevamente nos encontramos ante un recurso que en lo abstracto se ve idóneo para aplicar en este tipo de situaciones discriminatorias, pero que en la práctica resulta una opción inviable para un migrante rechazado arbitrariamente en la frontera.

A nuestro juicio, la importancia de la creación de un recurso efectivo para este tipo de situaciones discriminatorias en la frontera tiene 3 razones de justificación. En

---

<sup>199</sup> Ministerio de la Secretaría General de Gobierno. (2012). Ley 20.609; Santiago de Chile.

primer lugar, y la más evidente, debido a la falta de protección legal que tienen los migrantes ante este tipo de situaciones discriminatorias. En este sentido, el no tener un recurso aplicable para estos casos va en contra del artículo 6 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>200</sup>, el artículo 10 de la Convención Interamericana Contra el Racismo, La Discriminación Racial y Las Formas Conexas de Intolerancia<sup>201</sup> y la directriz 2.13 de los Principios y Directrices Recomendados Sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales<sup>202</sup>. En segundo lugar, el no tener un recurso aplicable en esta materia deja impune los comportamientos racistas por parte de funcionarios PDI, lo cual es un elemento que ayuda a perpetuar este tipo de actitudes:

“La falta de determinación normativa de las prohibiciones que redundan en la denegación de entrada es fuente de arbitrariedad por parte de la administración, en particular, debido a la indeterminación de sus causales, la falta de recursos especiales para revocarlas...y la inexistencia de procedimientos de readmisión”<sup>203</sup>.

Si no existe un recurso en esta materia, no solo no hay forma de proteger a los migrantes, tampoco hay forma de sancionar a los funcionarios que realizan esta conducta, lo cual se traduce en dejar que esta conducta subsista. La tercera razón que justifica la creación de un recurso especial en esta materia se refiere a la invisibilidad de estas situaciones de racismo en la frontera. La falta de un recurso impide que los migrantes afectados denuncien estas situaciones de discriminación y que, por lo tanto, no se pueda realizar una cuantificación y seguimiento de este tipo de casos<sup>204</sup>. El realizar un seguimiento acerca de casos de tratos discriminatorios por parte de autoridades en la frontera es parte de la directriz 3.18

---

<sup>200</sup> NACIONES UNIDAS. (1965). “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”.

<sup>201</sup> OEA. (2013). “Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”.

<sup>202</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales”. P. 17.

<sup>203</sup> DOMINGUEZ VALVERDE, Cecilia. (2016). “Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas del control migratorio?”. *Revista Chilena de Derecho*, vol.43. n°1. PP. 189-217. P.198.

<sup>204</sup> Ibid.

de los Principios y Directrices Recomendados Sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales<sup>205</sup>.

Los proyectos de legislación migratoria de los años 2013 y 2017 no resuelven en forma adecuada este dilema. El primero de ellos solo se refiere a esta materia para establecer en su artículo 132 que:

“Los extranjeros afectados por alguna de las resoluciones establecidas en la presente ley podrán interponer los recursos establecidos en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”<sup>206</sup>.

Esta solución, como ya vimos, no otorga una medida eficiente de solución para los migrantes que son discriminados en su ingreso en la frontera. Por su parte el proyecto del 2017 establece una serie de derechos en favor de los migrantes, entre los cuales está el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 11 del mismo:

“Se prohíbe toda diferencia arbitraria fundada en el origen nacional o la situación migratoria de las y los extranjeros, y que cause privación, perturbación o amenaza del ejercicio legítimo de los derechos reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”<sup>207</sup>.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, en cuanto a recursos establece como procedentes en la materia sólo el recurso de reposición administrativa y el recurso jerárquico, por lo que nuevamente no soluciona el problema planteado.

Parece muy acertado que una hipotética nueva legislación migratoria incorpore derechos para los migrantes, dentro de los cuales se contemple el derecho a la igualdad y no discriminación. Pero nada de lo anterior tendrá ningún valor si no se establece un recurso efectivo para situaciones de discriminación en el ingreso a

---

<sup>205</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales”. P. 22.

<sup>206</sup> Boletín N°8970-06. “Ley de migración y extranjería”. 4 de junio de 2013.

<sup>207</sup> Boletín N°11395-06. “Establece nueva ley de migraciones”. 23 de agosto de 2017.

nuestro país por parte de funcionarios PDI. Si lo anterior no se cumple, nuestra legislación migratoria seguirá no estando acorde a los estándares internacionales en la materia. En torno a este tema, finalmente nos limitaremos a expresar que una hipotética nueva legislación migratoria debe avanzar en la creación de un recurso especialísimo en materia de discriminación en el ingreso al país, dado que, como se ha expuesto, ninguno de los remedios que otorga nuestra actual legislación es capaz de resolver eficientemente este problema.

La segunda materia que aporta a materializar la discriminación racial en la frontera hace referencia a los criterios indeterminados contenidos en el artículo 15 de la ley de extranjería, el cual contiene las causales de prohibición de ingreso. Si bien estos criterios no son los más utilizados en la práctica para prohibir la entrada a migrantes<sup>208</sup>, si contribuyen a crear un poder discrecional desproporcionado por parte de funcionarios PDI en la frontera. Con respecto a las causales del mencionado artículo consideramos, en primer lugar, que debe modificarse la primera causal la cual establece que debe prohibirse la entrada de los extranjeros que:

“Propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o sus sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado”

En la primera parte se hace referencia a doctrinas que tiendan a destruir o alterar el orden social del país o su sistema de gobierno. Expresión altamente subjetiva y que encuentra la justificación de su existencia en una época de persecución ideológica

---

<sup>208</sup> El Mercurio. (2019). “Chile rechazo el ingreso de 13.742 extranjeros en 2018, la mayor cifra de los últimos 5 años”. [En línea] El Mercurio online, 16 de abril de 2019. <https://digital.elmercurio.com/2019/04/16/C/IT3IUGQ4#zoom=page-width>

ya superada. Por lo anterior, no cabe duda de que esta primera parte del artículo no tiene ninguna razón de ser y que por lo tanto debe ser eliminada.

El artículo a continuación menciona a aquellos que tengan fama de agitadores o activistas. ¿De qué forma establecemos lo que es un agitador o un activista de tales doctrinas? ¿Quién define que el extranjero en cuestión será portador de aquella fama? Nuevamente nos encontramos ante conceptos indeterminados y anacrónicos. Este apartado también debe ser eliminado.

La parte final del artículo se refiere a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado. Una vez más nos encontramos a criterios que podrían permitir en la práctica muy poca claridad y un espacio muy amplio a la interpretación por parte de los funcionarios PDI<sup>209</sup>. ¿Cuáles son los intereses de Chile? ¿De qué manera alguien puede constituir un peligro para el Estado? ¿Quién y de qué manera va a establecer cuáles son los intereses de Chile y que debe entenderse por peligro para el Estado? Esta última parte del artículo, por todo lo expuesto anteriormente, debe ser eliminada.

Debemos recordar que, según sugerencias de organismos internacionales<sup>210</sup>, las legislaciones nacionales deben definir objetiva y claramente las facultades de los agentes estatales en la frontera<sup>211</sup>. Pensamos que lo anterior no se cumple con la existencia de criterios indeterminados dentro de las causales de entrada que puedan dar lugar a tratamientos arbitrarios por parte de funcionarios en la frontera.

Por lo tanto, la primera causal del artículo 15 del decreto ley 1094 debe modificarse para quedar de la siguiente forma:

“Los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público”

---

<sup>209</sup> CORTE SUPREMA. 7 de marzo de 2017. Rol n°7080-2017. En: Arellano Ortiz, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson Reuters. P.20.

<sup>210</sup> NACIONES UNIDAS. (2017). “Informe del representante especial del Secretario General sobre la migración”. P. 10.

<sup>211</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales”. P.16.

Es pertinente mencionar que tanto el proyecto de ley del año 2013 como el de 2017 han modificado esta causal de prohibición de ingreso en formas muy similares a la propuesta. El primero de estos establece la referida causal en su artículo 26 numeral 1 prohibiendo la entrada a extranjeros que:

“Posean antecedentes acreditados de conformidad a la legislación de sus respectivos países o registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal, de pertenecer a movimientos o grupos terroristas o los que ejecuten o hayan ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior”<sup>212</sup>.

El proyecto de ley migratoria del 2017 por su parte establece su símil a esta causal en su artículo 32 numeral 7 de la siguiente manera:

“Registraren procesos pendientes en el extranjero en calidad de imputados o acusados, hubieren sido condenados o se encuentren prófugos de la justicia, en Chile o en el exterior, por hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional y la seguridad interior”<sup>213</sup>.

Ambos proyectos eliminan el concepto de “orden público” de las causales de prohibición de entrada. Si nos remitimos a la jurisprudencia nacional y la doctrina, daremos cuenta que conceptos tales como, orden público, seguridad pública, calamidad pública o seguridad interior son conceptos que se utilizan como sinónimos en referencia a situaciones que tienen lugar en el ámbito de interacción comunes todos los ciudadanos, y no en ámbitos específicos como los que son propios de ciertos trabajos u ocupaciones<sup>214</sup>. Así mismo lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Copiapó al entender orden público como un “sentimiento generalizado de tranquilidad y seguridad en la actividad humana, en otros términos, al sosiego o a la paz de la comunidad”<sup>215</sup>. Por lo tanto, cabe entender que seguridad

---

<sup>212</sup> Boletín N°8970-06. “Ley de migración y extranjería”. 4 de junio de 2013.

<sup>213</sup> Boletín N°11395-06. “Establece nueva ley de migraciones”. 23 de agosto de 2017.

<sup>214</sup> CAVADA HERRERA, Juan Pablo. (2019). “Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. P. 1.

<sup>215</sup> CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. 20 de junio de 2008. Rol n°78-2008. Considerando 4.

interior y orden público obedecen a una misma idea y que la eliminación de este último concepto no tuvo otro propósito que el de no ser reiterativo.

En cuanto a la segunda causal del artículo en análisis debemos recordar que esta se refiere a la prohibición de entrada de aquellos que:

“Se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral y las buenas costumbres”

A primera vista, nos encontramos con un criterio completamente abierto e indeterminado en las palabras “actos contrarios a la moral y buenas costumbres”. Ahora bien, en nombre del rigor jurídico debemos mencionar que este es un concepto ampliamente utilizado en nuestra legislación (Por ejemplo, artículos 1461, 1467 y 1717 del Código Civil<sup>216</sup>). A pesar de esto, y a diferencia de conceptos ya mencionados como “orden público”, no ha sido posible delimitar precisamente su significado a través de la doctrina y la jurisprudencia:

“En general, parece no existir acuerdo ni claridad respecto de qué es exactamente lo referido y cuál es el alcance de las buenas costumbres en nuestro derecho. En esa falta de claridad parece encontrarse la principal razón por la cual tanto nuestra doctrina como jurisprudencia tienden más bien a evitar una confrontación o referencia directa a las buenas costumbres para juzgarla ilicitud de un acto, contrato o comportamiento”<sup>217</sup>.

A pesar de lo manifestado en el párrafo anterior, se podría argumentar que la existencia de este tipo de conceptos indeterminados en el derecho es positiva, debido a que permite que las normas que los contienen sean flexibles y duraderas en el tiempo<sup>218</sup>. En este sentido, la función del concepto indeterminado en el derecho es intentar precisar la intención del legislador cuando esta puede darse de

---

<sup>216</sup> Ministerio de Justicia. (1855). Decreto Fuerza de Ley 1; Santiago de Chile.

<sup>217</sup> SCHOPF OLEA, Adrián. (2017). “Las buenas costumbres en el derecho privado”. En: Adrián Schopf Olea (ed.). *Lo público y lo privado en el derecho*. Editorial Thomson Reuters; Santiago de Chile. P. 524.

<sup>218</sup> MIRAS, Jorge. (2012). “Concepto jurídico indeterminado”. *DGDC*, Vol. 2. PP. 346-347. P. 346.

distintas maneras, algunas incluso desconocidas al momento de dictar la norma en cuestión<sup>219</sup>.

Sin embargo, tanto el proyecto de ley del 2013, en su artículo 26 numeral 7<sup>220</sup>, como el del 2017, en su artículo 32 numeral 5<sup>221</sup>, eliminaron el concepto de “moral y buenas costumbres”. Creemos que esta eliminación es correcta, dado que a pesar de las propiedades positivas que puedan tener los conceptos indeterminados, su aplicación puede ser compleja a la hora de determinar los requisitos o causales en las cuales puede actuar una determinada autoridad administrativa<sup>222</sup>. Además, como se ha dicho, según los principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales, los agentes estatales en la frontera deben tener sus facultades definidas objetiva y claramente<sup>223</sup>. Es por esto que consideramos que la eliminación de este concepto, que ni la jurisprudencia ni la doctrina han conseguido delimitar con claridad, debe realizarse.

Por último, la tercera materia que aporta a materializar la discriminación racial por parte de funcionarios PDI hace referencia a la figura de la “bolsa de viaje”. Esta se encuentra consagrada en el ampliamente mencionado artículo 44 inciso segundo de la ley de migración, también replicado en el artículo 87 inciso segundo del reglamento de extranjería. Vale la pena recordar su redacción:

“Todo turista deberá tener los medios económicos suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, circunstancia que deberá acreditar cuando lo estime necesario la autoridad policial”

Como hemos analizado a lo largo de esta tesis, este es el artículo que mayores problemas produce en cuanto a su amplia discrecionalidad entregada a funcionarios PDI. En primer lugar, entrega la decisión de requerir o no la bolsa de viaje al funcionario PDI, por lo tanto, es una acción absolutamente facultativa del funcionario de turno. En segundo lugar, no define o delimita el concepto de “medios económicos

---

<sup>219</sup> MIRAS, Jorge. (2012). “Concepto jurídico indeterminado”. *DGDC*, Vol. 2. PP. 346-347. P. 346.

<sup>220</sup> Boletín N°8970-06. “Ley de migración y extranjería”. 4 de junio de 2013.

<sup>221</sup> Boletín N°11395-06. “Establece nueva ley de migraciones”. 23 de agosto de 2017.

<sup>222</sup> MIRAS, Jorge. Op. Cit.

<sup>223</sup> NACIONES UNIDAS. (2018). “Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales”. P.16.

suficientes”, lo que deviene en prácticas de discriminación indirecta por parte de los funcionarios de Estado hacia extranjeros de origen haitiano y afrocolombiano principalmente.

Recordemos que nuestra legislación migratoria considera la posibilidad de que los extranjeros puedan cambiar su situación migratoria una vez estando dentro de nuestro país amparado en el principio de visa móvil o flexible<sup>224</sup>. Esta posibilidad de que el turista pueda entrar a nuestro país y luego cambiar su situación migratoria a una visa de trabajo hace que la intencionalidad principal de la institución de la “bolsa de viaje” pierda el sentido por completo. ¿Cuál es el objeto de pedir solvencia económica bajo la justificación de verificar que el turista no entre a Chile con intenciones de trabajar, si nuestra propia legislación permite que el extranjero realice ese cambio de situación migratoria de forma legal dentro de nuestro país?

Es por esto que consideramos que en cuanto a el inciso segundo del artículo 44 de la ley migratoria e inciso segundo del artículo 87 del reglamento de extranjería, tenemos dos opciones de solución. La primera es mantener la posibilidad de que el migrante que ingresa a nuestro país como turista pueda abierta y legalmente cambiar su situación migratoria y obtener una visa de trabajo. Ante esta situación, parece pertinente eliminar la institución de la bolsa de viaje, al ser una institución contradictoria con la posibilidad de que el migrante pueda cambiar su situación migratoria y cuyo único objeto es la delegación de facultades ampliamente arbitrarias a funcionarios de Estados, quienes como hemos analizado, la han ocupado institucionalmente como una forma de discriminación indirecta.

Una segunda opción es eliminar la posibilidad de que el migrante que entre como turista pueda cambiar su situación migratoria dentro del país del ordenamiento migratorio chileno. En este caso, la bolsa de viaje tiene una razón de existencia dado que se ocuparía como una forma preventiva de impedir el ingreso de aquellos que planean ingresar como turistas y trabajar, cosa que sería ilegal y sin posibilidad de regularización una vez dentro del país. En este escenario se debe mantener la

---

<sup>224</sup> DELLACASA, Francisco y HURTADO, José Maria. (2015). “Derecho migratorio chileno”. Editorial Jurídica de Chile. P. 102.

bolsa de viaje, pero su articulado debe ser modificado con el objeto de delimitar de mejor forma las facultades del personal PDI. De esta manera, debe modificarse el articulado para delimitar específicamente qué es lo que se entenderá por “solvencia económica” de forma que la medida que sea solicitada por el funcionario de turno sea objetiva e igual para todos los extranjeros que se presenten ante él y para todo funcionario PDI que decida invocar esta facultad. En segundo lugar, debe tenerse especial consideración con el principio de reunificación familiar<sup>225</sup>, proponiéndolo como un criterio que implique una rebaja en las expectativas de solvencia económica.

Por lo tanto, ambos articulados pueden ser modificados de la siguiente manera:

“Todo turista deberá tener los medios económicos suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, circunstancia que deberá acreditar cuando lo estime necesario la autoridad policial. Para estos efectos se establecerá por parte del reglamento interno de la autoridad policial una medida básica y objetiva del costo de vida diario que deberá recalcularse cada seis meses y que será impartido sin distinción alguna entre los extranjeros a quienes se les decida aplicar. La autoridad policial deberá tener en especial consideración la presencia de familiares directos establecidos en forma temporal o permanente dentro del país, circunstancia que solo podrá interpretarse en favor de la reducción de la cantidad de dinero que debe ser requerida según el reglamento interno de la autoridad policial”.

Lamentablemente la determinación exacta del costo de vida en nuestro país es algo que excede los propósitos jurídicos de este trabajo. A pesar de lo anterior, sugerimos tomar como un punto de partida el Código de fronteras Schengen de la Unión Europea el cual establece normas comunitarias para el cruce de personas por las fronteras de este espacio. El mencionado código establece en su artículo 5 numeral 3, a propósito de los requisitos de entrada de nacionales de países ajenos a la Unión Europea, los siguiente:

---

<sup>225</sup>ARAYA, Constanza y GARAY, Daniela. (2018). “El derecho a la reagrupación familiar del extranjero en Chile. Realidad y desafíos”. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. P. 36.

“El criterio para calcular los medios de subsistencia estará en función de la duración y del motivo de la estancia y se usarán como referencia los precios medios en el Estado o Estados miembros de que se trate del alojamiento y de la alimentación, en hospedaje económico multiplicado por el número de días de estancia”<sup>226</sup>.

El mismo numeral del artículo 5 continúa expresando que la solvencia económica se podrá comprobar mediante distintos medios tales como efectivo, cheques o tarjetas de crédito. Además, también podrá constituir prueba de tenencia de medios de subsistencia el declarar que se tiene alojamiento de acogida<sup>227</sup>.

En cuanto a la consideración de la presencia de familiares dentro del país, este debe ser un criterio a considerar, toda vez que el costo de vida se reduce ante la presencia de personas que pueden asumir la carga económica de la estancia del sujeto, criterio que han tenido en consideración nuestras cortes de justifica en la práctica<sup>228</sup>. Aquí cabe la discrecionalidad de aplicación del criterio por parte del funcionario de turno, pero sólo en forma positiva para el afectado, dado la imposibilidad de determinar una regla rígida que nos permita definir qué porcentaje exacto debemos reducir de la cantidad de dinero que debe solicitarse. De esta forma un trato distinto entre extranjeros fundamentado en este criterio no significaría una violación al principio de no discriminación, dado que tendría una justificación razonable y no significa un trato perjudicial a la persona<sup>229</sup>.

Los proyectos de ley del 2013 y 2017 han optado por eliminar tanto el principio de visa móvil o flexible como la institución de la bolsa de viaje. Sin embargo, creemos pertinente realizar 2 comentarios al respecto. En primer lugar, sería ingenuo pensar que el criterio de suficiencia económica será excluido de una hipotética nueva legislación migratoria tan solo por no encontrarse en el proyecto que le da inicio. Sobre todo, teniendo en cuenta el hecho de que el criterio de suficiencia económica

---

<sup>226</sup> UNIÓN EUROPEA. (2006). “Código de fronteras Schengen”. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 15 de marzo de 2006.

<sup>227</sup> Ibid.

<sup>228</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 23 de septiembre de 2013. Rol n°1427-2013. En: Arellano Ortiz, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson Reuters. P. 56.

<sup>229</sup> SHELTON, Dinah. (2008). “Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos* 2008. PP. 15-39. P. 25.

se encuentra en gran parte de las leyes migratorias de los países del mundo. Algunos ejemplos de esto son todos los países pertenecientes a la Unión Europea<sup>230</sup>, Ecuador<sup>231</sup> o Perú<sup>232</sup>, por mencionar solo algunos. Además, debe tenerse en cuenta que este criterio de prohibición de entrada bien podría ser incluido en un futuro reglamento en la materia. De hecho, el proyecto de ley del 2007 considera la siguiente causal de prohibición de ingreso en el numeral 3 del artículo 32:

“No cumplieren con los requisitos exigidos en esta ley y su reglamento para el otorgamiento en frontera del permiso de turista o visitante”<sup>233</sup>.

En segundo lugar, creemos firmemente que el problema del criterio de suficiencia económica como método de discriminación racial en la frontera no tiene que ver con el criterio en sí, sino con su falta de precisión y determinación. Es por esto que consideramos que la segunda solución planteada con respecto a la institución de la bolsa de viaje, y que aboga por su modificación y no eliminación, es la más realista de ambas.

Con la aplicación conjunta de estas sugerencias se acabaría con la tolerancia a la discriminación indirecta por parte de funcionarios PDI en nuestra legislación migratoria y nuestro Estado pasaría a estar en total cumplimiento de los artículos 2 letras a) y c), 5 y 6 de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y en total armonía con los demás instrumentos internacionales analizados en la materia, al menos en cuanto a los criterios de entrada.

---

<sup>230</sup> UNIÓN EUROPEA. (2006). “Código de fronteras Schengen”. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 15 de marzo de 2006.

<sup>231</sup> Comisión de Legislación y Codificación de Ecuador. (2005). “Ley de migración”. Registro Oficial n°563.

<sup>232</sup> Ministerio del Interior del Perú. (2017). “Reglamento del decreto legislativo de migraciones”. Decreto Supremo n°007-2017-IN.

<sup>233</sup> Boletín N°11395-06. “Establece nueva ley de migraciones”. 23 de agosto de 2017.

## Conclusiones

1. El racismo es una subespecie de la discriminación que se manifiesta a través de la diferenciación de los sujetos en base a la raza, que actúa como una ideología que busca mantener los intereses de una determinada clase dominante en una sociedad, ideología que se hace explícita tanto en el ámbito abstracto de las ideas como en el ámbito concreto de la forma de actuar. Esta ideología actualmente se manifiesta de forma indirecta, sutil y simbólica, tanto a través de nuestro actuar cotidiano como en su adopción institucionalizada.
2. La raza ha funcionado como un sistema de clasificación humana creado por nuestra sociedad y sin un sustento científico o biológico. En este sentido, la raza funciona como un significador flotante, dado que es un concepto que se puede llenar arbitrariamente de contenido para crear significados dentro de nuestra sociedad. A su vez es flotante, cambia constantemente este contenido debido a criterios como el tiempo o el lugar en el cual se aplica.
3. Nuestro país encuentra una presencia importante de racismo que se ha intensificado con los nuevos y recientes flujos de personas afroamericanas de origen haitiano o colombiano. Este racismo se manifiesta tanto de forma directa como indirecta en el cotidiano de la vida chilena, principalmente en forma de criminalización y sexualización de los cuerpos a través de la creación de estereotipos.
4. En virtud de la baja presencia histórica de población afroamericana en nuestro país y la repentina llegada de migrantes de este origen, estos son automáticamente identificados como migrantes o extranjeros, con todos los prejuicios negativos que esta calidad tiene en nuestra sociedad.
5. La frontera y el control fronterizo conforman una institución y por lo tanto una estructura social que tiene una finalidad particular. En base a esto, nuestro control migratorio, como institución que es, estaría forjado por conductas y creencias basadas en los imaginarios sociales que se tienen respecto a la migración en nuestra sociedad. Nuestra legislación migratoria también forma parte de los idearios

propios de esta institución, y por lo tanto debe determinarse si esta aporta a la institucionalización de la discriminación racial en nuestros controles fronterizos o si contiene directrices que de alguna forma lo impiden.

6. La legislación migratoria chilena se caracteriza históricamente por lógicas restrictivas desde la colonia hasta la legislación que se presenta hoy en día. Estas lógicas restrictivas han permeado la gran mayoría de las políticas migratorias chilenas y estarían basadas en restricciones de carácter racial y/o biológico, o en restricciones de carácter funcional de corte más utilitarista.

7. Nuestra actual legislación migratoria chilena está conformada principalmente por el decreto ley 1.094 o ley de extranjería de 1975 y por el decreto 597 o reglamento de la ley de extranjería de 1984. Ambos cuerpos legales fueron promulgados por la dictadura de Augusto Pinochet y aún se mantienen vigentes, convirtiendo a nuestra legislación migratoria en la más anticuada de Latinoamérica. Este contexto de promulgación explica que el núcleo inspirador de nuestra legislación migratoria sea la doctrina de seguridad nacional, que ve al extranjero como una amenaza que debe ser controlada y no como un sujeto poseedor de derechos.

8. En los artículos 2, 15, 16 y 44 de nuestra legislación migratoria encontramos distintos criterios para permitir o prohibir la entrada de extranjeros a nuestro país. Muchos de estos preceptos contienen criterios indeterminados que hacen alusión a frases como “interés del Estado”, “moral y buenas costumbres” o “medios económicos suficientes”, entre otras. Tal indeterminación de estos conceptos abre la puerta a discrecionalidad y actuar arbitrario por parte de los funcionarios destinados a efectuar el control fronterizo, plasmándose en prácticas de discriminación racial en contra de extranjeros de origen haitiano o afrocolombiano. La figura de la “bolsa de viaje” contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la ley de migración es la más utilizada para estos fines.

9. Nuestra legislación migratoria es preconstitucional, por lo que no tuvo una norma fundamental que la guiara y delimitara. Este es el principal motivo que explica el por qué nuestra legislación migratoria permite prácticas tan arbitrarias por parte de funcionarios fronterizos.

10. Los Estados tienen el derecho soberano a regular quienes pueden entrar en su territorio mediante normas internas. Sin embargo, deben hacerlo con pleno respeto a los derechos humanos contenidos en la normativa internacional, la cual sería un límite autoimpuesto en el ejercicio de su propia soberanía. El principio de igualdad y no discriminación es el principio clave a la hora de guiar las regulaciones en post de la protección de la dignidad de los migrantes, dado su categoría de *ius cogens* y su carácter de principio básico del orden internacional.

11. Este principio está contenido en múltiples instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, siendo el más importante la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. En cuanto a los criterios indeterminados de entrada y su utilización para prácticas de discriminación racial por parte de funcionarios fronterizos, nuestro Estado está violando los artículos 2 letra a) y c), 5 y 6 de esta convención.

12. En de la región latinoamericana se ha adoptado la Convención Interamericana Contra el Racismo, Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, pero que lamentablemente nuestro país todavía no ha ratificado. Esta Convención surge con el objeto de significar una reafirmación, mejora y actualización de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, por lo cual es importante tenerla en consideración para la elaboración de mejoras para nuestra legislación migratoria.

13. Entre los instrumentos de “soft law” a considerar están la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes y los Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales por las Naciones Unidas.

14. Son tres las materias que materializan el racismo en la frontera por parte de funcionarios PDI, y que por lo tanto requieren de modificaciones. En primer lugar, se hace urgente la elaboración de un recurso especialísimo que otorgue protección a migrantes que se ven enfrentados a situaciones de discriminación en la frontera, toda vez que ninguna medida que nuestro ordenamiento legal al respecto soluciona el problema.

15. La segunda materia que origina el problema de racismo en la frontera y que necesita modificación hace referencia a los conceptos indeterminados contenidos en las causales de prohibición de entrada del artículo 15 de la ley de migración. Ante esto, consideramos que debe eliminarse parte de las causales de los numerales 1 y 2.

16. La tercera materia se refiere a la “bolsa de viaje” contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la ley migratoria. Para esta se presentan dos posibles opciones atendiendo a la existencia de la posibilidad por parte del migrante a cambiar su condición migratoria dentro del país. Si se mantiene la movilidad migratoria debe eliminarse por completo este inciso, dado que no tendría justificación alguna de existencia más que otorgar una discrecionalidad irrazonable al funcionario PDI. Si se elimina la movilidad migratoria debe mantenerse este inciso, pero con modificaciones que delimiten una medición específica de lo que deberá considerarse como “medios económicos suficientes” y sin la posibilidad de discriminar entre extranjeros. Para esto podrá tomarse como punto de partida los criterios para determinación de medios económicos suficientes establecidos en el Código de fronteras Schengen. Esta segunda solución asoma como la más realista y probable a aplicar.

## Bibliografía

ACNUR. (2012). "Situación Colombia: Afrodescendientes". [en línea]. Hoja informativa de junio de 2012. [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2013/SituacionColombia\\_Afrodescendientes\\_junio2012.pdf?view=1](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2013/SituacionColombia_Afrodescendientes_junio2012.pdf?view=1)

ACOSTA, Paula. (2019). "Chile es el país Sudamericano con mayor peso de extranjeros, pero está muy lejos del promedio de la OCDE". [en línea]. La tercera online, 15 de febrero 2019. <https://www.latercera.com/pulso/noticia/chile-pais-sudamerica-mayor-peso-extranjeros-esta-lejos-del-promedio-la-ocde/530369/>

AIRA, María Roselia. (2016). "Las instituciones y su incidencia en el comportamiento organizacional". *Revista Negotium* vol 11, n° 33.

ARAYA, Constanza y GARAY, Daniela. (2018). "El derecho a la reagrupación familiar del extranjero en Chile. Realidad y desafíos". Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

ARRIAGA-RODRIGUEZ, Juan Carlos. (2011). "El concepto jurídico de frontera". Memorias: XII seminario internacional de verano caribe, economía, política y sociedad. Universidad de Quintana Roo.

BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. (2015). "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios". *Estudios Constitucionales* n°2. PP. 103-124.

BAYEFSKY, Anne. (1990). "The principle of equality or non-discrimination in international law". *Rights Law Journal*, vol.11, n°1-2. PP. 1-34.

BEJARANO, Jorge. (1920). "Quinta conferencia y Sexta conferencia". En: LÓPEZ DE MESA, Luis. (ed.), *Los problemas de la raza en Colombia*, Segundo volumen. Biblioteca de la Cultura, Bogotá.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2018). "Guía de formación cívica". Departamento de servicios legislativos y documentales. Programa de formación cívica.

BLASCO, Emili. (2018). "Chile, el país americano con el mayor aumento de inmigrantes". [en línea]. ABC en internet, 20 de junio 2018. [https://www.abc.es/internacional/abci-chile-pais-americano-mayor-aumento-inmigrantes-201806190456\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-chile-pais-americano-mayor-aumento-inmigrantes-201806190456_noticia.html)

BUSTAMANTE, Valentina y SCHAUB, Magdalena. (2015). "Principales problemas de legislación y políticas migratorias en Chile a la luz de principio de igualdad y no discriminación". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago de Chile.

CAMPOS GARCIA, Alejandro. (2012). "Radicalización, racialismo y racismo: Un discernimiento necesario". Revista de la Universidad de la Habana Nro. 273. La Habana, Cuba. PP. 184-199.

CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel. (2016). "Casos y textos de derecho internacional público". *Editorial Tecnos*.

CAVADA HERRERA, Juan Pablo. (2019). "Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

CERD. (2013). "Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobados por el Comité en su 83° periodo de sesiones".

CERIANI CERNADAS, Pablo. (2011). "Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana". Revista Nueva Sociedad n°233. PP. 68-86.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. (1999). Observación General N°27.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2000). Informe n°73/00.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2003). "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados". Opinión Consultiva OC-18/03.

CUEVAS, Pablo y GATICA, Javiera. (2017). *inmigración colombiana en Antofagasta: Un estudio específico sobre racismo en torno a experiencias de inmigrantes de nacionalidad colombiana entre los años 2010 y 2013*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Historia, Universidad de Chile. Santiago de Chile.

Departamento de Extranjería y Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (2016). "Migración en Chile 2005 – 2014".

DELLACASA, Francisco y HURTADO, José María. (2015). "Derecho migratorio chileno". Editorial Jurídica de Chile.

DÍAZ TOLOSA, Regina. (2015). "La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas". Revista de estudios políticos y estratégicos Vol. 3 Nro. 1; Santiago, Chile. PP. 42-62

DÍAZ TOLOSA, Regina. (2016). "Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales". *Estudios constitucionales Universidad de Talca*. Año 14, n°1. PP. 179-220.

DÍAZ TOLOSA, Regina. (2016). "Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: Examen de constitucionalidad con los estándares internacionales". *Revista Tribuna Internacional*, vol. 5. N°9. PP. 139-154.

DOMINGUEZ VALVERDE, Cecilia. (2016). "Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los Derechos Humanos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas del control migratorio?". *Revista chilena de derecho* vol. 43. n°1. PP. 189-217.

DURKHEIM, Emile. (2001). "Las reglas del método sociológico". Fondo de cultura económica, México.

ECHEVERRI, María Margarita. (2016). "Otridad racializada en la migración forzada de afrocolombianos a Antofagasta (Chile)". Universidad Central; Colombia.

El Mercurio. (2019). "Chile rechazó el ingreso de 13.742 extranjeros en 2018, la mayor cifra de los últimos 5 años". [En línea] El Mercurio online, 16 de abril de 2019. <https://digital.elmercurio.com/2019/04/16/C/IT3IUGQ4#zoom=page-width>

ESSED, Philomena. (1991). "Understanding everyday racism. An interdisciplinary theory. California: Sage publications.

FELER, Alan Matías. (2015). "Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas". *Lecciones y ensayos*, N°95. PP. 281-303.

FEW-DEMO, April. (2014). "Intersectionality as the "new" critical approach in feminist family studies: Evolving racial/ethnic feminisms and critical race theories". *Journal of Family Theory and Review*, vol. 6. PP. 169-183.

GUTIERREZ MANGINI, Juan Pablo. (2016). *Prácticas de violencias etnoracistas en el contexto de la migración internacional "negra" en Santiago de Chile*. Tesis para optar al grado de Magister en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización, Universidad de Chile. Santiago, Chile.

HALL, Stuart. (1997). "Race, The Floating Signifier". Media Education Foundation; Northampton, England.

HALL, Stuart. (1997). "Representation: Cultural representations and signifying practices". Sage publications in association with The Open University.

HILL COLLINS, Patricia. (1998). "It's all in the family: Intersections of gender, race, and Nation". *Hypatia* vol. 13, n° 3. PP. 62-82.

INDH. (2013). *Informe misión de observación. Situación de la población migrante. Iquique y Colchane*.

INDH. (2017). "Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile".

INE y DEM. Estimación de personas extranjeras residentes en Chile, Santiago, febrero de 2019.

INFANTE CAFFI, María Teresa. (2016). "Las fronteras desde la perspectiva del derecho internacional". *Estudios Internacionales* vol. 48. n° 185. PP. 59-86.

LARA ESCALONA, María. (2014). "Evolución de la legislación migratoria en Chile: Claves para una lectura (1824-2013)". *Revista de Historia del Derecho* Nro. 47; INHIDE, Buenos Aires.

LIBERONA, Nanette. (2015). "La frontera cedazo y el desierto como aliado. Prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile". *Revista Polis* Nro. 42.

MERON, Theodor. (1985). "The meaning and reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination". *The American Journal of International Law*, vol. 79. n°2. PP. 283-318.

MILES, Robert & BROWN, Malcolm. (2003). "Racism". Routledge; Abingdon, England.

MIRAS, Jorge. (2012). "Concepto jurídico indeterminado". *DGDC*, Vol. 2. PP. 346-347.

MORA, Claudia. (2009). "Estratificación social y migración intrarregional: Algunas caracterizaciones de la experiencia migratoria en Latinoamérica". *Revista Universum*, vol. 1, n°24. PP. 128 - 143. Universidad de Talca.

NACIONES UNIDAS. (2017). "Informe del representante especial del Secretario General sobre la migración".

NACIONES UNIDAS. (2018). "Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales".

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (1998). "El habeas corpus o recurso de amparo en Chile". *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, N° 102. PP. 193-216.

OBSERVATORIO JUDICIAL. (2018). "La Corte, defensora del inmigrante. ¿Cómo aplica la Corte Suprema la legislación migratoria?". *Revista Radar* n°2.

OIM. (2006). "Glosario sobre migración". *Derecho internacional sobre migración* n° 7.

OIM. (2019). "¿Quién es un migrante?". [en línea] <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>

PALOMINOS, Simón. (2016). "Racismo, Inmigración y políticas culturales. La subordinación racializada de las comunidades migrantes como principio de construcción de la identidad chilena". En *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. PP. 187-212.

PEDEMONTE, Nicolas. (2016). "La migración en Chile: breve reporte y caracterización". *Observatorio iberoamericano sobre movilidad humana*.

PROCTER, James. (2004). "Stuart Hall". *Routledge Critical Thinkers*.

RESTREPO, Eduardo. (2016). "Racismo y discriminación". Instituto de Estudios Sociales y Culturales PENSAR, Universidad Javeriana; Colombia.

RIEDEMANN, Andrea y STEFONI, Carolina. (2015). "Sobre el racismo, su negación, y las consecuencias para una educación anti-racista en la enseñanza secundaria chilena". *Revista Latinoamericana Polis* vol. 42. PP. 191-216.

RIHM, Andrea y SHARIM, Dariela. (2017). "Migrantes colombianos en Chile: Tensiones y oportunidades en la articulación de una historia personal". *Universitas Psychologica* vol. 16, n° 5. PP. 1-15.

SANCHEZ, Katherin, VALDERAS, Jaime, MESSENGER, Karen, SANCHEZ, Carolina & BARRERA, Francisco. (2018). "Haití, la nueva comunidad inmigrante en Chile". *Revista chilena de pediatría* vol. 89, n°2, PP. 278-283.

SANDOVAL, Rodrigo. (2016). "Hacia una política nacional migratoria". En: Maria Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. PP. 103-112.

Servicio Jesuita a Migrantes. (2016). "Avances y desafíos en materia migratoria en Chile". Universidad Alberto Hurtado; Santiago de Chile.

SCHOPF OLEA, Adrián. (2017). "Las buenas costumbres en el derecho privado". En: Adrián Schopf Olea (ed.). *Lo público y lo privado en el derecho*. Editorial Thomson Reuters; Santiago de Chile.

SHELTON, Dinah. (2008). "Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los Derechos Humanos". Anuario de Derechos Humanos 2008. PP. 15-39.

STANG, María Fernanda. (2016). "De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: La idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014". En *Revista Polis* vol. 44. PP. 83-107.

STEFONI, Carolina. (2016). "La nacionalidad y el color de piel en la racialización del extranjero. Migrantes como buenos trabajadores en el sector de la construcción". En: Maria Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. PP. 65-78.

TIJOUX, María Emilia. (2014). "El otro inmigrante "negro" y el nosotros chileno. Un lazo cotidiano pleno de significaciones". Boletín Onteaiken Nro. 17; Córdova, Argentina. PP. 1-15.

TIJOUX, María Emilia. (2016). "Racismo en Chile. La piel como marca de inmigración". Santiago de Chile; Editorial Universitaria.

TIJOUX, Maria Emilia y PALOMINOS, Simon. (2015). "Aproximaciones teóricas para el estudio de procesos de racialización y sexualización en los fenómenos migratorios de Chile". *Revista Polis* Vol. 14, n° 42. PP. 247 – 275.

TODOROV, Tveztan. (1991). *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*. Siglo Veintiuno editores, México.

TRONCOSO REPETTO, Claudio. (2012). "Derecho internacional, Constitución y derecho interno". *Revista de derecho público*. Vol. 77. PP. 453-462.

VAN DIJK, Teun. (1988). "El discurso y reproducción del racismo. Lenguaje en contexto Nro. 1. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana María. (2016). "Manual de Derecho político". Editorial Jurídica, 4ta edición.

VICUÑA MACKENNA, Benjamín. (1864). "Bases del informe presentado al Supremo Gobierno sobre la inmigración extranjera por la Comisión Especial nombrada con ese objeto".

ZAPATA-SEPULVEDA, Pamela. (2016). "Experiencias de investigación, desafíos y limitaciones en el trabajo con inmigrantes y refugiados en la ciudad fronteriza de Arica". En: Maria Emilia Tijoux (ed.). *Racismo en Chile: La piel como marca de la inmigración*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile. PP. 141-158.

### **Legislación Nacional**

Ministerio del Interior. (1975). Decreto Ley 1094; Santiago de Chile.

Ministerio del Interior. (1984). Decreto 597; Santiago de Chile.

Ministerio de Justicia. (1855). Decreto Fuerza de Ley 1; Santiago de Chile.

Ministerio de la Secretaría General de Gobierno. (2008). Ley 19.880; Santiago de Chile.

Ministerio de la Secretaría General de Gobierno. (2012). Ley 20.609; Santiago de Chile.

### **Proyectos de ley**

Boletín N°8970-06. "Ley de migración y extranjería". 4 de junio de 2013.

Boletín N°11395-06. "Establece nueva ley de migraciones". 23 de agosto de 2017.

## **Legislación Comparada**

Comisión de Legislación y Codificación de Ecuador. (2005). “Ley de migración”. Registro Oficial n°563.

Ministerio del Interior del Perú. (2017). “Reglamento del decreto legislativo de migraciones”. Decreto Supremo n°007-2017-IN.

UNION EUROPEA. (2006). “Código de fronteras Schengen”. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 15 de marzo de 2006.

## **Jurisprudencia Nacional**

CORTE SUPREMA. 9 de septiembre de 1998. Rol n°469-98.

CORTE SUPREMA. *Grimalda Cconccahua con Jefe de Prefectura Policial del Aeropuerto de Santiago*. 4 de junio de 2013. Rol n°3563-2013.

CORTE SUPREMA. *Martha Riascos con Policía de Investigaciones de Chile y otros*. 20 de junio de 2013. Rol n°4014-2013.

CORTE SUPREMA. 20 de noviembre de 2014. Rol n°29344-2014. En: Arellano Ortiz, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson Reuters.

CORTE SUPREMA. 23 de abril de 2015. Rol n°5163-2015. Considerando 5. En: ARELLANO ORTIZ, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson y Reuters.

CORTE SUPREMA. 7 de marzo de 2017. Rol n°7080-2017. En: Arellano Ortiz, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson Reuters.

CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. (2016). 20 de mayo de 2016. Rol n°42-2016. Considerando 9. En: ARELLANO ORTIZ, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson Reuters.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. 20 de junio de 2008. Rol n°78-2008.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 23 de septiembre de 2013. Rol n°1427-2013. En: Arellano Ortiz, Pablo. (2017). “Jurisprudencia y regulación sobre derecho migratorio chileno”. Thomson Reuters.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol n°2273-2012-INA. 4 de julio de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del D.L. No.1094*. 4 de julio de 2013.

### **Instrumentos Internacionales**

NACIONES UNIDAS. (1948). “Declaración universal de Derechos Humanos”.

NACIONES UNIDAS. (1963). “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”.

NACIONES UNIDAS. (1965). “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial”.

NACIONES UNIDAS. (1966). “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

NACIONES UNIDAS. (2001). “Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”. Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre 2001.

NACIONES UNIDAS. (2016). “Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes”.

NACIONES UNIDAS. (2018). “Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration”.

OEA. (2013). “Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”.