



**COLEGIO DE ABOGADOS
DE CHILE A.G.**

**COMISIÓN DE DIVERSIDAD
E INCLUSIÓN DEL COLEGIO
DE ABOGADOS**



Informe sobre diversidad e inclusión y nueva constitución

MOVILIDAD HUMANA

por Tomás Pascual



Chile está desarrollando el proceso político y jurídico más importante de los últimos años a través de la discusión de la nueva constitución.

Como Comisión de Diversidad e Inclusión del Colegio de Abogados queremos colaborar con este proceso mediante el desarrollo de insumos que promuevan el debate.

Se le pidió a algunos integrantes preparar un documento de estudio sobre algunas áreas temáticas relevantes desde la perspectiva de la diversidad e inclusión y que deberían ser discutidos en el nuevo texto constitucional.

Cada documento representa la opinión del autor, sin constituir la opinión de la Comisión de Diversidad e Inclusión o del Colegio de Abogados.

Este texto forma parte de estos documentos para el debate.

Este capítulo fue preparado por Tomás Pascual. Abogado Universidad de Chile y Master en Derecho con mención en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, London School of Economics and Political Science.

Chile atraviesa un momento crucial en su historia republicana. Dotarse a sí mismo de un texto constitucional elaborado por un grupo de personas, escogidas de manera democrática y representativas del contexto socio-cultural del país. Mediante un mecanismo paritario que incluye la voz de los pueblos indígenas, se aspira a sentar las bases de lo que será la organización política y normativa del Estado para encarar el grueso del siglo XXI.

En ese contexto, resulta imprescindible mirar más allá de la cordillera que nos separa de las demás naciones del planeta. La necesidad de alzar la mirada está dada porque Chile se encuentra inserto en un mundo globalizado, donde los movimientos de bienes, pero sobre todo de personas, es cada vez más dinámico e inmediato. A esa realidad se suman desafíos añejos que, a pesar de la creación de organismos internacionales, firma de tratados y la innegable validez que han adquirido los derechos humanos en nuestra era, amenazan a grupos de personas que huyen por mejores expectativas de vida o simplemente como la única salida a la sobrevivencia. A lo añejo, se suman desafíos nuevos, originados por la incapacidad humana de cuidar el planeta. Los desastres medioambientales, cada vez más comunes y el calentamiento global, se han incorporado como otro factor desencadenante de la movilidad humana.

De ahí que resulta fundamental que el texto constitucional que termine por aprobarse no retroceda respecto de lo ya existente hoy, y que ha sido clave para el resguardo de los derechos de las personas en contexto de movilidad humana, y al mismo tiempo avance para hacer frente a los desafíos actuales que han desbordado con mucho la capacidad estatal de hacerse cargo de la protección de las personas en contexto de movilidad humana. Se trata, en particular, de mantener una consagración amplia de las diversas dimensiones de la libertad personal, tal como están entendidas hoy en el artículo 19 No. 7 de la Carta Fundamental, así como del mantenimiento de la cláusula de igualdad y no discriminación, a lo que necesariamente deben agregarse aspectos específicos en el resguardo del debido proceso (incluyendo procedimientos migratorios que determinen derechos), el principio de no devolución y la protección de personas en necesidad de protección internacional.

Este documento se centrará sobre cada uno de estos aspectos, que permitan evidenciar que más que asegurar un derecho humano a migrar, cuestión debatida en la actualidad, lo más relevante es que en sus diversas dimensiones, los derechos fundamentales que se terminen por consagrar en el texto constitucional, consideren a las personas en contexto de movilidad humana como iguales ante la ley, proveyendo los mecanismos idóneos para garantizar el ejercicio de sus derechos, y asegurando a cualquier evento, la protección de estas personas en casos de riesgo a su vida, integridad personal o libertad personal.

Algunos elementos de contexto sobre el fenómeno de la movilidad humana en Chile.

Chile, de pasar a ser una Nación que concentraba un gran número de ciudadanos que emigraban, en las últimas tres décadas, desde el retorno a la democracia y la consolidación en el orden político y económico, ha comenzado a recibir más personas venidas del extranjero cambiando con ello el orden de la ecuación, situándose más bien como un país receptor, aún cuando dicha recepción es muy menor en relación a países que son eminentemente receptores de migrantes, como el caso de Alemania, Rusia o Estados Unidos de Norteamérica; todos los anteriores, países que en la actualidad tienen concentrados la mayor cantidad de inmigrantes, en sus distintas calidades jurídicas.

Eso explica que hasta el año 2014, se hablara de que Chile continuaba siendo un país de emigrantes. Es decir, había más chilenos fuera del territorio que extranjeros residiendo en él². El crecimiento económico, la estabilidad institucional y situaciones de cierta convulsión social en países de la región, e incluso de Europa, se conjugaron para atraer la atención de personas que buscaban un lugar con mejores perspectivas de futuro. En consecuencia, Chile comenzó a ser un país de destino, sobre todo en el contexto de la migración sur-sur. Dos fenómenos contribuyeron a la llegada de extranjeros durante los últimos nueve años. La crisis social en Haití, que tiene como hito el terremoto que azotó a su capital el año 2010, y la crisis venezolana, con un marcado acento a partir del año 2015. Probablemente, sin estos elementos, Chile aún mantendría tasas de inmigración menores o iguales que de emigración.

En la actualidad, y de acuerdo con las últimas cifras del Instituto Nacional de Estadísticas, viven en el territorio nacional 1.492.522³. Esto representa cerca de un 8% de la población del país. Un número que en el contexto regional está entre los más altos en relación con el total de la población, pero que, comparado con los países de destino, como Argentina, mantiene un porcentaje similar⁴. Mientras tanto, en comparación a los países OCDE se encuentra muy por debajo. Sin embargo, la llegada en corto tiempo de un número importante de extranjeros ha desafiado a la sociedad y las autoridades. Pensemos que el año 2010 la población extranjera bordeaba el 1,9%, la que en su mayoría (65%) provenía del cordón andino (Argentina, Bolivia,

² Fuentes oficiales del Departamento de Extranjería y Migración señalan que, en Chile, hasta el año 2014, había aproximadamente 460 mil extranjeros residiendo en el territorio nacional y 1.119 mil a finales del año 2017. Por su parte, el Segundo Registro de Chilenos en el exterior, publicado en enero del año 2018, señala que cerca de 1 millón de chilenos vive en el exterior, de los cuales 570.703 son nacidos en el territorio nacional.

³ Instituto Nacional de Estadísticas. Estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2019. Disponible en: https://www.ine.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migraci%C3%B3n-internacional/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2018/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2019-regiones-y-comunas-s%C3%ADntesis.pdf?sfvrsn=6dbe5bef_4

⁴ El año 2017, Argentina contaba con un 4,91% de población inmigrante. A la misma fecha, Chile tenía cerca de un 2,6% de población inmigrante. De acuerdo con las últimas cifras de Naciones Unidas, ambos países fluctúan entre el 5% y el 10% de población inmigrante. Disponible en: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimatesmaps.asp?1t1>

Perú y Ecuador)⁵. Para ese entonces, la crisis financiera de principios de los 2000 en Argentina y la convulsión política peruana de los 90s se constituyeron como los factores centrales de la inmigración al país.

En cambio, la composición actual ha variado notoriamente. De acuerdo con el Informe del INE ya referido, la mayor cantidad de extranjeros residiendo en el país proviene de Venezuela (30,5%), Perú (15,8%), Haití (12,5%), y Colombia (10,8%). El fenómeno haitiano le ha añadido un componente adicional a la “inmigración tradicional”. Son personas que no hablan español y comparten una identidad cultural diferente al resto de las personas migrantes. Con todo, tal como sucedió en el caso peruano o argentino de las décadas del 90 y el 2000 respectivamente, los motivos del aumento del número de extranjeros están directamente vinculado a situaciones traumáticas de quienes buscan nuevos horizontes dentro de la región.

1. La movilidad humana en Chile, desde su dimensión normativa y constitucional

Chile no ha tenido y no tiene una política migratoria. La institucionalidad está pensada para administrar permisos de residencia e imponer sanciones. El que el Departamento de Extranjería y Migración, creado por una Resolución Exenta, esté insertado en el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, dice mucho de la manera en que el país ha abordado este fenómeno, que no es otra que la de seguridad y orden público. Bajo la nueva ley, pronta a entrar en vigencia, el futuro Servicio Nacional de Migración, también será dependiente de este Ministerio.

La primera legislación interna que abordó el fenómeno migratorio en Chile data de 1850. En ese entonces, el texto normativo se orientó a fomentar y proteger la llegada de colonos alemanes al territorio nacional. Pasaron más de 100 años, para que una nueva ley abordara la situación de las personas migrantes en el territorio nacional. Se trató del decreto ley N° 1.094, del año 1975, el cual sigue vigente en la actualidad, a la espera de ser derogado con la entrada en vigencia de la Ley No. 21.325, publicada en abril de este año y que se encuentra a la espera de la dictación del reglamento para regir⁶. Este será el primer texto en la historia de Chile que aborda la migración desde una óptica democrática y respetando el Estado de derecho.

Por otro lado, la movilidad humana en la Constitución no tiene un lugar destacado. Salvo en el capítulo de nacionalidad y ciudadanía, donde se regulan las formas de adquirir (y perder) la nacionalidad, así como del ejercicio de derechos políticos (sufragio principalmente), el resto del texto constitucional no hace referencias a la situación de las personas extranjeras.

⁵ Información estadística disponible en www.extranjeria.gov.cl.

⁶ Boletín 8.970-06.

A *priori*, esto no es un problema, salvo por las críticas que puedan surgir de la vinculación que el texto le da a la nacionalidad y ciudadanía y por la indeterminación del concepto de hijo de extranjero transeúnte. Sin embargo, esto último fue precisado en la nueva ley de migraciones.

A nivel comparado, la situación es dispar. México le dedica un capítulo especial a los extranjeros, aunque con una regulación escasa, pero que señala expresamente el reconocimiento del goce de los derechos humanos⁷; Argentina también le dedica un artículo especial a los extranjeros, destacando el hecho de que estos gozan de “todos los derechos civiles del ciudadano”⁸; Ecuador, con una de las constituciones más recientes de la región, también destaca el hecho de que las personas extranjeras tendrán “los mismo derechos y deberes que las ecuatorianas”⁹; España, al igual que México, dedica un capítulo especial a “españoles y los extranjeros”, destacando en su artículo 13 que estos últimos gozarán de las libertades públicas en los términos que establezcan los tratados y la ley¹⁰.

2. Pautas para abordar la movilidad humana desde el texto constitucional

2.1. La movilidad humana como un asunto de derechos humanos

Teniendo en cuenta que lo que recoja el texto constitucional chileno en su apartado de derechos fundamentales, así como de los mecanismos que establezca para su garantía, deben “dialogar” con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, en materia de derechos humanos, un primer elemento a considerar sobre esta materia es que Chile es signatario de la mayoría de los tratados de derechos humanos a nivel universal y regional.

En este sentido, y siendo especialmente importante para el caso de estudio, hay que tener presente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); y, la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990). Los tres primeros tratados de alcance general, sumado al último de una dimensión temática, permiten construir las bases sobre las que debe asentarse el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas en contextos de movilidad humana. Este instrumento reconoce derechos que ya aparecían en otros cuerpos normativos, pero que revelan aún más la importancia de su cumplimiento para la debida protección de las personas migrantes. A estos es posible añadir los tratados de cariz humanitaria, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954).

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), artículo 33.

⁸ Constitución de la Nación Argentina (1994), artículo 20.

⁹ Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 9.

¹⁰ Constitución Española (1978), artículos 11 y siguientes.

A lo anterior hay que agregar los pronunciamientos de alcance general que han realizados los órganos de tratados de Naciones Unidas, así como los órganos correspondientes a los procedimientos especiales que dependen del Consejo de Derechos Humanos, y que dan pautas claras para la protección de las personas migrantes desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, construyendo un verdadero *corpus iuris* de derecho internacional de las personas migrantes¹¹.

Además, el Estado de Chile ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo que los pronunciamientos efectuados por ella, en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entregan una pauta clara de cómo cumplir las obligaciones que se derivan de esta última. En este sentido, aun cuando la Corte IDH no se ha pronunciado sobre casos vinculados a los contextos de movilidad humana en Chile, sí lo ha hecho respecto de otros Estados parte de la Convención o a propósito de su función consultiva¹².

Conforme a lo anterior nace la necesidad de implicar el fenómeno migratorio con los derechos humanos; contribuye a ello preguntarse cuál es el objetivo que persigue dicha distinción en la tutela de derechos. Éstas son algunas de las preguntas que nos comenzamos a hacer y que permite comprender que el fenómeno migratorio requiere una atención especial a la luz de lo complejo que habitualmente resulta el establecimiento de personas y familias completas fuera de su lugar de origen.

Vivir en un lugar distinto del que no se es nacional genera una sensación de desprotección que debe ser abordada desde la perspectiva de los derechos humanos, pues si no son los derechos humanos, qué derechos les reconocemos a aquellos que lejos de su patria, a veces sin comprender el idioma, sin derechos sociales ni beneficio alguno, se ven obligados a emplearse en lo que sea para mantener a sus familias o mantenerse a sí mismos.

¹¹ En el sistema convencional destacan las Observaciones Generales Nos. 15 y 27 del Comité de Derechos Humanos; el Comentario General N° 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comentario General N° 6 del Comité de Derechos del Niño; las recomendaciones generales Nos. 26 y 32 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; y, la más reciente Observación General Conjunta entre el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (N° 3) y del Comité de los Derechos del Niño (N° 22) sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

En cuanto a los procedimientos especiales del sistema extra-convencional, destaca el Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria respecto de los inmigrantes y solicitantes de asilo, del año 1999; la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (inaugurada el año 1999); y, el Relator para la expulsión de las personas extranjeras, iniciado el año 2004.

¹² Opinión Consultiva OC-16/99; Opinión Consultiva OC – 18/03; *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*; *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*; *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*; Opinión Consultiva OC – 21/14; *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*; Opinión Consultiva OC – 25/18.

En primer lugar, y aunque suene obvio, los migrantes son seres humanos y por tanto han de gozar de derechos inalienables que los estados tienen la obligación de acatar. Según es posible desprender de la OIM, existe un Derecho Internacional de la Migración, que comprende una serie de normas que rigen las relaciones jurídicas entre los Estados y entre los Estados y las personas, que se encuentran sujetas al proceso migratorio. Todo ello, engloba una esfera del derecho que se desarrolla frenéticamente con el pasar de los años¹³.

Otro elemento que es relevante a considerar cuando hablamos de los migrantes y los derechos humanos dice relación con la protección de éstos ya sea que estén o no en situación regular en el país de residencia. Muchas veces se piensa que por el sólo hecho de encontrarse de manera ilegal o indocumentada, los migrantes sufrirían una especie de caducidad de todos sus derechos, situación que es absolutamente falsa y contradictoria contra el respeto de los DDHH. Aun así, en la actualidad, con todos los instrumentos internacionales y la institucionalidad existente, subsiste una enorme brecha entre la aplicación oficial de los derechos humanos y el goce efectivo de estos derechos por parte de los muchos migrantes en el mundo, según se desprende de un documento de trabajo reciente de la OIM.

Si bien hay una serie de instrumentos jurídicos dispersos por las diversas áreas del derecho que de alguna u otra manera tocan la temática migratoria, el reto consiste en conferir una expresión práctica a esos derechos y hacer de ellos una realidad tangible en la vida cotidiana de los migrantes y sus interacciones con la comunidad, aplicando el principio universal de no discriminación que hace recaer en el Estado la obligación de respetar y velar los derechos de “(...) toda persona dentro de su territorio y bajo su jurisdicción (...) 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”¹⁴. Por consiguiente, los derechos humanos se aplican tanto a los nacionales como a los extranjeros, salvo contadas excepciones, a saber, los derechos políticos por ejemplo¹⁵.

En consecuencia, más allá de la consagración de una cláusula específica que ponga de relieve la protección de los derechos de las personas en contextos de movilidad, lo que se requiere de un texto constitucional moderno y anclado en las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, es un reconocimiento a la realidad de este grupo, a través de algunas

¹³ 6 OIM, Organización Internacional para las Migraciones. Diálogo Internacional sobre la Migración en 2009; Taller intermedio relativo al Respeto efectivo de los derechos humanos de los migrantes: una responsabilidad compartida. Documento de trabajo, marzo de 2009 disponible en www.iom.int

¹⁴ Véase el Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Artículo 2 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También hay cláusulas similares de no discriminación en otros tratados esenciales de derechos humanos.

¹⁵ Documento de Trabajo OIM, 2009, op.cit.

claves constitucionales en materia de consagración de derechos fundamentales, tal como se verá a continuación.

2.2. Movilidad humana e igualdad y no discriminación

En línea con lo anterior, la primera pauta que debe guiar la discusión constitucional en torno a la protección de las personas en contextos de movilidad se desprende de la consagración del principio de igualdad y no discriminación. Se trata de una garantía para que el Estado no discrimine ni tolere situaciones discriminatorias en perjuicio de las personas migrantes y extranjeras. Esto no quiere decir que el Estado se encuentre vedado de adoptar decisiones que puedan afectar derechos de las personas en contextos de movilidad humana, cuando estas no cumplan con los requisitos exigidos en la normativa interna. Sin embargo, lo que busca una disposición como esta es impedir un tratamiento desigual con base exclusiva en el origen nacional. En síntesis, no toda distinción se prohíbe, pero toda distinción debe tener una justificación objetiva y razonable destinada lograr un objetivo legítimo.

Al referirse a la condición jurídica y los derechos de los migrantes en situación irregular, la Corte Interamericana reafirmó en su Opinión Consultiva 18/03 el principio de la igualdad y no discriminación con relación a las personas migrantes. La Corte estableció que “la situación [migratoria] regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio”¹⁶.

En definitiva, el derecho a la igualdad y no discriminación en el nuevo texto constitucional que abarque una perspectiva para el contexto de movilidad humana, se manifiesta en múltiples aspectos donde el Estado se ve involucrado y puede afectarlos. Desde el acceso a la justicia, a la participación política, a la propiedad, a la libertad, hasta el acceso a una vivienda digna, a la salud, educación y seguridad social. En ese sentido, resguardar ese derecho con una lógica que ampare a las personas migrantes y extranjeras, supone considerarlos de manera expresa como una categoría sobre la cual no pueden hacerse distinciones que no sean legítimas o razonables en un Estado de derecho, y deben estar presentes en todo el texto constitucional.

¹⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 118.

2.3. La movilidad humana y la libertad personal (derecho a ingresar al territorio y residir)

La Corte IDH ha sido clara en señalar que de acuerdo con la Declaración Americana leída en conjunto con la Convención, la libertad de circulación constituye una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona¹⁷ y contempla, entre otros, el derecho a circular libremente dentro de un Estado; escoger lugar de residencia; e, ingresar, permanecer y salir del territorio sin interferencia ilegal¹⁸. Esto no obsta a que el Estado pueda restringir el libre tránsito, sobre todo cuando se trata del ingreso y egreso del territorio nacional. En ese sentido, la Corte IDH también ha reconocido la facultad que le asiste a los Estados de “implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos”¹⁹.

En ese sentido, la actual disposición contenida en el artículo 19 No. 7 del texto constitucional, abarca las dimensiones ya mencionadas. Su garantía mediante una acción constitucional especial (amparo o hábeas corpus) ha sido clave el resguardo de este derecho, muy vinculado con impedimentos de ingreso y procedimientos de expulsión. En ese entendido, y sin entrar a la discusión sobre la existencia de un derecho fundamental a migrar, lo cierto es que el Estado debe asegurar el derecho a ingresar, permanecer y salir del país, cuando se cumplan para ello los requisitos establecidos en la ley, y evitando situaciones que promuevan la discrecionalidad de la autoridad. Este derecho es, en definitiva, aquel que permite a las personas migrantes y extranjeras entrara a Chile y residir en el país. De ahí que su tratamiento deba considerar esta dimensión, sobre todo ante un escenario de política migratoria restrictiva.

2.4. Movilidad humana y garantías del debido proceso

En materia de debido proceso, la Constitución tiene que avanzar hacia un reconocimiento más ajustado con los estándares internacionales de derechos humanos. Esto es especialmente relevante en procesos que involucran migrantes y refugiados. En ese sentido, a propósito de los procedimientos de expulsión, la Corte IDH ha desarrollado los lineamientos que permiten llevarla a cabo de manera respetuosa con los derechos humanos. De ahí que se afirme que los procedimientos migratorios deben desarrollarse conforme a las garantías del debido proceso²⁰, independientemente de que se trate de migrantes en situación regular o irregular (CIDH, 2015: párr. 284).

¹⁷ Véase, entre otros, Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, párr. 115; Caso *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, párr. 197.

¹⁸ Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, párr. 115; Caso *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, párr. 138.

¹⁹ Corte IDH. Caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 417.

²⁰ Véase Corte IDH. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, párrs. 141 y 142.

Con el desarrollo de su jurisprudencia contenciosa, la Corte IDH fue precisando cada vez más el alcance de la voz “garantías judiciales”, entendiendo por ellas “(...) al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...)”²¹.

Este criterio ha sido reiterado en aquellos casos que apuntan directamente a los procedimientos de expulsión de personas migrantes²². De ahí que la Corte IDH ha sostenido que, ante escenarios como estos, el Estado debe asegurar un tratamiento sin discriminación, lo que supone no hacer distinciones por el estatus migratorio de la persona²³, a través de un proceso individual, que permita evaluar las circunstancias personales de cada persona y de ese modo cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas²⁴.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, utilizando los criterios dados por la Corte IDH, y el desarrollo propio que ha efectuado a partir de su Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, y el trabajo acumulado en el sistema de peticiones y casos, sostiene que las garantías que deben observarse en estos casos son (CIDH, 2015: párrs. 307-334):

- Comunicación previa y detallada del procedimiento, lo que supone en casos de detención, la información sobre las razones de esta y la notificación sin demora de los cargos;
- En casos de detención o retención, ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, a objeto de ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad;
- Ser oída sin demora y contar con tiempo razonable y medios adecuados para la preparación de la defensa, lo que supone reunirse libre y privadamente con su defensor;
- El proceso sea llevado por un adjudicador competente, independiente e imparcial;
- Traductor y/o intérprete libre de cargos;
- Representación letrada o legal;
- La decisión que se adopte sea debidamente motivada;
- Se notifique la decisión en el marco del procedimiento;

²¹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*, párrs. 124-125.

²² La Corte IDH precisó el término expulsión en su Opinión Consultiva OC-21/14, señalando en su párrafo 269 que se trata de cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, más allá de la denominación que reciba, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor, y cuya consecuencia es el abandono efectivo del territorio de dicho Estado o el traslado de la persona fuera de la frontera de este.

²³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 143.

²⁴ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 175; *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 133; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, párr. 356.

- Recurrir de la decisión ante juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y,
- Ser informado y acceder efectivamente a la asistencia consular.

La existencia de estas garantías facilita la adopción de decisiones fundadas, reduciendo los márgenes de discrecionalidad de la autoridad. Además, evitan la adopción de expulsiones colectivas, las cuales no atienden únicamente al número, sino al mecanismo que se emplea para dictarlas. Así lo señaló el Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, al sostener que los Estados debían “garantizar que los ciudadanos no serán objeto de una expulsión colectiva, en particular cuando no haya garantías suficientes de que se han tenido en cuenta las circunstancias personales de cada de una de las personas afectadas”²⁵.

Es importante recordar que las expulsiones colectivas están prohibidas en el derecho internacional, y constituyen una grave infracción a las obligaciones internacionales de los Estados. Así se desprende del artículo 22 N° 9 de la Convención Americana y de otros tratados de derechos humanos de alcance regional y universal²⁶. Según el criterio adoptado por la Corte IDH, una expulsión colectiva supone omitir el desarrollo de un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, lo que la convierte en arbitraria²⁷.

Además, vale la pena recordar que, en su informe del año 2011, el Comité para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, manifestó su preocupación por el acceso insuficiente al proceso de interposición de recursos contra las decisiones de expulsión y recomendó de manera expresa la adopción de medidas para que las personas sujetas a la medida de expulsión cuenten con el plazo y medios adecuados para impugnar esta sanción²⁸.

Por otra parte se encuentra la figura del refugio. Se trata de una potestad de los Estados pero que a la vez, constituye un derecho de toda persona perseguida por razones distintas a la comisión de un delito común, a buscar protección en un tercer Estado (Steiner y Uribe, 2014: 545). De lo anterior, se deriva que los Estados no tienen una obligación “a todo evento” para reconocer esta calidad a quien la solicite. Sin embargo, ello no habilita a los Estados a sustraerse de sus obligaciones de llevar adelante un procedimiento imparcial y adecuado, para determinar la pertinencia de la solicitud de calificación de la condición de refugiado.

²⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. XXX: Discriminación contra los no ciudadanos, 4 de mayo de 2005, párr. 26.

²⁶ Véase, Protocolo 4 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, Artículo 4; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 12.5; Carta Árabe de Derechos Humanos, Artículo 26.2; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Artículo 22.1.

²⁷ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 171.

²⁸ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Examen de los informes presentados por los Estados partes. Observaciones finales. Chile. CMW/C/CHL/CO/1, párrs. 28-29.

Una lectura conjunta del derecho a buscar y recibir refugio y la prohibición del principio de no devolución, (22.7), y los artículos 8 y 25 de la CADH, imponen a los Estados la obligación de oír a la persona solicitante con las debidas garantías en el respectivo proceso²⁹. A mayor abundamiento, las directivas y criterios de ACNUR en la materia, establecen que el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, deben resguardar un correcto examen de la solicitud, que de acuerdo a la Corte IDH se verifican mediante los siguientes elementos:

- Garantía al solicitante de las facilidades necesarias (incluyendo intérprete) así como el acceso a asesoría legal, con miras a someter su solicitud al conocimiento de las autoridades. La Corte IDH ha sido enfática en sostener que la asistencia brindada por organizaciones no gubernamentales no reemplaza la obligación estatal de otorgar asistencia legal³⁰. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con el ACNUR;
- La solicitud debe examinarse con objetividad, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;
- Las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentados;
- Respetar en todo momento la protección de los datos del solicitante y de la solicitud acorde al principio de confidencialidad;
- Ante un rechazo de la solicitud, brindar la información sobre cómo recurrir y concederle un plazo razonable para ello;
- Proveer de efectos suspensivos los recursos que se encaminan a impugnar la decisión del rechazo³¹.

En consecuencia, la nueva Constitución debe garantizar el debido proceso en términos amplios, que imponga un límite al ejercicio del poder estatal cuando determina derechos fundamentales. Para el caso de las personas en contextos de movilidad, esto se suele dar a propósito de las restricciones a la libertad personal de las personas migrantes y/o para el procedimiento de calificación de la condición de refugiado, de las personas solicitantes de protección internacional. En ese orden de ideas, el texto constitucional no puede desconocer la situación de desventaja en la que se encuentran las personas migrantes y extranjeras en el país, debiendo efectuar los ajustes razonables que permitan garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso en condiciones que

²⁹ Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párr. 154.

³⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 137.

³¹ *Ibidem*, párr. 159.

sean compatibles con las obligaciones contraídas por el Estado, y que deben irradiar desde la Constitución hacia “abajo”.

2.5. La movilidad humana y el principio de no devolución

El principio de no devolución, consagrado en el artículo 22.8 de la Convención Americana, reza:

“En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”³².

De acuerdo con lo sostenido por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-21/14, el principio contenido en el artículo 22.8 del texto convencional opera como mecanismo de protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados, y cuya vida o libertad se encuentre amenazada por los motivos enlistados en ese numeral³³. En este sentido, el mismo tribunal, refiriéndose a este artículo ha dicho:

“La Corte ha interpretado que, en el marco de la Convención Americana, el principio de no devolución establecido en el artículo 22.8 asume una expresión singular, a pesar de que dicha disposición fuera incluida a continuación de la consagración del derecho individual a buscar y recibir asilo, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados. De este modo, la prohibición de devolución por mandato convencional ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados³⁴. La protección del principio de no devolución establecido en la referida disposición alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados³⁵”³⁶.

En este sentido, la Corte IDH ha sostenido la existencia de un deber de los Estados de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover a las personas que encontrándose sujetas a su jurisdicción, corran peligro en otro Estado, por la existencia de elementos que permitan presumir que su vida o integridad personal se encuentren en riesgo³⁷. Esto fue expresamente reforzado a

³² CADH. Artículo 22.8.

³³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*.

³⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 217.

³⁵ Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 135, y Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 215.

³⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*.

³⁷ Corte IDH, *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, Sentencia de 30 de junio de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No. 297. párrs. 127, 128 y 136; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 226.

propósito del *Caso Familia Pachecho Tineo*, donde la Corte señaló que las normas convencionales se encuentran integradas con el *corpus juris* internacional aplicable a las personas migrantes, de modo que cualquier persona extranjera (refugiados o no) en el marco del sistema interamericano, goza de la protección a no ser devuelto a un tercer Estado, cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación por parte de ese Estado³⁸.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha efectuado un extenso desarrollado del contenido y alcance del principio de la no devolución. Desde el *Caso Soering v. Reino Unido*³⁹ en adelante, el TEDH fue refiriéndose a las limitaciones que imponía el cumplimiento de este principio para los Estados. Aunque no está recogido expresamente en el texto del Convenio Europeo, como sí sucede con la Convención Americana, su desarrollo se ha vinculado a la protección de la vida y la prohibición de la tortura, que se derivan de los artículos 2 y 3 del Convenio⁴⁰. Para que proceda la no devolución en los términos del artículo 2, el TEDH ha considerado que la perspectiva de muerte debe ser casi segura⁴¹. En cambio, para la aplicación del principio en los términos del artículo 3, deben existir motivos fundados para creer que la persona correría un riesgo real de ser sometida a tortura y otros tratos crueles⁴².

La nueva Constitución debe considerar este principio como una piedra angular del respeto a los derechos humanos de las personas en contexto de movilidad humana, que se encuentran en peligro. Se trata de la concreción del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, que eviten poner a las personas en riesgo de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Aun cuando este principio se encuentra reconocido en la ley de refugio y en la nueva ley de migraciones, su consagración constitucional permitiría avanzar en un reconocimiento del resguardo de la vida, integridad y libertad de las personas que hoy no siempre es considerado

³⁸ Corte IDH, *Caso Familia Pachecho Tineo*, *supra*, párr. 135.

³⁹ TEDH, *Caso Soering contra Reino Unido*, Sentencia 14038/88, 7 de julio de 1989. El caso dice relación con un proceso de extradición del afectado que podía llevarlo a la pena capital en el país requirente, de verificarse la extradición. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que al existir razones sustanciales para creer que la persona involucrada enfrentaría un riesgo real de ser sometida a torturas o penas y tratos crueles inhumanos o degradantes (ie., la pena de muerte), no debía ser extraditado.

⁴⁰ CEDH. Artículo 2: 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima ; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente ; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

Artículo 3: Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁴¹ Ver el *Caso Dehwari v The Netherlands* (2000) 29 EHRR.

⁴² Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, p. 74. (2014).

cuando se adoptan decisiones de autoridad. Además, permitirían guiar el actuar de los tribunales de justicia en su función de tutelar.

2.6. Movilidad humana y apatridia

El nuevo texto constitucional debe incorporar todas aquellas salvaguardas que eviten el riesgo de apatridia, eliminando por completo la idea de hijo de extranjero transeúnte y reduciendo la posibilidad de que una persona que nazca en territorio nacional no adquiera la nacionalidad chilena cuando no tenga opción de optar a otra. En ese sentido, el nuevo texto debe seguir las pautas desarrolladas en la nueva ley de migraciones, que van en esta misma dirección.

3. Síntesis

El nuevo texto constitucional debe considerar el extenso y novedoso desarrollo del derecho internacional de las migraciones y de los refugiados, que se derivan, en gran parte, del derecho internacional de los derechos humanos y humanitario respectivamente. En ese orden de cosas, una regulación anclada en las obligaciones de derechos humanos que favorezcan una protección efectiva de los derechos de las personas migrantes y refugiadas debe tener un sello transversal a lo largo del texto, evitando las diferencias arbitrarias en el ejercicio de derechos y asegurando el respeto al principio de igualdad y no discriminación.

Así mismo, y en una dimensión más acotada, el texto constitucional debiera avanzar en una reconocimiento de las diversas dimensiones del derecho a la libertad personal y ambulatoria, tal como lo recoge el actual texto. Este aspecto es clave para tutelar los derechos fundamentales de las personas en contexto de movilidad humana, y no puede retroceder respecto de su actual consagración en el artículo 19 No. 7.

Así mismo, en materia de debido proceso, la Constitución debe considerar que las garantías “procesales” exceden con mucho el marco penal, de modo que el debido proceso se erija como un mecanismo que asegure a todas las personas, incluidas a los migrantes y refugiados, en sus procesos seguidos ante la autoridad, de contar con los resguardos necesarios para una adecuada defensa de sus derechos.

El nuevo texto debe incluir expresamente el reconocimiento al principio de no devolución, como una garantía de las personas en contexto de movilidad humana ante situaciones que pongan en riesgo su vida, integridad y libertad.

Por último, la nueva Constitución debe cerrar todas las puertas al riesgo de apatridia, asegurando la adquisición de la nacionalidad chilena por los mecanismos que ya se contemplan (*ius solis* y *ius sanguinis*).

