

TEMAS EMERGENTES

La (des)protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional

The human rights (lack of) protection in Chile within human mobility context: Deportations and applications for international protection

Tomás Pascual Ricke 

Universidad Alberto Hurtado, Chile

RESUMEN Este trabajo aborda dos problemas graves en la protección de los derechos humanos de las personas en contextos de movilidad humana en Chile: uno vinculado a la población migrante y otro a los solicitantes de la condición de refugiado. En el primer caso se analiza la ausencia de garantías procesales mínimas en los procedimientos de expulsiones administrativas, y la inexistencia de la motivación de las decisiones por parte de la autoridad migratoria. Para el segundo, se examinan los problemas de acceso al procedimiento de calificación de la condición de refugiado generado por la misma Administración del Estado, al objeto de impedir el ejercicio de este derecho. Para ambos casos se desarrollan los estándares de derecho internacional de los derechos humanos que son plenamente aplicables al Estado de Chile, lo que da cuenta de cómo los tribunales nacionales han debido hacerse cargo de esta situación por la vía de las acciones constitucionales de amparo y protección.

PALABRAS CLAVE Expulsión, migrantes, refugiados, derechos humanos.

ABSTRACT This work addresses two serious problems in the protection of human rights of people in human mobility contexts in Chile: one linked to the migrant population and another to people seeking refuge. In the first case, the absence of minimum procedural guarantees (due process) in deportation proceedings is analyzed, as well as the lack of motivation for decisions by the immigration authority. For the second, the problems of access to the procedure for qualifying refugee status generated by the State Administration itself are examined, to prevent the exercise of this right. For both cases, the standards of international human rights law that are fully applicable to the State of

Chile are developed, realizing how the national courts have had to take charge of this situation through the constitutional actions of habeas corpus and protection.

KEYWORDS Deportation, immigrants, refugees, human rights.

Introducción

The State is lord of its territory, can grant itself whatever democratic form of government it may desire within standards which respect the inalienable rights of man.¹

Una de las consecuencias más presentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a propósito de la tragedia que significó la Segunda Guerra Mundial, fueron los movimientos de personas dentro de Europa y su masivo éxodo hacia otros continentes. Esto explica —en gran medida— que los primeros tratados internacionales adoptados tras la Segunda Guerra se refieran a regular la situación de las personas refugiadas y apátridas. En ese contexto, resulta paradójico que uno de los elementos centrales que cruzaban la atención hace 70 años mantenga una vigencia tan notoria y con tantas dificultades, a pesar del extenso desarrollo normativo y los avances logrados en términos de desarrollo humano en el mundo. Esto último hace más incomprensible los déficits que aún persisten en esta materia.

Este trabajo toma justamente los problemas que subsisten en la protección de las personas en contextos de movilidad humana en Chile, a 72 años de la adopción de la Declaración Universal. Lo anterior, a pesar de la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de la mayoría de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de la adopción de una normativa moderna en materia de protección de refugiados y del avanzado trámite legislativo para una nueva ley de migraciones. Lo cierto es que la protección de los derechos de las personas migrantes y refugiadas en Chile se cruza con una práctica contraria a los estándares de derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que sólo ha sido salvada, en algunas ocasiones, por la acción de los tribunales de justicia, a partir del trabajo de organismos estatales autónomos o que gozan de independencia; de la sociedad civil; y de actores claves que rodean la temática. De ahí que la frase destacada al inicio de este trabajo, del agente chileno en la Conferencia sobre las Organizaciones Internacionales de San Francisco, para la adopción de la Carta de Naciones Unidas, cobre tanta relevancia.

1. Intervención del delegado chileno en la elaboración de la Carta de Naciones Unidas. Conferencia sobre las Organizaciones Internacionales, San Francisco, 1945. Cita extraída del texto de Sikkink (2017: 72).

El análisis que se ofrece acá se hace desde las dificultades prácticas y normativas que encuentran estos dos grupos de personas en Chile, en contraste con los estándares de derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario construidos para cada uno de ellos, y los cuales deberían ser observados por el Estado.

En primer lugar, y precedido de una caracterización de la realidad migratoria en Chile que adopta el nombre de preámbulo, el trabajo aborda la inexistencia de un debido proceso en los procedimientos de expulsión de las personas migrantes, de acuerdo con la normativa y el desarrollo de los estándares del sistema interamericano y universal. En segundo término, se describe la ausencia de un acceso efectivo al procedimiento de calificación de la condición de refugiado para las personas solicitantes de protección internacional en Chile, apoyado en las obligaciones internacionales y la normativa interna aplicable en la materia. En ambos casos, el de expulsiones y solicitantes del estatuto de refugiado: i) se caracteriza el problema; ii) se señalan las obligaciones de derecho internacional aplicables al Estado y el desarrollo de estas por parte de sus respectivos órganos; y iii) se evidencia la respuesta de los tribunales de justicia a cada una de estas situaciones. Por último, en un tercer apartado, se desarrollan las obligaciones generales de derechos humanos, de respeto y garantía, para evidenciar el nivel de (in)cumplimiento de los derechos humanos en materia de movilidad humana en Chile.

Es importante destacar que la elaboración de este trabajo está construida con base en la experiencia de siete años de actividad en la Clínica Jurídica de Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado. Esto es especialmente relevante para la descripción que se hace en los apartados relativos a la caracterización del problema en las secciones que abordan el procedimiento de expulsión de extranjeros, así como las solicitudes de protección internacional. En este sentido, se revisaron 25 sentencias de los tribunales superiores de justicia, entre los años 2018 y 2020, así como los procesos en actual tramitación de la Clínica (judiciales y administrativos), lo cual permite aproximarse al problema en primera persona. Especial relevancia en la reflexión que dio origen a este artículo tiene el intercambio permanente de experiencias y desafíos que se hace con otras clínicas jurídicas (Universidad Diego Portales y Pontificia Universidad Católica de Chile), el Servicio Jesuita a Migrantes, la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial y el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Han sido éstas y otras instituciones las que han visibilizado el problema que acá se describe y que ha servido de motivación para abordar un fenómeno tan crucial como la movilidad humana con una perspectiva de derechos humanos.

Preámbulo: Caracterización del fenómeno migratorio en Chile

Hasta hace muy poco tiempo, Chile era un país de emigrantes. Es decir, había más chilenos fuera del territorio que extranjeros residiendo en él.² 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 (Stefoni y Brito, 2019: 23-48). 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 (INE), viven en el territorio nacional 1.492.522 personas extranjeras.³ Esto representa cerca del 8% de la población del país. Un número que en el contexto regional está entre lo más altos en relación con el total de la población, pero que, comparado con los países de destino, como Argentina, mantiene un porcentaje similar.⁴ Mientras tanto, en comparación con los países OCDE, se encuentra muy por debajo.⁵

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, Perú y Ecuador).⁶ Para ese entonces, la crisis financiera de principios de los 2000 en Argentina y la convulsión política peruana de los noventa se constituyeron como los factores centrales de la inmigración al país.

2. Fuentes oficiales del Departamento de Extranjería y Migración señalan que, en Chile, hasta el año 2014, había aproximadamente 460.000 extranjeros residiendo en el territorio nacional y 1.119.000 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 un 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», octubre de 2020, disponible en <https://bit.ly/38nTU5H>.

4. El año 2017, Argentina contaba con 4,91% de población inmigrante. A la misma fecha, Chile tenía cerca de 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. «International migrant stock 2019: Maps», Naciones Unidas, disponible en <https://bit.ly/37AV5j8>.

5. De acuerdo con la información al año 2019, Chile sólo superaba en porcentaje de población extranjera a Turquía, México y Eslovaquia. «Compare your country: Migration», Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, disponible en <https://bit.ly/37CRvVC>.

6. Información estadística del Departamento de Extranjería e Inmigración, disponible en bit.ly/2KHwGj6.

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, como sucedió en el caso peruano o argentino de las décadas de 1990 y 2000, respectivamente, los motivos del aumento del número de extranjeros están directamente vinculados a situaciones traumáticas de quienes buscan nuevos horizontes dentro de la región.

La legislación añeja y obsoleta para enfrentar el fenómeno, una institucionalidad frágil y el desconocimiento generalizado acerca de estrategias de integración en contextos de movilidad humana, han dificultado la tarea en Chile. A ello debemos agregar una política migratoria restrictiva que, desde el ascenso de Donald Trump como presidente de Estados Unidos el año 2016, se ha esparcido hacia el resto del continente de manera muy prolífera.

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. Esto está conectado con el decreto ley que regula la materia, y cuyo origen, como veremos a continuación, responde a la doctrina de la seguridad nacional en una lógica de Guerra Fría y en plena dictadura cívico-militar.

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 1.094, del año 1975, el cual sigue vigente en la actualidad. Sin embargo, se espera que pronto sea derogado por un nuevo cuerpo normativo, cuyo trámite legislativo en el Congreso se encuentra en su fase terminal (Boletín 8.970-06). Éste sería el primer texto en la historia de Chile que aborda la migración desde una óptica democrática y respetando el Estado de derecho.

El Decreto Ley 1.094 es un cuerpo normativo que tiene una orientación represiva y discrecional de la migración. Su principal objetivo radica en impedir el ingreso al territorio nacional de elementos peligrosos o terroristas que amenazan la estabilidad nacional. La idea del «enemigo interno» cruza todo el texto normativo, lo que explica su amplia discrecionalidad y una ausencia total de salvaguardas para la población migrante (Stefoni, 2001).

En el Decreto Ley abundan los conceptos jurídicos indeterminados, los cuales tienen gran relevancia, pues se contienen en disposiciones claves, como la del artí-

culo 15, que establece las prohibiciones imperativas de ingreso, que a la vez tienen la virtud de obrar como causales de expulsión. Acá es posible encontrar referencias a las siguientes expresiones: «agitadores», «activistas» de doctrinas que alteren el sistema de gobierno o el «orden social», «seguridad exterior», «soberanía nacional», «seguridad interior», «orden público», «actos contrarios a los intereses de Chile» o «la moral y las buenas costumbres», entre otras. Esto ha abierto el espacio a un ejercicio de discrecionalidad administrativa muy difícil de contrarrestar, lo que se ha visto reflejado en el no otorgamiento o revocación de visados, la aplicación de sanciones y las prohibiciones o exigencia de requisitos arbitrarios de ingreso al territorio nacional para determinados grupos de personas.⁷ Hay pocas herramientas en la ley que permiten hacer frente a esta situación, y quienes a diario lidian con las decisiones de la autoridad migratoria, ya sea en territorio nacional como en las sedes consulares, suelen estar expuestos a un tratamiento discrecional, como se referirá más adelante.

La (des)protección de los derechos de las personas migrantes en Chile: Expulsiones arbitrarias, colectivas y sin apego al debido proceso

Caracterización del problema: Del déficit normativo interno a la tozudez

En relación con los procedimientos administrativos de expulsión, el decreto ley en cuestión contempla esta medida como parte de su catálogo de sanciones. Se trata de la medida más gravosa en el ordenamiento migratorio para una serie de situaciones, que van desde no informar el cambio de domicilio hasta la participación en un ilícito penal. En este último caso, se consideran situaciones tan graves como delitos contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público. Además, la ley constriñe a expulsar del país a aquellos extranjeros que cometan el delito de tráfico ilícito de drogas o armas, contrabando, tráfico ilegal de migrantes y trata de personas, incluyendo además una causal indeterminada: «Contra todos aquellos que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres».⁸

Quien dicta esta medida es el ministro del Interior y Seguridad Pública, por orden del presidente de la República, o algunas de las autoridades con delegación expresa de esta facultad dentro de la orgánica del Ministerio del Interior y Seguridad Pública —intendentes regionales, por ejemplo—. Esta medida está consagrada en el

7. A modo ejemplar de expulsión administrativa revocada por la vía judicial, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, amparo, rol 1.819-2020; de demora excesiva en trámite de visa, sentencia de la Corte Suprema, apelación protección, rol 24.827-2020; de impedimento ingreso al procedimiento de calificación de refugiado, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, protección, rol 16.593-2020; de demora excesiva en tramitación de permanencia definitiva, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, protección, rol 177.028-2019.

8. Véanse los artículos 15, 16 y 17 del Decreto Ley 1.094.

artículo 84 del Decreto Ley 1.094⁹ y puede adoptar la formalidad jurídica de decreto o resolución.

Durante el año 2018 se decretaron 1.788 medidas de expulsión. Asimismo, para noviembre del año 2019, 1.413 expulsiones habían sido dictadas por la autoridad administrativa.¹⁰ Aunque la mayoría dice relación con la expulsión derivada de la Ley 18.216,¹¹ un número no despreciable de expulsiones se originan en sede administrativa. Sin embargo, la ley vigente no dispone de un procedimiento que establezca las fases que deberá atravesar una resolución de esta naturaleza, antes de ser dictada. De ahí la importancia de observar las formalidades de la Ley 19.880, que «Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen a la Administración del Estado», y que es plenamente aplicable a este tipo de casos. Por desgracia, salvo excepciones, tampoco se siguen los trámites contenidos en el capítulo 2 de la referida ley, y que regula el procedimiento administrativo. Por ejemplo, salvo excepciones, como sucede con la Intendencia Regional Metropolitana, no se contempla la apertura del período de prueba consagrado en el artículo 35 de la Ley 19.880.¹²

Lo anterior ha llevado a que la autoridad administrativa aplique esta medida sin evaluar el caso a caso ni considerar elementos que satisfagan un ejercicio de proporcionalidad en la sanción que se impone. Esto queda de manifiesto cuando la autoridad no varía su criterio al aplicar la misma medida a una persona que ha transgredido gravemente el ordenamiento jurídico interno, en comparación con aquélla que ha cometido una falta de menor entidad y que goza de elementos adicionales que le permiten sostener un arraigo social o familiar en el territorio nacional. Las resoluciones o decretos mediante los cuales se dictan las expulsiones no suelen considerar la

9. La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el ministro del Interior, bajo la fórmula «por orden del presidente de la República», en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes. No obstante, la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del intendente regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón. Las medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento. La medida de traslado a que se refieren los artículos 81, 82 y 83 será dispuesta por las autoridades oficiales señaladas en el artículo 10, con el objeto de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes.

10. Información extraída a partir de solicitudes de acceso a la información pública, entregada por el Departamento de Extranjería y Migración.

11. El artículo 34 de la Ley 18.216 establece que los condenados extranjeros a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor, y que se encuentren en situación migratoria irregular, podrán sustituir el cumplimiento de la pena por la expulsión del territorio nacional. Esta expulsión tiene aparejada la prohibición de ingreso al territorio nacional por un plazo de diez años.

12. Las personas se enteran de la medida de expulsión una vez que le es notificada mediante una resolución exenta a su domicilio, al hacer trámites en el Departamento de Extranjería y Migración o al ser controladas por la Policía de Investigaciones.

situación familiar o social de la persona expulsada. Si se trata de alguien que cometió un delito, la autoridad no distingue si es una falta, simple delito o crimen.¹³

Se trata de un asunto preocupante, ya que, al no analizar las circunstancias particulares de la persona sujeta a esta medida, la expulsión pasa a convertirse en una estadística de cumplimientos de metas institucionales.¹⁴ Esto es muy grave, pues desde el momento en que se aplica un criterio automatizado, las expulsiones pasan a tener el carácter de colectivas, cuestión que, como se verá más adelante, está prohibida en el derecho internacional.

¿Qué se hace en la práctica? La autoridad verifica la existencia de una sanción penal o incluso un antecedente policial que pesa sobre una persona extranjera, y aplica un criterio automático de expulsión. La mayoría de las veces basta el informe que emana de la Policía de Investigaciones de Chile. La autoridad migratoria no pondera el tipo de infracción (si es delito, crimen o falta), si la pena fue cumplida en libertad o privado de libertad; si la persona se acogió a los mecanismos de rehabilitación; si tiene familia, hijos menores de edad o mayores de edad estudiando; si tenía o tiene trabajo; el tiempo que ha permanecido en el territorio nacional, etcétera. Recordemos que, de acuerdo con las normas que rigen el actuar del Estado, las decisiones de autoridad deben por necesidad ser fundadas y contar con un razonamiento que evite

13. A modo de ejemplo, la autoridad dictó expulsión de un extranjero en Chile por tener antecedentes penales en su país de origen, a través del Decreto 752, del 9 de marzo de 2018. En la sección de los «vistos», el ministro del Interior y Seguridad Pública de la época se limitó a señalar la existencia de estos antecedentes, agregando que el Departamento de Extranjería y Migración solicitó el aporte de antecedentes a la persona afectada, mediante un oficio, y que no tuvo respuesta. Sin embargo, la autoridad no señala que los antecedentes penales tienen una data de 23 años, ni que la persona expulsada es padre de dos personas que tienen permanencia definitiva en el país.

ANTE una solicitud de visa de un ciudadano colombiano, el Departamento de Extranjería dictó la Resolución Exenta 300.738, del 13 de septiembre de 2018, mediante la cual dispuso el rechazo, ordenando el abandono del país en un plazo de 72 horas. El motivo para ello era la existencia de antecedentes penales por el delito de estafa en el país de origen, con una condena de 24 meses, que era del 28 de mayo de 2013 y a pesar de que se acompañó un certificado de la Policía Nacional de Colombia en que consta la inexistencia de «asuntos pendientes con las autoridades judiciales». La autoridad señaló que el delito atentaba contra «intereses severamente resguardados por el Estado». No consideró más antecedentes.

EN materia de ingreso por paso no habilitado, las intendencias regionales dictan resoluciones de expulsión sin acreditar el delito contemplado en el artículo 69 del Decreto Ley 1.094. Para proceder con la expulsión fundada en ese tipo penal, se basan en el informe policial e invocan la denuncia efectuada ante el Ministerio Público, aunque se desisten de ésta. En su Resolución Exenta 8.701/7.944 del 19 de noviembre de 2019, la intendenta de la época expulsó a una ciudadana venezolana basado en un ingreso clandestino, sin considerar que la afectada se encontraba en el país con su hijo menor de edad.

14. En el mes de agosto del año 2018, hizo noticia la mediática expulsión de ciudadanos colombianos, que fueron trasladados en un avión perteneciente a la Fuerza Aérea de Chile. El titular del diario *La Segunda* señaló en esa oportunidad: «Meta del Gobierno para este año, expulsar a 2.000 inmigrantes», disponible en <https://bit.ly/3rB8oJR>.

su arbitrariedad. Esta exigencia es plenamente aplicable a los decretos y resoluciones que disponen las expulsiones.

El déficit normativo en la aplicación de esta medida ha contribuido a agudizar esta situación.¹⁵ No existe un procedimiento que establezca garantías para la persona cuya expulsión se verifica. La única garantía contenida en la ley se deriva del artículo 89 del Decreto Ley 1.094, el cual consagra la existencia de un recurso extraordinario de reclamación, que debe interponerse directamente ante la Corte Suprema, en un plazo fatal de 24 horas desde notificada la medida. Además, el recurso debe ser fundado y contar con el patrocinio de un abogado según las reglas generales de comparecencia en juicio. Por último, este recurso sólo está orientado a reclamar los decretos supremos que disponen la expulsión, de modo que las resoluciones dictadas por los intendentes, por ejemplo, quedan fuera del alcance de esta vía de impugnación.

En muchos casos, y haciendo aplicación de la Ley 19.880, se interponen recursos administrativos para la reconsideración de la medida de expulsión. Sin embargo, esos recursos tienen una tramitación que excede cualquier garantía del plazo razonable y suelen ser desestimados, desde que es la misma autoridad que dictó la medida, la que conoce de la impugnación. Existen muy pocos casos en la práctica de la «litigación administrativa» en que se haya logrado revertir una decisión de expulsión mediante la vía recursiva que establece esta ley.¹⁶ Esto se explica, en gran parte, porque la autoridad que dispone la expulsión es la misma que después resuelve el recurso. Por lo tanto, la única vía eficaz para hacer frente a esta situación ha sido la interposición de acciones constitucionales de amparo o *habeas corpus*, quienes han acogido una gran cantidad de recursos, por la ilegalidad que entraña la dictación de la medida de expulsión. Esto será analizado con más detalle en el último apartado de esta sección.

Desarrollo internacional de la protección de las personas migrantes sujetas a procedimientos de expulsión administrativa, aplicable al caso chileno

Chile es signatario de la mayoría de los tratados de derechos humanos a nivel universal y regional. En particular importante para el caso de estudio resulta la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990. Este tratado fue ratificado por Chile y se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico interno desde el año 2005 a través del Decreto 84, del 8 de junio de 2005. El instrumento reconoce derechos que ya aparecían en otros

15. Para un estudio más detallado sobre esta situación, véase Lawson y Rodríguez (2016).

16. Debido a la demora en las respuestas de la autoridad migratoria ante la interposición de los recursos administrativos, y las escasas posibilidades de éxito en la revocación de las sanciones, la Clínica Jurídica de Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado ha debido llevar los asuntos a la sede jurisdiccional.

cuerpos normativos, pero que relevan aún más la importancia de su cumplimiento para la debida protección de las personas migrantes. En este orden de ideas, el déficit normativo interno en materia migratoria ha sido relevado por el Comité a cargo de monitorear el cumplimiento de la Convención. 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 sanción.¹⁷

A lo anterior hay que agregar los pronunciamientos de alcance general que han hecho 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, con lo que construyen un verdadero *corpus juris* de derecho internacional de las personas migrantes.¹⁸

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 consultiva.¹⁹ De ahí que los principales estándares en materia migratoria, y que son plenamente aplica-

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

18. En el sistema convencional destacan las Observaciones Generales 15 y 27 del Comité de Derechos Humanos; el Comentario General 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comentario General 6 del Comité de Derechos del Niño; las Recomendaciones Generales 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 (núm. 3) y del Comité de los Derechos del Niño (núm. 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 extraconvencional, 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.

19. Opinión Consultiva OC-16/99; Opinión Consultiva OC-18/03; caso *Niñas Yean y Bosico con República Dominicana*; caso *Vélez Loor con Panamá*; caso *Nadege Dorzema y otros con República Dominicana*; caso *Familia Pacheco Tineo con Bolivia*; Opinión Consultiva OC-21/14; caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana*; Opinión Consultiva OC-25/18.

ble al caso chileno, se refieren al desarrollo de los artículos 8 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1 y 2 del mismo cuerpo normativo. El artículo 8 se refiere a las garantías procesales y el 22 a la libertad de circulación.

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 persona²⁰ 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 ilegal.²¹ 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».²²

Sin embargo, desde el momento en que la expulsión supone la afectación de una serie de otros derechos consagrados en la Convención Americana, 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 según las garantías del debido proceso,²³ independiente de que se trate de migrantes en situación regular o irregular.²⁴ En consecuencia, este tipo de procedimientos deben ser analizados a la luz del artículo 8 de la Convención Americana. Aunque, de acuerdo con su tenor literal, las garantías mínimas refieren la expresión «acusado», lo que podría llevarnos a pensar que están reservadas exclusivamente para procedimientos penales o judiciales, lo cierto es que la Corte IDH, desde muy temprano, entendió que su aplicación no se limitaba a los recursos judiciales en sentido estricto, afirmando que procedían respecto de cualquier materia que puedan llevar a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (OC-11/90, párr. 28).

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:

20. Véase, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese con Paraguay*, párr. 115; caso *Manuel Cepeda Vargas con Colombia*, párr. 197.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ricardo Canese con Paraguay*, párr. 115; caso *Valle Jaramillo y otros con Colombia*, párr. 138.

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana*, párr. 417.

23. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor con Panamá*, párrs. 141-142.

24. «Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2015, párr. 284, disponible en <https://bit.ly/2WCxp7H>.

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.²⁵

Este criterio ha sido reiterado en aquellos casos que apuntan directamente a los procedimientos de expulsión de personas migrantes.²⁶ De ahí que la Corte IDH ha sostenido que, ante escenarios como éstos, el Estado debe asegurar un tratamiento sin discriminación, lo que supone no hacer distinciones por el estatus migratorio de la persona,²⁷ 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 colectivas.²⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, utilizando los criterios dados por la Corte IDH, 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:²⁹

- Comunicación previa y detallada del procedimiento, lo que supone, en casos de detención, la información sobre las razones 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, con el 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.

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo con Panamá*, párrs. 124-125.

26. 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.

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor con Panamá*, párr. 143.

28. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Nadege Dorzema y otros con República Dominicana*, párr. 175; caso *Familia Pacheco Tineo con Bolivia*, párr. 133; caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana*, párr. 356.

29. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Derechos...», párrs. 307-334.

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

La existencia de estas garantías facilita la adopción de decisiones fundadas, lo que reduce los márgenes de discrecionalidad de la autoridad. Además, evitan la aplicación de expulsiones colectivas, las cuales no atienden sólo 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».³⁰

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 numeral noveno de la Convención Americana y de otros tratados de derechos humanos de alcance regional y universal.³¹ 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 arbitraria.³²

Los tribunales como esperanza

La falta de mecanismos efectivos de impugnación en sede administrativa ha obligado a los tribunales de justicia a conocer y fallar asuntos propios de procedimientos administrativos de carácter migratorio. De ahí que la negativa a otorgar permisos, revocaciones o aplicación de sanciones terminen siendo conocidas por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, a través de la vía del amparo constitucional o la acción de protección.

30. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General 30, Discriminación contra los no ciudadanos, 4 de mayo de 2005, párr. 26.

31. Véase el Protocolo 4 de 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.

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Nadege Dorzema y otros con República Dominicana*, párr. 171.

Sobre esto se ha referido la profesora Miriam Henríquez, quien ha relevado el importante rol que han pasado a ocupar los tribunales superiores de justicia en la protección de los derechos de las personas migrantes (Henríquez Viñas, 2018: 1-18).

El *habeas corpus* ha resultado ser la vía indicada para revertir órdenes de expulsión, ya sea que provengan de resoluciones o decretos. Además, en algunos casos también han servido para impugnar órdenes de abandono o prohibiciones de ingreso de personas que se encuentran con medida de expulsión vigente, pero que se encuentran fuera del territorio nacional. Se trata de una acción rápida, con posibilidades de acceso en todas las regiones del país, dado que conoce en primera instancia la Corte de Apelaciones respectiva, y que no requiere el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, de modo que su acceso se encuentra asegurado a cualquier persona.

Dado que la acción de amparo protege la libertad personal y seguridad individual, los tribunales han entendido que la existencia de una orden de expulsión o la prohibición de ingreso al territorio que entraña esta sanción, constituyen una amenaza o afectación directa al derecho contenido en el artículo 19 numeral séptimo de la Constitución Política de la República, cuando ella no ha sido dictada conforme a la ley. Para los tribunales, la ilegalidad se ha dado justamente por la falta del ejercicio de ponderación efectuado por la administración. Así, por ejemplo, en una sentencia del año 2018 dictada por la Corte Suprema, que confirmaba una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, uno de los motivos que agregó el máximo tribunal para fundar la resolución fue:

Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad *carecen de proporcionalidad* en relación con la naturaleza y gravedad del hecho ilícito y circunstancias migratorias y personales de la amparada, considerando, además, la afectación que de manera irremediable producirá en su medio familiar.³³

En esta misma línea, una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de Santiago, a propósito de una expulsión fundada en la infracción del artículo 69 del Decreto Ley 1.094, que sanciona el ingreso clandestino al territorio nacional, dispuso que

no se puede soslayar, que se trata de una persona sin antecedentes, que ingresó a nuestro país con la perspectiva de buscar mejores oportunidades laborales (teniendo una propuesta concreta de trabajo) y que ha demostrado su intención de regularizar su situación migratoria, por lo que no constituye un riesgo para la seguridad nacional ni para el orden público, por lo que la resolución emanada de la administración resulta además *desproporcionada*.³⁴

33. Sentencia de la Corte Suprema, rol 4.293-2018, 20 de marzo de 2018, considerando tercero (el destacado es nuestro).

34. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol de ingreso 2.225-2019, 18 de diciembre de 2019, considerando noveno (el destacado es nuestro).

Como las resoluciones señaladas, hay múltiples ejemplos en la jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia³⁵ que declaran la ilegalidad de la actuación de la autoridad migratoria, ya sea por la actividad de la Intendencia, el Departamento de Extranjería y Migración o del propio Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por dictar expulsiones administrativas con prescindencia de un ejercicio mínimo de proporcionalidad, lo que las convierte en arbitrarias e ilegales. Es cierto que hay casos en que los tribunales acogen la tesis de la administración y rechazan las acciones constitucionales. Suelen ser casos en que el supuesto que habilita la sanción administrativa es de similar magnitud a los referidos en los numerales primero y segundo del artículo 15, referidos a la comisión de graves delitos.

Sin embargo, incluso en casos en que se invoca la comisión de delitos que encuadran en la hipótesis del artículo 15 numeral segundo del Decreto Ley 1.094, la Corte Suprema ha exigido a la autoridad migratoria «otorgar contenido»³⁶ a los conceptos jurídicos indeterminados ahí señalados, y que se desprenden de la idea de «actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres», que fluye de la disposición normativa antes citada. Es decir, no basta con la mera invocación de la disposición normativa para satisfacer la hipótesis contenida en ella, sino que la autoridad debe señalar de qué manera el hecho ilícito encuadra. También, en casos en que las personas han sido condenadas a penas efectivas, sobre los cinco años y un día de presidio, la Corte Suprema ha ordenado la revocación de la medida de expulsión, por no haber atendido la autoridad migratoria al arraigo familiar de la persona expulsada, invocando expresamente la Convención sobre los Derechos del Niño para fundar su decisión.³⁷

Como puede apreciarse, los tribunales han incorporado dos elementos claves para declarar la ilegalidad de estas medidas, a saber: la falta del ejercicio de proporcionalidad en la aplicación de la medida de expulsión; y la falta de determinación de los contenidos que se emplean para fundarla. En relación con el primero, los elementos dados por el derecho internacional de los derechos humanos permiten afirmar que la ausencia de este análisis puede llevar a que las medidas que se adopten en contra de las personas pasen a tener el carácter de colectivas. Aunque los tribunales no lo han dicho así, de la lectura de los considerandos decisorios de las sentencias y de los estándares desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos, sub-

35. A modo ilustrativo: sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2.225-2019, rol 2.911-2019, rol 2.907-2019 y rol 406-2019; sentencias de la Corte Suprema, rol 4.293-2018, rol 2.268-2018, rol 1.152-2018, rol 2.540-2018 y rol 4.292-2018.

36. Sentencia de la Corte Suprema, rol de ingreso 2.268-2019, 7 de febrero de 2018, considerando segundo.

37. Sentencia de la Corte Suprema, rol de ingreso 1.152-2018, 23 de enero de 2018, considerando segundo.

yace la misma idea: la falta de un análisis caso a caso que permita evaluar de manera individual la situación particular de la persona que está siendo expulsada.

La (des)protección de los derechos de las personas solicitantes de protección internacional en Chile

Caracterización del problema

Chile y la región han atravesado varios procesos traumáticos que han obligado a grupos de personas a abandonar sus países de residencia habitual o del cual son nacionales, a causa de una amenaza de persecución a su vida, integridad o libertad. La guerrilla, el crimen organizado, las dictaduras esparcidas en toda la región y catástrofes naturales han obligado a miles y en algunos casos a millones de personas a movilizarse en búsqueda de protección. Los casos del triángulo norte o el conflicto colombiano que se ha extendido por varias décadas ilustran lo anterior. La dictadura cívico-militar de Pinochet es otro caso que toca muy de cerca la experiencia de la huida para el resguardo de la vida. Sin embargo, nunca se había visto un proceso de éxodo masivo en tan corto tiempo como el que atraviesa en la actualidad Venezuela, que ha impactado a toda la región. En ese contexto, Chile ha sido uno de los países de destino de la población venezolana desde el año 2015 a la fecha, con un punto más alto durante los últimos dos años.

A la fecha, hay más de 5,4 millones de personas refugiadas y migrantes venezolanos viviendo fuera de su país.³⁸ La gran mayoría se encuentra en los países de la región. La situación en el país ha alcanzado un estado de crisis humanitaria. De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), se trata del éxodo más grande en la historia reciente de América Latina.³⁹ Muchas de estas personas han huido a los países vecinos de Colombia, Ecuador y Perú, mientras que Chile es el cuarto país de destino, según cifras de ACNUR.⁴⁰ Las personas huyen de Venezuela por la grave crisis social y política que enfrenta el país, y que ha generado la pérdida de empleos, desabastecimiento y violencia generalizada. De acuerdo con la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) del año 2018, el hambre se ha triplicado en Venezuela, por lo que el país que experimentó el mayor aumento de hambre y malnutrición entre los años 2016 y 2018.⁴¹

38. «Situación en Venezuela», Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible en <https://bit.ly/3mJdChk>.

39. «Venezuela: Crisis de refugiados y migrantes», Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible en <https://bit.ly/2KOih4A>.

40. Cifras disponibles en «Situación respuesta a los venezolanos», Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, disponible en <https://bit.ly/37DeDno>.

41. «Venezuela (República Bolivariana de)», Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, FAOSTAT, disponible en <https://bit.ly/34DYziO>.

En el contexto antes descrito, la situación de las personas venezolanas encuadra en la hipótesis contenida en la Declaración de Cartagena de 1984. En ella, los países de la región acordaron ampliar el concepto de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo. Ahí se estableció:

La definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.⁴²

Lo señalado en la Declaración es relevante para analizar la situación que atraviesan los solicitantes de refugio en Chile, ya que ha sido a propósito de este movimiento masivo de venezolanos que la autoridad administrativa chilena ha intentado evitar que utilicen el procedimiento de refugio, primero estableciendo un visado consular especial de carácter humanitario⁴³ y luego imponiendo restricciones de ingreso a los nacionales de Venezuela a través de un visto consular.⁴⁴ A ello se sumó una práctica generalizada en frontera y en el territorio nacional de negar acceso a las solicitudes de calificación de refugiados, la cual ha sido denunciada ante foros internacionales⁴⁵ y ante los tribunales de justicia locales.⁴⁶

La ley chilena que rige esta materia es reciente. Se trata de la Ley 20.430, que entró en vigor el año 2010 y se estructura sobre la base de las obligaciones internacionales suscritas por el Estado de Chile. Este texto normativo recoge principios del derecho internacional humanitario y de derechos humanos, como la no devolución, la prohibición de rechazo en frontera, no sanción por ingreso ilegal, deber de confidencialidad, no discriminación, tratamiento más favorable en la persona del solicitante y protección de la familia (artículo 3 de la Ley 20.430). Es más, el mensaje que fundamenta el ingreso de este proyecto de ley a su tramitación legislativa señala como punto de partida la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José y el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo. De ahí que su artículo 2, numeral segundo,

42. Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 19 al 22 de noviembre de 1984.

43. Subsecretaría de Relaciones Exteriores, Oficio Circular 96, del 9 de abril de 2018

44. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Decreto 237, del 20 de junio de 2019.

45. 172.º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Audiencia temática sobre la situación de las personas migrantes en Chile, Jamaica, 3-10 de mayo de 2019.

46. El trabajo de la Corporación de Asistencia Judicial y la sociedad civil, a través de organizaciones no gubernamentales abocadas a la protección de los derechos de las personas migrantes, en compañía de clínicas jurídicas universitarias, ha sido claves en esta tarea.

por ejemplo, consagre de manera expresa una definición ampliada de refugiados, dando aplicación directa a la Declaración de Cartagena antes citada. Por lo tanto, desde un aspecto formal, la ley no representa un problema en la protección integral de los solicitantes de protección internacional.

En este sentido, la regulación que adoptó esta legislación sobre el principio de no devolución no deja espacio a dudas. Las personas que huyan de su país de residencia por una amenaza que ponga en riesgo su vida, seguridad o libertad, a consecuencia de una «situación persistente de violación manifiesta, patente o masiva de los derechos humanos» (artículo 4 inciso tercero de la Ley 20.430), no podrán ser devueltas en frontera, lo que supone —necesariamente— que no procede la prohibición de ingreso al territorio nacional.

Como se aprecia, a diferencia del caso de la expulsión de migrantes y la ausencia de las garantías del debido proceso, que incluye el deber de motivar las decisiones, la ley regula en detalle la manera en que la autoridad debe lidiar con los solicitantes del estatuto de refugiado. Además, como elemento interpretativo, incorpora de manera expresa el derecho internacional de los derechos humanos y la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. El problema ha asomado con la llegada masiva de ciudadanos provenientes de Venezuela a consecuencia de la crisis que atraviesa el país. Se trata de la primera prueba que ha debido sortear la aplicación de esta ley por parte del Estado de Chile. Desafortunadamente, las actuaciones de los agentes estatales encargados de hacerla cumplir ha estado lejos del texto de ésta y de los principios que la inspiraron, como se verá a continuación.

Durante el año 2018, el rechazo en frontera aumentó en forma considerable. De acuerdo con información recogida en la prensa y entregada por la Policía de Investigaciones de Chile, 13.742 personas fueron impedidas de ingresar a Chile, por no acreditar de manera fehaciente su calidad de turistas. El 48% correspondían a ciudadanos venezolanos que intentaron hacer ingreso por la frontera norte del territorio nacional (Complejo Fronterizo Chacalluta, en la frontera entre Arica y Tacna), provenientes de Perú. Durante el año 2019, esta situación tomó notoriedad pública cuando el Gobierno de Chile decidió implementar el visto consular, en el mes de junio de 2019, impidiendo el ingreso de los nacionales de Venezuela como turistas, sin la correspondiente autorización consular. Esto generó una crisis en la frontera norte del país, que se concentró en el mismo paso Chacalluta.

De igual manera preocupa y alarma lo que ocurre en las oficinas de Extranjería con quienes se acercan a solicitar asilo. Como se señaló, Chile cuenta con una Ley de Refugio y su respectivo reglamento, que cumple con los estándares internacionales en la materia. En ella se establece el derecho que las personas tienen, al momento de ingresar al territorio nacional, de manifestar ante la autoridad correspondiente la intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, sin contemplar ningún requisito previo para ello (artículo 26, Ley 20.430). Presen-

tada la formalización, procede la entrega de un visado temporario hasta la finalización del proceso (artículo 42, Decreto 837, Reglamento de la Ley de Refugiados), que puede concluir con una calificación favorable (otorgamiento de una permanencia definitiva) o el rechazo (artículos 19 y 45, Ley 20.430).

A pesar de las garantías que otorgan las normas referidas al refugio, la satisfacción de este derecho ha sido bloqueada por las autoridades nacionales. En la práctica, los extranjeros se han visto imposibilitados de formalizar las solicitudes, toda vez que funcionarios de los órganos de la Administración hacen un examen previo que no se encuentra establecido en la ley y rechazan sin más trámite el intento de ingresar una solicitud formal de reconocimiento de la condición de refugiado, por lo que quedan impedidos de presentar una nueva solicitud en el futuro y sin que exista ningún documento escrito que dé cuenta de tal acción.⁴⁷

Existe constancia de centenares de casos, documentados por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, clínicas jurídicas de distintas universidades del país, ONG y la Corporación de Asistencia Judicial, de personas que se acercaron a las oficinas de Extranjería a formalizar su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, que no fueron atendidas o cuya solicitud fue desestimada de manera preliminar. Algunos de estos casos han sido judicializados, lo que ha permitido visibilizar esta práctica, por lo que se ha encontrado en los tribunales de justicia una esperanza para el ejercicio de este derecho.⁴⁸ Esto será revisado en detalle en el último apartado de esta sección.

Por último, y para poner en contexto la realidad de los solicitantes del estatuto de refugiado en el país, es importante conocer la magnitud de este tipo de requerimientos. Desde la entrada en vigor de la ley, el año 2009, 655 personas han sido reconocidas como refugiadas. Para el año 2019, 11.854 solicitudes se encontraban pendientes de resolución por parte de la autoridad, de un total de 16.000 solicitudes formalizadas. Durante el año 2019, casi 17.000 personas que ingresaron al país declararon requerir protección internacional —no necesariamente fueron formalizadas— y el 99% eran nacionales de Venezuela.⁴⁹ Como puede apreciarse, se trata de un volumen muy

47. Véase Contraloría General de la República, Informe Final de Investigación Especial 828, de 2019, sobre presuntas irregularidades en la Subsecretaría del Interior. Número 12.134, del 1 de octubre de 2020.

48. Los tribunales superiores de justicia han acogido, por las vías de acciones constitucionales de amparo y protección, los reclamos de las personas a las que se les ha impedido acceder al procedimiento de calificación de la condición de refugiados. A modo ejemplar, véanse las sentencias de la Corte Suprema, rol 42.786-2020, rol 76.267-2020 y rol 77.208-2020; las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 70.763-2018, rol 67.453-2018, rol 77.817-2018, rol 300-2019 y rol 44.754-2019; las sentencias de la Corte de Apelaciones de Iquique, rol 450-2018, rol 144-2019, rol 145-2019 y rol 146-2019; y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 3.472-2018.

49. Las cifras fueron extraídas del sitio web del Servicio Jesuita a Migrantes, cuya fuente es información pública obtenida vía solicitud de acceso a la información, y se encuentran disponibles en <https://www.migracionenchile.cl/refugio/>.

reducido de casos, en comparación a la magnitud de la crisis regional. Los números evidencian la rigidez del Estado en el uso y aplicación de este derecho.

Obligaciones internacionales aplicables al caso chileno en el procedimiento de calificación de la condición de refugiado

El derecho a buscar y recibir asilo o refugio⁵⁰ obliga a los Estados a brindar protección a una persona que no habita normalmente en sus territorios o que directamente no es nacional.⁵¹ Desde el año 1926 en adelante, se registraron una serie de intentos de parte de la Liga de las Naciones de extender la protección de ciertas personas desplazadas. En este proceso, y con el advenimiento de la Organización de las Naciones Unidas, un hito clave lo constituyó la adopción y posterior entrada en vigor de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado del año 1951 y su Protocolo de 1967.⁵² Aun cuando se trata de un estatuto de carácter humanitario, su fundamento parte de la base de los principios trazados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, en particular, de lo establecido en el artículo 14.1, que establece: «En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país».

Lo anterior explica en parte que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 sea referida como la «Convención de los Derechos Humanos de los Refugiados» (MacAdam, 2007: 30). Con todo, se trata de un instrumento de carácter vinculante. Con posterioridad, los principales tratados a nivel universal y regional también recogieron el derecho a buscar o solicitar refugio. De ahí que haya tenido y aún mantenga un extenso tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia internacional. Clave en su desarrollo ha sido el trabajo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como agencia especializada en la materia.

De acuerdo con el texto convencional, el derecho a buscar y recibir refugio —o asilo, como se desprende de la Convención, aunque se refieren a lo mismo— opera respecto de cualquier persona que se encuentre perseguida por la comisión de delitos políticos o delitos comunes conexos. Aunque a primera vista el supuesto sobre el que es aplicable este derecho aparece más restringido que lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo cierto es que en conformidad con las normas de interpretación del artículo 29 letra d) de la CADH, se ha entendido que abarca a los perseguidos en sentido amplio, no sólo a los que tienen la calidad de

50. Se usan como sinónimos para efectos de este trabajo.

51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-25/18, párr. 101.

52. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Ginebra el 28 de julio de 1951, con entrada en vigor el 22 de abril de 1954; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, con entrada en vigor el 4 de octubre de 1967.

«delincuentes» políticos (Steiner y Uribe, 2014: 543). En cambio, sí se encuentra limitado a quienes están siendo perseguidos por delitos contra la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, incluyendo conductas terroristas.⁵³

La figura del refugio tiene una doble dimensión, que suele generar ciertas dificultades, como las que se aprecian en este caso. Por una parte, se trata de una potestad de los Estados; por otra, es parte integrante del derecho de cualquier 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.

Una lectura conjunta del derecho a buscar y recibir refugio y la prohibición del principio de no devolución (artículo 22 Nos. 7 y 8) 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 proceso.⁵⁴ Además, las directivas y criterios de ACNUR en la materia establecen que el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado debe resguardar un correcto examen de la solicitud, que de acuerdo con 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 legal.⁵⁵ 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 una entrevista personal.
- Las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas.
- Respetar en todo momento la protección de los datos del solicitante y de la solicitud acorde con el principio de confidencialidad.

53. Declaración sobre asilo territorial, 14 de diciembre de 1967, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 2.312 (XXII).

54. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Familia Pacheco Tineo con Bolivia*, párr. 154.

55. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor con Panamá*, párr. 137.

- Ante un rechazo de la solicitud, brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello.
- Proveer de efectos suspensivos los recursos que se encaminen a impugnar la decisión del rechazo.⁵⁶

Además, en casos manifiestamente infundados o abusivos, el Estado tiene la posibilidad de llevar adelante procedimientos acelerados, si ése fuera el caso. Aun así, en dicho supuesto, de acuerdo con los estándares desarrollados por la Corte IDH y compartidos por la CIDH en su informe de movilidad humana, se deben resguardar ciertas garantías mínimas, como: i) asegurar la oportunidad para el solicitante de tener una entrevista personal completa con un funcionario competente y, en la medida de lo posible, con un funcionario de la autoridad competente para determinar la condición de refugiado; ii) que la determinación del carácter manifiestamente infundada o abusiva por la autoridad emane del órgano competente —por ejemplo, el subsecretario, en el caso de Chile—; y iii) la posibilidad de que la decisión negativa sea examinada, aun mediante un procedimiento más simplificado, antes de ser rechazado en la frontera o de ser expulsado del territorio por la fuerza.⁵⁷

Además, de acuerdo con el estándar interamericano, en contextos como los descritos, el Estado se encuentra en la obligación de reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los intereses de las personas en una especial situación de vulnerabilidad.⁵⁸ En este sentido, el ACNUR ha sostenido en sus directrices que las cláusulas para excluir a las personas de este procedimiento deben ser interpretadas de manera restrictiva y sólo serán aplicables una vez que se haya hecho una evaluación exhaustiva y profunda de las causas que motivan a la persona a huir de su país (ACNUR, 1992: párr. 116).

El litigio constitucional como última esperanza

Como ya se señaló a propósito de la caracterización del problema, las personas solicitantes de refugio no están pudiendo reclamar este derecho, ni en frontera ni en las oficinas de Extranjería habilitadas para ello. Se trata de un impedimento *de facto* que ha operado durante los años 2018 y 2019, y que ha sido conocido por los tribunales de justicia a consecuencia de la interposición de acciones constitucionales de amparo y protección.

De ahí que los tribunales hayan señalado que no resulta verosímil la postura de la autoridad competente en la materia, que suele señalar al momento de evacuar sus

56. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor con Panamá*, párr. 159.

57. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Derechos...», párr. 433.

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 121.

informes en las tramitaciones de las acciones constitucionales que no consta que las personas hayan concurrido hasta dependencias de Extranjería a formalizar su solicitud.⁵⁹ Sobre todo, cuando se trata de una situación reiterada en el tiempo y que se da a nivel nacional, principalmente en la zona norte del país y en la Región Metropolitana. Además, los tribunales han señalado que en aquellos casos en que sí fue posible efectuar la solicitud por escrito, pero sin que se haya dado inicio al procedimiento, el hecho de que la autoridad alegue que no constan (las solicitudes) en el sistema resulta inaceptable y sólo se explicaría por la propia negligencia de la autoridad.⁶⁰

Existen casos en que la autoridad ha dado una apariencia de permitir el acceso al procedimiento, disponiendo «citas» para que las personas concurran a formalizar su solicitud en plazos que pueden llegar a los seis meses. A pesar de que esto no se establece en la ley —y ésta es clara en referir que el trámite deberá llevarse «en el más breve plazo»—, se trata de una práctica que es constante en la Oficina de Refugio del Departamento de Extranjería y Migración de la Región Metropolitana. En este escenario, y a pesar de existir una cita, se hace de todos modos imposible formalizar la solicitud de calificación de la condición de refugiado. Los tribunales han señalado

que, conforme a los hechos establecidos, resulta que el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública ha incumplido los deberes que le imponen tanto los convenios de derecho de los derechos humanos —que conforme el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, el Estado y sus órganos tienen obligación de respetar y promover— como las disposiciones legales antes citadas. En especial, ese incumplimiento se produce por la circunstancia de que, requerido el recurrente el inicio del procedimiento para que se le reconociera la calidad de refugiado, la Administración ha retardado la tramitación oportuna de dicho requerimiento, no obstante la urgencia que el caso amerita, desatendiendo los motivos formulados por el solicitante, omitiendo toda actuación tendiente a dar curso a dicha solicitud.⁶¹

A juicio de las Cortes de Apelaciones, aparte de contravenir las obligaciones internacionales suscritas por el Estado de Chile, lo descrito constituye una afectación al derecho consagrado en el artículo 19 numeral segundo de la Constitución Política de la República, que reconoce el principio de igualdad ante la ley. Lo anterior, a partir de la incorporación por parte de la Administración de trámites no previstos en la ley,

59. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol de ingreso 4259-2019, del 19 de junio de 2019, confirmada por la Corte Suprema, rol 18.149-2019, del 22 de julio de 2019.

60. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol de ingreso 15-2019, del 15 de febrero de 2019.

61. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol de ingreso 14.960-2019, 24 de mayo de 2019, considerando octavo, confirmada por la Corte Suprema, rol 15.130-2019, del 25 de junio de 2019.

como la «admisibilidad» de la solicitud, lo que comporta un trato diferenciado carente de razonabilidad. Los tribunales superiores de justicia, en el conocimiento de estos hechos, han tenido presente la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y los principios que de ella derivan.

Los procedimientos de expulsión y los solicitantes de la condición de refugiado en Chile, a la luz de las obligaciones generales de derechos humanos: Respeto y garantía

La especial naturaleza de las obligaciones en materia de derechos humanos se vio reflejada desde muy temprano en la Opinión Consultiva sobre la procedencia de las reservas en la Convención de Ginebra, emitida por la Corte Internacional de Justicia, al sostenerse la idea de que los tratados que involucraban disposiciones de derecho humanitario o de derechos humanos no operaban bajo la lógica del derecho internacional público tradicional.⁶² En cambio, lo hacían desde una nueva concepción, en que los Estados se obligaban para dar la debida protección a las personas, dejando de lado la idea de reciprocidad entre Estados. Esta idea, muy propia del derecho internacional, no aplica a las obligaciones de derechos humanos,⁶³ desde que su destinatario es la persona sujeta a su jurisdicción y se fundan en un compromiso de las naciones por respetar ciertos mínimos universales (Cassese, 2005: 396).

Las obligaciones de derechos humanos imponen sobre los Estados un deber de respeto y garantía sobre los derechos contenidos en sus respectivos catálogos.⁶⁴ Además, exigen, desde el momento de la ratificación de los tratados internacionales, adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos en sede interna, lo que demanda de parte de los Estados la introducción de los cambios en el ordenamiento jurídico y la práctica interna.⁶⁵ Tanto en la jurisprudencia universal como en la interamericana han sido entendidas como obligaciones generales que se derivan del artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respectivamente.⁶⁶

Desde sus primeras opiniones consultivas y sentencias de casos contenciosos, la Corte IDH se refirió al contenido y alcance de este tipo de obligación.⁶⁷ En su primera

62. Corte Internacional de Justicia, «Advisory opinion on reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide», 1951 I.C.J. 15, pp. 13-14.

63. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, párrs. 29-30.

64. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, «La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», 1986, párr. 21.

65. Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, párr. 13.

66. Por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, párr. 7.

67. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86; caso *Velásquez Rodríguez con Honduras*. párr. 164.

sentencia contenciosa, en el caso *Velásquez Rodríguez con Honduras*, el Tribunal fijó el estándar de cumplimiento al señalar:

La protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.⁶⁸

La idea de «restricción» a la que hace alusión la sentencia no debe ser entendida sólo en un sentido negativo, como de una obligación de no hacer. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, los derechos civiles y políticos no sólo generan un deber de abstención, sino que su carácter puede ser entendido tanto negativo como positivo. Además, cuando el Estado restrinja derechos, deberá demostrar la necesidad de hacerlo y su proporcionalidad con el objetivo perseguido.⁶⁹

Respecto de la obligación de garantía, la Corte IDH señaló:

166. La segunda obligación de los Estados parte es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. [...]

167. La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁷⁰

Comprender los alcances de la obligación de garantía es fundamental para el propósito de este trabajo. Desde el momento que puede ser caracterizada como una obligación de hacer, la satisfacción de los derechos no descansa en la mera abstención del Estado. En cambio, la obligación de garantía supone la organización de todo el aparato gubernamental y de las estructuras en que se manifiesta el poder público, con el fin de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos habla de todas las medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole. Agrega que resulta indispensable el establecimiento

68. Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 21.

69. Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, párr. 6.

70. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez con Honduras*, párrs. 166-167.

de remedios (recursos) eficaces para reparar las violaciones que surjan a partir de la actuación u omisión dañina.⁷¹

En síntesis, la obligación de garantía supone «hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica» (Gros Espiell, 1991: 65-66). Esto requiere incluso la remoción de obstáculos de parte del Estado, para que las personas gocen de los derechos reconocidos en los tratados internacionales.⁷²

En su Observación General 31, el Comité de Derechos Humanos se refirió al carácter de estas obligaciones generales, relevando su importancia desde el momento en que éstas «define[n] el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados partes en el Pacto».⁷³ Es decir, las obligaciones derivadas del catálogo de derechos contenidos tanto en el Pacto como en la Convención Americana deben ser analizadas en relación con las obligaciones generales. En este entendido, para el caso en análisis, la obligación de disponer garantías mínimas en el procedimiento de expulsión o de garantizar el acceso al procedimiento de calificación de la condición de refugiado no tienen mucho sentido por sí mismas, sino en relación con las obligaciones generales de derechos humanos. Además, el Comité clarifica un hecho de mucha relevancia para los casos de solicitud de refugio en frontera, al establecer que los Estados parte deben cumplir estas obligaciones (respeto y garantía) tanto respecto de las personas que se encuentren en su territorio como de aquéllas sometidas a su jurisdicción. Es decir, están obligados respecto de cualquier persona sometida a su control o poder efectivo, aunque se encuentren en el territorio de otro Estado parte.⁷⁴

A partir del análisis del accionar del Estado, sus omisiones y la falta de la adecuación de sus prácticas y normas, en relación con los derechos de las personas en el contexto de movilidad humana y sujetas a medidas de expulsión o solicitantes de refugio, se evidencia una brecha enorme en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado de Chile. Más allá de la eventual responsabilidad

71. Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, párrs. 7-8. Para un análisis en detalle, véase Medina Quiroga (2005).

72. Un obstáculo sobre el cual tanto los órganos del Sistema Interamericano como los del Sistema Universal se han pronunciado dicen relación con la eliminación de todas las formas que aseguren la impunidad al interior de los Estados por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. De este modo, las autoamnistías o la aplicación de los estatutos de prescripción han sido motivo de especial tratamiento en casos de violaciones masivas y sistemática de los derechos humanos y que han generado la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, véanse los pronunciamientos de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-11/90; caso *Almonacid Arellano y otros con Chile*; caso *Manuel Cepeda Vargas con Colombia*.

73. Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, párr. 3.

74. Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, párr. 10.

internacional que eso puede traer aparejado, el punto central es la eficacia de los derechos humanos en el foro interno, 70 años después de la adopción de la Declaración Universal. A pesar de los innegables avances en el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes y solicitantes de refugio, sobre todo de la labor de los tribunales de justicia como vía de protección, la realidad demuestra una falta de conocimientos y voluntad por parte de la autoridad migratoria que sorprende y preocupa.

Incluso en la discusión legislativa del proyecto de ley de migraciones, pronto a finalizar su trámite legislativo, se aprecia la falta de adecuación normativa con los estándares de derecho internacional. Tómese como ejemplo de lo anterior que el proyecto de ley, en sus trámites finales, aún carece de un recurso judicial que permita impugnar la expulsión. Ha debido ser mediante la vía de indicaciones que esta garantía —esperemos— sea incluida en el texto legal definitivo. Es más, a la fecha de elaboración de este trabajo, el procedimiento de expulsión en la nueva ley de migraciones no cumple los estándares de garantías mínimas referidas en el primer apartado de este trabajo.

En relación con el compromiso por parte del Estado y sus agentes del respeto a los derechos humanos en la actualidad, resulta sintomático que, a diferencia del año 1945, cuando el representante del Estado afirmaba en San Francisco su compromiso con el respeto a los derechos humanos y la necesidad de adoptar una forma de gobierno que fuera compatible con ello, en diciembre del año 2018 el Estado se restara de suscribir el Pacto Mundial sobre Migración a sólo días de su firma en Marrakech. O que, en pleno período de protestas sociales, el Estado pusiera el foco ante la comunidad internacional en la «pérdida de los negocios y los bienes de las personas»⁷⁵ o restara la validez de los informes de organismos internacionales de derechos humanos.

Esta conducta del Estado, a través de sus agentes, evidencia la fragilidad en el respeto de los derechos humanos en sede interna. Se trata, nada menos, de quienes están llamados a implementar las políticas públicas; de permitir la exigibilidad de los derechos. En el contexto de la movilidad humana, ha quedado demostrada la falta de adecuación normativa y de prácticas internas, que dificultan el ejercicio de derechos esenciales. Estos hechos demandan extremar los esfuerzos de parte de la sociedad civil y los organismos autónomos que tienen por objeto la protección de derechos. Requieren un Poder Judicial sólido e independiente, libre de presiones e injerencias, y necesitan la observancia y el monitoreo constante de los órganos de tratados encargados de verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Lo cierto es que, con matices, podría afirmarse que la existencia de las acciones constitucionales de protección ha obrado en los casos analizados como el único re-

75. Dichos del agente chileno en audiencia temática ante la CIDH, en el 174.º período de sesiones, en Quito, Ecuador, para conocer sobre las graves violaciones de los derechos humanos en Chile en el contexto de la protesta social.

medio posible para hacer frente a estas violaciones. Digo matices, pues aún no existe una jurisprudencia uniforme en ambos casos, y muchas veces las personas afectadas no pueden acceder a esta vía, por lo que quedan en la desprotección un número indeterminado y mucho mayor al que sí lo hace. De ahí que se haga indispensable no sólo la existencia de leyes claras que guíen el actuar de la Administración y permitan a los tribunales efectuar un control efectivo de su comportamiento, sino que de un convencimiento real sobre el carácter imperativo de las obligaciones de derechos humanos, como mínimos infranqueables que deben guiar la actuación del Estado.

Conclusiones

El trabajo dio cuenta de la realidad migratoria en el territorio nacional, destacando el importante aumento que ha tenido la población extranjera en el territorio nacional durante los últimos cinco años. Lo anterior, muy relacionado con la precaria situación que vive la población haitiana en su país y el masivo éxodo de venezolanos desde sus lugares de residencia en Venezuela. Esto ha generado que el país se convierta en un lugar de destino, superando la cantidad de extranjeros en el territorio chileno que de nacionales en el exterior. Aun así, Chile mantiene cifras de inmigración por debajo del promedio de los países pertenecientes a la OCDE, y muy similar a sus pares en América Latina.

En ese contexto, se analizó la inexistencia de un procedimiento de expulsión administrativa que satisfaga las garantías mínimas de un debido proceso, en concordancia con los estándares de derecho internacional. Además, se analizaron las sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia, que dan cuenta de la ausencia de un ejercicio de ponderación en la adopción de las expulsiones administrativas por parte de la autoridad migratoria. Lo propio se hizo con las barreras impuestas por la Administración en el acceso al procedimiento de calificación de la condición de refugiados en el país. Pese a contar con una ley moderna en la materia, se evidenció cómo la práctica de los agentes del Estado ha dificultado las posibilidades de las personas solicitantes de protección internacional de reclamar el derecho a solicitar refugio. Nuevamente, a través del trabajo de los tribunales de justicia, se puso de manifiesto la manera en que el Estado ha abordado esta crisis humanitaria en sus fronteras y dentro del territorio nacional, y que se aleja de los criterios normativos internos y de derecho internacional.

Por último, a través del examen de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos, se evidenciaron los déficits existentes en el Estado de Chile en materia de movilidad humana, destacando la necesidad de contar con herramientas claras y precisas que guíen el actuar de la Administración y que permitan un escrutinio más exigente a su actuar. Junto con ello, se relevó la importancia de que las autoridades encargadas de diseñar y ejecutar la política pública adquieran un

compromiso real con el respeto y protección de los derechos humanos en el orden interno, para que Chile sea capaz de cumplir su palabra y asegurar el piso mínimo que supone el respeto y protección de los derechos humanos.


Referencias

- CASSESE, Antonio (2005). *International law*. Oxford: Oxford University Press.
- GROS ESPIELL, Héctor (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: Análisis comparativo*. Santiago: Jurídica de Chile.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2018). «El *habeas corpus* contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 1: 1-18. DOI: [10.7764/rda.o.1.115](https://doi.org/10.7764/rda.o.1.115).
- LAWSON, Delfina y Macarena Rodríguez (2016). «El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: Situación actual y alternativas». En *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016* (pp. 217-238). Santiago: Universidad Diego Portales.
- MCADAM, Jane (2007). *Complementary protection in international refugee law*. Oxford: Oxford University Press.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia (2005). «Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto». *Anuario de Derechos Humanos*, 1: 55-60. DOI: [10.5354/0718-2279.2011.12778](https://doi.org/10.5354/0718-2279.2011.12778).
- SIKKINK, Kathryn (2017). *Evidence for hope: Making human rights work in the 21st Century*. Princeton: Princeton University Press.
- STEFONI, Carolina (2001). «Representaciones culturales y estereotipos de la migración peruana en Chile». Documento de trabajo. Disponible en <https://bit.ly/2WGGP1U>.
- STEFONI, Carolina y Sebastián Brito (2019). «Chile: Un destino más en el mapa migratorio». En Nicolás Rojas y José Vicuña (editores), *Migración en Chile: Evidencia y mitos de una nueva realidad* (pp. 23-48). Santiago: Lom.
- STEINER, Christian y Patricia Uribe (editores) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentada*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sobre el autor

TOMÁS IGNACIO PASCUAL RICKE es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Máster en Derecho con mención en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, London School of Economics and Political Science, Reino Unido. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto

Hurtado en la Clínica Jurídica de Migrantes y curso de Litigación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Su correo electrónico es tpascual@uahurtado.cl.

 <https://orcid.org/0000-0002-9384-694X>.

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS

El *Anuario de Derechos Humanos* es una publicación semestral de referencia y consulta en materia de derechos humanos y campos afines. Busca ser un espacio de discusión de los temas centrales en el ámbito nacional e internacional sobre derechos humanos. Es publicado desde 2005 por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

EDITORA

Claudia Iriarte Rivas

ciriarter@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

anuariodh.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

anuario-cdh@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)