

LA POLÍTICA MIGRATORIA ANTE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE¹

RESUMEN. Este comentario tiene por objeto analizar las dos líneas jurisprudenciales seguidas por la Corte Suprema durante el año 2020 a propósito de recursos de amparo por expulsiones, donde se invocó como fundamento el desistimiento de la acción penal y el principio de unidad familiar. El comentario señala que si bien la regulación y gestión de la migración es de competencia estatal, debe operar en concordancia con los derechos fundamentales de los migrantes.

PALABRAS CLAVE. Política migratoria, migración, Ley de Extranjería, DEM, expulsiones.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Marco jurídico aplicable. 2.1. Marco constitucional. 2.2. Tratados Internacionales. 2.3. Decreto Ley N°1.094 de 1975; Ley de Extranjería. 2.4. Estructura Institucional Migratoria. 3. Características de la migración internacional chilena. 4. Criterios de la Corte Suprema. 5. Propuestas de mejora desde una perspectiva de políticas públicas en materia migratoria. 5.1. Acerca del respecto irrestricto a los derechos fundamentales de los migrantes. 5.2. La soberanía nacional debe ser ejercida con firmeza en supuestos de ingresos clandestinos por pasos no habilitados.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el crecimiento migratorio en Chile ha sido vertiginoso, al punto de que es razonable señalar que la última ola inmigratoria no tiene parangón en nuestra historia.

Este trabajo referencia a las materias que entendemos como fundamentales para comprender las políticas nacionales migratorias de nuestro país, como son el marco jurídico aplicable, las condiciones que se exigen para la migración, las características de la migración y los requerimientos necesarios para que la política nacional garantice a los migrantes sus derechos fundamentales, sin desatender el ejercicio de la soberanía nacional.

¹ Abogada de la Universidad de Chile. Diplomada en Seguridad Social por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Magister en Planificación y Dirección Tributaria por la Universidad Adolfo Ibáñez. Doctora en Derecho de la Universidad de Chile y Universidad de Sevilla.

Sostendremos que, si bien para el derecho internacional, la regulación y gestión de la migración sigue siendo una competencia estatal, razón por la que los Estados pueden definir el diseño e implementación de sus políticas migratorias en base a sus propios intereses nacionales y objetivos políticos, este reconocimiento soberano debe operar en concordancia con los derechos fundamentales de los migrantes, lo que exige un esfuerzo de los países por disminuir la discrecionalidad con la que se deciden ingresos y expulsiones.

Este planteamiento es de interés evidente, además de contingente, pues al cierre de esta edición tiene lugar en Chile un debate por expulsiones numerosas que la autoridad política ha ordenado en los últimos meses, que inciden en extranjeros que ingresan clandestinamente por pasos no habilitados.

En lo que sigue, daremos cuenta de dos líneas jurisprudenciales seguidas por la Corte Suprema durante el año 2020, referidas a recursos de amparo por expulsiones en que se invocó como fundamento el desistimiento de la acción penal y, en su caso, el principio de unidad familiar.

2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

El marco regulatorio de la inmigración en Chile fue establecido por primera vez en 1975, mediante el Decreto Ley N° 1.094 (Ley de Extranjería) y hoy, en un contexto muy distinto al de mediados de la década de los setenta, existe consenso en que ha devenido en insuficiente para regular las características y complejidades que actualmente presenta la inmigración².

2.1. Marco constitucional

El artículo 1° de la Constitución Política de la República, que forma parte de las Bases de la Institucionalidad, prevé que todas “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, sin que pueda haber distinción alguna en razón de su nacionalidad.

En el segundo inciso del artículo 5° se reconoce como limitación al ejercicio de la soberanía “*el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, siendo “*deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”. De ello deriva la interpretación que han sostenido los tribunales respecto a que los tratados internacionales —entre

² ANINAT Y SIERRA, (2009).

ellos los relativos a la migración— que se encuentren vigentes y hayan sido ratificados por Chile, se entiendan incorporados a la legislación local.

Y en el artículo 19 numeral 2°, se consagra “*el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer discriminaciones arbitrarias*”. Mientras que el numeral 7° lo que hace es asegurar la libertad personal y seguridad individual, señalando —entre otras cosas— que “*toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros*”. Se trata de garantías de las que gozan tanto nacionales, como extranjeros en Chile.

2.2. Tratados Internacionales

Los tratados internacionales ratificados por Chile que se relacionan con la migración son los siguientes:

- i. Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por los Estados Miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.
- ii. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966.
- iii. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en julio de 1951, con su Protocolo de 1967.
- iv. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.
- v. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965.
- vi. Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984.
- vii. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.
- viii. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990.**
- ix. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 23 de agosto de 1990.
- x. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire del 2000.
- xi. Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las personas migrantes de 2008.

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo, hasta el momento Chile no ha ratificado el Convenio N°97 de 1949, ni el Convenio N°143 sobre los trabajadores migrantes.

Por su importancia en los criterios que viene aplicando la Corte Suprema al conocer de recursos de amparo constitucional por expulsión de extranjeros, es pertinente destacar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Este instrumento internacional fue ratificado por Chile en el año 2001 y entró en vigor el 1° de julio de 2005. Destacan de su texto, en lo relacionado al tema que abordamos, las siguientes disposiciones:

- i. Artículo 16.6: “Los trabajadores migratorios y sus familiares detenidos o presos a causa de una infracción penal serán llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrán derecho a ser juzgados en un plazo razonable o a ser puestos en libertad ...”
- ii. Artículo 16.8: “Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar procedimientos ante un tribunal, a fin que este pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal...”
- iii. Art. 22.1: “Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”.
- iv. Art. 35: “Ninguna de las disposiciones de la presente parte de la Convención se interpretará en el sentido de que implica la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada, ni menoscabará las medidas encaminadas a asegurar las condiciones satisfactorias y equitativas para la migración internacional previstas en la parte VI de la presente Convención”.
- v. Art. 44.1: “Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”.
- vi. Art. 44.2: “Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con

aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”.

- vii. Art. 44.3: “Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios”.

2.3. Decreto Ley N°1.094 de 1975; Ley de Extranjería

Esta ley, reglamentada por el Decreto Supremo N° 597 de 1984, ha sido la base de la política migratoria en Chile. Se caracteriza por concebir “*al extranjero y la migración como una amenaza, entrega amplia discrecionalidad y fuerte control de las fronteras (externas e internas), todos estos elementos están incorporados en la legislación bajo el marco de la Doctrina de Seguridad Nacional*” (DUCOING, 2017:46).

Las materias que regula esta ley son las siguientes: i) el control de frontera, ii) el ingreso al país, iii) la residencia, la permanencia definitiva, iv) el egreso, v) el reingreso, vi) la expulsión, y vii) el control de las personas extranjeras.

Además, en lo que respecta especialmente a la regulación de la residencia, entre los artículos 18 a 40 se establecen diferencias entre las siguientes clases de residente: i) el oficial, ii) el sujeto a contrato de trabajo, iii) el estudiante, iv) el temporario, y v) el residente con asilo político o refugiado.

Sin embargo, es importante tener presente que esta normativa, “*con más de cuarenta años de existencia, es la más antigua de la región y no da cuenta de las características de la migración contemporánea*”³.

Debido a lo anterior, en los años 2013 y 2017 se ingresaron al Congreso Nacional dos iniciativas legislativas para la promulgación y publicación de una nueva Ley de Migración, que se ha traducido en la Ley N°21.325, publicada en el Diario Oficial de 20 de abril de 2021. De acuerdo con su artículo 11, entrará en vigencia una vez publicado su reglamento, para lo cual el Ministerio del Interior y Seguridad Pública dispone de un año contado desde su publicación.

También con fecha 20 de abril de 2021, se publicó en el Diario Oficial la Resolución 1.769 exenta, de 20 de abril de 2021, del Ministerio del Interior

³ PEDEMONTE Y DITTBORN (2016), p. 8.

y Seguridad Pública, que aprueba el proceso de regularización contemplado en el artículo 8 transitorio de la Ley N°21.325.⁴

Dentro de las antiguas normas y vigentes aún al cierre de esta edición, destacamos los artículos 15 y 16 del DL 1096, por ser atingentes al presente estudio.

El artículo 15 contempla ocho numerales con situaciones de hecho que, de configurarse, justifican la prohibición de ingreso a Chile⁵. Particulares dificultades prácticas se presentan respecto al numeral 1), referido a la propagación o fomento de doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social, el sistema de gobierno y en general, la ejecución de hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o en orden público; también la realización de actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado. Se trata de situaciones entregadas a la discrecionalidad de la autoridad política y que en muchos casos son resueltas en la sede jurisdiccional.

En el mismo artículo 15, también destaca el numeral 3), referido a los condenados o procesados por delitos no políticos, por los inconvenientes que presenta en su eficacia, puesto que es criterio generalizado de la sede

⁴ Se establecen en esta resolución condiciones objetivas para regularizar el ingreso al país por pasos habilitados, con un año de plazo; también se concede un plazo más acotado, de 180 días, para la salida de quienes hubieren ingresado por pasos no habilitados, sin sanción ni prohibición de ingreso ulterior al país.

⁵ Artículo 15.- Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:

- 1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;
- 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres;
- 3.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos;
- 4.- Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social;
- 5.- Los que sufran enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional;
- 6.- Los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto;
- 7.- Los que no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en este decreto ley y su reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 4 del artículo siguiente y en los artículos 35 y 83, y
- 8.- Los que habiendo incurrido en la comisión de los delitos tipificados en el inciso primero del artículo 68 y en el artículo 69, y a su respecto hubieren prescrito las acciones penales o las penas correspondientes, en su caso, encontrándose fuera del territorio nacional.

jurisdiccional, el acoger recursos de amparo constitucional en casos de expulsiones del territorio nacional basados en estar procesados por delitos, cuando habiéndose denunciado un ingreso ilegal de migrantes ante la justicia penal, luego la autoridad persecutoria se desiste de la acción, con lo que decae el motivo que justificaba la expulsión.

A su turno, el artículo 16 consigna cuatro casos en que es posible impedir el ingreso de extranjeros al territorio nacional⁶, los que se refieren a condenados o procesados por delitos comunes, los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, los expulsados de otro país por autoridad competente y los menores de 18 años sin compañía de padre, madre o guardador ni autorización escrita pertinente.

Las normas transcritas recogen la denominada “Doctrina de la Seguridad Nacional”, con facultades discrecionales para la autoridad administrativa, quien invocando “los intereses de Chile” o “actos constitutivos de peligro para Chile”, pueden negar el otorgamiento de permisos migratorios a extranjeros que deseen trabajar y/o residir en Chile.

Las mencionadas normas en la práctica se desarrollan a través de Instructivos Presidenciales, que son instrumentos sin rango de ley, a través de los cuales la autoridad política abre o cierra las fronteras para personas provenientes de determinados países⁷.

Previo a la entrada en vigor de la Ley N°21.325, los extranjeros para trabajar de forma regular y formal en Chile deben contar con un permiso otorgado por el Departamento de Extranjería y Migración (DEM). Para recibir ese permiso se les exige acreditar su residencia o permanencia legal en el país y estar autorizado y habilitado para estos efectos. Así, el DEM ha establecido las condiciones en que un trabajador extranjero se encuentra habilitado, según los permisos y visas que se explican a continuación⁸.

⁶ Artículo 16.- Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros:

- 1.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos;
- 2.- Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, y no estén comprendidos en el N° 6 del artículo anterior;
- 3.- Los expulsados de otro país por autoridad competente, y
- 4.- Los menores de 18 años que viajen a Chile sin ser acompañados de su padre, madre o guardador y carezcan de autorización escrita de uno de ellos o del Tribunal competente, debidamente refrendada por autoridad chilena.

Las prohibiciones de este artículo y del anterior, serán aplicadas por las autoridades señaladas en el artículo 10 de este decreto ley.

⁷ Véase a título ilustrativo <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/03/Inst-Presidencial-N%C2%BA-9.pdf>

⁸ HENRÍQUEZ, (2019).

El DEM ha establecido las condiciones en que un extranjero puede adquirir la residencia o permanencia legal, que sólo enunciaremos por no ser el tema central de este comentario:

- i. Permiso de permanencia definitiva.
- ii. Visa sujeta a contrato.
- iii. Visa temporaria general.
- iv. Visas temporarias especiales: de responsabilidad democrática para Venezuela; temporaria de reunificación familiar para Haití; temporaria de oportunidades para profesionales, técnicos y personas con oficios acreditados; temporaria de orientación nacional para quienes hayan obtenido grado de magister o doctor en los últimos dos años; temporaria de orientación internacional para quienes cuenten con posgrado en alguna de las 150 mejores instituciones académicas extranjeras del ranking WOS Global.
- v. Visa de estudiantes.
- vi. Visa de turismo.
- vii. Permisos de trabajo especiales para artistas.

2.4. Estructura Institucional Migratoria

Para comprender la normativa legal y suprallegal que regula la migración en Chile -que hemos expuesto precedentemente-, es fundamental conocer el entorno y la estructura institucional en la cual ésta se desenvuelve.

A. Departamento de Extranjería y Migración (DEM)⁹

El Departamento de Extranjería y Migración es un órgano dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Su misión es garantizar el cumplimiento de la legislación de extranjería, específicamente en lo relativo al ingreso y egreso, residencia definitiva o temporal, expulsión y regulación de los ciudadanos extranjeros que permanecen en el territorio nacional. Ello, en el marco de la Política Nacional Migratoria que establezca el Gobierno de Chile.

Su principal objetivo es liderar el desarrollo de una Política Nacional de Migraciones y Refugio, que permita enfrentar los desafíos y oportunidades que las migraciones generan en el país.

⁹ Al entrar en vigencia la Ley N°21.325, será reemplazado por un Servicio Nacional de Migraciones.

Su organización, funcionamiento y atribuciones se encuentran reguladas en los artículos 91 a 93 del Decreto Ley N° 1.094. De su lectura se desprende que, conforme a sus facultades, el DEM tiene como principal función asegurar y supervigilar el cumplimiento y la aplicación de la ley migratoria nacional por medio de la aplicación de sanciones administrativas (multas y amonestaciones).

Además, de acuerdo con lo expresado en el Decreto Ley N°1094, como también en el Reglamento de Extranjería (Decreto N°597), las personas extranjeras para trabajar de forma regular en Chile deben contar con el permiso o visa que otorga el DEM. Siendo ésta la institución que, en primer lugar, establece, y luego califica, las condiciones en que un trabajador extranjero se encuentra habilitado para trabajar en Chile.

Las principales críticas que ha recibido esta antigua institución se pueden resumir en las siguientes dos¹⁰:

- i. La escasa envergadura institucional de la que goza, lo cual le impide llevar adelante la coordinación intersectorial que la materia migratoria exige.
- ii. Su discrecionalidad en materias sensibles desde el punto de vista de los derechos humanos. A ello nos referiremos más adelante.

B. Consejo de Política Migratoria (CPM)¹¹

Este Consejo fue creado por Decreto Supremo N°1393 de 2014, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, como una comisión asesora presidencial de carácter permanente, que tiene como objetivo elaborar la Política Nacional Migratoria y coordinar las acciones, planes y programas de los distintos actores institucionales en la materia.

Está conformado por nueve ministros: Ministro del Interior y Seguridad Pública (quien preside el Consejo), Ministro de Relaciones Exteriores, Ministro Secretario General de la Presidencia, Ministro de Educación, Ministro de Justicia, Ministro de Trabajo, Ministro de Salud, Ministro de Desarrollo Social, Ministra de la Mujer y la Equidad de Género y Subsecretario del Interior, quien actúa como Secretario Ejecutivo. Además, el jefe del Departamento de Extranjería y Migración es el responsable de la Secretaría Técnica del Consejo.

En el año 2015, mediante la publicación del Decreto N°108, se creó el Consejo Técnico de Política Migratoria (CTP), cuya función es asesorar al CPM

¹⁰ ANINAT Y SIERRA, (2009)

¹¹ Se mantiene en la Ley N°21.325.

mediante la propuesta de una agenda temática y la provisión de insumos técnicos sectoriales para su funcionamiento. Su creación se sustentó en la necesidad de proponer modificaciones a la legislación migratoria para así hacerla acorde a los tiempos actuales, según un enfoque de derechos humanos. En lo que respecta al funcionamiento del CPT, éste cuenta con diversas áreas temáticas en las cuales participan de manera coordinada distintas instituciones gubernamentales. Algunas de estas áreas son: la Inclusión Social, Laboral e Innovación, Información y Seguimiento de Políticas Migratorias, Inclusión e Interculturalidad, Asuntos Internacionales y DD.HH, Coordinación con la Política de Emigración y Participación¹².

3. CARACTERÍSTICAS DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL CHILENA

En los últimos diez años se ha registrado en Chile un aumento significativo y exponencial de los flujos migratorios. En efecto, nunca en la historia de nuestro país, ni siquiera en respuesta de los esfuerzos activos del Estado en el siglo XIX para recibir población migrante, Chile había sido receptor de los actuales niveles de inmigración.

Lo anterior ha llevado a que la migración pase a convertirse en un tópico relevante de discusión en materia de políticas públicas. Esto se expresa en que, por ejemplo, es un tema que lleva tiempo apareciendo en todas las campañas políticas y que incluso hoy es parte de los cuestionarios de diversas encuestas que se elaboran en el país. Nada de esto era así a comienzos del siglo XXI, es decir, hace sólo 20 años¹³.

Así, en el último siglo la población migrante que ha llegado a Chile ha tenido un gran dinamismo, representado principalmente por el ya mencionado crecimiento sostenido del fenómeno migratorio, el cual se ha caracterizado principalmente por provenir de países latinoamericanos, con gran heterogeneidad étnica, ser predominantemente masculina y perteneciente a un rango etario activo en términos laborales¹⁴.

De acuerdo con el último Informe Técnico elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el Departamento de Extranjería y Migración (DEM), en colaboración con la Policía de Investigaciones de Chile (PDI), el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Servicio de Registro Civil e Identificación, la

¹² DUCOING, (2017).

¹³ ANINAT Y VERGARA, (2019).

¹⁴ MARGARIT SEGURA Y BIJIT ABDE, (2014).

cantidad de personas extranjeras residentes habituales en Chile bordeaba los 1.5 millones al 31 de diciembre de 2019.

Estos últimos datos publicados arrojaron que el número de extranjeros residentes habituales en Chile es de 1.492.522 personas¹⁵, cifra que no considera la inmigración ilegal.

Además, del total de inmigrantes que residen en Chile el 90% de ellos provienen de América Latina y el Caribe. Se ha señalado que ello obedece, fundamentalmente, a los siguientes dos fenómenos. En primer lugar, se señala como causa el éxito económico del país que, luego de tres décadas de elevado crecimiento, tiene uno de los ingresos per cápita más altos de la región. Esto, sin duda, lo convierte en un país comparativamente más atractivo para emigrar en relación con las otras naciones del continente. Mientras que, por otra parte, se puede señalar que el incremento de la población migrante que reside hoy en Chile se debe en gran medida a las profundas crisis que han afectado a algunos países de esta parte del mundo, las cuales han devenido en un éxodo masivo de sus habitantes¹⁶. Un ejemplo concreto de esto último es el hecho de que en los últimos años ha llegado un número significativo de personas provenientes de Haití y Venezuela.

TABLA 1. ORIGEN DE LOS INMIGRANTES EN CHILE.

País	Estimación 2018			Estimación 2019		
	Total	Hombre	Mujer	Total	Hombre	Mujer
Total	1.250.365	644.688	605.677	1.492.522	763.766	728.746
Venezuela	288.940	149.541	139.399	455.494	299.366	226.128
Perú	224.494	107.365	117.129	235.165	113.376	121.789
Haití	178.980	115.065	63.915	185.865	119.068	66.797
Colombia	146.833	69.233	77.600	161.153	76.102	85.051
Bolivia	107.522	48.610	58.942	120.103	55.041	65.062

¹⁵ Son las cifras de acceso público más recientes. En el año 2016 los datos arrojados por el DEM situaban la población extranjera en alrededor de 411.000 personas, representando al 2,08% de la población total. Esto nos demuestra el exponencial crecimiento que ha tenido la población migrante en Chile durante los últimos años.

¹⁶ ANINAT Y VERGARA, (2019).

Argentina	74.380	37.604	36.704	79.464	40.701	38.763
Ecuador	36.804	18.031	18.773	41.403	20.425	20.978
España	21.034	11.835	9.199	22.524	12.471	10.053
República Dominicana	17.881	7.182	10.699	20.080	8.221	11.859
Brasil	18.020	8.145	9.875	19.980	9.106	10.874
Estados Unidos	16.200	8.256	7.944	18.477	9.301	9.176
Cuba	15.721	9.243	6.478	16.253	9.387	6.866
China	13.405	7.711	5.694	15.696	9.114	6.582
Francia	8.759	4.598	4.161	10.520	5.441	5.079
México	8.866	4.258	4.608	10.380	4.905	5.475
Alemania	8.396	4.403	4.353	6.689	4.599	5.090
Uruguay	5.917	3.305	2.612	6.296	3.531	2.765
Italia	5.333	3.146	2.187	6.075	3.546	2.529
Paraguay	5.507	2.152	3.355	5.987	2.327	3.660
Otro País	43.883	23.490	20.393	48.384	25.870	22.514
No Declarado	3.532	1.875	1.657	3.534	1.878	1.656

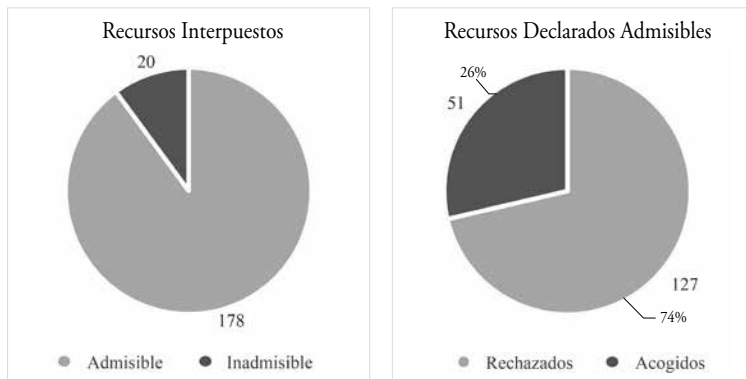
Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y Departamento de Extranjería y Migración (DEM) 2020.

4. CRITERIOS DE LA CORTE SUPREMA

Ante esta realidad normativa, en que se reconocen facultades discrecionales a la autoridad migratoria, sobre la base de parámetros que no constan en preceptos legales sino en instructivos de la autoridad política, los migrantes suelen recurrir de protección constitucional por afectación de derechos fundamentales en caso de problemas asociados a tramitación de visas (artículo 20 de la Constitución Política de la República) y también a través del recurso de amparo constitucional por afectación de la libertad personal y seguridad individual, lo que se observa en situaciones de expulsión y al que nos referiremos con más detalle (artículo 21 de la Constitución Política de la República).

En un estudio sobre las sentencias pronunciadas por la Segunda Sala de la Corte Suprema, en recursos de amparo por expulsiones presentados entre enero y diciembre de 2019, se obtuvo la información que se contiene en los gráficos siguientes¹⁷:

GRÁFICO 1. RECURSOS DE AMPARO Y RECLAMACIONES DE EXPULSIÓN PRESENTADOS DURANTE EL AÑO 2019



Fuente: Elaboración propia.

De un total de 198 recursos ingresados a trámite, 20 fueron declarados inadmisibles y de los 178 restantes, 51 amparos fueron acogidos, lo que representa el 26% del universo analizado.

IMAGEN 1. RECURSOS PRESENTADOS SEGÚN LA NACIONALIDAD DEL AMPARADO

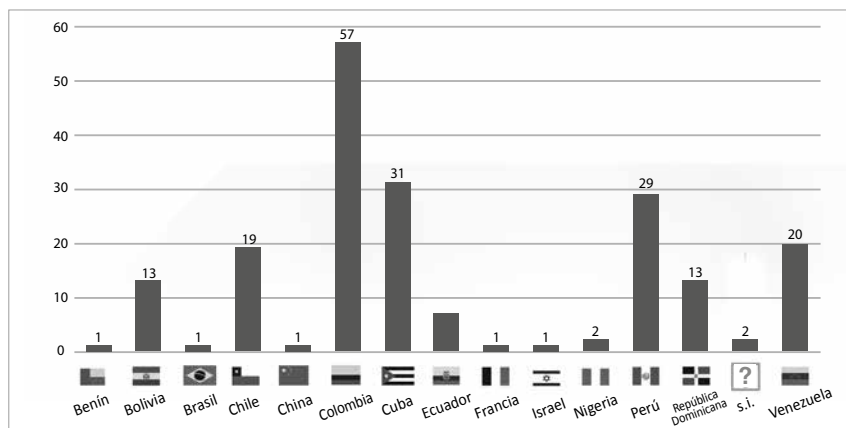


Fuente: Elaboración propia.

¹⁷ Estudio que se basó en el análisis de todos los ingresos de recursos de amparo registrados en la Secretaría de la Corte Suprema entre enero y diciembre de 2019, y en el cual colaboró Javier Aguiló Guellerstein, Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Analizada la nacionalidad de los recurrentes, el resultado es evidente: 194 recursos incidieron en migrantes provenientes de Latinoamérica y sólo 4 del resto del mundo (2 de China, 1 de Francia, 1 de Nigeria).

IMAGEN 2. RECURSOS PRESENTADOS SEGÚN NACIONALIDAD DEL AMPARADO.



Fuente: Elaboración propia.

Las nacionalidades más frecuentes encontradas dentro de los amparados fueron, en orden decreciente, Colombia, Cuba, Perú y Venezuela.

Desde la experiencia, aunque no se haya medido aun en un estudio similar al realizado con el año 2019, se observa durante el 2020 un incremento de recursos de amparo planteados por ciudadanos venezolanos que han ingresado clandestinamente por pasos no habilitados en la zona norte de Chile.

En la misma línea, durante el 2020 se observan recursos de amparo acogidos por la Corte Suprema en dos situaciones muy frecuentes y por ello las destacamos con mayor detalle:

- i. Cuando ha habido desistimiento de la acción penal en casos de expulsiones basadas en el artículo 15 N°1 y N°3, y en el artículo 16 N°1 del DL 1096.

A continuación, los considerandos relevantes de un recurso de amparo de frecuente ocurrencia (Rol 132.080-2020, sentencia de 30 de octubre de 2020):

“1°) Que como se lee en la Resolución N°X de 6 de agosto de 2019, dictada por la Intendencia de la Región de Arica y Parinacota, el fundamento de la decisión de expulsar al amparado viene dado exclusivamente por lo informado en el parte policial, en que se señala que ingresó al país en forma clandestina. En el mismo decreto se indica que se denunciaron estos hechos ante la Fiscalía Local del Ministerio Público y posteriormente se presentó desistimiento de dicha denuncia.

2°) *Que el artículo 69 del DL 1094 invocado en la resolución recurrida no puede servir de fundamento a la misma, desde que impone la medida de expulsión para los extranjeros que ingresen clandestinamente o por lugares no habilitados al país, una vez cumplida la pena, en circunstancias que el citado desistimiento extingue la acción penal.*

3°) *Que, por otra parte, al desistirse de la denuncia la Intendencia Regional impidió que el órgano persecutor pesquisara y verificase los hechos constitutivos del delito de ingreso clandestino del que se le daba noticia, lo que precisamente llevó al término de esa causa. Asimismo, ese proceder impidió al amparado defenderse y controvertir los hechos que fundaron la denuncia, por lo que, en definitiva, el dictamen de expulsión se basa en la mera noticia de la autoridad policial, antecedente del todo insuficiente para fundar la decisión de expulsión cuestionada.*

4°) *Que todo lo dicho priva de fundamento racional al acto impugnado y, consecuentemente, permiten afirmar que se pone en peligro la libertad personal del amparado por un acto arbitrario de la Administración, lo que conlleva que la acción interpuesta deba ser acogida”.*

En esta línea jurisprudencial, se trata de expulsiones decididas en base al artículo 15 N°3 del DL 1096, que prohíbe el ingreso al país de extranjeros “[...] actualmente procesados por delitos comunes”, circunstancia que no se verificaba al conocerse el recurso de amparo, pues se comprobó el desistimiento de la denuncia por ingreso clandestino por parte del Ministerio Público.

- ii. Cuando se invoca el principio de unidad familiar como motivo para dejar sin efecto una expulsión.

A continuación, los considerandos que vienen contenidos desde fines del año 2020, para acoger un recurso de amparo por unidad familiar (Rol 310-2021, sentencia de 8 de enero de 2021):

“1°) *Que de los antecedentes acompañados al recurso fluye arraigo bastante de parte de la amparada, toda vez que con posterioridad a ingresar al territorio nacional tuvo dos hijos, ambos de nacionalidad chilena.*

2°) *Que como puede apreciarse, de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede no solo la unidad familiar, sino también el interés superior de los hijos menores, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7,1, 8,1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 1 de la Constitución Política de la República, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del*

Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de esta.

3°) Que, en nada obsta que la orden de expulsión haya sido objeto de otro arbitrio similar en el año 2019, como quiera que el fallo en esta materia solo produce el efecto de cosa juzgada sustancial provisional, esto es, poder ser la materia objeto de nueva revisión jurisdiccional, si han variado los antecedentes como ocurre en la especie”.

En este segundo caso se tuvo en consideración el principio de unidad familiar, consagrado en los artículos 44.1 y 44.2 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, a que nos referimos en el acápite 2.

Como puede apreciarse, en los dos casos comentados, la Corte Suprema se ha ajustado estrictamente al marco constitucional y legal chileno, al decidir sobre los recursos de amparo deducidos por extranjeros expulsados, y los ha acogido por así ser procedente en razón del desistimiento de la acción penal o en su caso por la unidad familiar, y no por flexibilidad o por pretender invadir el ámbito de las políticas públicas, cuestión que compete a la autoridad política.

5. PROPUESTAS DE MEJORA DESDE UNA PERSPECTIVA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA MIGRATORIA

5.1. Acerca del respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los migrantes

En el análisis jurídico de las migraciones internacionales, el *International Bill of Human Rights* guarda silencio sobre la obligación de los Estados de permitir el ingreso de inmigrantes, sostener el derecho de asilo y permitir la ciudadanía a residentes y ciudadanos extranjeros y sostiene la soberanía de los estados individuales¹⁸.

Consecuencia de lo anterior es, por ejemplo, que, para el derecho internacional, la regulación y gestión de la migración sigue siendo una competencia estatal, razón por la que los Estados pueden definir el diseño e implementación de sus políticas migratorias en base a sus propios intereses nacionales y objetivos políticos.

Es preciso conciliar las exigencias demandadas por el reconocimiento de la libre circulación como condición indispensable para el libre desarrollo de la persona humana, con las prerrogativas soberanas, lo que representa un enorme desafío para la regulación jurídica en torno a la migración internacional.

¹⁸ GALDAMEZ, LAGES, LOPEZ, (2016) p. 81-82.

El Tribunal Constitucional chileno ha sostenido que a base de esta discrecionalidad que se viene documentando, se producen “masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno”, lo que justificaría sustituir esta “máxima discrecionalidad” por un enfoque de derechos humanos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país^{19 20}.

Desde principios de los 90', Chile tomó la determinación de abrir con decisión sus fronteras al mercado global de capitales y al de bienes y servicios. Hemos firmado acuerdos de libre comercio con numerosos países y bloques comerciales, que representan el 86% del Producto Interno Bruto mundial. Estos procesos de franca apertura, sin embargo, no han sido acompañados por la modernización de la regulación de la movilidad humana en el contexto de un mercado global.

El principal instrumento regulatorio hasta ahora, el Decreto Ley N° 1.094 de 1975, constituye la legislación migratoria más antigua de Sudamérica. Siendo el fenómeno migratorio una materia altamente dinámica, resultaba necesario reformular la normativa vigente.

Entre las principales deficiencias regulatorias de dicho decreto se cuentan las siguientes:

- i. Carencia de principios orientadores, derechos y deberes: el texto es estrictamente normativo, y carece de menciones a los derechos fundamentales de los que los extranjeros son titulares.
- ii. Categorías migratorias insuficientes: salvo estudiantes y funcionarios de gobiernos u organismos internacionales, quien desea establecerse en Chile tiene tan sólo dos alternativas; las visas temporarias y sujeta a contrato.
- iii. Institucionalidad débil: el principal órgano migratorio es el Departamento de Extranjería y Migración de la Subsecretaría del Interior. Ello constituye una estructura de quinto rango jerárquico, sin presupuesto propio y con jefaturas de área con rango de jefes de sección, sin atribuciones directivas.

Las deficiencias institucionales observadas a partir de la antigua normativa que ha regido en Chile no es una justificación suficiente para comprender la situación actual, en que ante el incontenible fenómeno migratorio, la base debe estar en la definición de políticas claras y definidas, las que no se observan en el caso de las dos líneas jurisprudenciales comentadas.

¹⁹ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia del 4 de Julio del 2013. Rol N° 2273-12, considerando 25.

²⁰ GALDAMEZ, LAGES, LOPEZ, (2016) p. 26.

En efecto, en expulsiones ordenadas por el Ministerio del Interior o las Intendencias, por delitos cometidos por extranjeros, no se comprende el desistimiento ulterior de la acción persecutoria penal, puesto que ese hecho elimina el motivo justificado de la expulsión. Y en expulsiones revertidas por decisión judicial bajo el argumento de la unidad familiar, sería deseable, tal como lo ha expresado el Presidente de la Corte Suprema, Ministro Guillermo Silva, que “las expulsiones sean el resultado de un proceso individual que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, que no resulte discriminatorio y donde la persona pueda someter su caso a revisión ante la autoridad competente, y presentarse ante ella para tales efectos, en caso de una decisión administrativa desfavorable”.²¹

5.2. La soberanía nacional debe ser ejercida con firmeza en supuestos de ingresos clandestinos por pasos no habilitados

Una política migratoria moderna no tiene por qué restringir la soberanía nacional, en ello la dogmática es clara, como lo es también la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, cuando declara en su artículo 35 que ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de regularizar la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular, de modo que el Estado chileno cuenta con el adecuado respaldo del derecho internacional para aplicar restricciones al ingreso irregular y también ordenar la expulsión de extranjeros en dicha situación, siempre que ello ocurra en un marco de respeto de los derechos fundamentales de los inmigrantes, particularmente el derecho a ser oídos y a presentar pruebas si fuere del caso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANINAT, Isabel, y Lucas Sierra (2009) Regulación inmigratoria: Propuestas para una mejor reforma” EN: Aninat, Isabel, Rodrigo Vergara (editores) Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional / ed. de Isabel Aninat, Rodrigo Vergara. – Santiago de Chile: FCE, CEP, 2019.

ANINAT, Isabel, y Vergara Rodrigo (2019) “Inmigración en Chile: una mirada multidimensional.” Santiago de Chile: FCE, CEP.

²¹ Discurso del Presidente de la Corte Suprema en ceremonia de juramento de abogados realizada el viernes 18 de junio de 2021, coincidente con el Día Mundial del Refugiado.

- DUCOING SANDOVAL, Rodrigo. (2017) “Una política migratoria para un Chile cohesionado”. En B. Cabieses, M. Bernaldes, & A. M. McIntyre (Eds.), “La migración internacional como determinante de la salud social en Chile: evidencia y propuesta para políticas públicas” (1.ª ed., pp. 39-49). Santiago de Chile: Universidad de Desarrollo.
- GALDÁMEZ ZELADA, L., Lages de Oliveira, R. y López Garrido, V. (2016). “Migración y derechos humanos: Informe técnico 2016”. Disponible en file:///C:/Users/mcgaj/Downloads/1-migracion.pdf
- HENRÍQUEZ, Rodrigo (2019) “Inmigración y Derechos Laborales en Chile - Trabajadores extranjeros y normativa vigente en contexto”. Santiago de Chile: Dirección del Trabajo. https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-117135_archivo_01.pdf
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE), y Departamento de Extranjería y Migración (DEM). 2020. Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile 2020. Santiago, Chile.
- MARGARIT SEGURA, Daisy, y Bijit Abde, Karina. (2014): “Barrios y población inmigrantes: el caso de la comuna de Santiago”. Revista INVI 29 (81): 19-77. <https://doi.org/10.4067/S0718-83582014000200002>
- PEDEMONTE, Nicolás, y Dittborn, Claudia. (2016): “La migración en Chile: breve reporte y caracterización”. Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo. Madrid, España: Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones - Universidad Pontificia Comillas.