

# MIGRACIÓN Y CIUDADANÍA UNIVERSAL

## *Enfoque de la migración en el contexto de la Constituyente Chilena*

*Alex Valle Franco<sup>1</sup> y Edison Calahorrano<sup>2</sup>*

### 1. INTRODUCCIÓN

América Latina ha tenido variados escenarios respecto la migración. En el siglo XX, se observan éxodos poblacionales provocados por gobiernos dictatoriales; y, una emigración económica al constituirse como la segunda región más desigual de mundo.<sup>3</sup> A pesar de lo mencionado, Chile no ha tenido una trayectoria migratoria similar al resto de Sudamérica. El aislamiento natural provocado por la cordillera de los Andes y las particularidades climáticas no lo han caracterizado como un país receptor de inmigrantes. Por otro lado, el éxodo más importante se produjo durante la dictadura militar, en el que se calculan más de doscientos mil exiliados, cuyas características se circunscriben a su carácter forzado e imposibilidad de retorno.<sup>4</sup> En los últimos diez años Chile se ha convertido en país receptor de migrantes provenientes de América Latina. Según estimaciones del Departamento de Extranjería y Migración (DEM) y el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) al 31 de diciembre de 2020, la población extranjera que reside habitualmente en Chile está compuesta por 1.462.103 personas. De las personas extranjeras residentes en el país, provienen de Venezuela (30,7%), de Perú (16,3%), de Haití (12,5%), de Colombia (11,4%) y

- 1 Doctor jur. Universidad de Bremen. Docente titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Quito. ORCID: 0000-0001-9992-9044. Mail: alex.valle@iaen.edu.ec
- 2 Doctor de Derecho de la Universidad de Talca en Chile. Maestría en Políticas Públicas de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador (FLACSO-Ecuador). Posgrado en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.
- 3 Busso, Matías: La crisis de la desigualdad. América Latina y el Caribe en la Encrucijada, en: Busso, Matías; Messina, Julián (eds.): Banco Interamericano de Desarrollo, USA 2020, pp. 21–23.
- 4 Rojas, Mira: Exiliados políticos chilenos y migración económica en la Venezuela de los setenta, en: Revista Electrónica de Estudios Latinoamericanos, vol. 18 (2019), pp 33–51.

de Bolivia (8,5%). La cifra implica un alza de 0,8% respecto al 2019 y un aumento de 12,4% en comparación con 2018.<sup>5</sup>

Estos hechos han provocado el interés de la sociedad civil, de las organizaciones de derechos humanos, de los políticos y de los representantes de la actual Convención Constitucional Chilena, quienes proponen incluir contenidos relativos a los derechos de los migrantes en la nueva Constitución. En ese sentido, el presente artículo lleva a cabo un análisis de los antecedentes históricos de la migración en Chile. Posteriormente, se revisarán los principales elementos de la normativa vigente y de la normativa propuesta por las iniciativas legislativas, con el objetivo de identificar si el enfoque de derechos humanos y el derecho a migrar están presente en las normas propuestas. Finalmente, a través de análisis de fuentes normativas y el método dogmático e histórico se elaborarán algunas conclusiones sobre los resultados de este análisis.

## **2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EN CHILE**

Se identifica una primera fase de apertura selectiva dedicada a la atracción de migrantes europeos, en el contexto de interés del Estado en la colonización de territorios lejanos, que en muchos de los casos desconoció la propiedad originaria de los pueblos indígenas, en especial del pueblo Mapuche.<sup>6</sup> Esta concepción tiene una base de racismo cuyo trasfondo a la época fue el de “mejorar” determinadas características biológicas de los chilenos. Cabe decir que no fue el único país en Latinoamérica con ese enfoque, lo propio ocurrió en Ecuador con su primera ley de Inmigración de 1869. Es decir, se calificó como buen migrante al europeo y como mal migrante a quienes no cumplieran con ese perfil de migración blanca.

Esta primera etapa que se extendería desde los orígenes de la República hasta avanzado el siglo XX. Antes de inicio de la dictadura militar de 1973 se identifica al extranjero como sinónimo de progreso y busca, a través de la promoción selectiva de la migración, configurar un modelo ideal de habitante de país; por lo que la finalidad fue lograr la inmigración europea dedicada a actividades agrícolas e

5 Godoy, Gloria: Población extranjera residente en Chile llegó a 1.462.103 personas en 2020, un 0,8% más que en 2019, en línea en: <https://www.ine.cl/prensa/2021/07/29/poblacion-extranjera-residente-en-chile-llego-a-1.462.103-personas-en-2020-un-0-8-mas-que-en-2019-2020>, (recuperado 12/08/2022).

6 Méndez, Elena: Despojo territorial. Conflicto entre el Estado de Chile y el Pueblo Mapuche, en: *Iberoamérica Social*, vol. 12 (2016), p. 3–6.

industriales.<sup>7</sup> La selectividad de la inmigración fue constatada en las Bases del Informe presentado al Supremo Gobierno por la Comisión especializada nombrada para este objeto, señalándose a alemanes y suizos como los más aptos para esta fase de colonización.<sup>8</sup>

La Ley de Colonización de 18 de noviembre de 1845 se constituyó como una norma enfocada en la atracción de migrantes, permitiendo al presidente de la República asignar terrenos baldíos a colonos y facilitar su desarrollo para la agricultura y otorgándoles la ciudadanía por el hecho de vecindamiento. Las tierras entre los ríos Bio Bio y Toltén estaban ocupadas por el pueblo Mapuche, y les fueron despojadas de manera ilegítima. La colonización prevista se concentró en las zonas de Valdivia y Puerto Montt. El aumento de la población provocaría la ocupación de tierras de territorio indígena mediante medidas fraudulentas a finales de siglo XIX.<sup>9</sup>

En el siglo XX aparecen las primeras normas restrictivas a la inmigración, mientras que en el siglo XIX la migración estaba dirigida a fronteras abiertas. Es así que, la primera ley sobre pasaportes de 10 de agosto de 1850 establece la libre movilidad; de la misma manera, el artículo 52 del Reglamento Consular de 28 de noviembre de 1860 permitía a las personas extranjeras visar su pasaporte u obtener licencia al momento de entrar al país. Algunos hitos en la materia son el Decreto de 1 de septiembre de 1899 de concesión de calidad de colonos a inmigrantes libres; así como, los reglamentos de inmigración libre dictados entre 1905 y 1907 que instauraban agencias en Europa para la supervigilancia de la inmigración.

Una etapa de regulación se profundizaría con la Ley 3.446 de 12 de diciembre de 1918 que impide la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables, previniendo los casos de extranjeros que hayan sido sentenciados o sean procesados por delitos categorizados como crímenes. Otro criterio aplicado para exclusión de ingreso es el no tener profesión u oficio que los habilite para ganarse la vida. Finalmente, el criterio relacionado con la salud también permanece, entendidas como prohibiciones de ingreso imperativas; mientras que, se prevén como facultativas aquellas relacionadas con la realización de actos contrarios a las buenas costumbres. El expulsado de Chile, podía presentar un recurso ante la Corte Suprema; por otro lado, se establece además la obligación de cedulación y registro de

7 Lara, María: Evolución de la legislación migratoria en Chile claves para una lectura (1824-2013), en: Revista de Historia de Derecho, vol. 47 (2014), pp. 59-104.

8 Dellacasa, Francisco; Hurtado, José: Derecho Migratorio Chileno, Chile 2019, pp. 47 ss.

9 Sarmiento, D.F.: Emigración y colonización alemana. Emigración alemana en la América del Sud, vol. 3 (1851), pp. 208-221.

los inmigrantes. Esta Ley es el antecedente más importante en materia de política migratoria restrictiva en Chile, conservándose algunas de sus instituciones hasta el Decreto Ley 1094 de 1975.

La Ley 4.871 de 18 de agosto de 1930 establece normativa sobre pasaportes y distingue las categorías migratorias de extranjero residente y turista; así como, de diplomático, estableciéndose que es necesario para ingresar al país un pasaporte o documento expedido o visado por algún Consulado de Chile. En el Reglamento emitido mediante Decreto 3.830 de 20 de octubre de 1931 se regula que el extranjero residente que salga de Chile con pasaporte extranjero debe visarlo en la oficina de identificación respectiva. Los criterios de prohibición de ingreso coinciden con la normativa previa, es decir, no contar con sustento económico que convierta al inmigrante en carga social, estar en mal estado de salud, no haber cometido un delito calificado como crimen y no incurrir en comportamientos que puedan significar alteración de orden social o político.

Las categorías migratorias permanecieron hasta el 12 de febrero de 2022, fecha en que entró en vigor la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, que tiene su origen en el Reglamento de Pasaportes dictado en el Decreto No. 315 de 25 de enero de 1937.<sup>10</sup> En el inciso dos de artículo 1 de este Reglamento se señala expresamente, que el extranjero que desee ingresar al país debe comprometerse, por escrito ante el Cónsul chileno respectivo, a no participar de la política interna durante su permanencia ni en actos que puedan provocar molestias a gobiernos con los que el país mantiene relaciones amistosas.

Por lo señalado, la tendencia securitista en la política y legislación migratoria chilena es anterior a la dictadura militar, instalándose en las normas reseñadas de la primera mitad de siglo XX. Este hecho se corrobora con la primera Ley de Seguridad Interior de Estado, Ley 6.026 de 11 de febrero de 1937 que en su artículo 17 establece la expulsión, de los extranjeros que ingresaren al país sin pasaportes debidamente visados o que el mismo no cumpla con los requisitos correspondientes.<sup>11</sup> El Decreto con Fuerza de Ley No. 69 de 8 de mayo de 1953, contenía la política pública de inmigración y ejerce la supervigilancia y control migratorio, distinguiendo entre la inmigración libre y dirigida, señalándose además que el visado permitía el

**10** Se establece el visado condicional que no da derecho a establecerse en el país y da derecho a permanecer en el tiempo específico señalado en el mismo, ante el incumplimiento se prevé la salida inmediata; el visado condicional de turismo hasta por tres meses, de visita hasta por 6 meses, de viaje comercial, sujeto a contrato de trabajo, de tránsito hasta por quince días y el visado condicional ordinario hasta por un año, después de cual se podía solicitar la radicación definitiva.

**11** Dellacasa, Francisco; Hurtado, José: *ibd.*, pp. 30–31.

acceso a derecho de residencia y obtener la permanencia definitiva después de dos años. Además, se puede acceder a la nacionalidad después de permanecer ininterrumpidamente por cinco años, acreditando buena conducta, y ejerciendo actividades lícitas sin ser condenado o procesado por delito que implique pena aflictiva. El Reglamento contenido en Decreto con Fuerza de Ley 521 que entró en vigor el 27 de noviembre de 1953 contenía normas expresas sobre rechazo al ingreso de inmigrantes con determinadas características de conducta o incluso biológicas.<sup>12</sup> El porcentaje de población extranjera según los censos realizados desde la libre inmigración y fomento intensivo a la colonización demostró una constante reducción hasta el censo realizado en 1960, después de la norma señalada y la consolidación del -todavía vigente- Decreto No. 5.142 de 29 de octubre de 1960 que regula las normas sobre nacionalización, registrándose apenas un 1,4 % con 104.853 habitantes de 7.374.115 habitantes contabilizados, importante contraste respecto al 4,1 % registrado para 1907 o 3,1 % de 1920.<sup>13</sup>

La política migratoria destinada a fomentar la colonización se atenúa con la promulgación de la Ley 15.020 de 27 de noviembre de 1962 de Reforma Agraria, lo que posteriormente vendría acompañado de la derogación de las franquicias favorables a colonos que desincentivó este tipo de visados.

La Ley 13.353 de 1959 y su Reglamento contenido en el Decreto No. 5.021 de 7 de octubre de dicho año regulan las categorías de residencia, reglas de ingreso y egreso, reglas de procedimiento, rechazo y revocaciones, control, traslado y expulsión. No se prevé un recurso frente a la expulsión o pedido de abandono voluntario. El artículo 5 de este Reglamento prevé que toda persona que ingrese a Chile señale por escrito su no participación en la política interna o actos que puedan alterar las relaciones con países amigos; así como, al cumplimiento de la Constitución y la Ley. La referencia directa a la seguridad en las prohibiciones respecto a la propagación de

**12** Este reglamento prohibía la entrada a los extranjeros que se dedicaran a determinadas actividades o tuvieran determinadas características. Es así como entre los primeros prohibía el ingreso de los que propagaran o fomentaran de palabra, por escrito o por otro medio, doctrinas tendientes a destruir por la violencia el orden social y la organización política y jurídica de la nación, a los que fueran miembros de asociaciones u organizaciones que enseñaran o difundieran estas doctrinas, a los condenados o procesados en sus países por delitos que el Código Penal calificara como crímenes y a los que no tuvieran o no pudieran ejercer una profesión u oficio para ganarse la vida. Entre los segundos prohibía el ingreso de los que padecieran de un defecto orgánico incurable como la sordomudez, la ceguera, la demencia, el idiotismo o mutilación que no le permitiera ejercer una profesión u oficio para ganarse la vida y a los que padecieran tracoma, lepra o cualquiera otra enfermedad infecto-contagiosa.

**13** Lara, María: *ibid.*, pp. 59–104.

doctrinas<sup>14</sup> que puedan alterar el orden social, activistas, agitadores, entre otros, se conservará en el Reglamento de Extranjería vigente hasta el año 2022.

Lara<sup>15</sup> ha señalado que el periodo de inmigración selectiva desde inicios de la República hasta el golpe de Estado de 1973 refleja la convivencia de inmigración libre y aperturismo con una política centrada en fomentar la colonización de ciertos territorios por parte de un determinado grupo de inmigrantes. Sin embargo, desde la primera regulación de pasaportes y documentos de viajes, la seguridad y establecimiento de mayores barreras de ingreso fue la regla, lo que se refleja en el progresivo descenso de porcentaje de población extranjera respecto de la nacional.

La fallida nueva política de incentivo a la colonización de la década de los cincuenta y el advenimiento de una extensa y detallada regulación de las categorías migratorias y causales de expulsión o solicitud de salida voluntaria desembocan en una normativa marcada por la relevancia de la seguridad nacional, como es el Decreto Ley 1.094 de 19 de julio de 1975 que contenía la Ley de Extranjería y el Decreto Supremo 597 de 14 de junio de 1984 que promulga el Reglamento de Extranjería. La situación de los pueblos originarios fue de aislamiento, más allá de que intenta regular la situación de la propiedad de la tierra ancestral en la Ley 19.253 de 05 de octubre de 1993, en la que se establecieron mecanismos administrativos para el reconocimiento de la titularidad y generan institucionalidad en la materia.

La política migratoria emanada de la normativa en dictadura se concentró en configurar instrumentos eficaces prohibiciones de ingreso y expulsiones, en especial lo contenido en el Decreto Ley No. 81 de 1973 que establece sanciones a quienes desobedezcan el llamamiento público de gobierno. El Decreto Ley 604 de 10 de agosto de 1974 en la letra c) del artículo 24 de la Constitución de 1980 establece facultades para expulsión y prohibiciones de ingreso bajo los mismos criterios de comisión de delitos o considerarse personas activistas de doctrinas contrarias a la seguridad de Estado. El resultado de régimen de expulsiones coincide con una reducción de la

**14** El artículo 15 señala por ejemplo: 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 la forma republicana y democrática 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 a juicio del Gobierno constituyan un peligro para el Estado.

**15** Cf. *ibid.* p. 79.

proporción de extranjeros en la población nacional que, para 1982, ascendía a 0,7% según el Instituto Nacional de Estadísticas.<sup>16</sup>

El Decreto Ley 1.094 prevé dos grupos en los que se distribuyen las diferentes categorías migratorias. En primer lugar, aquellos que tienen permanencia transitoria como turistas, quienes realizan un trabajo puntual como conferencistas o artistas y aquellos que se encuentran en un paso transfronterizo. En segundo lugar, el grupo conformado por quienes buscan una residencia por tiempo prolongado, entre quienes aparecen con mayor frecuencia aquellos con visa sujeta a contrato de trabajo, estudiante o temporal por vínculos con nacionales o quienes tengan residencia definitiva. En este último caso también prevalece el criterio de utilidad para el país, encontrándose religiosos, pensionistas, inversionistas, comerciantes, profesionales, personas que se realizarán tratamientos médicos, entre otros previstos en el artículo 50 de Reglamento a la Ley de Extranjería contenido en Decreto Supremo 597 de 1984.

Una serie de modificaciones posteriores incorporaron otras categorías migratorias y normativa especial procurando adecuar la legislación a los estándares internacionales. Un ejemplo son las leyes 20.430 de 8 de octubre de 2010 y 20.507 de 8 de abril de 2011 que contienen el estatuto de refugiadas y refugiados, así como normativa relacionada con víctimas de trata de personas. Se adicionan la visa Mercosur contenida en el Acuerdo de Residencia de los Estados parte de este Tratado<sup>17</sup>. Igualmente aparece las visas temporarias para niños, niñas y adolescentes; visa por unión civil; visas para personas embarazadas. Especial mención requiere la visa por motivos laborales especialmente controversial por serle atribuida la explosión de inmigración sur-sur que ha colocado claramente como país destinatario desde la primera década de siglo XXI, motivo por la que fue abolida en 2018.<sup>18</sup> Con lo cual retornó una política restrictiva para la inmigración.

Dentro de las principales críticas del contenido y estructura de régimen migratorio en el Decreto 1.094 y su Reglamento se siguen las observaciones planteadas por la profesora Ingrid Díaz quien identifica elementos críticos que demostraban incompatibilidad con los estándares internacionales de derechos humanos en materia migratoria. En primer lugar, las causales imperativas de rechazo y revocación de

**16** Instituto Nacional de Estadísticas: XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda, en: <https://www.econbiz.de/Record/xv-censo-nacional-de-poblaci%C3%B3n-y-iv-de-vivienda-chile-abril-1982/10000733439>, 1982, (recuperado 21/07/2022).

**17** Gamarro, Javier. Estudio sobre los estatutos de protección internacional en América Latina, 2022, pp. 29 ss.

**18** Díaz, Regina: Contexto Social y Estatuto de los Migrantes en Chile, Chile 2022, pp. 54 ss.

visados. Estas se señalan entre los artículos 63 a 66 de Decreto 1.094 y corresponde su resolución al Ministerio de Interior. Estas causales se refieren a quienes incumplan con los requisitos que habilitan para el visado, que siendo residentes incurran en actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan peligro para el Estado, o hayan cometido ciertos delitos allí señalados o actos contrarios a la moral y las buenas costumbres. Se aplican estas causales también a quienes ingresen a Chile en contravención de las reglas imperativas de prohibición de ingreso; y, los que se valgan de documentación falsa.

El problema principal radicaba en que, al ser causales imperativas, no requerían mayor análisis por parte de quien aplica la sanción, con las consecuencias que implica el rechazo de visado y posterior solicitud de abandono de país, incumpléndose lo establecido en el artículo 13 de Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 22 de la Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias que establecen la expulsión como último recurso, requiriéndose un tratamiento individual de cada caso. Similares criterios se presentan respecto de las causales imperativas para revocación de visados, lo que se conecta con la causal imperativa de expulsión producida por no dar cumplimiento con la medida de solicitud de abandono de país o por delitos migratorios por documentos falsos adulterados y el ingreso clandestino, según el artículo 75.1 del Decreto 1.094 y 154 de su Reglamento.

Un segundo tema conflictivo entre el esquema de Decreto 1.094 y los estándares internacionales se refiere a las prohibiciones de ingreso, como la libertad de circulación contenida en el artículo 12 de Pacto Internacional e Derechos Civiles y Políticos y la no discriminación regulada en el artículo 7 de la Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias. Era especialmente atentatorio el numeral 6 de artículo 15 que permitía una prohibición de ingreso mientras no se derogue un decreto previo de expulsión y la posibilidad de nueva expulsión sin la emisión de un nuevo decreto,<sup>19</sup> así como el numeral 4 de artículo 16 referente a menores no acompañados, ambos casos controversiales y con potenciales posibilidades de vulneración de derechos.<sup>20</sup>

**19** Así consta en el artículo 69 último inciso, así como los artículos 71 y 72 del Decreto Ley 1094, en los que la expulsión aparece como sanción aplicable de manera reiterada; en el primer caso inclusive después de cumplimiento de la pena aplicable al delito migratorio correspondiente.

**20** El segundo caso se corrige con la regulación de una visa temporaria para niñas, niños y adolescentes con independencia de la situación migratoria de sus padres y lo contenido en la Circular 30.772 de 10 de septiembre de 2014 que prohíbe la aplicación de expulsión de un menor de edad de país, en cualquier caso.

Finalmente, una crítica estructural que se realiza al Decreto Ley 1094 y su Reglamento es la ausencia de un catálogo de derechos para las personas migrantes o para chilenas y chilenos en el exterior, lo que es concordante con una clara preeminencia de la seguridad como prioridad, lejano a un enfoque de derechos,<sup>21</sup> lo que se refleja también en la falta de señalamiento de principios interpretativos consolidados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como la progresividad y no regresividad, no devolución, reunificación familiar o proscripción de la expulsión masiva.

### 1.1 MARCO NORMATIVO Y POLÍTICA MIGRATORIA ACTUAL

A principios de siglo XXI el panorama migratorio en Chile se transforma radicalmente respecto de sus antecedentes históricos. El censo de 1982 reflejaba un porcentaje de población extranjera de 0,73%, la que se eleva exponencialmente alcanzando el 2017 el 4,24%, 6,67% el 2018, y para el año 2021 se calcula que alrededor de 1.462.000 extranjeros viven en el país, lo que significa un valor cercano al 8% de la población.<sup>22</sup>

El incremento no ha sido solo cuantitativo. Las y los migrantes de nuevo milenio en Chile son de la región latinoamericana, principalmente de países vecinos como Perú, Bolivia y Argentina, con cierta permanencia de ingreso de nacionales de Colombia y un indudable repunte de la migración venezolana y haitiana, especialmente desde el 2015 hacia la actualidad.<sup>23</sup> La migración sur-sur producto de crisis humanitarias específicas en la región y la relativa estabilidad política y económica de Chile consolidaron su atractivo como país receptor de migrante de tipo económico, sin restar importancia a la gran cantidad de personas en contexto de crisis humanitaria que han ingresado al país en los últimos diez años. La concentración

**21** Díaz, Regina: *ibid.*, pp. 63–64.

**22** Radiografía de migrantes en Chile: viven más de 1,4 millones y RM concreta dos tercios de la población, en: 24 horas TVN, 27/08/2021.

**23** Según datos de la Dirección de Extranjería y Migración y el Instituto Nacional de Estadística, para los años 2018 y 2019 el 30,5% de la población extranjera residente en Chile correspondía a nacionales de Venezuela y el 12,5% a Haití, esta última solo por detrás de Perú e incentivada por el establecimiento de la visa por motivos laborales creada mediante Oficio Circular No. 7 de 26 de febrero de 2015 que permitía optar por una permanencia temporal al obtener un contrato de trabajo, sin necesidad de que se requiera la obtención de una nueva visa tras la terminación de mismo. Esta categoría, juntamente con la posibilidad de cambiarse a la misma desde aquella de turista refleja un incremento importante de la inmigración desde este año. Esta visa fue eliminada por el expresidente Sebastián Piñera por Decreto en vigor desde el 23 de abril de 2018, juntamente con otro grupo de reformas enfocadas la seguridad e inmigración selectiva.

de la población extranjera en Chile se produce en la Región Metropolitana con un 65,3%, para posteriormente concentrarse en las regiones de norte como Antofagasta y Tarapacá con 5,9% y 8,4%, principales ciudades receptoras de flujo migratorio sur-sur antes caracterizado.<sup>24</sup>

La Ley 21.325 publicada el 20 de abril de 2021 es el fruto de un largo proceso en el que dejaron de lado proyectos previamente en trámite, retomándose aquel que el ex presidente Sebastián Piñera había gestado en su primer mandato.<sup>25</sup> El Decreto 1.094 estuvo vigente y en pleno funcionamiento hasta la promulgación de Reglamento de la ley 21.325, una vez establecida la condición de que la norma entraría en vigor, únicamente con éste; por lo que el 22 de febrero de 2022 pasa a ser la norma aplicable.<sup>26</sup>

La principal diferencia estructural entre el nuevo texto y el Decreto Ley 1.094 radica en que el segundo regulaba los requisitos, condiciones y prohibiciones de ingreso y salida de país, por lo que instrumental acorde con su carácter centrado en la seguridad.<sup>27</sup>

Por el contrario, la Ley 21.325 inicia por la consagración de principios y criterios hermenéuticos aplicables a las situaciones en que pueden verse involucradas las personas que migran; es así que se introducen en el artículo 3 un expreso enfoque de derechos, se consagra el interés superior de niño, niña y adolescente. Con mayor novedad y especificidad, se introduce el concepto de procedimiento migratorio informado; migración segura, ordenada y regular; valor de la migración para el Estado y no criminalización.

Dentro de los criterios hermenéuticos aplicables para esta Ley se introduce el artículo 11 y el principio *pro ser humano* en el artículo 12 de la nueva norma, este último

24 Díaz, Regina: *ibid.*, pp. 14–15.

25 El Boletín 8970-06 que contenía el proyecto de Ley de Migración y extranjería fue propuesto por el Presidente Sebastián Piñera el 4 de junio de 2013 y fue el que finalmente se convirtió en Ley al ser retomado en su trámite en el segundo mandato. Otro proyecto propuesto fue el de gobierno de Michelle Bachelet que contiene la nueva Ley de Migraciones en Boletín 11395-06; finalmente este no fue tomado en cuenta.

26 El trámite de la norma hasta su promulgación no estuvo exento de dificultades, ya que en el control constitucional previo de la norma se declararon inconstitucionales algunos artículos, especialmente el que preveía la posibilidad de expulsión de menores no acompañados, la sanción desproporcionada al empleador que contrate una persona irregular, entre otros. El fallo de Tribunal Constitucional con Rol 9930-2020 deja sin efecto algunas normas de proyecto original por inconstitucionales.

27 Sandoval, María Ignacia: Sentido y alcance de contenido de derecho a migrar en Chile, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 19 (2021), pp. 186-187. Ver también: Bassa, Jaime y González, Erick: Los fundamentos político-filosóficos de derecho migratorio chileno y su impacto en la comprensión de la garantía de igualdad, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 161 (2021), pp. 451–478.

que implica interpretar la norma migratoria en el sentido más favorable al efectivo ejercicio de derecho de la persona.<sup>28</sup>

Otra novedad que modifica esta Ley respecto de su antecesora es el catálogo de derechos de las personas migrantes que se desarrollan a partir de artículo 13. La Ley reconoce los derechos laborales (Art. 14), el derecho al acceso a la salud (Art. 15) de todos los extranjeros residentes, en condición migratoria irregular, en condiciones de igualdad que los nacionales, el derecho a la seguridad social y beneficios fiscales (Art. 16), el derecho a la educación (Art. 17), el derecho a vivienda (Art. 18), el derecho de envío y recepción de remesas (Art. 20); y, el derecho al debido proceso (Art. 21).

Aparece además el derecho a la reunificación familiar (Art. 19), criterio que ya se ha ido consolidando en la jurisprudencia de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones como válido para evitar expulsiones y garantizar la protección de la familia.<sup>29</sup> En materia de recursos respecto de resoluciones emanadas en virtud de esta Ley, se modifica el recurso judicial ante la expulsión que, según el decreto 1.094, se interponía ante la Corte Suprema, por cuanto la nueva norma lo radica en la Corte de Apelaciones y que puede ser presentado dentro de plazo de diez días corridos contado desde la notificación de la resolución respectiva, la interposición de recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión y se proporcionará acceso a la defensa jurídica a través de la Corporación de Asistencia Judicial.

Finalmente, cabe resaltar la configuración renovada de la institucionalidad mediante la creación del Servicio Nacional de Migraciones como ejecutor de la política pública migratoria nacional. La especialización en este órgano denota la importancia que la política migratoria ha adquirido; sin embargo, es criticable que la función permanezca en el Ministerio de Interior y Seguridad Pública y la Subsecretaría de Interior, conservando, en la práctica, el enfoque de seguridad en contraste a un tratamiento integral desde la perspectiva de derechos.

**28** Se han señalado enclaves securitistas importantes en la Ley 21.235, especialmente ligados a las causales de expulsión imperativa, a pesar de su carácter atenuado y requerimiento de análisis individualizado regulado en el artículo 129 y la prohibición de expulsión masiva consagrada en el artículo 130, la sanción permanece con amplia aplicación. Por otro lado, el artículo 16 prevé como requisito para el acceso a beneficios y contribuciones no retributivas de Estado un tiempo mínimo de permanencia regular de 24 meses con excepción de casos de emergencia sanitaria. Esta norma fue motivo de discusión por posible criterio discriminatorio. Resultará de gran interés la aplicación de los principios hermenéuticos señalados en casos concretos como los de las materias descritas.

**29** Mondaca, Alexis: La entidad de los vínculos de familia según la Corte Suprema de Chile, para efectos de revocar las resoluciones de expulsión de inmigrantes, en: *Revista de Derecho Privado*, Vol. 33 (2017), pp. 237–250.

### 3. DERECHO A MIGRAR, CIUDADANÍA UNIVERSAL Y ENFOQUE DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN CHILENA Y LAS INICIATIVAS CONSTITUYENTES

Según Nora Markard<sup>30</sup> el Derecho a migrar no es completo porque no incluye de forma directa el Derecho a entrar a un país sino solo el derecho a salir. La selección de país de residencia no depende del emigrante sino del acto soberano del Estado de acogida. Actualmente, la aprobación o creación de una visa con carácter universal no es posible, y esto provoca una brecha en la libertad de la esfera individual. Hoy en día, el pasaporte y la visa otorgada por el país de acogida son condiciones indispensables para la entrada de inmigrantes.

En términos de derecho de migración, el estándar actualmente más avanzado desde la perspectiva de los derechos humanos de migrantes es la ciudadanía universal, que por ahora solamente ha sido incorporado a la constitución ecuatoriana y que se refiere a la eliminación progresiva de la diferencia material en el ejercicio de derechos entre nacionales y extranjeros.<sup>31</sup>

La ciudadanía universal debe ser vista no como un Derecho de aplicación directa e inmediata, sino como un principio que genera derechos de forma gradual con base al reconocimiento del migrante como sujeto de derechos en condicional de igualdad con los nacionales. Aún en el caso de Ecuador, país que tiene estipulada “la ciudadanía universal” en su artículo 416.6, esa igualdad de derechos no ha sido lograda de forma óptima. Lo que sí se verifica es la expansión de varios derechos reservados solo para los nacionales; tal como: el Derecho activo al voto de todos los residentes que vivan en el Ecuador durante cinco años (Art. 63 CRE) y adicionalmente con la posibilidad de ocupar cargos públicos.

Según Rainer Bauböck,<sup>32</sup> todas las ideologías y principios que son útiles para la expansión de las libertades individuales y que a la vez limitan los poderes de gobierno deben observarse y ejecutarse. Así el marco de las ideologías libertarias es el reconocimiento de los Derechos de los inmigrantes en los países anfitriones – sin negar su origen – como una expresión política de pertenencia. De esta manera, un Estado

**30** Markard, Nora: Das Recht auf Ausreise zur See: rechtliche Grenzen der europäischen Migrationskontrolle durch Drittstaaten, en: Archiv des Völkerrechts: Vol. 4 (2014), pp. 449–494.

**31** Constitución de la República del Ecuador de 2008, online en: [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf) (recuperado 12/07/2022).

**32** Bauböck, Rainer: Citizenship and Migration. Concepts and Controversies, en: Rainer, Bauböck (Ed.): Migration and Citizenship, Legal Status, Rights and Political Participation, Amsterdam 2006, pp. 5–16.

liberal podría permitir la extensión de los Derechos mediante la aplicación de una “amplia ciudadanía”, aún de cara al principio de soberanía estatal.

En consecuencia, un Estado liberal podría permitir a los inmigrantes ampliar sus derechos aplicando una ciudadanía amplia como en el caso de una acción afirmativa positiva. Con respecto al concepto de ciudadanía en un sentido amplio, debe señalarse que existen diferentes modelos de ciudadanía que apoyan un estado mínimo y al mismo tiempo la igualdad humana. La socióloga Ariadna Estévez<sup>33</sup> ha desarrollado una clasificación interesante de propuestas de ciudadanía ampliada, relacionada con los derechos humanos, que se detallan a continuación:

Propuestas centradas en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores y otros derechos relevantes.

Propuestas que se centran en la integración cultural y política de los inmigrantes en la sociedad de acogida y los países de origen.

Propuestas que justifiquen la concesión gradual o inmediata de derechos a los inmigrantes en la sociedad de acogida.

Propuestas post-ciudadanía conocidas como fronteras abiertas, que apoyan el reconocimiento del derecho a la migración y la igualdad de derechos en el ejercicio de los derechos humanos.<sup>34</sup>

Con los elementos doctrinarios expuestos, procuraremos identificar si la Constitución actual de Chile o su nueva propuesta se dibujan como protectoras de derechos de los migrantes y contienen un concepto restringido o amplio que se acerque a las propuestas revisadas anteriormente.

### 3.1. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL ACTUAL Y DE LAS INICIATIVAS CONSTITUYENTES

**a.- Nacionalidad.-** La actual Constitución Chilena aprobada en 1980 no hace referencia alguna a la migración, se restringe a dar las categorías de nacionalidad y ciudadanía. El artículo 10 de la Constitución vigente indica que son chilenos solo los nacidos en territorio nacional (*ius soli*) con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros que son transeúntes. Sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena mediante el proceso de naturalización. Los extranjeros naturalizados residentes en Chile por

**33** Estévez, Ariadna: Los derechos humanos en la sociología política contemporánea: la primacía de los sujetos sociales, en: Ariadna, Estévez; Vázquez, Daniel (Ed.): Los Derechos Humanos en las Ciencias Sociales una perspectiva multidisciplinaria, México 2010, pp. 34–35.

**34** Estévez, Ariadna: *ibid.*, p. 36.

más de 5 años tienen derecho al sufragio conforme el artículo 14 de la Constitución actual.

La propuesta de nueva Constitución en su artículo 114 no cambia el restringido enfoque de la adquisición de la nacionalidad mediante el *ius soli*, y mantiene ese privilegio únicamente para los hijos de chilenos. La posibilidad de adquirir la nacionalidad chilena para extranjeros se da mediante el proceso de naturalización. La novedad sobre la nacionalización se estipula en el artículo 115, el cual permite procedimientos más favorables para los apátridas. El artículo 160 de la propuesta de Constitución mantiene el derecho al voto de los extranjeros residentes por al menos 5 años.

**b. Emigrantes.-** La Constitución de 1980 no contempla nada acerca de los emigrantes chilenos y sus derechos, mientras que la propuesta actual lo regula brevemente en su artículo 118. Allí se estipula que los chilenos en el exterior son parte de la comunidad política, y, por ende, mantienen su derecho al voto, el derecho al retorno voluntario y el derecho a la reunificación familiar.

**c. Inmigrantes.-** Sobre este tema no existe estipulación alguna en la Constitución de 1980. En la actual propuesta en su artículo 117 No. 2 se establece que los extranjeros avecindados en Chile por al menos 5 años pueden ser ciudadanos, pudiendo perder la ciudadanía si cesa el avecindamiento. Las iniciativas constitucionales No. 367, No. 603, y No. 834 también han propuesto la inclusión de reconocimiento de derechos.

La iniciativa No. 367<sup>35</sup> en su artículo 2.6 propone que los extranjeros naturalizados en Chile puedan obtener cargos públicos después de 5 años de haber obtenido la naturalización. El artículo 7 establece el derecho al sufragio también se reconoce a extranjeros que hayan cumplido 18 años de edad siempre que estén avecindados por más de 5 años. Esta iniciativa estipula en su artículo 9 que el Estado debe crear condiciones para una migración internacional segura, ordenada y regular que respete el interés superior del niño, el derecho a la unidad familiar, y la no discriminación de personas extranjeras debido a su condición migratoria. Finalmente, en el artículo 10 se prohíbe la expulsión masiva de extranjeros y sus familias, y se establece el derecho a revisión de medidas administrativas y el respeto al debido proceso, pudiendo el afectado reclamar una indemnización debido a una expulsión ilegal.

35 Propuesta de norma constitucional No. 367 para ser analizada por la comisión de Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral con unos articulados para el capítulo sobre "NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y MIGRACIÓN de 21.01.2022, online en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf> (recuperado 21/07/2022).

Por su parte, la iniciativa No. 603 en su artículo 1, da la posibilidad de nacionalizarse a todos los extranjeros que residan en Chile de forma definitiva por un periodo de 5 años, este plazo para el caso de refugiado disminuye a 2 años. En el párrafo final de este artículo, se reconoce la nacionalidad originaria de los pueblos indígenas junto con la nacionalidad chilena. El artículo 5 de esta iniciativa concede el derecho al voto activo de los extranjeros nacionalizados que estén vecindados por más de 5 años en Chile, pudiendo además optar por cargos públicos después de 2 años de obtener la carta de naturalización y de 5 años en el caso de los refugiados. El artículo 8 establece que ninguna persona residente en Chile conforme a los requisitos legales y constitucionales puede ser desterrado, exiliado, o relegado. Finalmente, en el artículo 9 se dice que toda persona afectada por resolución administrativa que desconozca su nacionalidad puede recurrir ante la corte de apelaciones.

La iniciativa No. 834 en su artículo XX relativo a la nacionalidad estipula que los extranjeros pueden obtener la nacionalidad siempre y cuando cumplan con los requisitos para la naturalización, y en ese caso, gozarán de los mismos derechos de los nacionales. También se reconoce el derecho de los pueblos indígenas de tener su nacionalidad originaria junto a la nacionalidad chilena. Esta iniciativa no concede el derecho al sufragio ni de ocupar cargos públicos a los extranjeros vecindados en Chile, ni establece el principio de igualdad y no discriminación.

Como se puede observar, el enfoque sobre la nacionalidad en la actual Constitución es de carácter restringido y la extensión de derechos se reduce al principio de igualdad y no discriminación, sin embargo, las iniciativas No. 367 y No. 603 son mucho más progresistas en lo que tiene que ver con la concesión de derechos al voto y de acceder a cargos públicos, con lo cual se hace una extensión de los derechos que únicamente tienen los nacionales conforme la teoría propuesta por Estévez de la concesión gradual de derechos. Desgraciadamente, estas iniciativas no fueron recogidas en el texto final, con lo cual se evidencia que el enfoque restrictivo en derechos de los migrantes sigue vigente. El balance del análisis de toda la normativa constitucional y legal chilena referente a las migraciones devela que aún no se puede hablar de un “derecho a migrar” y menos aún de “ciudadanía universal” porque aún no se equiparan los derechos de los extranjeros con los nacionales. A pesar de ello, el avance en materia de derechos entre los nacionales y extranjeros se evidencia en la Ley de 2021 bajo el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

#### **4. CONCLUSIONES**

Las primeras etapas de la migración en Chile mostraron un aperturismo al migrante europeo, cuyo enfoque fue eminentemente clasista y racista, y se mantuvo en esa línea por varias décadas. Posteriormente, en el siglo XX con la dictadura se implantó una política migratoria claramente securitista, cuya finalidad fue la protección de la seguridad interna y externa, la cual mantiene su sesgo hasta la actualidad.

La Constitución actual, así como la propuesta de Constitución no tienen un especial desarrollo en materia de migración. Se mantienen un enfoque tradicional y securitista del control migratorio, la nacionalidad, y la ciudadanía. Sin embargo, el avance constitucional se evidencia en los principios generales de derecho y otros estándares que benefician la igualdad formal entre nacionales y extranjeros.

Los avances en materia migratoria en la legislación chilena se evidencian en la Ley 21 325 de Migración y Extranjería de 20 de abril de 2021, y tienen como base el principio de igualdad y no discriminación. A pesar de esto, es necesario trabajar en la futura constitucionalización del derecho a migrar y en una ciudadanía ampliada que permita eliminar las diferencias basadas en el origen nacional, y permita el desarrollo progresivo de derechos de los extranjeros.