

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO



F U N D A D A E N 1 9 4 4

89

MIGRACIÓN Y
DERECHOS HUMANOS



FONDO
EDITORIAL

DERECHO PUCP

F U N D A D A E N 1 9 4 4

89
2022

MIGRACIÓN Y
DERECHOS HUMANOS



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2022

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Derecho PUCP se registra en los siguientes índices, bases de datos, directorios y catálogos:

- Índices: Scopus, Emerging Sources Citation Index (Web of Science), Redalyc, SciELO Perú, Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP), ERIH PLUS, Dialnet, Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB).
- Base de datos: Hein Online, CLASE, EbscoHost.
- Directorios: BASE, JournalTOCS.
- Catálogos: Primo Central, WorldCat, Catálogo Colectivo de la Red de Bibliotecas Universitarias (Catálogo REBUIIN), vLex, La Referencia, ALICIA (Concytec).

Derecho PUCP es una revista de investigación académica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, comprometida con el debate general de ideas. Publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria, que tengan el carácter de inéditos y originales, los cuales son evaluados por pares externos bajo el sistema doble ciego.

La periodicidad de la revista es semestral y aparece, desde el año 2020, solamente en su versión digital. El primer número de la revista abarca el periodo de junio a noviembre, y el segundo, de diciembre a mayo.

El público al que se dirige *Derecho PUCP* es principalmente: (1) investigadores en derecho y en ciencias afines, (2) profesionales en derecho y (3) comunidad universitaria.

La versión electrónica de la revista está disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/derechopucp>

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Pesopluma S.A.C.

www.pesopluma.net | contacto@pesopluma.net

Coordinador editorial: Marco Alonso Rodríguez Gamero

El contenido de los artículos publicados en *Derecho PUCP* es responsabilidad exclusiva de los autores.

e-ISSN: 2305-2546

Primera edición: noviembre 2022

EDITORIA GENERAL

Ingrid Díaz Castillo
Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO EDITORIAL

Marisol Anglés Hernández
Universidad Nacional Autónoma de México

Reynaldo Bustamante Alarcón
Universidad del Pacífico

Rémy Cabrillac
Universidad de Montpellier

Nadia de Araujo
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro

Marina Gascón Abellán
Universidad Castilla-La Mancha

Michele Graziadei
Universidad de Turín

Claudia Carolina Mejías Alonzo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Roger Merino Acuña
Universidad del Pacífico

Rómulo Morales Hervías
Pontificia Universidad Católica del Perú

Claudio Nash Rojas
Universidad de Chile

Martha Neme Villarreal
Universidad Externado de Colombia

Alba Ruibal
Universidad Nacional de Córdoba

CONSULTORA TEMÁTICA

Cécile Blouin

CONSEJO CONSULTIVO

Robert Post
Universidad de Yale

Jemima García-Godos
Universidad de Oslo

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Guido Calabresi
Universidad de Yale

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Owen Fiss
Universidad de Yale

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva

Peter Häberle
Universidad de Friburgo

Mônia Clarissa Hennig Leal
Universidad de Santa Cruz do Sul

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla

Luis Prieto Sanchís
Universidad Castilla-La Mancha

Umberto Romagnoli
Universidad de Bolonia

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

César San Martín Castro
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

CONTENIDO

MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

- 9 Tráfico de migrantes en las fronteras del norte de Chile:
irregularización migratoria y sus resistencias
NANETTE LIBERONA CONCHA / MILESKA ROMERO
QUEZADA / SIUS-GENG SALINAS / KAREN VELOSO
- 37 Política migratoria en las islas Canarias: violaciones de
derechos humanos durante la pandemia
ROBERTO RODRÍGUEZ SALINAS
- 77 Mujeres latinoamericanas inmigrantes en España:
experiencias de racismo y asimilación
CAMILA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ / PATRICIA VILANOVA BECKER
- 113 Limitación en Chile de la emigración de las madres
custodias junto a sus hijos y/o hijas: ¿una exigencia del
principio del interés superior?
ALEXIS MONDACA MIRANDA
- 141 Notas sociojurídicas sobre el alcance del voto migrante en
la ciudad de Buenos Aires
ANA PAULA PENCHASZADEH / FERNANDO ARLETTAZ
- 177 Estrasburgo y la detención de inmigrantes: ¿nueva línea
jurisprudencial?
IRENE CLARO QUINTÁNS
- 205 La impugnación administrativa en la nueva ley
migratoria chilena
PEDRO HARRIS MOYA
- 229 Contradicciones de la política migratoria chilena
(2018-2022)
MARTINA COCIÑA-CHOLAKY
- 261 Politizar la violencia: migración, violencia sexo-genérica y
cuidados comunitarios
MARÍA FERNANDA STANG / CAROLINA STEFONI

MISCELÁNEA

- 291 Ruptura entre promesas, voluntad y autonomía: ¿qué justifica la fuerza obligatoria del contrato?

ESTEBAN PEREIRA FREDES

- 325 Autoría mediata por aparatos organizados de poder y coautoría en el ámbito empresarial: ¿solución frente a las limitaciones del derecho chileno para castigar como autores a los órganos directivos de las empresas?

LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH / ÁLVARO
CASTRO MORALES

MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Tráfico de migrantes en las fronteras del norte de Chile: irregularización migratoria y sus resistencias

Migrant Smuggling on the Borders of Northern Chile:
Migratory Irregularization and its Resistance

NANETTE LIBERONA CONCHA*

Universidad de Tarapacá (Chile)

MILESKA ROMERO QUEZADA**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

SIUS-GENG SALINAS***

Universidad de Tarapacá (Chile)

KAREN VELOSO****

Independiente (Chile)

Resumen: Este artículo busca dar cuenta del vínculo entre las políticas migratorias chilenas y la producción del tráfico de migrantes en las fronteras del norte del país en un contexto de régimen global migratorio. Asimismo, reflexiona sobre las consecuencias de la irregularización migratoria provocada por el tráfico de migrantes y por la elaboración y legitimación de categorías tales como ilícito, delito e irregular. Para ello, se hace una revisión de la literatura referida a la irregularización migratoria, tomando algunos elementos de la autonomía de las migraciones. Se evidencia que la ciudadanía se ejerce si los derechos sociales están asegurados, lo que no ocurre con esta población que experimenta una hipervulnerabilización de su vida, pero que a la vez pone en práctica una serie de resistencias clandestinas y públicas, individuales y colectivas, que les permiten ejercer una ciudadanía migrante. Metodológicamente, se realizó una etnografía del tráfico de migrantes en el cruce fronterizo hacia Chile entre 2018 y 2021, la que se complementó con una revisión de prensa a través de la categorización de noticias publicadas entre 2016 y 2021; y también se realizaron entrevistas a informantes institucionales clave. Se concluye que el tráfico de migrantes cumple un rol importante en la irregularización de la población migrante; sin embargo, las condiciones en las

* Doctora en Antropología y Sociología. Académica del Departamento de Antropología de la Universidad de Tarapacá, Iquique (Chile).

Código ORCID: 0000-0002-0980-7519. Correo electrónico: nliberonac@gmail.com

** Abogada, magíster en Relaciones Internacionales y Estudios Transfronterizos, y estudiante de maestría en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

Código ORCID: 0000-0002-8656-0601. Correo electrónico: milirom88@gmail.com

*** Psicóloga, magíster en Relaciones Internacionales y Estudios Transfronterizos, y estudiante de Doctorado en Ciencias Sociales por la Universidad de Tarapacá.

Código ORCID: 0000-0002-4117-5515. Correo electrónico: sius.sl.p@gmail.com

**** Investigadora independiente y doctora en Estética, Ciencias y Tecnologías de las Artes por la Universidad París 8 Vincennes-Saint Denis (Francia). Asociada al laboratorio Escenas del Mundo, Creación y Saberes Críticos de la Universidad París 8.

Código ORCID: 0000-0001-7684-5112. Correo electrónico: karen.veloso@gmail.com

que este se produce deberían considerarse en los procesos judiciales, ya que se trataría de tráfico agravado. Considerarlo de esta manera debería conducir a la regularización de las personas migrantes; no obstante, en lugar de ello, son criminalizadas, tratadas de «ilegales» y han sido objeto de expulsiones colectivas que, paradójicamente, han sido analizadas como ilegales.

Palabras clave: Tráfico de migrantes, migración irregularizada, fronteras de Chile, resistencias migrantes, etnografía

Abstract: This article seeks to account for the link between Chilean migration policies and the production of migrant smuggling on the country's northern borders, in a context of global migration regime. Likewise, it reflects on the consequences of migratory illegalization caused by migrant smuggling and by the elaboration and legitimization of categories such as illicit, crime and irregular. To this end, a review of the literature referring to illegalized migration is made, taking some elements of the autonomy of migrations. It is evident that citizenship is exercised if social rights are assured, which is not the case with this population, that experiences a hyper vulnerability of its life, but that at the same time puts into practice a series of clandestine and public, individual and collective resistance that allows them to exercise a migrant citizenship. Methodologically, an ethnography of migrant smuggling was carried out at the border crossing to Chile between 2018 and 2021, which was complemented with a press review through the categorization of news from 2016 to 2021; and interviews with institutional informants were also conducted. It is concluded that migrant smuggling plays an important role in the illegalization of the migrant population, however, the conditions in which it occurs should be considered in judicial processes, since it would be aggravated trafficking. Considering it this way, it should lead to the regularization of migrants; nevertheless, they are criminalized instead, treated as "illegal" and have been subject to collective expulsions that, paradoxically, were analyzed as illegal.

Key words: People smuggling, illegalized migration, Chilean borders, migrant resistance, ethnography

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. METODOLOGÍA.- II.1. REVISIÓN DE PRENSA Y NORMATIVA.- II.2. ETNOGRAFÍA DEL TRÁFICO DE MIGRANTES.- II.3. ENTREVISTAS A INFORMANTES INSTITUCIONALES CLAVE.- III. IRREGULARIZACIÓN O ILEGALIZACIÓN MIGRATORIA.- III.1. AUTONOMÍA DE LAS MIGRACIONES Y CIUDADANÍA MIGRANTE.- IV. TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL TRÁNSITO HACIA CHILE.- V. LA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO, LO ILÍCITO Y LO IRREGULAR.- VI. RESISTENCIAS CLANDESTINAS Y PÚBLICAS A LA IRREGULARIZACIÓN.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2003, Chile suscribió el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional,

11

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

ambos instrumentos ratificados por el Estado de Chile en 2005 mediante la publicación del Decreto Supremo N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esto obligó a modificar la legislación nacional para adecuarla a la internacional, promulgando el año 2011 la Ley N° 20.507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, a la par que establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Esta modificación legislativa «permite disponer de medios especiales para la investigación de los delitos de trata y tráfico ilícito de migrantes y normas especiales para la protección de víctimas y testigos» (Ministerio del Interior y de la Seguridad Pública, 2013, p. 2). El hecho de que ambos delitos vayan juntos en la legislación ha tenido consecuencias importantes en la (in)comprensión de estos y pareciera ser una estrategia para asociar ambos delitos a la migración; no obstante, la norma involucra de distinta manera a cada uno (Chaparro, 2017)¹. Ello se ve, por ejemplo, en la incorporación de una nueva disposición al Código Procesal Penal, el artículo 78 bis, referente a la protección «de la integridad física y psicológica de las personas objeto de tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas» durante el proceso penal. La redacción de esta disposición demuestra que solo son consideradas víctimas aquellas personas que han pasado por redes de trata, no así las que han sido «objeto de tráfico». Con el objetivo de conocer cómo se construye el fenómeno del tráfico de personas migrantes en tránsito hacia Chile y cómo es aplicada la legislación relativa, surgieron las siguientes interrogantes: ¿cómo esta disposición involucra en la práctica a las personas «objeto de tráfico» y de qué manera las protege?, ¿cómo permanecen en el país durante el proceso penal? y ¿cuáles son las resistencias que ejercen las personas objeto de tráfico de migrantes ante la irregularización migratoria?

Una vez en Chile, la persona traficada tiene dos posibles destinos: el primero es ser fiscalizada por la Policía de Investigaciones (en adelante, PDI) o los Carabineros de Chile en los controles fronterizos y, en ocasiones, en lugar de pesquisar un posible delito de tráfico de migrantes, este no se registra y se procede a efectuar una denuncia por el delito de ingreso por paso no habilitado o de forma clandestina al país. Este ingreso, en el Decreto Ley de Extranjería N° 1.094, en vigencia desde 1975, es una de las principales causas de expulsión del país (Quinteros, 2016, p. 99) y se considera como uno de los delitos más graves en materia migratoria². Por tanto, en este caso, la persona queda sometida a un apercibimiento, consistente en presentarse ante la PDI para firmar con regularidad hasta que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública se pronuncie,

1 Según las estadísticas de la Fiscalía, para el año 2017 el 79 % de los casos abiertos en el país bajo el alero de la Ley N° 20.507 correspondía al tráfico de migrantes.

2 Según el artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094 del año 1975 (modificado por la Ley N° 18252 de 1983), los extranjeros que ingresen al país o lo intenten clandestinamente serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.

dictando una orden de expulsión administrativa del país. El segundo destino posible de una persona traficada es ingresar sin ser controlada y permanecer en el país de forma clandestina (INDH, 2013, p. 15). Esta situación puede durar años si es que la persona no es captada por la PDI en la vía pública a través de redadas en puntos estratégicos o de controles de identidad. Así las cosas, es difícil que una persona traficada pueda regularizar su situación migratoria en Chile, en atención a que la mayoría ingresa así al país precisamente porque carece de visa de turismo, residencia o de documentos para hacerlo.

Cuando las personas traficadas permanecen de manera irregular o indocumentadas en el país, se produce una serie de complejidades. Por un lado, las que fueron fiscalizadas o se autodenunciaron por el delito de ingreso clandestino o por paso no habilitado se encuentran a la espera de ser expulsadas en cualquier momento, salvo que se ejerza alguna acción judicial o administrativa que revoque dicha decisión. Por otro lado, quienes no han sido detectadas en los registros de la Policía o del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y permanecen en irregularidad migratoria, si bien aún no temen por la materialización de su expulsión, no pueden trabajar formalmente sin verse expuestas —tanto ellas como sus empleadores— a sanciones administrativas. Este escenario, sin duda, genera que las personas traficadas se vean mayormente expuestas a vulneraciones de derechos desde una perspectiva de derechos sociales, tales como la libertad de trabajo y el acceso a la salud; y, como se verá más adelante, también en su inserción y participación en el ámbito de los derechos políticos.

La inmigración ilegal en sí misma, y también el tráfico, genera como efecto el colocar al individuo en una situación sociopolítica (como ciudadano/a) inferior respecto a la condición que detentan los demás. En efecto, respecto al ciudadano o ciudadana común, la persona inmigrante ilegal queda desprovista de una serie de herramientas jurídicas que son propias de la condición que ofrece la ciudadanía, presentando una situación objetivamente desfavorable (Maldonado, 2012, citado en INDH, 2012, p. 103).

En la práctica, el ingreso por paso no habilitado, al ser calificado de delito, dificulta el proceso formal de regularización migratoria, incidiendo en aspectos centrales de la vida como la inserción laboral y el acceso a la vivienda, y limitando otros derechos sociales como la salud y la educación. Al no tener permiso de residencia, las personas no pueden firmar contratos de trabajo, quedando expuestas a la informalidad y los abusos. Asimismo, a nivel de vivienda, no pueden arrendar formalmente, lo que reduce las posibilidades de optar por buenas condiciones de habitabilidad. En cuanto a la seguridad social, Galaz y Rubilar afirman

13

TRÁFICO DE MIGRAN-
TES EN LAS FRONTE-
RAS DEL NORTE DE
CHILE: IRREGULARIZA-
CIÓN MIGRATORIA Y
SUS RESISTENCIASMIGRANT
SMUGGLING ON
THE BORDERS
OF NORTHERN
CHILE: MIGRATORY
IRREGULARIZATION
AND ITS RESISTANCE

que «no disponen de RUT³ lo que les dificulta acceder a ser catalogados/as formalmente como “sector vulnerable”, restringiendo sus posibilidades de ser incluidos en programas de asistencia e integración social o, por tanto, de acceso a FONASA⁴ y al Registro Social de Hogares⁵» (DEM, 2016, p. 10).

Esta situación se ha visto agravada con la «crisis migratoria» venezolana que se ha evidenciado desde 2019 en Chile, aumentando los casos de tráfico de migrantes y de ingresos por pasos no habilitados. En este sentido, los objetivos de este artículo son, primero, describir el rol del tráfico de migrantes en la producción de irregularidad migratoria. Segundo, identificar cómo se elaboran y legitiman categorías tales como las de ilícito, delito e irregular en el marco del estudio del tráfico de migrantes. Tercero, presentar las estrategias de resistencia que surgen para sobrellevar emocional y materialmente la irregularización provocada por el tráfico, lo que de alguna manera se manifiesta como el ejercicio de la ciudadanía perdida al migrar.

Para esto, primeramente, haremos una revisión de la literatura que introduce el concepto de sistema global de control migratorio a nivel internacional y gobernabilidad migratoria a nivel sudamericano, la cual servirá como un elemento clave para el análisis de la irregularización o ilegalización migratoria, ayudando a explicar el rol del tráfico en la producción de irregularidad. Además, introduciremos la tensión que provoca la teoría de la autonomía de las migraciones. Posteriormente, presentaremos un relato producto del trabajo de campo realizado en las fronteras por donde transitan las personas objeto de tráfico que han llegado a Chile en los últimos tres años. Luego, analizaremos entrevistas a actores institucionales clave que operacionalizan y judicializan el delito del tráfico, las que nos permitirán identificar la elaboración y legitimación de las categorías sociales asociadas al delito del tráfico ilícito de migrantes. Por último, expondremos las estrategias de resistencia que hemos identificado en nuestro trabajo de campo, para lo cual hemos cruzado información recopilada en las ciudades fronterizas de Arica, Parinacota y Tarapacá, donde nos situamos.

Concluimos señalando que ser objeto de tráfico conduce a las personas a una hipervulnerabilidad que, en lugar de ser abordada desde el punto de vista humanitario, se expresa en políticas de expulsión de migrantes irregularizados/as y que evitan brindar amparo a quienes tienen derecho a la protección internacional. No obstante, surge una respuesta de

3 RUT: Rol Único Nacional, número de identificación nacional.

4 El Fonasa es el Fondo Nacional de Salud. Esta situación de falta de acceso ha sido revertida a partir del Decreto Supremo N° 67 del Ministerio de Salud (2015).

5 Base de datos sobre la situación socioeconómica de los hogares en Chile del Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

resistencia ante esta irregularización y vulneración de derechos, a la que observamos como una manifestación de la ciudadanía migrante.

II. METODOLOGÍA

Con el afán de obtener un panorama lo más amplio posible del fenómeno del tráfico y buscando responder a los diferentes objetivos propuestos, la metodología utilizada se basa en la complementariedad de métodos y fuentes de información. Es así como se realizó una revisión de prensa y de normativa, una etnografía del tráfico de migrantes en las fronteras del norte de Chile y los países vecinos, y entrevistas a informantes institucionales clave. Se aplicó un consentimiento informado para cada una de las entrevistas realizadas, los cuales que fueron validados por el Comité de Ética de la Universidad Arturo Prat.

II.1. Revisión de prensa y de normativa

La revisión de prensa se realizó *on-line* por medio de la selección de un total de 439 noticias que abordan las temáticas del tráfico de migrantes, la realidad migratoria en Chile, la política migratoria y las fronteras, entre otras, en el periodo 2016-2021. Posteriormente, se ingresaron las noticias recopiladas al programa NVIVO y se crearon los nodos «Crisis de la ciudadanía», «Definición de tráfico», «Racialización», «Expulsiones» y «Redes de tráfico». Estos nodos aportan tanto a esta investigación como al proyecto mayor en el que se inscribe este artículo⁶.

Asimismo, se realizó una revisión de algunos textos que conforman la normativa nacional relativa a la migración internacional, como la nueva ley de migraciones, Ley N° 20.507, y otros dispositivos legales que han sido utilizados para analizar la política migratoria nacional.

II.2. Etnografía del tráfico de migrantes

Se realizaron cuatro viajes a la frontera de Chacalluta en los que se recorrieron y observaron distintos sectores relevantes tanto de las ciudades de Arica y de Tacna, como de la zona fronteriza costera del lado chileno próxima al hito 1 y en torno al complejo fronterizo. En dichos recorridos se realizaron, además, entrevistas a actores clave, siendo estos representantes de ONG instaladas en Arica y en Tacna entre los años 2018 y 2020. En este mismo periodo, se realizaron dos viajes a la frontera de Colchane, uno de los cuales incluyó una visita a la ciudad de Oruro y otro a la de Desaguadero, en la frontera entre Perú y Bolivia. En ambas ocasiones se recorrieron las localidades de Colchane y Pisiga Bolívar y se entrevistó a actores institucionales clave y a otros parte de las congregaciones religiosas presentes en las fronteras.

6 ANID/Conicyt Fondecyt Iniciación Folio 11170568.

Además, se entrevistó a dieciséis migrantes en tránsito de nacionalidad dominicana, cubana, colombiana, ecuatoriana y venezolana.

II.3. Entrevistas a informantes institucionales clave

Se efectuaron tres entrevistas semiestructuradas a informantes institucionales clave de la región de Tarapacá, las que se llevaron a cabo de forma remota por medio de la plataforma Google Meet entre 2020 y 2021, en atención a las restricciones sanitarias. Estas fueron realizadas a un comisario de la Brigada de Trata de Personas de la PDI, a una fiscal especializada en delitos sexuales y tráfico de personas, y al coordinador regional del Centro de Atención a Víctimas de Delitos Violentos.

III. IRREGULARIZACIÓN O ILEGALIZACIÓN MIGRATORIA

Uno de los principales aportes para el análisis y la comprensión de las dinámicas migratorias mal llamadas «irregulares» —pues son irregularizadas por las políticas migratorias— es el del «régimen global de control de las migraciones» (Domenech, 2017, p. 22). Se trata de una política de migraciones internacionales «impulsada por agencias multilaterales como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y diversas instituciones de las Naciones Unidas, cuyo resultado más notorio es la conformación de un régimen global de control migratorio» (2013, p. 2). De esta manera, las migraciones se han construido globalmente como un problema de seguridad. El régimen global de control migratorio se define como una serie de procesos socioculturales, políticos y económicos locales, regionales, nacionales e internacionales que sientan las bases para establecer un modelo de «migración “ordenada”, basado en el principio de “apertura regulada” y la adopción de mecanismos multilaterales, cuyo enfoque fue promocionado como *migration management*» (2017, p. 23).

«Uno de los aspectos centrales de este régimen global, y también de estos bloques o espacios, es que se han pronunciado sobre la propia noción de frontera que utilizan, al definirla como aquel mecanismo que regula y selecciona los movimientos de personas de forma ordenada» (Alvites, 2019, pp. 132-133). Así, la libertad de movimiento de las personas, en lugar de ser facilitada por la globalización (la cual podría integrar las economías y sociedades), provoca una incongruencia, dado que la migración resulta cada vez más dificultosa. De hecho, la globalización se organiza de forma partitiva: por un lado, se liberalizan y desregulan los flujos de capital, mercancías, tecnología e información; y, por otro, se refuerzan los controles fronterizos y aumentan las dificultades impuestas a la circulación de personas y de la fuerza de trabajo (Aliaga, 2012, p. 11). En consecuencia, ha habido un aumento de la migración irregularizada,

15

TRÁFICO DE MIGRAN-
TES EN LAS FRONTE-
RAS DEL NORTE DE
CHILE: IRREGULARIZA-
CIÓN MIGRATORIA Y
SUS RESISTENCIASMIGRANT
SMUGGLING ON
THE BORDERS
OF NORTHERN
CHILE: MIGRATORY
IRREGULARIZATION
AND ITS RESISTANCE

carácter que ha servido de argumento para construir un discurso que considera a las migraciones como un riesgo, una amenaza a la seguridad, y aspecto esencial en la agenda de la estrategia de seguridad de los países, tanto en el plano nacional como internacional (Bravo Acevedo, 2015, p. 140).

Incorporando el concepto de régimen global migratorio podemos comprender que las fronteras no se cierran, sino que imponen obstáculos que generan «Un proceso activo de inclusión del trabajo migrante a través de su ilegalización. Esto conlleva un proceso de inclusión diferencial, en el que la irregularidad aparece como una condición producida y como un aspecto clave en la política de movilidad» (Mezzadra, 2012, p. 171).

Mármora (2003) plantea que las políticas sustentadas en la gobernabilidad migratoria se particularizan por presentar un enfoque en la administración y gestión de las migraciones, como también de apertura regulada de las fronteras (Stang *et al.*, 2020, p. 180). Respecto a lo anterior y para complementar las ideas expuestas, tomamos el postulado de De Genova (2002), quien plantea que existe una subyugación racial en las medidas legislativas de fronteras, ya que potencia las condiciones para la ilegalización de las personas producto de una especificidad histórica particular hacia ellos (Álvarez, 2017, p. 157).

En específico, para el contexto chileno, encontramos aportes que sugieren que la política migratoria «ha transitado desde la Doctrina de la Seguridad Nacional a la de la gobernabilidad migratoria» (Stang, 2016, p. 83), manteniendo un foco en las ideas de seguridad. Stang realiza un análisis y revisión del «Decreto Ley N° 1.094, de 1975 (vigente hasta febrero de 2022); el proyecto N° 2891 de 1993 (que no se transformó en ley); [y] el Instructivo Presidencial sobre Política Nacional Migratoria» (p. 83). El Decreto Ley N° 1.094, promulgado durante la dictadura de Pinochet, fue pensado desde una óptica de seguridad por parte del Estado, dejando un rango amplio de discrecionalidad a funcionarios de la PDI que ejercen el control migratorio fronterizo (p. 90). Luego, en 1993, se ingresa un instructivo presidencial que da pie a la implementación de las políticas de gobernabilidad migratoria, «centrado en la equiparación de las ideas de migración regulada-migración segura, en el marco de una vinculación entre migración y desarrollo y del recurso a la legitimación del discurso de los derechos humanos» (p. 91). Desde este momento, se puede visualizar la necesidad de «regular» las migraciones, tanto a nivel global, bajo diversos tratados internacionales, como mediante la implementación de políticas migratorias en Chile.

Desde el año 2018 se han implementado nuevas políticas migratorias en Chile, como la promulgación de una nueva ley de migraciones en 2021, dos procesos de regularización extraordinaria y la creación de nuevos tipos de visados, junto a la implementación del Plan Frontera

17

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

Segura (Dufraix *et al.*, 2020, p. 179). Es relevante señalar que las nuevas normativas e iniciativas utilizan el «discurso de los derechos humanos migrantes, como uno de los principales fundamentos de los cambios iniciados o requeridos, otorgándole a la “ilegalidad” o “irregularidad” un lugar destacado en sus lineamientos de política» (Domenech, 2013, p. 120).

Por otra parte, Mármora (2010) plantea que existe una crisis de la gobernalidad migratoria a nivel internacional que se expresa en un aumento de migrantes irregulares, ya que los Estados no logran dar respuesta al complejo fenómeno migratorio; así, se «expresa el resurgimiento de la discriminación xenófoba; y el llamado «negocio migratorio» (p. 73), como el tráfico de migrantes. En este contexto, el tráfico aparece como una manera de transitar entre las fronteras de forma clandestina debido a las restricciones impuestas por las políticas migratorias —basadas en la gobernabilidad migratoria—, incrementando la producción de la migración irregularizada.

III.1. Autonomía de las migraciones y ciudadanía migrante

En concordancia con lo anterior, cabe resaltar los aportes realizados por la teoría de la autonomía de las migraciones, entre otras contribuciones teóricas, pues nos permiten manifestar la tensión de la categoría de ciudadano/a tradicional por medio de las luchas migrantes (Rho, 2021). El trabajo de Rho recoge los principales aportes realizados en esta línea por Mezzadra, De Genova y otros autores, entregando así márgenes interpretativos para comprender las subjetividades. En este sentido, la autonomía de las migraciones nos proporciona un «enfoque crítico alternativo a los estudios que entienden al ciudadano como forma predominante de subjetividad política y que asumen a la ciudadanía como horizonte político de las luchas migrantes» (Rho, 2021, p. 7). Por tanto, este enfoque nos permite prestar atención a puntos ciegos en relación con la migración irregularizada, en los que se generan diferentes prácticas de resistencia que pueden ser interpretadas como luchas políticas y que detallaremos más adelante.

A pesar de existir diversos planteamientos, Rho (2021) nos señala que existe «una orientación común a acentuar los elementos de dominación y opresión que configuran el régimen de ciudadanía» (p. 8). En este sentido, se explicita la forma en que este régimen se expresa por medio del capital, siendo esta fundamentada por el Estado que subordina la vida de las y los migrantes. Así, este enfoque nos permite identificar prácticas de resistencia llevadas a cabo por migrantes frente a la irregularización migratoria.

En el siguiente apartado veremos cómo se desarrolla el tráfico de migrantes en el tránsito hacia Chile con el fin de identificar la forma

en que este fenómeno contribuye a la irregularización de las personas migrantes. También revisaremos cómo, a su vez, la categoría de ciudadano/a se pone en tensión por medio de expresiones de resistencia realizadas por las personas que participaron en esta investigación y que presentaremos en el último apartado, evidenciando lo que Mezzadra (2012) plantea como ciudadanía migrante.

IV. TRÁFICO DE MIGRANTES EN EL TRÁNSITO HACIA CHILE

Las personas que han sido forzadas a ingresar a Chile por pasos no habilitados en los últimos diez años son principalmente de origen sudamericano y caribeño, y en los últimos tres años se trató en su gran mayoría de personas venezolanas, sin que haya dejado de haber un flujo permanente de migrantes desde países como Colombia, República Dominicana, Haití y Cuba.

Muchas de estas personas vienen en tránsito irregularizado desde otros países, incluso desde sus países de origen, pues en casos como el de Cuba es muy difícil encontrar un país con «libre visado»; es decir, en el que no se exija a los cubanos algún tipo de visa (Liberona *et al.*, 2021, p. 11). En el caso más actual de Venezuela, que vive una masiva emigración de casi seis millones de personas, Chile se convierte en uno de los muchos destinos en el sur del continente, pues desde el año 2018 hubo una política de puertas abiertas en Perú (El Comercio, 29 de agosto de 2018), dejando libre una ruta expedita hacia Chile. Ese mismo año, el gobierno del presidente Piñera estableció la Visa de Responsabilidad Democrática, la que supuestamente facilitaría el ingreso de población venezolana a Chile. Es así como las ciudades de Tumbes, Lima, Arequipa y Tacna se convirtieron en ciudades de tránsito que, posteriormente, desde mediados de 2019, ha sido mayormente irregularizado, pues la población migrante venezolana no posee la documentación que tanto en Perú como en Chile se les exige para ingresar y salir del territorio.

Así como se venía dando con otros grupos nacionales, a los cuales no se les autorizaba el ingreso a Chile en la frontera por motivos de solvencia económica u otros (Liberona, 2015, p. 151), la población venezolana ha debido enfrentar este mismo «rebote» al cambiar las condiciones para ingresar al país en abril de 2019 (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2019). La particularidad de la más reciente «ola migratoria» es que se trata en gran medida de familias con niños, niñas y adolescentes, mujeres gestantes y personas mayores. En este sentido, el nivel de vulnerabilidad y la masividad de esta migración ha sobrepasado cualquier situación anterior, alterando el funcionamiento de ciudades fronterizas como Tacna (Perú), Arica e Iquique (Chile); también de ciudades intermedias como Puno (Perú), Pozo Almonte y Huara (Chile); y de

localidades como Desaguadero (Perú y Bolivia), Pisiga Bolívar (Bolivia) y Colchane (Chile).

El año 2019, alrededor de doscientas personas quedaron varadas en Tacna de un día para otro en la frontera de Chacalluta, donde fueron «rebotados» por la autoridad migratoria chilena. Esta situación duró alrededor de cuatro meses. La población venezolana en tránsito por Perú (en algunos casos, solicitante de asilo político) desbordó las calles de la ciudad y tuvieron que organizarse albergues y comedores solidarios. Según lo relatado por el representante de la Pastoral Migratoria, hubo alrededor de mil quinientas personas en las calles de Tacna en el mes de abril, y el Estado y gobierno regional fueron los «grandes ausentes» durante ese estado de emergencia. La Iglesia católica asumió un rol articulador y proveedor de espacios y de voluntarios/as, con la ayuda de organizaciones humanitarias como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), World Vision, Plan Internacional y la Cruz Roja.

La gran mayoría de las personas varadas se encontraban en tránsito hacia Chile, por lo que entre los meses de abril y julio de 2019 se generaron aglomeraciones en las calles en torno al Consulado chileno en las que, a diario, se reunían cientos de personas esperando ser atendidas, de las cuales apenas unas cinco lo conseguían. Luego de este periodo, la situación se descongestionó; sin embargo, hasta el día de hoy la espera sigue siendo parte de la realidad de este colectivo.

De acuerdo con testimonios de miembros de organizaciones religiosas como Encuentros y la Pastoral Migratoria, las condiciones de salud de estas personas son bastante delicadas, a pesar de no presentarse como una problemática urgente, pues la principal necesidad es tener techo y trabajo. No obstante, señalaron que muchas personas y, en particular, niños, niñas y adolescentes, llegaban a Tacna con bajo peso por la falta de alimentos, así como con otros problemas de salud debido a los largos e intensos recorridos.

La desesperación es grande, y cuando las personas no encuentran solución por la vía jurídico-administrativa, deciden cruzar la frontera por pasos no habilitados, recurriendo al tráfico de migrantes. El ofrecimiento por parte de «coyotes» locales de conducirlos hasta la frontera o hasta Arica está permanentemente presente en diferentes puntos de la ciudad de Tacna, en el terminal internacional de buses y en torno a la Casa de Acogida de la Pastoral, así como en distintas plazas. Tanto Encuentros como la Pastoral señalaron reconocer a los «coyotes» en estos espacios públicos; sin embargo, a pesar de advertir los riesgos para los y las migrantes de involucrarse con ellos, entienden que para muchas personas o grupos familiares representan una alternativa para concluir

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

su proyecto migratorio. «No me quite la esperanza, padre», es lo que una persona habría respondido.

El ingreso clandestino a Chile se hace en algunos casos por el borde costero entre Tacna y Arica y en otros por el desierto que se extiende en los sesenta kilómetros que separan a ambas ciudades. Por el borde costero se corre mayor riesgo de ser descubierto por la Armada de Chile; sin embargo, la ruta por el desierto implica riesgos pues en la zona se encuentran esparcidas minas antipersonales que, eventualmente, han explotado mutilando a personas migrantes que transitaban por ahí, como sucedió en el caso de Daniel Sosa, de nacionalidad dominicana, en 2016. Incluso, estos explosivos han ocasionado la muerte de varios ciudadanos peruanos, como lo señala la sentencia judicial del mayor caso de tráfico de migrantes en Chile, denominado Operación Desierto. Por lo tanto, al conocerse las riesgosas condiciones del cruce de la frontera Perú-Chile, o tras haber fracasado en el intento de cruzar por esta ruta, algunas personas buscan otra alternativa, que consiste en cruzar a Bolivia y, de ahí, a Chile. La ruta para llegar a Bolivia desde Tacna consiste en ir primero a la ciudad de Puno y luego a Desaguadero, donde se puede cruzar en barcas el río Desaguadero, localmente conocido como río Titicaca. Puno es una ciudad del Altiplano peruano muy fría y las personas en tránsito sufren frecuentemente «mal de altura» por la falta de oxígeno, así como mareos con malestares estomacales. Desaguadero es una localidad fronteriza dividida entre Perú y Bolivia que vive del comercio entre ambos países. En época de Carnaval, a pesar de las lluvias y del viento frío del invierno altiplánico (en febrero es verano en esta parte del continente), hay mucho movimiento: se escuchan tarqueadas, grupos de cumbia andina y chicha peruana, y se activa el comercio ambulante en torno a la feria transfronteriza hasta las ocho de la noche, cuando cierra Migraciones.

Desde el año 2018, la Pastoral de la Movilidad Humana está presente en el lado peruano de Desaguadero con una oficina en las cercanías del puente binacional que cruza el río Desaguadero, donde se encuentran los controles fronterizos; sin embargo, en Migraciones no abunda el personal policial o de migración, y solo de vez en cuando se dan rondas. La Pastoral se ubicó ahí precisamente por el aumento de la migración en tránsito. Según sus registros, atienden mayoritariamente a población venezolana, aunque también han recibido de otras nacionalidades, como colombiana, ecuatoriana e, incluso, boliviana. Esta organización entrega orientación jurídico-administrativa, ayuda social y en marzo 2020 inauguró una casa de acogida. Es sabido por esta institución que tanto Desaguadero como el paso entre Yunguyo Kasani, del lado peruano, y Copacabana, del lado boliviano, son utilizados para ingresar clandestinamente a Bolivia. Esto se entiende como una solución para concretar el tránsito entre ambos países cuando las personas no

21

poseen la documentación requerida o no tienen el dinero que implica el pago de la multa por permanecer en el país de forma irregular por más tiempo del autorizado, la misma que va creciendo a medida que se excede el tiempo de permanencia irregular en el país.

En Desaguadero, generalmente, el cruce fronterizo se hace de noche, en completa oscuridad, por lo que los barqueros que actúan de coyotes tienen que conocer muy bien el camino y dónde desembarcar a los/as pasajeros/as. Para quienes están en tránsito, el hecho de cruzar el río sin conocer el lugar aumenta el miedo y la sensación de inseguridad, como lo expresaron mujeres dominicanas que recuerdan con terror ese cruce. Asimismo, en la sentencia del caso denominado Operación Desierto se describe una situación que confirma esta inseguridad. Se trataba de un grupo de personas dominicanas que fueron transportadas en las barcas de noche y que, al bajarse, tuvieron que caminar por una zona de lodo muy inestable, donde se hundió un hombre del que nunca más supieron pues los «coyotes» insistieron en seguir adelante rápido (Tribunal Oral en lo Penal, 2018, considerando 8, p. 197).

Las personas en tránsito, además de encontrarse expuestas a este tipo de estrés, se enfrentan al duro clima del Altiplano, en especial las provenientes de zonas tropicales del continente o del Caribe. La mala alimentación, el «mal de altura» y el frío se conjugan para alterar considerablemente el estado de salud de esta población. La Pastoral de la Movilidad Humana ha constatado que las personas vienen sin dinero para atender su salud, por lo que a veces la institución se hace cargo de la atención médica o de la compra de medicamentos. Además, no tienen dinero para pagar un hostal, por lo que duermen a la intemperie a la espera de poder cruzar la frontera. Por este motivo (y para abordar la trata de personas), la Pastoral abrió la casa de acogida, pues algunas personas tienen que regresar a Puno para realizar trámites y, mientras tanto, su familia espera en Desaguadero. Esta situación es compleja, pues se trata principalmente de familias con un promedio de tres hijos o hijas de corta edad (5 años, en promedio). También hay personas que en un principio viajaban solas, pero que se fueron uniendo a otras que conocieron durante el tránsito, conformando grupos que se van ayudando y acompañando.

Según la policía boliviana, el ingreso a Bolivia por paso no habilitado no es considerado un delito, sino una falta a la ley de migración. Su tratamiento es un informe de prohibición de ingreso al país, pero el control es tenue y las personas pueden ingresar fácilmente por pasos no habilitados. Si son controladas, tienen quince días para abandonar el país.

Una vez en Bolivia, el objetivo es acercarse a la frontera con Chile, por lo que se dirigen a Pisiga Bolívar, pequeña localidad aymara en la que la población extranjera afrodescendiente se encuentra con una dificultad

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

particular: ningún hostel les quiere dar hospedaje, pues portan el estigma de ser ladrones y mafiosos. Así lo señala la familia Colque, dueña de casi todos los alojamientos y negocios de Pisiga, argumentando que estas personas se han llevado mantas o se han ido sin pagar.

El año 2009 se instaló en dicha localidad la casa de acogida para migrantes misión Estar en Frontera, de la Congregación Hijas de la Caridad, con un equipo formado por tres religiosas: la madre superiora —actualmente, técnica en atención social a niños, niñas y adolescentes—, una enfermera y una trabajadora social. Las religiosas manifiestan no querer saber mucho del tipo de tránsito que han tenido los y las migrantes que llegan a su casa de acogida, a pesar de estar al tanto de que en muchos casos se trata de víctimas de tráfico. Señalan que las personas no hacen denuncias por miedo a ser detenidas debido a su estatus migratorio irregular. Asimismo, afirman que es responsabilidad de Migraciones y de la Policía boliviana investigar sobre este asunto, motivo por el cual les autorizan a inspeccionar la casa y a sus ocupantes para no tener problemas. También cuentan que advierten a las personas que son «rebotadas» en la frontera de Colchane de no involucrarse con «coyotes»; sin embargo, saben que muchas de ellas recurren a esos servicios por la necesidad de continuar su tránsito hacia Chile.

Cruzar la frontera no es sencillo a causa de la zanja, que se cavó en el marco del Plan Frontera Norte para dificultar el cruce de autos de contrabando y el paso de mercancía de manera informal. Como los cruces se hacen de noche, se corre el riesgo de caer a la zanja, pues no se puede ver bien la profundidad. En 2019, se encontró a una mujer fallecida de nacionalidad haitiana dentro de la zanja (Mosqueda, 2019). Otras situaciones como esta se han observado en la frontera de Colchane. Por ejemplo, está el caso de la ciudadana dominicana Maribel Pujol en 2018, el primero en el que se identificó a la hipotermia como motivo de muerte, además del abandono por parte del «coyote». Últimamente, con el aumento sostenido de la migración venezolana, ha habido nuevos casos de muerte en esta frontera debido al duro clima del Altiplano (con intensas lluvias en verano y con nieve en invierno) y al contagio de COVID-19. Entre noviembre de 2020 y de 2021 se reportó la muerte de diecinueve personas en esta frontera, mayoritariamente venezolanas, en plena crisis migratoria de este colectivo. También se conoce la situación de varias personas, incluso menores, que han perdido algunos dedos de los pies, gangrenados por el intenso frío del lugar y por falta de vestimenta adecuada mientras caminaban perdidos en la zona fronteriza.

Otra forma común de cruzar la frontera evitando el control migratorio es ingresando al complejo fronterizo de Colchane, pero sin pasar por los controles, sino por el lado de los vehículos. En las filas de espera donde los buses y camiones del transporte internacional se quedan

23

estacionados durante varias horas, negocian el viaje hasta Huara o Iquique con choferes o auxiliares de buses. Esto es corroborado en el relato de un funcionario de la PDI, quien señala que en la región de Tarapacá son dos las causas terminadas por tráfico ilícito de migrantes. En ambos casos se determinó como tráfico simple, pues los auxiliares habían propuesto de propia iniciativa el ingreso irregular, previo pago, facilitando de esta forma el tráfico ilícito de migrantes.

En otros casos, que han sido la mayoría entre octubre de 2020 y febrero de 2021, las personas cruzan la frontera y comienzan su viaje a pie, caminando durante varias horas o días por la carretera hacia las localidades y ciudades de la región. Algunas personas cuentan que caminaron nueve horas para llegar a la primera localidad donde albergarse. La desesperación producto del frío, del abandono de «coyotes», de la precariedad y del empobrecimiento provocado por el tránsito irregularizado ha conducido a algunas personas a buscar refugio en casas del lugar a las que, al no tener habitantes al interior, han forzado las puertas para entrar. Esto ha conllevado un descontento y temor generalizado de parte de las comunidades aymara del lugar, pues en esas localidades habitan regularmente personas mayores, aunque las familias viven de forma translocal entre las ciudades de Pozo Almonte, Alto Hospicio o Iquique y los pueblos del Altiplano y las quebradas, por lo que no se trata de casas abandonadas. Las numerosas personas que en este periodo han emprendido la ruta a pie también han tenido, en algunos casos, la oportunidad de ser ayudadas por transportistas o vehículos particulares que, al ver las familias con niños y niñas, cargando maletas y bultos, deciden llevarlas. El problema es que, cuando son controladas por los carabineros, son acusadas de tráfico por facilitar el ingreso irregular de migrantes.

Si bien muchas de las personas que ingresan clandestinamente a Chile son objeto de tráfico, dado que a veces son simplemente engañadas por transportistas que les prometen un ingreso seguro cobrando hasta diez veces el precio del trayecto entre la frontera y la capital regional; también hemos sido testigos de que en el último periodo la población venezolana en tránsito irregularizado ha ingresado al país sin recurrir a los servicios de «coyotes», pues ya no les queda dinero para seguir pagándoles. Ellas llegan completamente desfinanciadas y son recibidas de la manera más hostil posible. Esto se ha demostrado claramente en las ciudades de Iquique y Huara, donde hubo manifestaciones públicas de rechazo a la inmigración venezolana luego de que las autoridades locales autorizaran campamentos producto de la sorpresiva llegada de miles de migrantes en tránsito de esta nacionalidad, al punto de que en un fin de semana de enero llegaron mil seiscientos inmigrantes (González, 2021).

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

Por otro lado, aunque esta situación ha develado la inoperancia de la política de refugio en Chile, también ha demostrado la pésima gestión fronteriza respecto al tráfico de migrantes. En el caso de quienes han sido víctimas de tráfico, seguimos constatando que en la mayoría de los casos las instituciones chilenas no dan la posibilidad de denunciar el delito, pues se superpone la política migratoria que considera el ingreso irregular como un delito, obligando a todas las personas a autodenunciarse. Incluso en los casos en los que se abren causas judiciales, según el funcionario de la PDI entrevistado, el Ministerio Público actúa de forma discrecional respecto a otorgar o no el derecho a asistencia —que incluye una visa para permanecer de forma regular en el país—, promoviendo más bien la expulsión de esta población.

V. LA CONSTRUCCIÓN DEL DELITO, LO ILÍCITO Y LO IRREGULAR

Para entender el peso del estatus migratorio, en este apartado discutiremos cómo se construye el delito, lo ilícito y lo irregular en el discurso de los funcionarios públicos que ponen en práctica la normativa. En primer lugar, vamos a indagar respecto a lo que se entiende como delito cuando nos referimos al tráfico de migrantes:

De acuerdo a la legislación vigente es una de las particularidades de acción más grave y se tipifica como delito el ingreso irregular (funcionario PDI, entrevista, 23 de febrero de 2020).

En lo que tiene que ver con el tráfico, entendiéndose que la víctima aquí directamente, si nos ponemos bien [...], en términos legales, la víctima de tráfico pasaría a ser el Estado (coordinador del Centro de Apoyo a Víctimas de Delitos Violentos de Tarapacá, entrevista, 11 de diciembre de 2020).

Al respecto, encontramos dos posturas: la que acabamos de mostrar, legalista, que defiende la soberanía nacional penalizando el ingreso irregular ante todo; y, a continuación, otra postura, excepcional, que implica el reconocimiento de los derechos humanos de los individuos migrantes al considerar que el tráfico afecta a las personas. Cuando consultamos respecto a cuál es el bien jurídico que se protege, aparece esta postura:

Yo creo que sin duda es la vida, la vida, integridad física y psíquica de las personas. [...] la defensa siempre habla como de una autoridad sobre las fronteras, la autoridad del Ministerio del Interior, que sería el bien jurídico protegido. Yo no estoy de acuerdo porque, en realidad, son personas que, como lo decía en un principio, instan por la unificación familiar (fiscal de Alto Hospicio, entrevista, 5 de enero de 2021).

No obstante, una delgada línea va a definir si se está ante un delito o no, y es el hecho de considerar el tráfico de migrantes como simple o agravado:

El tráfico simple hace mención respecto del ingreso irregular por un lugar que no perjudique directamente ni la salud, ni la vida de la persona migrante que ingresa en esa calidad. Distinto es el tráfico agravado, en el cual la persona que dirige y lucra de este ejercicio traslada o transporta a estas personas que van a ingresar de forma irregular, por ejemplo, por campos minados o por situaciones de altura o climas muy extremos que pudieran perjudicar directamente la salud o la vida de las personas migrantes que ingresan en esa condición (funcionario de la PDI, entrevista, 23 de febrero de 2020).

[El tráfico] se agrava cuando [el inmigrante] es menor de edad y cuando se pone en peligro la vida [...] la altitud y la zona de Colchane, por las temperaturas extremas, entiendo que eso sería lo que llevaría en definitiva a contextualizar que sería una zona de riesgo (fiscal de Alto Hospicio, entrevista, 5 de enero de 2021).

Agravado, cuando es la persona o el objeto, cierto; de traslado es el que finalmente es agredido o violentado sexualmente; o, en este caso, hay paso irregular también de menores (coordinador del Centro de Apoyo a Víctimas de Delitos Violentos de Tarapacá, entrevista, 11 de diciembre de 2020).

Si bien estas afirmaciones nos indican que las características del tráfico de migrantes del cual es objeto la migración venezolana actualmente se relacionan con el tráfico agravado, es el Ministerio Público, por mandato legal, quien imputa si una persona que «ingresa irregularmente» es víctima de tráfico agravado o cómplice de tráfico simple; y, desde un punto de vista administrativo, esta imputación es determinante. Es decir, el hecho de que una persona tenga derecho a asistencia y regularización o no depende de esta entidad que, a través de la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos (Uravit), solicita la visa al Ministerio del Interior y Seguridad Pública cuando lo estima necesario. Sin embargo, en la entrevista a un funcionario policial, este menciona la falta de especialización en la materia: «El Ministerio Público carece de fiscales especializados sobre esta dinámica de delito, y los elementos de prueba pudieran ser eventualmente, en un sistema garantista, cuestionado por los jueces que les toca sobre las causas» (funcionario de la PDI, entrevista, 23 de febrero de 2020). El delito, por tanto, está en el discurso, pero no hay cabal conocimiento del fenómeno del tráfico de migrantes.

25

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

26

Cuando consultamos respecto a si existe una relación entre las políticas migratorias y el aumento del tráfico, se desconoce el posible vínculo. Veamos:

Si bien entiendo y sé de los requisitos migratorios que se le están solicitando hoy en día a los haitianos y que parte[n d]el 2018, que existe[n] necesariamente a propósito de esto, se hizo como un *boom* de estos ingresos, pero yo no podría hablar de una relación directa, porque no son cifras que nosotros analizamos como Ministerio Público, a propósito que somos un organismo autónomo, distinto al Ministerio del Interior, que están más relacionados con la migración. Lo que sí es cierto es que a partir del 2018 se han aumentado los casos de tráfico de migrantes (fiscal de Alto Hospicio, entrevista, 5 de enero de 2021).

Respecto a lo ilícito, nos percatamos que en el discurso aparece automáticamente la palabra «ilegales», pero inmediatamente se desestima, pues se ha incorporado la idea de que no es correcto usarla: «La legislación habla de ilegalidad, pero desde la perspectiva de la normativa de derechos humanos ninguna persona es ilegal, sino más bien es el ingreso el ilegal» (funcionario de la PDI, entrevista, 23 de febrero de 2020).

Se entiende que lo ilegal es el ingreso clandestino o por paso no habilitado, así como la permanencia de las personas que ingresaron de esta manera. La palabra «irregular» es, por el contrario, validada y está relacionada a los ingresos que evitan los controles migratorios. Es interesante constatar que, en este caso, se reconoce el aumento de los ingresos irregulares como consecuencia de las políticas restrictivas:

Estos últimos cinco años hay un incremento importante, particularmente [de] los países Centroamérica. Esto puede ser resultado de estas políticas migratorias restrictivas que se han impuesto particularmente a los nacionales de Cuba, República Dominicana y, últimamente, Venezuela, donde evidentemente, al solicitar requisitos que se deben otorgar en el extranjero, estos finalmente se omiten y ellos optan por [el] ingreso irregular (funcionario de la PDI, entrevista, 23 de febrero de 2020).

Asimismo, se reconoce el aumento de víctimas de tráfico; por tanto, la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través del Centro de Apoyo a Víctimas de Delitos Violentos de Tarapacá, ha tenido que atender a esta población en contexto de pandemia a requerimiento del Ministerio Público local, a pesar de que no les corresponde por lineamientos técnicos.

Entonces cuando es 411 bis agravado, ahí nosotros participamos coordinando con los menores, [por] ejemplo, con los niños, niñas y adolescentes, coordinamos atención de salud [...] Carabineros informó

desde octubre a noviembre un paso [...], un paso irregular de niños, niñas y adolescentes, eh [...] sin acompañamiento, alrededor de un número de 1090 casos (coordinador del Centro de Apoyo a Víctimas de Delitos Violentos de Tarapacá, entrevista, 11 de diciembre de 2020).

Constatamos que, a pesar de que la mayoría de veces el Ministerio del Interior y Seguridad Pública desiste de las denuncias de ingreso por paso no habilitado ante el Ministerio Público, se han investigado algunos casos considerados como tráfico agravado. En esos casos, la Uravit cumple un protocolo de asistencia a las víctimas, pues sino la expulsión como consecuencia de este tipo de ingresos es naturalizada y las expulsiones colectivas, en lugar de concebirse como ilegales, se entienden como una economía para el Ministerio del Interior y Seguridad Pública:

La unidad de víctimas lo que debe hacer es protegerlas, llevándolas a un lugar seguro y entre esos un hotel. Preocuparse de, primero, sus necesidades básicas, absolutamente. Posterior a ello, la regularización de su situación, en este caso, a propósito de la pandemia sanitaria. Es decir, tienen que entrar a las residencias sanitarias, hacerse el PCR si es que no tienen ningún tipo, regularizar que tengan toda su situación y, posteriormente, reubicarlas y reunificarlas (fiscal de Alto Hospicio, entrevista, 5 de enero de 2021).

Muchas causas que se inician, generalmente, por parte del Ministerio del Interior, sin perjuicio de que se hace el requerimiento, muchas de estas se desisten; por ende, quedan al alero, particularmente, la acción administrativa que toma finalmente el Ministerio del Interior y que va a llevar en su gran mayoría a la expulsión del país (funcionario de la PDI, entrevista, 23 de febrero de 2020).

Lo bueno es que este Gobierno ha impulsado [...], respecto a darle a este tipo de acción administrativa o judiciales, se ha tratado de coordinar y juntar un universo más amplio para ocupar estos aviones de la Fuerza Aérea y concretar finalmente esta expulsión [...] Es un costo relativamente alto y que, finalmente, pudiera de alguna forma economizarse cuando tenemos un universo mucho más amplio, ocupando los aviones de la Fuerza Aérea (funcionario de la PDI, entrevista, 23 de febrero de 2020).

La pregunta que abre esta constatación es: ¿quién comete el ilícito? (Enríquez, 2021). Volveremos sobre esto en el último apartado. Ahora bien, en este acápite dimos cuenta de la elaboración y legitimación de las categorías que conducen las vidas de las personas objeto de tráfico. Cabe señalar que un elemento clave que surge de estas entrevistas es la importancia de considerar las condiciones del cruce fronterizo, que pueden llevar a identificar la situación como tráfico agravado o simple.

27

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

VI. RESISTENCIAS CLANDESTINAS Y PÚBLICAS A LA IRREGULARIZACIÓN

El ingreso a Chile siendo objeto de tráfico simple o agravado conlleva, en el mejor de los casos, una vida clandestina, escenario en el que observamos una serie de resistencias que consideramos relevante registrar. Según el diccionario de la RAE (2020), las resistencias son estrategias en las que se pone a prueba la capacidad de tolerar, de mantenerse firme o en oposición ante una situación determinada. En ese sentido, y centrándonos en la semántica de la palabra «resistir», que conlleva el prefijo «re» —lo que explica la intensificación de la propia acción—, interesa destacar que su significado tiene que ver con acrecentar la acción, por ejemplo, «mantenerse o estar en pie».

Así, bajo los avances teóricos de la autonomía de las migraciones podemos identificar diversas prácticas de resistencias a la irregularización que, además de ser clandestinas con alta frecuencia, son públicas y tensionan la categoría clásica de ciudadanía. Asimismo, hay un nivel subjetivo de resistencia que se refiere a cómo las personas se perciben a sí mismas, según su propia experiencia en el tránsito y ante las etiquetas y los estereotipos que les imponen en el tránsito y en las sociedades receptoras. Además de las resistencias públicas relacionadas a la ausencia de ciudadanía y a la búsqueda de derechos sociales, identificamos un tipo de resistencia individual y colectiva que es fundamental en contexto de crisis: las interacciones religiosas, espirituales y las experiencias festivas. En esta línea, las subjetividades políticas de las personas migrantes comienzan a modificarse en relación a las luchas migrantes que ejercen.

Cabe señalar que la primera gran resistencia que ejercen los/as migrantes víctimas de tráfico o que ingresan por pasos no habilitados es la resistencia clandestina de sus cuerpos, la cual es individual pues son sus propios cuerpos los que son expuestos a tránsitos extenuantes, ingresando por lugares considerablemente inhóspitos y peligrosos. En ese contexto, sus cuerpos se ven comprometidos a, por ejemplo, caminatas que duran semanas, portando mínimas pertenencias, sin una buena alimentación ni la vestimenta necesaria, lo que deteriora progresivamente su estado de salud y reduce su capacidad de tolerar estas condiciones, complejizando de este modo su experiencia en el tránsito. Dentro de esta misma perspectiva de resistencia individual, queremos señalar que una forma de resistir es no reconocerse a sí mismo/a como delincuente o criminal, especialmente cuando aquellos individuos son llamados «ilegales» o cuando se les niega la posibilidad de regularizar su situación por el hecho de haber ingresado por un paso no habilitado, argumentando que esta acción es un delito. Contrariamente, las personas en esta condición manifiestan su desconcierto respecto a la falta de oportunidades, así como el deseo y la constante búsqueda de medios para regularizar su situación migratoria. De hecho, desamparados/as de información sobre

aspectos legales, muchos/as buscan en las personas que encuentran y/o en internet el contacto de abogados/as que les ayuden a regularizar su situación. De este modo, la búsqueda de ayuda es también una manera de resistir, ya que se van generando interacciones entre personas en la misma situación.

Luego, en el intento de inserción en la sociedad receptora, se ejerce también una resistencia más bien pública, oponiéndose al castigo de la irregularización mediante la participación en la comunidad. A través de diversas acciones, como la inserción escolar de hijos e hijas, la obligada ocupación de espacios públicos para pernoctar, la actividad asociativa, la organización de ollas comunes, el compartir el cuidado de sus hijos e hijas, y la búsqueda de instancias comunitarias como la integración en campamentos, estas resistencias buscan el arraigo en el territorio. Sin embargo, se observa un miedo latente en las personas a ser captadas por la PDI y expulsadas.

Existe otro tipo de resistencias en el que nos queremos detener y que reúne igualmente resistencias públicas, aunque en estas gravitan las vidas de los/as migrantes irregularizados/as: la búsqueda de regularización migratoria a través de procesos judiciales con el apoyo de instituciones como el INDH o de ONG y de diversas organizaciones de la sociedad civil (Servicio Jesuita Migrante, Colectivo Sin Fronteras, Movimiento de Acción Migrante, Coordinadora Nacional de Inmigrantes y Clínica Jurídica Universidad Diego Portales, entre otras). Observamos que se ejercen, por un lado, acciones constitucionales de amparo a fin de dejar sin efecto órdenes de expulsión consideradas ilegales y/o arbitrarias; y, por otro lado, acciones de protección con el objeto de que sea un tribunal el que disponga si la persona afectada puede o no acceder, por ejemplo, a un proceso de reconocimiento de la condición de refugiado/a, como ocurre en los casos de personas de origen venezolano o cubano, considerando los contextos sociopolíticos de sus países de origen.

Sin embargo, nos encontramos con casos, como el ocurrido en Iquique el 11 de febrero de 2021, oportunidad en la que se materializó la expulsión colectiva de 138 extranjeros, más de 100 de ellos venezolanos/as. El 5 de febrero, la PDI informó su ingreso clandestino a la intendencia regional; poco después, el día 7, la autoridad denunció el hecho ante la Fiscalía y, acto seguido, se desistió de la denuncia. El día 8, dictó las resoluciones de expulsión; y el 9, la policía notificó las órdenes y fueron expulsados/as en horas de la mañana del día subsiguiente.

En este punto, es importante recordar que el párrafo 47 de la Observación General N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y la Observación General N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los

29

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

principios generales relativos a los derechos humanos de los niños y niñas en el contexto de la migración internacional, indican que:

Los Comités recuerdan que el artículo 22, párrafo 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos prohíben las expulsiones colectivas y exigen que cada caso que a la larga pueda terminar con la expulsión sea examinado y decidido individualmente, asegurando el cumplimiento efectivo de todas las debidas garantías procesales y el derecho de acceso a la justicia. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para impedir las expulsiones colectivas de niños y familias migrantes.

A este propósito se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que expresó a través de su cuenta de Twitter su preocupación por la tensión social en los pasos migratorios de la frontera norte chilena, reiterando la necesidad de que el Gobierno de Chile asegure la «protección de personas en #MovilidadHumana, el acceso a territorio y procedimientos de asilo y con atención a la aplicación de protocolos sanitarios. Ello, conforme sus Resoluciones 01/20 y 04/20 y Principios Interamericanos» (2021).

A pesar de ello, el 10 de febrero se dedujeron recursos de amparo y, mientras las acciones se encontraban en tramitación, los/as migrantes fueron efectivamente expulsados/as. El 17 de febrero se acogieron los recursos, considerando la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique que, en respeto a las garantías constitucionales de los/as amparados/as, se les debió someter a una investigación y procedimiento previo antes de aplicar la sanción de expulsión administrativa con el fin de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Por el contrario, al prescindir de ello, se configura un acto de la Administración de carácter inconstitucional⁷.

Sin embargo, el 3 de marzo la Segunda Sala de la Corte Suprema revocó dichas sentencias en votación dividida, en razón de que la autoridad administrativa obró dentro del límite de sus atribuciones, y con estricto apego a las normas contenidas en la carta fundamental y a la legislación especial establecida en el Decreto Ley N° 1.094 de Extranjería⁸.

Claramente, todo lo expuesto es una evidente transgresión a las obligaciones internacionales del Estado, como la prohibición de expulsiones colectivas y la denegación de acceso a la justicia; a la par que una vulneración de normas de derecho interno, de acuerdo con el

7 Véanse las sentencias de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, causa recursos de amparo, roles 138, 139, 140 y 141-2021.

8 Véase la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, causa recurso de amparo, rol 14.396-2021.

31

artículo 19, N° 7 de la Constitución Política de la República de 1980, la Ley N° 19.880, la Ley N° 20.430 y el principio de proporcionalidad. Es lamentable que funcionarios públicos no respeten estas obligaciones, lo mismo que las autoridades administrativas e, incluso, la máxima autoridad judicial, más aún tratándose de potenciales refugiados/as, en concepto del artículo 2, numeral 2 de la Ley N° 20.430, también denominada Ley de Refugio.

A pesar de que algunas resistencias no logran el objetivo de subsanar la pérdida de derechos sociales provocada por la irregularización, se transforman en experiencias esperanzadoras en las que, además, se experimenta la solidaridad y el sentido de comunidad, ya que generalmente hay activistas migrantes y promigrantes apoyando estos procesos judiciales. Un claro ejemplo es el Grupo Cero, que consiste en una comunidad de diecisiete venezolanos/as que se juntaron para organizar a la colectividad respecto a la posible regularización. Este debe su nombre al hecho de que fueron las diecisiete primeras personas venezolanas en entrar a Chile en 2021 por Colchane (Verdejo, 2021).

Las resistencias se han ejercido en distintos ámbitos y por diferentes actores, siendo siempre los/as migrantes víctimas de tráfico o con ingreso irregular los/as principales implicados/as, quienes se ven apoyados/as por otras personas u organizaciones que buscan contribuir a su integración y goce de derechos. Nos referimos, por ejemplo, a organizaciones sociales que lanzaron una campaña para señalar que «ningún ser humano es ilegal» (DiarioUCHile, 2021); o al caso de las resistencias académicas, que buscan incidir en el debate generando conocimiento acerca de este tema (Rutas y Trayectorias Migrantes, 2021).

Pero no todas las resistencias se conforman en luchas. Precisamente, en las pesquisas etnográficas y entrevistas apareció otro tipo de resistencias: las interacciones religiosas, espirituales y las experiencias festivas, que reconocemos como fundamentales en el proceso de resistencia ante las consecuencias de la irregularización. No obstante, no se alcanzó a indagar en profundidad sobre ellas, por lo que solo las mencionamos en este trabajo, lo que nos obliga a ir por ellas en investigaciones futuras. Queremos finalizar nuestro artículo aludiendo a la importancia que tiene para las personas migrantes la participación en carnavales, festivales, la producción musical y otros eventos públicos masivos en los que se reconoce la diversidad cultural de los territorios a través de las danzas tradicionales de distintos países y zonas. Esto nos enseña que el espacio público permite la imagen del «buen migrante», «colorido y alegre», contrariamente al rechazo que provoca su presencia en espacios públicos en tanto migrante ilegalizado. Pero entendemos que la expresión festiva es también clandestina, lo mismo que reunirse con sus pares para adorar a la divinidad orisha Yemayá en una fiesta en casa. También aparecen

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

otras manifestaciones asociadas a las interacciones religiosas como la fe en Dios, los cultos pentecostales en las tomas informales de terreno, o experiencias de fervor espiritual y agradecimiento, cuando se cruza la frontera y se emprende ruta a pie hacia la ciudad, que se presenta como una esperanza para el futuro.

VII. CONCLUSIONES

En este artículo quisimos responder a varios objetivos, comenzando por describir el rol del tráfico de migrantes en la producción de irregularidad migratoria. A través de la revisión de la literatura en torno al concepto de régimen global migratorio, constatamos que este se presenta como base para el desarrollo de políticas migratorias restrictivas que fuerzan a migrar clandestinamente y, para ello, el tráfico se presenta como una alternativa que permite concluir el proyecto migratorio.

Al intentar demostrar el vínculo entre los ingresos irregulares y el tráfico de migrantes, el relato del tránsito transfronterizo hacia Chile da cuenta de las condiciones que conducen a ser objeto de tráfico de migrantes. Asimismo, muestra las condiciones en que este se produce, las que pueden afectar el estado de salud de las familias migrantes que ven actualmente a Chile como país de destino, poniendo en riesgo incluso su vida en cruces por zonas peligrosas o extremas. Por otra parte, las entrevistas a informantes institucionales clave posibilitaron tanto la comprensión de la elaboración y legitimación de categorías que enmarcan la vida de las personas cuyo ingreso irregular fue mediado por el tráfico como la consideración del delito que antepone la soberanía nacional a la dignidad humana. Estas entrevistas también permitieron dilucidar una diferencia en el tratamiento jurídico del delito al identificar la situación como tráfico simple o agravado, concepción que modifica el abordaje institucional respecto al devenir de las personas migrantes, posibilitando o no la regularización y/o reunificación familiar.

También es importante señalar que las condiciones geográficas y climáticas (altura, frío altiplánico, desierto) de la frontera de Colchane, así como la presencia de minas antipersonales en la frontera entre Chile y Perú, son elementos que ponen en riesgo la vida de las personas que son traficadas, por lo que, a nivel judicial, cualquier ingreso irregular facilitado por terceros que lucran (y violentan) desmedidamente debería ser considerado como tráfico agravado, especialmente cuando participan niños, niñas y adolescentes. El problema es que se evidencia que la gran mayoría de los ingresos irregulares es tratada como un delito, pues la autoridad administrativa no respeta el derecho al debido proceso y defensa que permite analizar cada caso, lo que ha conllevado a expulsiones colectivas que hemos considerado como ilegales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, se

anula la posibilidad de investigar el tráfico de migrantes del que muchas personas y sus familias han sido objeto, negándose la oportunidad de la regularización.

Por último, identificamos que ante esta irregularización se producen resistencias clandestinas y públicas, individuales y colectivas, siendo las acciones judiciales algunas de las herramientas más potentes para enfrentarla, pero también para conformarse como sujetos políticos a pesar de su estatus migratorio. De esta manera, a pesar de que los derechos sociales no son satisfechos, se avanza en su reconocimiento y se manifiesta lo que se ha identificado como una ciudadanía migrante (Mezzadra, 2012).

Concluimos señalando que ser objeto de tráfico en las fronteras del norte de Chile conduce a las personas a un estado de hipervulnerabilidad que, en lugar de ser abordada desde el punto de vista humanitario por el Estado, se expresa en políticas de irregularización, expulsión, y que evitan brindar amparo y refugio a quienes podrían tener derecho a protección internacional.

REFERENCIAS

Aliaga, F. (2012). Imaginarios migratorios y geopolítica en sociedades postmodernas. *Imagonautas*, 1 (2), 2-20.

Álvarez, S. (2017). Movimientos migratorios contemporáneos: entre el control fronterizo y la producción de su ilegalidad. Un diálogo con Nicholas de Genova. *Íconos - Revista de Ciencias Sociales*, (58), 153-164.

Alvites, A. (2019). Migraciones internacionales, fronteras y Estados. ¿Cómo interpretar el régimen de frontera desde América del Sur? *Desafíos*, 31(1), 123-156. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.6231>

Bravo Acevedo, G. (2015) Las migraciones internacionales y la seguridad multidimensional en tiempos de la globalización. *Diálogo Andino*, (48), 139-149.

Chaparro, A. (2017, 15 de mayo). Cifras revelan alza de casos de tráfico de migrantes y trata de personas a nivel nacional. *Economía y Negocios*. <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=360834>

Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización. (2004). *Informe Parlamento Europeo*.

De Genova, N. (2002). Migrant “Illegality” and Deportability in Everyday Life. *Annual Review of Anthropology*, 31, 419-447. <https://doi.org/10.1146/annurev.anthro.31.040402.085432>

Departamento de Extranjería y Migración (DEM). (2016). Migración dominicana en Chile. *Boletín informativo*, (2).

33

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

DiarioUCHile. (2021, 5 de febrero). *Organizaciones migrantes lanzan campaña para visibilizar que “ningún ser humano es ilegal”*. <https://radio.uchile.cl/2021/02/05/organizaciones-migrantes-lanzan-campana-para-visibilizar-que-ningun-ser-humano-es-ilegal/>

Domenech, E. (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano”. La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis*, 12(35), 119-142. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000200006>

Domenech, E. (2017). Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milênio. Revista Crítica de Sociologia e Política*, 8(1), 19-48.

Dufraix, R., Ramos, R., & Quinteros, D. (2020). “Ordenar la casa”: securitización y producción de irregularidad en el norte de Chile. *Sociologías*, 22(55), 172-196.

El Comercio. (2018, 29 de agosto). *CAN ratifica política de puertas abiertas con los migrantes venezolanos*. <https://www.elcomercio.com/actualidad/reuniones-migracion-venezolana-can-ecuador.html>

Enríquez, J. (2021, 6 de abril). *Corte Suprema deja sin efecto expulsión de 8 extranjeros tras denuncia de ingreso ilegal*. Radio Bio Bio Chile. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-arica-y-parinacota/2021/04/06/corte-suprema-deja-sin-efecto-expulsion-de-8-extranjeros-tras-denuncia-de-ingreso-ilegal.shtml>

González, V. (2021, 6 de febrero). *Crisis humanitaria en comuna de Colchane: Piñera abandonó a los inmigrantes venezolanos y responderá con represión racista*. La Izquierda Diario. <http://www.laizquierdadiario.cl/Crisis-humanitaria-en-comuna-de-Colchane-Pinera-abandono-a-los-inmigrantes-venezolanos-y-respondera>

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2012). *Seminario internacional sobre trata de personas y tráfico de migrantes*. Santiago de Chile: Embajada de los Estados Unidos de América.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2013). *Misión de Observación por Situación de la Población Migrante en Iquique y Colchane*. <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/560>

Liberona, N. (2015). La frontera cedazo y el desierto como aliado: Prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile. *Polis (Santiago)*, 14(42), 143-165. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682015000300008>

Liberona, N., Piñones, C., & Dilla, H. (2021). De la migración forzada al tráfico de migrantes: la migración clandestina en tránsito de Cuba hacia Chile. *Migraciones Internacionales*, 12. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2319>

Mármora, L. (2003). Políticas migratorias consensuadas en América Latina. *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, 17(50), 111-142.

Mármora, L. (2010). Modelos de gobernabilidad migratoria. La perspectiva política en América del Sur. *REMHU - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 18(35), 71-92.

Mezzadra, S. (2012). Capitalismo, migraciones y luchas sociales. La mirada de la autonomía. *Nueva Sociedad*, 237, 159-178.

Quinteros, D. (2016). ¿Nueva 'crimigración' o la vieja economía política del castigo? Dos aproximaciones criminológicas para entender el control punitivo de la migración en Chile. *Astrolabio*, (17).

Real Academia de la Lengua (RAE). (2020). Resistencia. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. <https://dle.rae.es/resistencia>

Rho, MG. (2021). Ciudadanía y luchas migrantes. Debates desde la autonomía de las migraciones. *Revista Reflexiones*, 100(2). <https://doi.org/10.15517/rr.v100i2.43440>

Rutas y Trayectorias Inmigrantes. (2021). *Declaración de investigadoras e investigadores sobre procesos migratorios en Chile con proyectos financiados por ANID*. <https://rutasytayectoriasmigrantes.cl/blog/2021/04/28/declaracion-de-investigadoras-e-investigadores-sobre-procesos-migratorios-en-chile-con-proyectos-financiados-por-anid/?fbclid=IwAR2eY3Ff7LvKQkwD9rqExij1NHj7dd5pBHm9kb4jyLlahul-Vj308mSRR6l>

Stang, F. (2016). De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014. *Polis*, 15 (44). <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2016-N44-1189>

Stang, F., Lara, A., & Andrade, M. (2020). Retórica humanitaria y expulsabilidad: inmigrantes haitianos y gobernabilidad migratoria en Chile. *Si Somos Americanos*, 20(1), 176-201.

TalCual. (2021, 13 de febrero). *CIDH expresa su preocupación por decisión de Chile de deportar a migrantes*. <https://talcualdigital.com/cidh-expresa-su-preocupacion-por-decision-de-chile-de-deportar-a-migrantes/>

Verdejo, R. (2021, 9 de febrero). *Una avalancha que el Estado no ha podido frenar: frío, hambre y muerte en Colchane*. CIPER. <https://www.ciperchile.cl/2021/02/09/una-avalancha-que-el-estado-no-ha-podido-frenar-frio-hambre-y-muerte-en-colchane/>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Constitución Política de la República de Chile (1980). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ONU, 1990). https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-85606_recurso_1.pdf

Decreto N° 237, que establece visto consular de turismo a nacionales de la República Bolivariana de Venezuela (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 20 de junio de 2019). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1133025>

Decreto Ley N° 1.094 (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 1975). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6483&tipoversion=0>

TRÁFICO DE MIGRANTES EN LAS FRONTERAS DEL NORTE DE CHILE: IRREGULARIZACIÓN MIGRATORIA Y SUS RESISTENCIAS

MIGRANT SMUGGLING ON THE BORDERS OF NORTHERN CHILE: MIGRATORY IRREGULARIZATION AND ITS RESISTANCE

Decreto Supremo N° 342 (Ministerio de Relaciones Exteriores [Chile], 2005). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=235583&idVersion=2005>

Decreto Supremo N° 67 (Ministerio de Salud [Chile], 2015). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1088253>

Instructivo Presidencial sobre Política Nacional Migratoria. <https://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosyDocumentosDiarioOficial/200/1970897.pdf>

Ley N° 19.880. (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 2003). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676&idParte=8512586&idVersion=Diferido>

Ley N° 20.430. (Ministerio del Interior [Chile], 2011). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1012435&idVersion=20>

Ley N° 20.507. (Ministerio del Interior [Chile], 2011). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1024319&idParte=9131069&idVersion=2011-04-08>

Ley N° 21.325. (Ministerio del Interior [Chile], 2021). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1158549>.

Ministerio Público con Reyna Isamar Huaranga Maquera, causa ordinaria, RIT 291-2018 (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica [Chile], 28 de noviembre de 2018).

Plan de Acción Nacional contra la Trata de Personas (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 2013). <https://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/737/Plan-de-Accion-contra-la-Trata-de-Personas-2015-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Plan Frontera Segura (Ministerio del Interior [Chile], 2019). https://programassociales.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/pdf/2021/PRG2021_7_87111.pdf

Plan Frontera Norte (Ministerio del Interior [Chile], 2011). https://www.interior.gob.cl/sitio-2010-2014/n6178_04-10-2011.html

Sentencia dictada con fecha 3 de marzo de 2021 en causa sobre recurso de amparo, rol 14.396-2021 (Excelentísima Corte Suprema de Justicia [Chile], 2021).

Sentencias en recursos de amparo dictadas con fecha 17 de febrero de 2021, causas roles 138, 139, 140 y 141-2021 (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique [Chile], 2021).

Sentencia rol 9930-2020, requerimiento de Inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería Tribunal Constitucional (29 de enero de 2021). *Boletín*, (8.970-06).

Recibido: 05/11/2021
Aprobado: 28/02/2022

Política migratoria en las islas Canarias: violaciones de derechos humanos durante la pandemia

Migration Policy in the Canary Islands: Human Rights Violations During the Pandemic

ROBERTO RODRÍGUEZ SALINAS*

Universidad de Cádiz (España)

Resumen: La inmigración irregular es un fenómeno complejo que desafía los conceptos de confinamiento y restricción al libre tránsito presentados por la pandemia. En ese sentido, 2020 fue un año particularmente agitado para los flujos migratorios de África a Europa. La ruta hacia las islas Canarias en España se reactivó luego de más de una década de baja actividad, llegándose a registrar 23 023 llegadas irregulares en 2020. Al igual que en otros territorios insulares europeos, como Lesbos o Lampedusa, Canarias cuenta con una limitada capacidad estatal de atención al inmigrante. La pandemia representa, entonces, un factor para la emigración masiva en el Magreb y África subsahariana, pero también es un factor para la violación de derechos humanos de los inmigrantes antes, durante y después de su llegada al archipiélago canario. En estas circunstancias, el Estado español está obligado a cumplir con el derecho internacional, comunitario y nacional en lo referente a los derechos fundamentales de las personas migrantes. Este artículo argumenta que España debe garantizar en todo momento la protección de la salud de los refugiados y solicitantes de protección internacional en los procedimientos legales de intervención, atención y detención. Asimismo, la aplicación de medidas sanitarias no exime al Estado de su obligación a brindar garantías como el acceso a la asistencia letrada, la libre circulación por todo el territorio, el respeto por los plazos de detención y el mantenimiento de las instalaciones de recepción.

Palabras clave: Migración irregular, islas Canarias, derechos humanos, refugiados, asilo

Abstract: Irregular migration is a complex phenomenon that defies the sole concepts of movement restriction and lockdown introduced by the pandemic. Accordingly, 2020 was a particularly tense year for migratory fluxes from Africa to Europe. The Canary islands route saw a reactivation after almost a decade of low activity, with 23,023 registered arrivals in 2020. Similarly to other European islands, such as Lesbos or Lampedusa, the Canary islands have limited state assistance resources for immigrants. The pandemic is, thus, a cause of the massive emigration in the Maghreb and Sub-Saharan Africa, but is also a decisive factor for the human rights violations before, during and after the immigrants' arrival at the islands. Under these circumstances, Spain is obliged

* Máster en Relaciones Internacionales y Migraciones por la Universidad de Cádiz (España), e investigador en temas de derecho internacional público y migración en la frontera sur de Europa. Código ORCID: 0000-0002-5471-6659. Correo electrónico: roberto.rodriguez1904@outlook.com

to comply with international, European, and national law regarding migrants' fundamental rights. This paper argues that Spain must always guarantee the health protection of refugees and asylum seekers during the legal procedures of intervention, assistance and detention. Furthermore, the enforcement of sanitary measures is not a valid cause for omitting certain guarantees such as the right to legal assistance, the freedom of movement within national territory, the compliance with detention times, and the use of clean and safe reception centers.

Key words: Irregular migration, Canary Islands, human rights, refugees, asylum

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UE.- II.1 REGLAMENTO DE DUBLÍN.- II.2. NUEVO PACTO MIGRATORIO DE 2020.- III. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.- III.1. COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS.- III.2. LEY N° 04/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.- III.3. LEY N° 12/2009 REGULADORA DEL DERECHO DE ASILO Y DE LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA, Y REGLAMENTO.- III.4. ACUERDOS DE READMISIÓN CON TERCEROS PAÍSES.- IV. LA RUTA AFRICANA OCCIDENTAL O RUTA A CANARIAS.- V. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN CANARIAS DURANTE LA PANDEMIA.- V.1. *NON-REFOULEMENT* Y «DEVOLUCIONES EN CALIENTE».- V.2. DETENCIONES PROLONGADAS Y RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN POR EL TERRITORIO NACIONAL.- V.3. CONDICIONES DE RECEPCIÓN.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde 2020 se observa un incremento en el volumen de llegadas irregulares en las islas Canarias españolas, un destino que desde 2006 no registraba cifras tan altas (Ministerio del Interior, 2015). Este incremento ha coincidido con la pandemia de COVID-19, la cual ha afectado considerablemente la economía, la seguridad y la estabilidad política de Marruecos y los países subsaharianos, una región que concentra casi la totalidad de nacionalidades que emigran hacia Canarias.

Es importante ubicar la respuesta del Gobierno español dentro de la política migratoria de la Unión Europea (UE), la cual ha experimentado cambios a nivel estratégico, legal y operacional durante la última década. La inmigración irregular hacia Europa a través del Mediterráneo ha puesto a prueba la política migratoria y los valores de la UE en diversas ocasiones. La «crisis de refugiados» de 2015 reveló las deficiencias del sistema de asilo europeo, el cual depositaba en un pequeño número de países una carga insostenible de solicitudes de protección internacional. En esa línea, la Agenda Europea sobre Migración de 2015 intentó sin mucho éxito materializar el concepto de solidaridad entre Estados

miembro en caso se presente un flujo migratorio masivo en un país de la UE. A ello se sumaron operaciones navales europeas conjuntas en el Mediterráneo oriental y central con la finalidad de dismantelar las organizaciones de tráfico de migrantes y acelerar el proceso de devolución de migrantes con intención de ingresar irregularmente. No obstante, el refuerzo del control militar en las rutas que conducen a Grecia e Italia coincidió con el incremento de los flujos migratorios en rutas alternativas hacia España a través del Mediterráneo occidental y, en los últimos dos años, a través del Atlántico hacia las islas Canarias.

El incremento de llegadas en Canarias se da en un contexto de cambio en la normativa europea sobre protección internacional, donde destaca la presentación del Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo de 2020. La respuesta del Gobierno español ante el incremento de llegadas en Canarias durante la pandemia ha estado fundamentalmente condicionada por las medidas sanitarias, las cuales no solo afectan la restricción de la circulación desde adentro y afuera del espacio Schengen, sino que también representan un enorme reto para el sistema de asilo español.

Este trabajo tiene como objetivo brindar un panorama de la respuesta del Estado español hacia el incremento de la inmigración irregular en Canarias durante la pandemia, además de evaluar posibles casos de violaciones de derechos humanos de las personas inmigrantes durante su travesía hacia el archipiélago y una vez llegadas a territorio español. Para efectos de este trabajo, se analizará el régimen aplicable a adultos migrantes en calidad de refugiados o solicitantes de protección internacional, sin abarcar los procedimientos aplicables a menores no acompañados, cuyo tratamiento merece un estudio individual. Asimismo, se tomará en cuenta principalmente la inmigración irregular proveniente del Magreb y el África subsahariana por vía marítima.

El segundo apartado de este artículo brinda una mirada general del marco normativo y estratégico de la política migratoria de la UE, que define estándares básicos que los Estados miembros deberán adoptar de manera armonizada en sus legislaciones. El tercer apartado analiza la legislación española aplicable, especialmente la Ley N° 04/2000 sobre extranjería, la Ley N° 12/2009 sobre el derecho de asilo y la protección subsidiaria, y los acuerdos de readmisión y cooperación en materia migratoria con terceros países. El cuarto apartado de este trabajo describe los flujos migratorios hacia Canarias durante la reactivación de la ruta en 2020. El quinto, a su vez, elabora un análisis exhaustivo de las vulneraciones de derechos humanos en la ruta migratoria y en el sistema de recepción, detención y acogida para inmigrantes irregulares en Canarias. Este análisis toma como base el régimen internacional de derechos humanos y sus instrumentos, en particular la Convención de Ginebra de 1951, el

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

II. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UE

La política migratoria en la Unión Europea se ha construido a lo largo de las distintas etapas de la integración europea. El Tratado de Ámsterdam de 1997 y, en mayor medida, el Tratado de Lisboa de 2007, consolidaron la institucionalización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), el cual abarca la normativa comunitaria sobre política migratoria en el espacio europeo. En ese sentido, el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala al ELSJ como uno de los ámbitos en los que la UE y los Estados miembros ejercen una competencia compartida. Con mayor detalle, el artículo 67 del TFUE menciona que la UE garantizará la libertad de movimiento en las fronteras interiores. Sin embargo, para las fronteras exteriores se desarrolla una política común de asilo, inmigración y control fronterizo basada en la solidaridad entre Estados miembros. Al ser la política migratoria una competencia compartida, se ha negociado e implementado legislación europea de transposición directa a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, como es el caso del Reglamento de Dublín. Asimismo, en respuesta a los distintos episodios de llegadas masivas, como la desafortunadamente denominada «crisis de los refugiados» de 2015, la Comisión Europea ha diseñado estrategias integrales para guiar la política migratoria de la UE en los próximos años.

II.1. Reglamento de Dublín

El Convenio de Dublín (luego Reglamento) es una norma europea que establece los criterios para determinar qué Estados miembros son responsables de conocer la solicitud de protección internacional de un nacional de un tercer país. Tras la adopción y entrada en vigor en 1990 de la primera norma, conocida como sistema de Dublín I, el actual reglamento, llamado Dublín III, fue aprobado en 2013 por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE. El Reglamento dispone de una serie de criterios basados en distintos escenarios, que deberán aplicarse de modo jerárquico.

Según el artículo 8 de Dublín III (2013), los menores no acompañados tienen derecho a la reunificación familiar de modo prioritario, por lo cual su solicitud deberá ser procesada por el Estado miembro en el que resida uno de sus familiares directos. Al respecto, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento y el Consejo define al «menor no acompañado» como un menor que llega a territorio de un Estado miembro sin el adulto responsable por él, o que es dejado solo después de ingresar a territorio

41

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

del Estado miembro. El siguiente criterio en orden de preferencia es el de existencia de miembros de la familia beneficiarios o solicitantes de protección internacional en un Estado miembro (Dublín III, 2013, arts. 9-10). Le sigue en jerarquía el criterio de existencia de residencia o visado, la cual vincula al Estado miembro que haya otorgado previamente alguno de estos documentos al solicitante de asilo (art. 12). Por último, el criterio más controvertido de Dublín III es el de la regularidad del ingreso al territorio europeo. En esa línea, el artículo 13 del Reglamento señala que si el solicitante ha ingresado irregularmente a un Estado miembro desde un tercer país por una frontera terrestre, aérea o marítima, el Estado miembro del primer ingreso es responsable de conocer la solicitud de protección. La obligación de dicho Estado miembro cesa doce meses después de la entrada irregular. Las reglas de Dublín garantizan, además, el derecho de los solicitantes a la asistencia legal gratuita, a una entrevista personal, al remedio efectivo en caso de una decisión de traslado a otro Estado miembro, y a un plazo limitado y razonable de detención, de darse el caso.

Asimismo, el sistema de Dublín tiene como finalidad evitar que el migrante solicite asilo en más de un Estado miembro con el fin de aumentar sus posibilidades de obtener tal protección (*asylum shopping*). Sin embargo, los mecanismos de conocimiento de la solicitud plasmados en este Reglamento atienden a los intereses del Estado y no necesariamente a los del migrante; es decir, Dublín III ha propiciado de tal modo la creación de un sistema asimétrico para la distribución de obligaciones respecto a la recepción de solicitudes de asilo. En dicha asimetría, los Estados miembros periféricos, como Grecia, Italia y España, reciben una mayor carga de solicitudes de protección internacional debido al hecho de que estos países son los principales lugares de arribo de la inmigración irregular en las distintas rutas del Mediterráneo. De esta manera, Dublín III contraviene desde su concepción el principio de solidaridad en el que está basada la política migratoria de la UE (Morena-Lax & Lemberg-Pedersen, 2019, p. 7; Dimitriadis, 2016, p. 4; Morgades-Gil, 2015, p. 436; Velluti & Ippolito, 2011, p. 11).

Debido a los flujos migratorios masivos de 2015 durante la denominada «crisis de los refugiados», el sistema de Dublín ha sido objeto de severas críticas por parte de los Estados miembros y los mismos órganos de la UE. El Reglamento asume erróneamente que los veintisiete países de la Unión Europea poseen sistemas de asilo semejantes en cuanto a capacidades administrativas y legislación reguladora de la protección internacional. En 2016, la Comisión Europea publicó una evaluación de la implementación del Reglamento de Dublín III, la cual reveló grandes diferencias entre los Estados miembros para la aplicación del sistema. Entre los veintisiete Estados varían no solo las competencias de la autoridad nacional que supervisa la aplicación y coordinación

del sistema de Dublín, sino también el tipo y la cantidad de personal asignado. De esta manera, la Comisión señala que Grecia, Chipre, Francia y otros países se han visto afectados por la falta de entrenamiento y personal especializado en el sistema de Dublín para responder al notable incremento de las solicitudes entre 2014 y 2015 (Comisión Europea, 2016, p. 6).

No obstante, la principal crítica hacia el sistema de Dublín es la alta preferencia de los Estados miembros por el criterio de regularidad de la entrada, pese a que el artículo 7 del Reglamento señala expresamente la jerarquía de los criterios. Como lo revela la evaluación de la Comisión Europea, el criterio de reunificación es empleado con mucha menor frecuencia debido a la gran dificultad para contactar a los familiares del solicitante o a la falta de documentación adecuada que confirme el parentesco. Sin duda, esta situación es un factor clave para explicar el desborde de las capacidades en los países de la frontera sur europea o *frontline States*.

Es importante señalar, además, algunas de las normas europeas que, junto con el Reglamento de Dublín, conforman el Sistema Europeo Común de Asilo. Componen el núcleo del sistema la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, sobre normas mínimas para el reconocimiento de nacionales de terceros países como refugiados o beneficiarios de otro tipo de protección internacional; la Directiva 2005/85/CE del Consejo, sobre normas mínimas para la concesión o retirada de la condición de refugiado; y el capítulo 5 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

A raíz de la cuestionada actuación de la UE en materia migratoria durante la última década, se ha calificado el sistema de asilo europeo como un mecanismo deficiente que coloca una carga de responsabilidades desproporcionada en las fronteras exteriores de la Unión (Dimitriadis, 2016, p. 3). En esa línea, las distintas rutas migratorias del Mediterráneo tienen en común el empleo de las islas más cercanas al país de partida como lugar de arribo. Por la naturaleza geográfica y la distancia entre las islas y el territorio continental, estos territorios se convierten en espacios de contención que frenan el avance de los migrantes, refugiados y solicitantes de asilo dentro del territorio nacional y europeo. Finalmente, el año 2015 representó un punto de inflexión para la evaluación y reconsideración del sistema de asilo europeo, dando paso a nuevos pactos y marcos estratégicos.

II.2. Nuevo Pacto Migratorio de 2020

La respuesta de la UE en 2015 puso en evidencia la desorganización y polarización de los Estados europeos en torno a la política migratoria

43

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

y los valores de la Unión. Solo en dicho año alrededor de 1,3 millones de inmigrantes en situación irregular, provenientes principalmente de Siria, solicitaron asilo en uno de los entonces veintiocho Estados miembros, además de Noruega y Suiza. Tal episodio provocó una reacción tardía en la UE, que desarrolló la Agenda Europea sobre Migración, basada en la solidaridad entre Estados miembros para aliviar la carga procesal y logística que recaía sobre Grecia e Italia. En vista de ello, la UE adoptó, mediante las Decisiones del Consejo Europeo 2015/1523 y 2015/1601, cuotas de reubicación para 160 000 solicitantes de asilo y refugiados que se encontraban en Grecia e Italia.

No obstante, el llamado a la solidaridad y el cumplimiento de las obligaciones comunitarias tras el episodio migratorio de 2015 no tuvo mayores efectos para algunos Estados miembros. En diciembre de 2020, el TJUE determinó que Hungría había incumplido con su obligación de garantizar el derecho a la solicitud de protección internacional en la frontera con Serbia. Asimismo, en abril de 2020, el TJUE emitió una sentencia contra Polonia, Hungría y la República Checa por el incumplimiento de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 para la reubicación de solicitantes de asilo desde Grecia e Italia (*Comisión c. República de Polonia y Otros*, 2020).

En consecuencia, el 23 de septiembre de 2020 la Comisión Europea presentó el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, el cual empieza por reconocer los errores en el manejo de la situación en 2015 y exhorta a los Estados miembros a implementar un nuevo marco europeo para los flujos migratorios actuales y futuros. La Comisión reconoce especialmente «that no Member State should shoulder a disproportionate responsibility and that all Member States should contribute to solidarity on a constant basis» (COM/2020/609 final). Este pacto, que en realidad es una guía para la acción legal e institucional de la política migratoria europea de los siguientes años, introduce algunas propuestas que no necesariamente solucionarían las deficiencias de la Agenda Migratoria de 2015.

En primer lugar, el Nuevo Pacto propone la creación de un nuevo sistema de gestión del asilo y la migración que sustituya el Reglamento de Dublín. Este nuevo reglamento buscaría establecer un nivel de gobernanza europeo para garantizar la aplicación de la política migratoria y el reparto equitativo de responsabilidades. El Pacto propone también un principio de solidaridad obligatorio, pero flexible. En ese sentido, los Estados miembros pueden decidir entre tres «formas de solidaridad»: a) reubicación de personas; b) patrocinio de retorno, mediante el cual un Estado miembro asume la responsabilidad de devolver a una persona en nombre de otro Estado miembro; y c) apoyo o asistencia operativa para los países que experimentan una alta presión migratoria. El reciente Pacto significa un nuevo intento fallido de establecer un

sistema obligatorio de cuotas como la manera más eficiente de afrontar el incremento de flujos migratorios. Asimismo, los *frontline States* han manifestado su disconformidad respecto a la permisividad con la que los Estados miembros, especialmente los de Europa central, podrían evadir sus responsabilidades con la UE mediante la elección de medios de solidaridad distintos a la cuota de reubicación.

En segundo lugar, el Pacto propone realizar un control previo (*pre-entry screening*) a todos los nacionales de terceros países que no cumplan con las condiciones para ingresar a la UE, pero que soliciten protección internacional en los controles fronterizos o que hayan ingresado a un Estado miembro a través de puntos no autorizados. También aplicaría a las personas que sean desembarcadas en un Estado miembro luego de una misión de búsqueda y rescate marítimo. Este sistema necesitaría de una regulación unificada para que los Estados miembros realicen un control sanitario, de seguridad, dactilar y biométrico a todo nacional de tercer país en situación irregular, sin perjuicio de que pueda solicitar protección internacional o, en su defecto, ser retornado. No obstante, diversas interrogantes surgen de esta propuesta.

Por ejemplo, se crea un vacío legal respecto a dónde se realizaría este control, puesto que la propuesta señala: «third-country nationals concerned should not be authorised to enter the territory of the Member States» (COM/2020/612 final). Cualquier persona que haya cruzado la frontera exterior de la UE, independientemente del modo de ingreso, se encuentra de hecho dentro del territorio de un Estado miembro y, por tanto, le sería aplicable la normativa vigente que le reconoce derechos y obligaciones. Asimismo, este sistema intentaría borrar la delgada, pero reconocida línea entre solicitantes de asilo y otros tipos de migrantes. La propuesta de la Comisión plantea aplicar el control previo a todo extranjero extracomunitario, basándose en la regularidad de su entrada y no en la Convención de Ginebra de 1951, la cual hace una clara distinción sobre los solicitantes de asilo. Si bien la propuesta no restringe finalmente el derecho a solicitar protección internacional, sí crea un escenario en el cual el control migratorio y sanitario se sobrepone en la práctica al régimen internacional para la protección de refugiados y solicitantes de asilo (Jakulevičienė, 2020, § 6).

Esta propuesta también incluye la creación de un mecanismo independiente para monitorear el cumplimiento de derechos fundamentales, como el principio de no devolución, y de los procedimientos de detención en cada Estado miembro. A la fecha, los Estados miembros no han definido cuál será este mecanismo, por lo que la Comisión ha exhortado a cada Estado a establecer un mecanismo de monitoreo nacional. Este pedido revela la falta de cooperación y

la preferencia por soluciones individuales en contraste con el tono de solidaridad y coordinación del Nuevo Pacto Migratorio.

El Nuevo Pacto trae consigo modificaciones a su propuesta de 2016 sobre un procedimiento común para conceder o retirar la protección internacional, las cuales se aplicarían luego del control previo. Del mismo modo, los procedimientos de asilo y retorno quedarían unificados en un solo instrumento legislativo. El Nuevo Pacto pone énfasis en la activación inmediata del procedimiento de retorno toda vez que una solicitud de protección internacional sea rechazada en la frontera. Pese al objetivo del Nuevo Pacto de agilizar los procedimientos de asilo y retorno, no se ofrece mayores garantías para el respeto de los derechos fundamentales, ni para el ejercicio de los derechos de las personas migrantes que solicitan protección o que se ven obligadas a retornar a su país de origen.

En tercer lugar, el Pacto propone la activación rápida de mecanismos de solidaridad ante situaciones de crisis, como la de 2015, o de fuerza mayor, como la pandemia o la guerra entre Ucrania y Rusia. A efectos de ello, la Comisión emitió la Recomendación 2020/1366 para la creación de un Plan rector de preparación y gestión de crisis migratorias, el cual se activaría ante cualquier situación que se produzca dentro de la UE o en un tercer país que genere una presión especial sobre el sistema de asilo de cualquier Estado miembro.

Por último, la propuesta del Pacto se da en un contexto distinto al de 2015. Se establece que el control militar en una determinada ruta del Mediterráneo, sumado a factores políticos y humanitarios en los países de origen y tránsito, derivan en el traspaso de los flujos migratorios a otra ruta (Rodríguez Salinas, 2021, p. 30). En esa línea, España vio en 2020 un incremento exponencial en las llegadas irregulares a las islas Canarias, un fenómeno que puede compararse con la situación en las islas griegas e italianas durante años anteriores. Entonces, es necesario examinar a detalle la normativa española en materia migratoria, en particular en lo que concierne a los territorios insulares como Canarias.

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

III. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

III.1. Competencias estatales y autonómicas

En primer lugar, el numeral 2 del artículo 149 de la Constitución (1978) reserva la competencia exclusiva al Estado en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. Pese a ello, el Estado y las comunidades autónomas (CC. AA.) mantienen un nivel de coordinación en materia de inmigración. Por un lado, el Estado español asume el control de fronteras, de los flujos migratorios, y los

procesos de entrada y regularización de extranjeros. Por otro lado, las CC. AA. poseen competencia en materia de políticas de integración de inmigrantes, aunque de manera compartida con el Estado (Ferrer Muñoz, 2015, p. 93).

En concreto, el artículo 148 de la Constitución faculta a las CC. AA. a organizar sus instituciones de autogobierno (num. 1) y a ejercer en materia de asistencia social (num. 20), dos ámbitos necesarios para la gestión de flujos migratorios y atención al inmigrante. Asimismo, el inciso 2 del artículo 70 del Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias (Ley Orgánica N° 1/2018) añade la competencia de los cabildos insulares como autoridades ejecutivas en materia de asistencia y servicios sociales (Ley Orgánica N° 1/2018 de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias). En otras palabras, la respuesta ante un flujo migratorio masivo en las islas Canarias está condicionada a la intervención del nivel más alto de gobierno y, de modo subsidiario, a la del gobierno autonómico y de actores no estatales como la Cruz Roja, organizaciones internacionales, ONG y la sociedad civil organizada.

III.2. Ley N° 04/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

La Ley Orgánica N° 04/2000 desarrolla en su artículo 2 bis la política migratoria de España, reiterando la primacía del Estado en la política migratoria, sin perjuicio de las competencias que puedan ser compartidas por las CC. AA. y las entidades locales. Destaca el epígrafe 3 del mismo artículo, en el que se garantiza el principio de solidaridad para atender las circunstancias especiales en territorios que se vean afectados por una especial incidencia de flujos migratorios.

El artículo 60 de la Ley N° 04/2000 regula el procedimiento de denegación de entrada y la consecuente devolución al país de origen, los cuales aplican para todo inmigrante que ingrese de forma irregular a España y, naturalmente, son aplicables en el contexto de la inmigración irregular en las islas Canarias (Vega, 2021, § 2). En ese sentido, la orden de devolución debe efectuarse en un plazo máximo de 72 horas, pasadas las cuales el juez de instrucción debe determinar el internamiento en un centro no penitenciario, en este caso, en un centro de internamiento de extranjeros (CIE). Se debe tomar en cuenta que en Canarias funcionan dos de los ocho CIE de España: uno en Tenerife y otro en Gran Canaria. Del mismo modo, la detención en estos centros no debe exceder los sesenta días (Ley N° 04/2000, art. 62, num. 2), sin que pueda otorgarse una extensión o nueva orden de detención. Asimismo, los inmigrantes detenidos deben tener en todo momento acceso a la atención médica, jurídica y a otros servicios sociales debidamente detallados en el artículo 62 bis, con excepción del derecho a la libertad ambulatoria.

Por último, el título IV de la Ley N° 04/2000, sobre la coordinación de los poderes públicos, señala que el Gobierno nacional observará permanentemente las incidencias del fenómeno migratorio en el territorio y coordinará, a través de la Conferencia Sectorial de Inmigración, las actuaciones de las Administraciones públicas en materia de inmigración.

III.3. Ley N° 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y Reglamento

Esta ley reemplaza a la Ley N° 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en respuesta a la evolución y los cambios de los fenómenos migratorios a partir de la década de los años ochenta, y en sintonía con la política europea de asilo desarrollada a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997.

El artículo 2 de la Ley N° 12/2009 define el derecho de asilo como la protección otorgada a nacionales no comunitarios o apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado, como se dispone en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Asimismo, el artículo 4 define la protección subsidiaria como un derecho dispensado a personas de otros países y apátridas que no cumplan con los requisitos para obtener asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales existirían motivos fundados para creer que sufrirían daños y amenazas graves contra su vida en su país de origen.

Tanto el derecho de asilo como la protección subsidiaria protegen al beneficiario de la devolución o expulsión (principio de *non-refoulement*), como está contemplado en el derecho internacional consuetudinario, en la Convención de Ginebra de 1951 y en otros tratados de derechos humanos. La Ley N° 12/2009 introduce elementos particulares, como la inclusión de la orientación o identidad sexual como causa de persecución dentro del concepto de grupo social.

Los artículos 16, 17 y 18 mencionan los derechos que goza todo extranjero al presentar una solicitud de protección internacional en territorio español, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la atención sanitaria y a la asistencia jurídica gratuita, los cuales son de fundamental importancia para entender la situación de vulnerabilidad de los migrantes en el contexto de la pandemia y los flujos migratorios masivos. De igual modo, según el artículo 30, se proporcionará a los solicitantes de protección servicios sociales y de acogida, siempre que carezcan de recursos económicos.

Por último, debe considerarse también el Reglamento de aplicación de la ley reguladora del derecho de asilo, la cual regula los procedimientos de presentación de la solicitud de asilo. El artículo 4 señala que las

47

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

solicitudes de asilo deben presentarse en la Oficina de Asilo y Refugio, los puestos fronterizos de entrada en España, las oficinas de extranjería, las comisarías provinciales o de distrito de Policía, o en misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas. Los extranjeros que ya se encuentren en territorio español deberán acudir a la dependencia que corresponda a presentar su solicitud mediante una declaración manifiesta de voluntad. Seguidamente, obtendrán un resguardo de presentación de solicitud de protección internacional («hoja blanca») que los habilitará para permanecer en España por un periodo máximo de sesenta días, mientras se revisa la admisión a trámite de su solicitud.

Una vez que se admite a trámite la solicitud de protección internacional, se expide la autorización de permanencia («tarjeta roja» para solicitantes de asilo, «tarjeta verde» para solicitantes del estatuto de apatridia). La «tarjeta roja» solo indica que se ha admitido a trámite la solicitud, mas no su aprobación. La admisión a trámite conlleva una serie de derechos y obligaciones para el solicitante, quien está habilitado para permanecer en el territorio español durante la revisión del expediente y para trabajar después de seis meses de expedida la documentación. Es importante conocer estos procedimientos para evaluar más adelante si se logra garantizar la documentación y libre circulación de los solicitantes de asilo llegados a las islas Canarias.

III.4. Acuerdos de readmisión con terceros países

La UE desarrolla, en el marco de su política migratoria, una dimensión exterior basada en la cooperación con terceros países de origen y tránsito. Así, el objetivo de reducir la inmigración irregular se inserta en las relaciones exteriores de la UE de dos maneras. La primera es a través de la negociación y adopción de acuerdos de readmisión de inmigrantes irregulares con terceros países, así como del reforzamiento del control de fronteras más allá del territorio europeo; y la segunda se refiere a la cooperación para el desarrollo de los países de origen y tránsito con el fin de resolver los problemas de fondo de la migración (Richir, 2008, p. 56).

Otros autores han explorado la externalización y la extraterritorialidad de los controles migratorios como estrategias que también forman parte de la dimensión exterior de la política migratoria europea y sobre las cuales España representa un modelo para el resto de países europeos (Gabrielli, 2017, p. 129). En esa línea, destaca el trabajo de Del Valle Gálvez (2020, pp. 169-173) sobre la distinción entre la externalización del control migratorio, ejecutado por terceros Estados a través de sus propios agentes públicos, y la extraterritorialidad, en la que sí hay presencia o ejercicio del control migratorio por parte de agentes públicos de los Estados de la UE. Estas estrategias aplicadas por España juegan un papel relevante en el contexto de la migración irregular hacia Canarias.

49

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

España mantiene una serie de acuerdos formales e informales con Marruecos y diversos países subsaharianos para la intercepción de embarcaciones y desarticulación de organizaciones de tráfico de migrantes en aguas y territorio africanos, sea con la participación directa de agentes españoles (extraterritorialidad) o sin ella (externalización).

No obstante, los acuerdos de readmisión son los principales instrumentos bilaterales y multilaterales que regulan el retorno de los ciudadanos de los países signatarios o de ciudadanos de terceros países que hayan transitado por uno de los países signatarios. En ocasiones, los acuerdos de readmisión incluyen mecanismos de cooperación menos formales, los cuales pueden incluir el patrullaje conjunto de fuerzas del orden, el intercambio de información y el envío de oficiales de enlace del Estado miembro (Gabielli, 2017, p. 130). En 1992, España firmó su primer acuerdo de readmisión con Marruecos, el cual entró en vigor recién en 2012 y desde entonces ha sido activado una sola vez, en 2018. Otro convenio bilateral con Marruecos es el Acuerdo de readmisión de menores no acompañados, modificado en 2007, el cual ha sido activado últimamente en 2021 para devolver a los menores no acompañados que llegaron a Ceuta junto a grupos grandes de adultos, quienes estuvieron sujetos a devoluciones «en caliente» o exprés.

Asimismo, tras el pico de llegadas a las islas Canarias registrado entre 2005 y 2006 («crisis de los cayucos»), España amplió su cartera de acuerdos bilaterales de readmisión con varios países africanos de origen y tránsito en la ruta mediterránea y la ruta de Canarias. Entre los países con los que España mantiene acuerdos bilaterales de readmisión se encuentran Argelia (2002), Mauritania (2003), Guinea Bisáu (2003) y Nigeria (2001). Es decir, España ha construido por dos décadas un sistema de vigilancia, cooperación y patrullaje en casi toda la zona superior de la costa africana occidental, el cual se refuerza con un mecanismo legal como la readmisión.

Es importante mencionar que, desde el derecho internacional general, todos los Estados tienen la obligación de recibir a sus propios nacionales. Sin embargo, si el Estado de origen se niega a readmitir a sus nacionales, o a nacionales de terceros países, en ocasiones es imposible exigirles el cumplimiento de esta obligación debido a la gran dificultad para identificar a los migrantes y sus itinerarios (Fajardo, 2009, p. 475).

IV. LA RUTA AFRICANA OCCIDENTAL O RUTA A CANARIAS

La denominada ruta del África occidental o ruta atlántica cubre los flujos migratorios que parten desde la costa africana occidental hacia las islas Canarias en España. Las embarcaciones con migrantes salen de diversos

puntos en la costa de Marruecos, el Sáhara occidental, Mauritania, Senegal, Gambia y Guinea Bisáu. Dependiendo de la ruta tomada, la distancia entre el puerto de salida y las islas Canarias puede variar entre 100 a 2400 kilómetros. Esta ruta, objeto de análisis del presente trabajo, cobró gran relevancia por primera vez en 2006, año en el que se produjo un incremento inusitado en el número de llegadas a través de embarcaciones artesanales. De ahí que se denominara al episodio como la «crisis de los cayucos».

El refuerzo del control migratorio en la ruta de Canarias tras los episodios de 2006 llevó a una reducción de los flujos migratorios por casi seis años seguidos. Solo entre 2006 y 2007 el número de llegadas irregulares descendió de 31 678 a 12 478. Para 2014, las llegadas anuales a las islas Canarias descendieron hasta 296 (Ministerio del Interior, 2015, p. 8). No obstante, en los años posteriores, especialmente, a partir de 2018, se observó un incremento gradual que superaba las 1000 llegadas anuales. Esta tendencia crecería hasta llegar a niveles inusuales a finales de 2019 y durante todo 2020, lo cual alarmó a la sociedad española y los medios de comunicación, llegándose a mencionar una posible nueva «crisis de los cayucos».

El periodo de 2020 merece estudiarse detenidamente, pues dicho año se registraron 23 023 llegadas en las islas Canarias, una cifra no vista desde 2006, aunque menor a la de dicho año. Por ello, deben analizarse los cambios en la demografía, las modalidades de viaje y las motivaciones de los migrantes que emprendieron el viaje durante este periodo. La migración en la ruta africana occidental en 2020 no es del todo similar a la de 2006 —o cualquier periodo anterior— por el simple hecho de que existe una variable importante: la pandemia de COVID-19. En vista de ello, se presume que la crisis sanitaria y las consecuencias socioeconómicas de esta serían los principales factores que habrían motivado la migración irregular por medio de este corredor.

En 2020 se registró el ingreso de 23 023 inmigrantes irregulares en las islas Canarias, que representan el 57 % del total de llegadas (41 861) en España en dicho año. Esto es un incremento de 756 % en comparación a 2019 (Ministerio de Interior, 2020, p. 5). En contraste, las llegadas a la Península y las islas Baleares descendieron en 24 %. Del mismo modo, las llegadas por tierra a Ceuta y Melilla sumaron 1755, reflejando un descenso de 72 % respecto a 2019. Por ello, se habla de una reconducción de los flujos migratorios desde el estrecho de Gibraltar y la frontera terrestre con Marruecos hacia las islas Canarias (Rodríguez Salinas, 2021, pp. 58-59). La ruta de Canarias incluso llegó a ser en 2020 la más recorrida en Europa debido al descenso en las llegadas a Italia y Grecia en el contexto de la pandemia.

51

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

Solo entre enero y julio de 2020 se registró a 3269 inmigrantes que ingresaron a las islas Canarias de forma irregular, una cifra mayor al total anual en 2019. Sin embargo, la mayor concentración de llegadas mensuales y diarias se registró entre septiembre y diciembre, periodo en el que llegaron más de 18 000 inmigrantes. Es decir, si en enero de 2020 la media de llegadas diarias era de 20, en noviembre la media superaba las 250 (CEAR, 2021). Es posible señalar a la pandemia, y la consecuente crisis económica y sanitaria, como el posible punto de partida para el ascenso de la migración hacia Europa y las islas Canarias a partir de marzo de 2020.

Mientras que tradicionalmente la inmigración irregular en Canarias agrupaba sobre todo a las nacionalidades subsaharianas, se observa en los últimos dos años una representación mayoritaria de migrantes marroquíes. La reciente situación migratoria en Canarias posee entonces características propias que la diferencian de la «crisis de los cayucos». Los principales países de origen de los inmigrantes llegados a Canarias son Marruecos (52 %), Senegal (20 %) y Mali (18 %). Por un lado, durante la primera mitad del año, en la que se registraron menos llegadas, la mayor parte de los migrantes llegados a Canarias eran ciudadanos malienses que huían del conflicto armado que afectó el norte de Mali desde 2012. En ese sentido, se plantea que el clima de violencia y crisis humanitaria en el Sahel se configura como una de las principales causas del incremento en los flujos migratorios hacia las islas Canarias (CEAR, 2021, p. 11). Por otro lado, en la segunda mitad del año se fueron sumando distintas nacionalidades al grupo de migrantes, como marroquíes y senegaleses, principalmente motivados por la crisis económica en sus países debido a la pandemia (Acnur, 2021, § 6).

Al 11 de febrero de 2021 había 10 718 migrantes en espacios de acogida provisionales a plena capacidad (CEAR, 2021, p. 19). Los planes a corto, mediano y largo plazo para atender el déficit de infraestructura en las islas Canarias se han elaborado entre el Gobierno español y diversos actores privados. En el corto plazo, el Gobierno español acordó con el gremio hostelero de Canarias la habilitación de 5500 plazas en hoteles y complejos turísticos que se encontraban vacíos o que tenían habitaciones desocupadas debido a la pandemia. Contrariamente a lo señalado en las campañas de desinformación o bulos, la mayoría de los establecimientos contaban con instalaciones básicas y se trataba de apartamentos simples extrahoteleros (RTVE, 2020). Con miras al mediano y largo plazo, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España presentó el Plan Canarias. Dicho Plan incluye la habilitación de 7000 plazas de acogida provisional en carpas ubicadas en campamentos supervisados por la Cruz Roja y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), y en cuarteles.

Una vez expuestos el marco legal, los antecedentes históricos y las características de los recientes flujos migratorios hacia las islas Canarias, es necesario analizar individualmente las vulneraciones a los derechos humanos de los inmigrantes en el archipiélago durante la pandemia. Esta sección comprende un análisis legal de los actos y las omisiones del Gobierno español, tomando en cuenta la legislación española, comunitaria y el derecho internacional.

V. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN CANARIAS DURANTE LA PANDEMIA

V.1. *Non-refoulement* y «devoluciones en caliente»

Las personas migrantes gozan de una serie de derechos derivados del régimen internacional de derechos humanos, sean de carácter universal o dirigidos explícitamente a este grupo humano. No obstante, existe una serie de derechos exclusivos para personas que posean el estatus de refugiados o, en todo caso, ciertas garantías para los solicitantes de asilo y protección subsidiaria. En el contexto de la migración mixta, que reúne a refugiados, solicitantes de protección internacional y otros tipos de migrantes en una misma ruta, es fundamental que la autoridad nacional garantice la identificación de los migrantes en situación de vulnerabilidad.

En primer lugar, es necesario analizar cómo el principio de no devolución (*non-refoulement*) se ha visto vulnerado en la ruta migratoria hacia las islas Canarias durante la pandemia. La no devolución está contemplada en la Convención de Ginebra de 1951:

No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion (art. 33).

Asimismo, otros tratados internacionales, como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), y la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), cristalizan el principio de no devolución en el régimen internacional de refugiados y de los derechos humanos. Cabe resaltar que España ha ratificado los tratados mencionados, al igual que casi todos los Estados miembros de la UE¹.

¹ La Convención contra la Tortura ha sido ratificada por todos los Estados miembros de la UE, mientras que la Convención para la protección contra las desapariciones forzadas aún está pendiente de ratificación para algunos Estados, como Polonia y Hungría.

53

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

En tal sentido, la autoridad nacional está obligada a realizar un examen individual, previa identificación del migrante, que permita conocer si una persona califica como refugiado y si desea solicitar la protección internacional. Dicho examen es imperativo y debe realizarse individualmente con asistencia jurídica de interpretación, brindando información clara al migrante (González García, 2017, p. 44). De lo contrario, iniciar y ejecutar un expediente de devolución sin realizar los pasos antes mencionados o, en el peor de los casos, retornar a los migrantes rescatados o interceptados en el mar hacia sus países de origen, constituye una violación al principio de no devolución y a la prohibición de expulsiones colectivas.

Primero, se afirma que el principio de no devolución se vulnera en distintas etapas del movimiento migratorio irregular hacia las islas Canarias. La devolución forzosa puede entonces ocurrir en la etapa inicial del trayecto del migrante, apenas este haya partido del país de origen o tránsito. Segundo, como se describió anteriormente, la cooperación bilateral de España con terceros países ha permitido no solo el bloqueo de las embarcaciones con migrantes en aguas territoriales en la costa africana, sino también una vigilancia permanente en las rutas terrestres que conectan a los países de origen con los países de tránsito (González García, 2019, p. 214; Finotelli & Sciortino, 2013, citados en Soriano-Miras, 2016, p. 54). Según la doctrina revisada, el patrullaje conjunto, la coordinación de las interceptaciones y acciones de rescate marítimo, y la cooperación directa entre un Estado miembro de la UE y terceros países para la devolución de migrantes, son modos de extraterritorialidad del control migratorio que no eximen al Estado miembro de su responsabilidad legal.

Concretamente, existen reportes de operaciones de control migratorio durante la pandemia en Marruecos, Mauritania, Senegal y Gambia, países con los que España ha suscrito convenios de cooperación policial y lucha contra el tráfico de migrantes. Por ejemplo, entre enero y octubre de 2021, la cooperación bilateral entre España y terceros países frustró la llegada de alrededor de 8000 migrantes que intentaban alcanzar las islas Canarias. Esta cifra representa el 40 % del total de personas que intentaron desembarcar en el archipiélago español. De dicho total, el número de inmigrantes que llegaron a las islas Canarias asciende a 17 000 (Martín, 2021, § 1). Estas redadas se realizan en tierra y mar (aguas territoriales) en los terceros Estados y cuentan con la participación *in situ* de las fuerzas de seguridad españolas. No solo se trata de una colaboración o asistencia remota por parte de España, sino de un despliegue de agentes españoles del Cuerpo Nacional de Policía en Mauritania y de la Guardia Civil en Marruecos, así como de buques oceánicos, helicópteros, lanchas y aviones de vigilancia marítima para

la cobertura del área entre las islas Canarias y las costas de Gambia, Guinea Bisáu y Senegal (Espinosa Nava, 2019, pp. 127-129).

Pese a que las cifras de migrantes interceptados y retornados a sus países de origen se consideran como indicadores positivos para las fuerzas del orden españolas, estas operaciones bien podrían plantearse como casos de devolución forzosa, puesto que no existe la intención de asistir a los migrantes susceptibles de sufrir daños irreparables al ser retornados. Sobre este tema, el antecedente más importante es sin duda el caso *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* de 2012, en el cual el TEDH falló en contra de Italia por haber retornado a un grupo de migrantes africanos a Libia, donde sufrieron tratos calificados como tortura, en clara violación del artículo 3 del CEDH². De este fallo, se asume que el ejercicio de la autoridad ejercida por agentes de un país europeo sobre los migrantes, por más que sea extraterritorial (en altamar, por ejemplo), tiene según el Tribunal mérito suficiente para activar la jurisdicción de este.

Si bien la situación de cada migrante y su respectivo país de origen es distinta y debe evaluarse individualmente, las condiciones de violencia y persecución todavía vigentes —y agravadas— durante la pandemia en Marruecos y los países subsaharianos podrían convertirse en premisas importantes para determinar una posible violación del principio de no devolución por parte de España en el contexto del control migratorio en Canarias. En esa línea, diversos colectivos civiles y ONG han denunciado el estado de alta inseguridad en Marruecos, especialmente para periodistas y activistas políticos prosaharauis, así como un escenario agudo de violencia armada contra civiles en Mali, Nigeria y Guinea (Human Rights Watch, 2021, §§ 1-10; Amnesty International, 2021, §§ 1-20). Sobre Mali, de manera particular, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) recomendó en 2019 no retornar a los migrantes malienses originarios de más de diez regiones, ubicadas en el centro y norte del país, debido a la grave situación de conflicto armado e inestabilidad política (p. 7). Sin embargo, como han denunciado colectivos civiles, un grupo de inmigrantes internados en los CIE de Canarias fueron devueltos a Mali indirectamente a través de Mauritania. Es decir, el Gobierno español rehusó el principio de no devolución al utilizar el acuerdo de readmisión con Mauritania para retornar allí a los migrantes y, posteriormente, conducirlos a la frontera con Mali sin proporcionarles alimento ni agua por días (Martín & Rosati, 2020, §§ 1-5; Servicio Jesuita a Migrantes, 2021, p. 15).

2 En *Hirsi Jamaa*, los migrantes fueron interceptados por agentes italianos en altamar mientras se dirigían a Italia desde Libia, para luego ser retornados al país africano sin haber sido informados adecuadamente del procedimiento. En Libia, los migrantes fueron sometidos a abusos, terminando incluso con la muerte de dos de los demandantes.

55

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

Asimismo, la devolución forzosa está estrechamente relacionada a las expulsiones colectivas de extranjeros o «devoluciones en caliente», prohibidas por el artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH. Esta modalidad de rechazo en frontera ha ganado gran relevancia en España debido a las denuncias sobre las expulsiones de grupos numerosos de migrantes en las vallas de Ceuta y Melilla. La tónica de esta prohibición radica en el principio de no devolución, según el cual no se permite la expulsión de migrantes sin antes haber identificado a potenciales refugiados y solicitantes de asilo. En consecuencia, surge la interrogante sobre si, por ejemplo, la interceptación y devolución de migrantes frente a la costa africana se considera una expulsión colectiva, dado que las operaciones se llevan a cabo fuera de las fronteras exteriores Schengen. En respuesta a esta interrogante, el mismo fallo de *Hirsi Jamaa* señala que el Protocolo 4 no excluye la aplicación extraterritorial del artículo 4, pues la noción de «expulsión» no se limita al espacio de frontera, como se entendía tradicionalmente.

No obstante, el TEDH observa algunas limitaciones a la aplicación del artículo 4 en el caso *Khlaifia and Others v. Italy* (2016). Como anota la Gran Sala, este artículo no garantiza el derecho a una entrevista individual en todas las circunstancias, pues basta que el inmigrante tenga una oportunidad efectiva y genuina de presentar su reclamo ante una orden de devolución, y que este reclamo sea examinado de manera adecuada por las autoridades nacionales. Este argumento, aunque discutible, corresponde a un caso en el que los migrantes estuvieron entre nueve a diez días en el territorio de un Estado miembro a la espera de su devolución. Sin embargo, es poco probable que un Estado miembro emplee con éxito el mismo argumento en el caso de una interceptación y devolución inmediata en aguas extraterritoriales, y ello debido a lo corto del tiempo entre estos eventos y a que no existen garantías de que haya asistencia jurídica y de interpretación a bordo de estas naves policiales.

De igual manera, se habría vulnerado el principio de no devolución debido a irregularidades en el proceso de asistencia y recepción de solicitudes de protección internacional de los inmigrantes llegados a las islas Canarias. En primer lugar, el defensor del pueblo español constató que la identificación de los migrantes suele hacerse en centros de internamiento con posterioridad a la entrada en Canarias, y no en el punto de entrada o al momento de la intervención al inmigrante. En segundo lugar, las autoridades españolas están obligadas —sin perjuicio de la participación voluntaria de ONG— a brindar a cada persona inmigrante información adecuada, comprensible y completa sobre la posibilidad de solicitar protección internacional.

En tercer lugar, se ha denunciado que la asistencia letrada no se ha efectuado cumpliendo condiciones mínimas en Canarias debido a la

imposibilidad de realizar entrevistas privadas con un intérprete presente, así como a la falta de seguimiento por parte de los letrados en un contexto de alta demanda. A pesar de ello, la responsabilidad recae no solo en los letrados, sino principalmente en la autoridad española, la cual debe asegurar la implementación de espacios reservados e intérpretes suficientes para poder asistir e identificar a personas con necesidad de protección. El defensor del pueblo observó en Adeje y Puerto de la Cruz, ambos en Tenerife, que la policía informó a grupos de migrantes —cada uno con más de 140 personas— y a todos a la vez sobre las órdenes de devolución que pesaban sobre ellos (Defensoría del Pueblo, 2021, pp. 56-62). De esta manera, no era realmente posible que cada uno de los migrantes comprendiese el procedimiento que iba a realizarse, comprometiendo así su capacidad de plantear un recurso.

En los casos arriba mencionados, omitir información, o brindarla de manera incomprensible respecto a la posibilidad de solicitar asilo o de apelar una orden de devolución, constituye una violación del artículo 13 del CEDH. Este artículo se refiere al derecho a un recurso efectivo, en conjunto con una serie de derechos que también pueden verse vulnerados de ser retornados los individuos al país de origen (por ejemplo, el artículo 3). Tanto en los casos de interceptación de embarcaciones fuera del territorio europeo como en aquellos en territorio español donde las autoridades españolas no brindasen información ni asistencia jurídica adecuada a los migrantes sobre las posibilidades de protección internacional, se estaría privando a migrantes en situación de vulnerabilidad de acceder al proceso de solicitud de asilo y a la concesión de un recurso que pueda revertir o bloquear una orden de devolución. En esa misma línea, las condiciones agravantes de la pandemia y la alta presión migratoria no son elementos válidos para la omisión de ciertos procesos y garantías para los inmigrantes, ya que el Estado miembro no puede determinar *a priori* qué personas no se encuentran en situación de vulnerabilidad.

En resumen, la respuesta del Estado español ante el incremento de las llegadas irregulares en las islas Canarias ha propiciado la vulneración del principio de no devolución consagrado en el derecho internacional consuetudinario y convencional, en específico en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 y el artículo 3 de la CEDH, junto con el artículo 4 del Protocolo 4 al CEDH sobre expulsiones colectivas. Mediante la actuación policial extraterritorial y la comisión de irregularidades en el proceso de identificación y devolución de migrantes, las autoridades españolas habrían incumplido con la prohibición de devolver a posibles refugiados y personas vulnerables que huyen de sus países de origen por el clima de violencia agravado durante la pandemia. De particular relevancia es el retorno de migrantes provenientes de países subsaharianos como Mali, Mauritania y Senegal,

los cuales representan la mitad de los inmigrantes llegados a Canarias en situación irregular. Asimismo, el derecho a presentar un recurso efectivo contra una decisión de retorno se vería vulnerado, según el artículo 13 de la CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

V.2. Detenciones prolongadas y restricciones a la libre circulación por el territorio nacional

Como se revisó en la legislación española y europea, los inmigrantes en situación irregular pueden ser detenidos por la policía inicialmente por un plazo máximo de 72 horas, dentro del cual deben ser identificados mientras se tramita y ejecuta su devolución. Dado el alto volumen de llegadas en Canarias, se implementaron Centros de Atención Temporal para Extranjeros (CATE) para la detención inicial de hasta 72 horas, siguiendo el modelo de los CATE en la Península. No obstante, solo existen dos CATE en Canarias (en Tenerife y Gran Canaria) que pueden denominarse como tales, por lo que las autoridades se han visto obligadas a improvisar espacios temporales sin la infraestructura y los servicios básicos. Estos espacios son en realidad campamentos que albergan un número de migrantes mayor que la capacidad máxima en condiciones de hacinamiento, altas temperaturas, mala alimentación y con servicios higiénicos en pésimas condiciones. Se ha constatado esta situación en el muelle de Arguineguín (Gran Canaria) y en la nave del puerto de Las Palmas (Defensoría del Pueblo, 2021, pp. 28-31).

Sin embargo, pese a que algunos campamentos sí contaban con instalaciones en condiciones adecuadas, los CATE no están adaptados para albergar a los migrantes por más tiempo que el plazo legal de 72 horas, ni tampoco corresponde la prolongación de la estancia. En ese sentido, la jurisprudencia del TEDH es amplia respecto a posibles violaciones del literal f del numeral 1 del artículo 5 de la CEDH en relación con la detención de los inmigrantes irregulares sujetos a la autorización o denegación de su entrada al territorio. De manera general, el Tribunal ha resaltado que la legislación nacional de los Estados parte puede ser satisfactoria para regular las condiciones básicas de la detención inicial de un extranjero solo si la legislación define de manera puntual las motivaciones, límites, autoridades responsables y periodo máximo de duración de la detención (*Z.A. and Others v. Russia*, 2019). Del mismo modo, respecto a la detención inicial de inmigrantes en situación de vulnerabilidad como solicitantes de asilo y menores, el TEDH ha determinado que los Estados parte incumplirían con el artículo 5, numeral 1, literal f) si optan por la detención de una persona vulnerable pese a contar con otros medios menos coercitivos (*Rahimi v. Greece*, 2011; *Yoh- Ekale Mwanje v. Belgium*, 2011).

57

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

De cumplirse el plazo máximo de 72 horas sin haber ejecutado la devolución, se puede disponer de la detención temporal en los CIE por un plazo máximo de sesenta días únicamente mediante orden judicial, toda vez que la persona inmigrante espere su expulsión. Los CIE no son considerados centros de detención o prisiones, sino centros de internamiento, pese a que dependen del Ministerio del Interior y, más específicamente, de la Dirección General de la Policía (CEAR Euskadi, 2021, §§ 1-3). Aun así, las medidas sanitarias adoptadas por el Gobierno español, sumadas al flujo masivo de llegadas a Canarias, plantearon un reto sustancial para el sistema de asilo y detención en el archipiélago.

Por ejemplo, se ha reportado la detención de inmigrantes en el muelle de Arguineguín por más de dos semanas (Defensoría del Pueblo, 2021, pp. 28-34). Respecto a estas detenciones prolongadas, el juez de instrucción del CIE recibió como explicación que algunos migrantes contagiados de COVID-19 debían permanecer en cuarentena (CEAR, 2021, p. 15). Este argumento no tendría un sustento legal sólido, ya que una cuarentena no puede ejecutarse a través de la privación de la libertad y siempre debe ser proporcional a las circunstancias del migrante afectado, actuando de manera más favorable para este. Por ello, el aislamiento de un inmigrante en situación irregular debe aplicarse en la medida que sea estrictamente necesario y sin exceder un periodo razonable. Asimismo, los migrantes que logran ser derivados al sistema de acogida, entre ellos solicitantes de asilo y personas a la espera de una cita en la comisaría para solicitar protección internacional, a menudo se encuentran varados en estos centros de acogida por meses. Aquellas personas que no han logrado solicitar asilo, pero que necesitan protección internacional, están expuestas a ser retornadas antes de que puedan acudir a la cita, pues la prohibición de devolución solo aplica para solicitantes de asilo registrados (Ley N° 12/2009, art. 19).

Respecto al internamiento en los CIE, se conoce que, ante la llegada masiva de inmigrantes en situación irregular a Canarias, la mayoría de los migrantes detenidos han sido puestos en libertad por la falta de plazas en los centros de acogida y los CIE (Defensoría del Pueblo, 2021, p. 28). Esta información coincide con la clausura general de los CIE el 6 de mayo, en medio del primer brote de coronavirus en la isla y el cierre de fronteras, pese a que el 23 de septiembre se decidió reabrir los centros. No obstante, la puesta en libertad de los inmigrantes, sobre todo de aquellos en situación de vulnerabilidad, significa también el abandono social y legal en un espacio aislado geográficamente, como lo es una isla. En esa línea, desde el año 2020 se han reportado grupos grandes de migrantes marroquíes y subsaharianos abandonados en distintas islas del archipiélago tras haber sido expulsados de los centros de acogida o haber abandonado voluntariamente los campamentos abarrotados, por lo que

recurren a calles, playas y estacionamientos que carecen de cualquier tipo de acomodación (Vega, 2021, §§ 1-3).

Por otro lado, si de por sí la ubicación geográfica de las islas Canarias dificulta que los solicitantes de asilo se trasladen a la Península, donde podrían contar con familiares y redes de apoyo, la pandemia ha hecho prácticamente imposible la reubicación de las personas en situación irregular. Si bien la Ley N° 12/2009 de asilo no recoge expresamente el derecho de los solicitantes de protección internacional a circular libremente por el territorio nacional, se entiende por el artículo 18, numeral 2, literal d que, si los solicitantes están obligados a informar a las autoridades sobre su domicilio en España y cualquier cambio que se produzca en él, es porque gozan de libertad para circular por el territorio y fijar su residencia donde deseen. Esta interpretación ha sido empleada en diversas ocasiones por tribunales superiores de justicia y el Tribunal Supremo español (Defensoría del Pueblo, 2021, pp. 65-66). La libertad de circulación por el territorio incluye sin duda a todas las comunidades y ciudades autónomas del Reino de España.

Al respecto, la Directiva 2013/33/UE comunitaria también señala en el inciso 1 del artículo 7 que los solicitantes podrán circular libremente por el territorio del Estado miembro de acogida o dentro de una zona asignada por dicho Estado. Quizá el condicionante de dicho artículo se encuentre en el inciso 2, según el cual «la zona asignada» deberá ofrecer un margen suficiente para garantizar al solicitante el acceso a todos los beneficios concedidos en la Directiva. Entonces, en un contexto de pandemia y restricción de movimiento de personas, servicios y bienes, es poco probable que un territorio insular como Canarias, con un déficit de infraestructura para acoger a todos los migrantes llegados, pueda ofrecer un margen suficiente para el bienestar de los inmigrantes. Por esta razón, retener a grupos numerosos de solicitantes de asilo sin hogar en estas circunscripciones no garantiza que tengan acceso a los beneficios (atención médica, alimentación, asistencia jurídica y educación, entre otros) que se les debe conceder en los centros de acogida.

La retención de los migrantes en territorios insulares o en zonas de frontera no es una estrategia circunstancial a la pandemia, sino que ha sido implementada desde años atrás en determinadas zonas en la frontera sur de Europa. En 2016, los Estados miembros de la UE suscribieron el Acuerdo UE-Turquía para combatir la inmigración irregular que llegaba a las islas griegas. Al respecto, Grecia se comprometió a detener todos los traslados de migrantes desde las islas griegas hacia el territorio continental con el fin de interrumpir el avance de los migrantes hacia el resto de los países y acelerar el proceso de devolución. Sin embargo, esta medida significó la rápida sobrepoblación de las islas griegas, que no

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

contaban con la infraestructura y el personal necesario para atender a las personas migrantes (Dimitrialdi, 2016, p. 4).

Del mismo modo, el rápido avance de la pandemia en España llevó al Gobierno a instaurar el primer estado de alarma en todo el territorio, que fue del 14 de marzo al 21 de junio de 2020 (Presidencia del Gobierno, 2021, §§ 1-15). Uno de los efectos del estado de alarma es la restricción de ciertos derechos, como el de la libertad a circular en una o entre varias comunidades autónomas, salvo ciertas excepciones. En ese sentido, el 29 de julio de 2020 el Tribunal Supremo emitió la sentencia N° 1128/2020, a favor de unos solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla a los que no se les permitía viajar a la Península mientras esperaban la resolución de su solicitud de protección internacional. En consecuencia, existía ya un precedente legal para no limitar la circulación de solicitantes de protección en territorios españoles fuera de la Península, lo cual sería aplicable también a Canarias. El Servicio Jesuita del Migrante denunció, no obstante, que el 3 de agosto la policía instruyó a las compañías de transporte para que no aceptaran la tarjeta de solicitante de protección internacional como documento de identificación de los pasajeros que se disponían a viajar hacia la Península. Asimismo, se elevaron más denuncias a partir de diciembre de 2020, cuando se bloqueó el abordaje de solicitantes de asilo en los vuelos hacia la Península.

Estos casos han llegado a la justicia española con distintos fallos en varias instancias. El 14 de abril de 2021, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 5 en Las Palmas de Gran Canaria aprobó la medida cautelar solicitada por un migrante marroquí al que, junto con otras veintidós personas, se le impidió tomar un vuelo desde Gran Canaria hacia Barcelona. Este caso presentó dos premisas importantes: primero, el recurrente había manifestado su intención de solicitar asilo, pero tenía una orden de devolución que no se había ejecutado en el plazo de 72 horas determinado por ley. Segundo, los abogados del recurrente señalan que los controles sanitarios por la pandemia servirían en la práctica para identificar extranjeros en situación irregular y, luego, disponer su detención y devolución. El juez a cargo dictaminó que todo migrante que acredite su identidad con un pasaporte válido o con la solicitud de protección internacional puede viajar a la Península si cumple con las restricciones sanitarias vigentes. Este fallo también despejaría una interrogante importante: las órdenes de devolución pierden efecto si no se ejecutan dentro del plazo máximo de 72 horas, no pudiendo ser aplicadas en cualquier momento en caso de que el extranjero sea nuevamente detenido por la policía. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias revirtió este fallo en septiembre del mismo año, argumentando que la normativa vigente en materia sanitaria disponía —no en calidad exclusiva para los extranjeros en situación irregular,

sino para cualquier persona— el cierre perimetral de las comunidades autónomas salvo por motivos justificados.

La detención prolongada y las restricciones al movimiento hacia la Península son medidas que difícilmente podrían estar amparadas en el margen de decisión que poseen los Estados miembros en caso de una emergencia sanitaria. En primer lugar, se ha denunciado en numerosas ocasiones la detención de migrantes y solicitantes de asilo en los CATE y centros de acogida humanitaria por más de 72 horas, en las cuales no habrían sido debidamente identificados ni se habrían recibido sus solicitudes de protección internacional, por lo que el procedimiento determina que deberían salir en libertad o ser internados únicamente mediante orden judicial.

Por otro lado, como ha sucedido durante la pandemia, los migrantes que son dejados en libertad o abandonan voluntariamente los centros de acogida están expuestos a una situación de alta vulnerabilidad en una circunscripción prácticamente aislada del resto del territorio. Ante la ausencia de una orden formal que disponga la restricción de la libre circulación a una zona determinada, según la Directiva 2013/33/UE y la Ley N° 12/2009 española, y tomando en cuenta la sentencia N° 1128/2020 del Tribunal Supremo, las personas extranjeras que hayan sido puestas en libertad, así como los solicitantes de protección internacional, pueden circular por todo el territorio nacional bajo cumplimiento de las restricciones sanitarias, pero sin que estas restrinjan sus derechos fundamentales.

V.3. Condiciones de recepción

Las condiciones de recepción y acogida en Canarias durante el episodio migratorio en 2020-2021 deben analizarse a la luz de los derechos humanos y la normativa vigente. De esta manera, es posible identificar cómo la pandemia ha afectado las capacidades de respuesta del Estado español, y cómo las condiciones en los centros de recepción configurarían una vulneración de distintos derechos de los inmigrantes, solicitantes de protección internacional y refugiados.

En primer lugar, el incremento en el volumen de llegadas en las islas Canarias venía alertándose desde 2019, como lo confirma el análisis de riesgo de Frontex (2019), el cual reportaba un aumento en el flujo migratorio en la ruta africana occidental (p. 17). No obstante, el Gobierno español optó por no aumentar el número de plazas públicas de acogida y, por el contrario, se delegó la responsabilidad a las ONG, dejando sin preparación el sistema público de acogida ante un episodio previsible (CEAR, 2021, p. 12; Defensoría del Pueblo, 2021, p. 36).

61

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

En 2019 solo se disponía de tres centros de acogida en todas las islas, con un total de 78 plazas, las cuales fueron incrementadas en 2020 a 388 plazas, distribuidas en once centros de acogida integral (Defensoría del Pueblo, 2021, p. 36). Ante el inminente incremento de las llegadas en los primeros meses de 2020, se intentó responder con la apertura de espacios adicionales en pequeños centros, polideportivos e, incluso, hoteles y propiedades desocupadas debido a la pandemia. Cabe resaltar que la elección de estos recintos, pese a la premura de la decisión, no son un hecho aleatorio, pues el artículo 18 de la Directiva 2013/33/UE prevé el uso de estos espacios en reemplazo de los centros de acogida públicos. Asimismo, en el marco del Plan Canarias, se han improvisado espacios de recepción en puertos como Arguineguín, altamente criticados por la situación de hacinamiento, la falta de servicios básicos y la precariedad a la que se enfrentan los migrantes allí detenidos.

En segundo lugar, la pandemia también modificó en la práctica el procedimiento de recepción de los inmigrantes irregulares recién llegados. Se introduce entonces la necesidad de realizar una prueba de COVID-19 a los migrantes. En dicho sentido, la Secretaría de Migraciones publicó en julio de 2020 el Protocolo de actuación ante posibles casos importados de COVID-19 en el contexto de la inmigración irregular. En dicho documento se alerta sobre el riesgo epidémico que supone la inmigración marítima irregular debido al contacto estrecho en las embarcaciones que transportan a los migrantes. Por ello, diversas medidas se implementaron para frenar el riesgo de contagio desde el primer contacto con los migrantes. Por ejemplo, se recomendó el reparto de mascarillas y equipos de protección personal (EPP) a los migrantes llegados a la costa o interceptados en el mar, igual que a todo el personal estatal y privado que tuviera contacto con ellos. Asimismo, el Protocolo aconseja la realización de pruebas PCR a todas las personas, especialmente aquellas con posibles síntomas de COVID-19 (Secretaría de Estado de Migraciones, 2020, pp. 4-5).

Aun así, la actuación de las autoridades en caso de un diagnóstico confirmado de COVID-19 ha demostrado irregularidades. El Protocolo señala que los casos positivos de COVID-19 y las personas de contacto estrecho deben ser aisladas previamente a su ingreso en un centro de acogida. Al respecto, el defensor del pueblo ha señalado que las autoridades locales no han dado cuenta de la infraestructura disponible para alojar a los casos positivos. A pesar de que algunos centros de primera acogida sí cumplían con la separación de ambientes para migrantes asintomáticos contagiados, se reportaron irregularidades en el muelle de Arguineguín, donde las personas con resultado positivo estaban junto con el resto de migrantes no contagiados sin que se aplique distanciamiento alguno (Defensoría del Pueblo, 2021, pp. 41-43).

63

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

El derecho de los migrantes y solicitantes de protección internacional a recibir una atención médica integral está incluido en el régimen internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados están obligados a respetar el derecho a la salud y, por ende, deberán abstenerse de negar o limitar el acceso de reclusos, detenidos, minorías, solicitantes de asilo e inmigrantes «ilegales» a servicios médicos preventivos, curativos y paliativos. Asimismo, el Comité de las Naciones Unidas ha interpretado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como un instrumento que obliga a los Estados a proporcionar asistencia médica durante la detención (Amon, 2020, p. 368). Si bien el recurso ante alguno de estos órganos y mecanismos de derechos humanos es una opción que merece ser analizada con mayor detalle en otro trabajo, se puede afirmar que la etapa de prevención en el protocolo anticovid es de suma importancia como parte del derecho a la salud. En otras palabras, cualquier omisión grave por parte de un Estado para prevenir el contagio en un contexto de recepción y detención de migrantes puede ser materia de denuncia contra la Administración pública.

En tercer lugar, es necesario analizar las irregularidades e incidencias en los centros de recepción primaria, acogida y detención habilitados en las islas Canarias para hacer frente al incremento de las llegadas irregulares durante la pandemia. El problema más evidente cuando se trata de un gran volumen de llegadas es el hacinamiento en los lugares de recepción. Por ejemplo, el muelle de Arguineguín es mencionado por diferentes organizaciones en múltiples reportes debido a la sobrecarga de su capacidad máxima de cuatrocientas personas, llegándose a alojar a más de 2600 migrantes en simultáneo en noviembre de 2020. En esa línea, se comprobó que la mayoría de las personas inmigrantes pernoctaba a la intemperie o en tiendas rústicas, sin distanciamiento social, sin servicios higiénicos suficientes y sin ropa ni comida adecuadas (CEAR, 2021, pp. 12-13; Defensoría del Pueblo, 2021, p. 29; Godenau *et al.*, 2020, p. 10; Human Rights Watch, 2020, §§ 1-8). Tras el desborde de las capacidades en Arguineguín y las reiteradas denuncias de la sociedad civil, el Ministerio del Interior decidió desalojar el muelle y dar paso a la implementación de plazas de acogida en campamentos, naves, y complejos hoteleros y extrahoteleros mencionados anteriormente.

Condiciones similares a las de Arguineguín se han reportado en la nave del puerto de Las Palmas, la cual presentaba un estado de limpieza deplorable y donde los migrantes subsaharianos carecían de calzado. Lo más alarmante es que los migrantes entrevistados por el defensor del pueblo no tenían conocimiento de las resoluciones de devolución que se habían expedido en su contra, y que estos documentos no llevaban la firma del abogado y el intérprete que les asistió (Defensoría del Pueblo, 2021, p. 31). De igual modo, en Lanzarote se observaron deficiencias en

la separación de ambientes y áreas para contagiados y no contagiados. Pese a ser centros de acogida humanitaria, los migrantes no tenían permitido salir del recinto, como sí se permite, en la práctica, en otros centros, toda vez que las personas no estén bajo régimen de privación de la libertad.

Ya vistas algunas de las irregularidades reportadas en las inspecciones y visitas a los campamentos y centros de acogida en las islas Canarias, es importante analizar las obligaciones de España respecto a la implementación y el mantenimiento de los centros de recepción, acogida y detención, según la normativa legal en materia de derechos humanos, y cómo esta debe aplicarse en el contexto de la pandemia. Las deficiencias graves en las condiciones de recepción de los inmigrantes, independientemente de la regularidad del ingreso al territorio, pueden considerarse una violación del artículo 3 del CEDH en lo referente a tratos inhumanos o degradantes.

La jurisprudencia respecto a violaciones del artículo 3 en casos de inmigración y asilo es ciertamente amplia. En ese sentido, el incremento en el número de migrantes y solicitantes de asilo no es causa suficiente para que los Estados miembros incumplan con las obligaciones del artículo 3 en los procedimientos de detención y recepción. La condición de solicitante de asilo o refugiado es el elemento decisivo en casos en los que a) los centros de detención se encuentran en condiciones inadecuadas y la persona afectada es víctima de abusos verbales y/o físicos que degradan su dignidad humana (*M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], 2011); y b) en los que un Estado miembro, pese al conocimiento de la situación, no cumple con proveer a un solicitante de asilo sin hogar de las condiciones mínimas para subsistir, como un refugio, alimentación y servicios higiénicos apropiados (*M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], 2011; *N.H. and others v. France*, 2020). Estos casos legales presentan circunstancias y hechos análogos a la situación de miles de migrantes en las islas Canarias, quienes fueron abandonados por las autoridades durante la pandemia, quedando expuestos a vivir en la calle sin los medios para poder satisfacer sus necesidades básicas.

Algunas particularidades del fenómeno migratorio en Canarias y de la respuesta estatal deben distinguirse para intentar determinar si el razonamiento empleado por el TEDH en los casos antes mencionados podría aplicarse en situaciones individuales como las denunciadas por organizaciones civiles y órganos estatales en Canarias. En primer lugar, la pandemia ha sido un factor decisivo para reevaluar cuáles son las condiciones esenciales en un centro de recepción o detención. Es decir, si algunas condiciones eran comunes antes de la pandemia (por ejemplo, el hacinamiento, la escasez de servicios higiénicos o la falta de limpieza), aunque no necesariamente permitidas por la normativa legal, podrían

ser ahora determinantes para señalar una violación u omisión por parte de los Estados respecto a la protección de la vida y la salud.

A la fecha, existen dos fallos del TEDH sobre posibles violaciones del artículo 3 del CEDH durante la pandemia. En el fallo del 11 de marzo de 2021 para el caso *Feilazoo v. Malta*, el Tribunal determinó que Malta cometió una violación del artículo 3, referente a tratos degradantes en las condiciones de detención. La persona recurrente, un nacional nigeriano en calidad de detenido para su repatriación, había sido puesto en aislamiento en un contenedor por casi 75 días, sin acceso a luz natural o aire, para luego ser llevado a un centro de detención donde tuvo que cumplir con una cuarentena adicional junto a otras personas. El Tribunal calificó como innecesaria y negligente la decisión de colocar al migrante en cuarentena durante semanas con migrantes recién llegados, tras haber estado aislado por un periodo de por sí excesivo, un hecho que configura un riesgo para su salud. El TEDH consideró así que el exceso del tiempo de detención bajo el pretexto de cumplir con los protocolos sanitarios es una actuación sancionable. Entonces, tomando como referencia las denuncias e informes de la Defensoría del Pueblo, la CEAR y otras organizaciones civiles sobre la situación en Canarias, las cuarentenas prolongadas arbitrariamente, y la exposición de un solicitante de asilo o migrante a otras personas sin medidas de distanciamiento social, configurarían una ofensa admisible en el Tribunal.

El segundo caso, *Ünsal and Timtik v. Turkey* (2021), presenta la situación de dos ciudadanos turcos detenidos por supuestamente pertenecer a una organización terrorista que operaba en Turquía. Los recurrentes empezaron una huelga de hambre con el fin de solicitar su liberación, alegando consecuencias graves para su salud. No obstante, fueron trasladados a un hospital, donde fueron tratados individualmente y se dispuso la adopción de medidas de bioseguridad para prevenir cualquier contagio del exterior. Los recurrentes denunciaron que, dado su estado crítico³, su hospitalización en un centro de salud que atendía a pacientes de COVID-19 los ponía en un riesgo grave. La Corte declaró inadmisibile la denuncia, argumentando que las medidas impuestas eran suficientes al considerar la situación de los detenidos, por lo que el simple hecho de ser hospitalizado en un centro de salud no constituye una negligencia u omisión del deber de proteger a las personas ante un posible contagio de COVID-19.

Otros casos pendientes ante el TEDH tienen como elemento común las denuncias de personas en detención con condiciones de salud preexistentes como el VIH (*Maratsis and Others v. Greece*, 2021),

65

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

3 Una de las personas demandantes murió en el hospital como consecuencia de la huelga de hambre.

diabetes y asma (*Hafeez v. the United Kingdom*, 2020), y otras afecciones (*Riela v. Italy*, 2020) que se verían supuestamente afectadas bajo un régimen de detención donde existe un riesgo a contraer el coronavirus.

Dado que la jurisprudencia sobre las condiciones de detención y recepción para solicitantes de asilo y migrantes en el contexto de la pandemia aún no es lo suficientemente extensa, ciertos elementos pueden tomarse como referentes clave para evaluar la situación en Canarias. Primero, los solicitantes de asilo y protección subsidiaria gozan de un régimen especial dada su vulnerabilidad, lo cual se traduce en una obligación para los Estados (en este caso, España) de cumplir con lo establecido en el CEDH, en las directivas europeas sobre el sistema de asilo y en la normativa nacional en lo referente a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos, y a las condiciones de recepción. De tal modo, no solo el Estado español está obligado a cumplir con los estándares mínimos en los centros de recepción, acogida humanitaria o detención, los cuales incluyen en la actualidad una serie de medidas sanitarias generales, sino también a proteger la salud de las personas migrantes, previa evaluación o notificación de sus necesidades individuales. De esta manera, se evitaría exponer a migrantes, con o sin enfermedades preexistentes, al riesgo de contraer el virus mientras dure la estadía en un centro.

En segundo lugar, las medidas de aislamiento y cuarentena deberán ser aplicadas solo en caso sea necesario y en estricto cumplimiento de un periodo determinado. De lo contrario, estos protocolos se convertirían en una detención prolongada ilegalmente, como se ha documentado en el muelle de Arguineguín. Por último, todo migrante o solicitante de protección tiene derecho a recibir atención médica integral, la cual abarca desde la prevención y la corrección inmediata de situaciones de riesgo en los centros de recepción hasta la atención hospitalaria en caso de contraer el virus.

VI. CONCLUSIONES

Este trabajo recoge la problemática de derechos humanos producida a raíz del incremento en los flujos migratorios hacia las islas Canarias en 2020. Se argumenta que la política migratoria aplicada en Canarias por el Gobierno español se alinea con la política europea de contención en las islas, por la cual se pretende retener a los inmigrantes y solicitantes de asilo en espacios aislados del continente con el fin de ejecutar su devolución a los países de origen. En primer lugar, se realizó una descripción del marco normativo que regula la política migratoria de la UE, sobre la cual se observa un sistema común de asilo incipiente e ineficaz que distribuye responsabilidades de manera asimétrica entre los Estados miembros.

En ese sentido, el Nuevo Pacto Europeo Migratorio de 2020, propuesto simultáneamente al incremento de las llegadas irregulares en Canarias, prevé mecanismos de gestión de crisis que aplicarían al contexto de pandemia; no obstante, deja de lado el principio de solidaridad y las cuotas de reubicación obligatorias. En segundo lugar, las leyes españolas son claras respecto a los derechos de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional, así como a los límites de los procedimientos de identificación, detención y devolución de los inmigrantes en situación irregular. Por ello, la ausencia de asistencia letrada, las detenciones y cuarentenas prolongadas, así como la falta de salubridad y asistencia médica en Canarias, se consideran vulneraciones a la ley nacional y comunitaria. En tercer lugar, se analizó la reciente reactivación de la ruta a Canarias en 2020, la cual sería una consecuencia del traslado de flujos migratorios desde la ruta del Mediterráneo central y occidental.

En cuarto lugar, se analizaron a detalle las vulneraciones de derechos humanos a lo largo de la ruta migratoria a Canarias a la luz de instrumentos como el Convenio de Ginebra de 1951 y, sobre todo, el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En esa línea, se afirmó que la estrategia de control migratorio extraterritorial de España vulnera el principio de no devolución (CEDH, art. 3) y la prohibición de expulsiones colectivas (Protocolo 4, art. 4), pues no se respeta el derecho de los migrantes a solicitar protección o acceder a un recurso efectivo al ser interceptados y retornados. Del mismo modo, España transgrede su propia legislación al excederse en el plazo máximo de 72 horas para la detención inicial de un inmigrante irregular en frontera. Las medidas sanitarias serían, además, empleadas como pretexto para la restricción de la libre circulación en todo el territorio. Este último punto es sumamente importante para comprender la actuación de la UE y los Estados miembros en materia de asilo y control migratorio durante la pandemia, la cual ha afectado de manera especial a refugiados y solicitantes de protección.

Por último, el Estado español estaría violando el artículo 3 del CEDH, referente a los tratos inhumanos y degradantes que sufren los migrantes en los centros de recepción, detención y acogida en el archipiélago, sobre todo en Arguineguín y otros campamentos improvisados. No solo incumple España con brindar a los inmigrantes las condiciones mínimas en los centros, sino que la situación de hacinamiento y la falta de protocolos sanitarios, limpieza y alimentación expondría a las personas, especialmente a las más vulnerables, a un contagio de COVID-19.

En conclusión, este estudio aboga por un cambio sustancial en la política migratoria europea, proponiendo un giro hacia una verdadera política de solidaridad entre Estados miembros, y por un alejamiento de la estrategia de contención en las islas europeas. Tanto las crisis migratorias

67

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

de 2015 en Grecia y 2017 en Italia como la de 2020 en Canarias ponen en evidencia el fracaso de una estrategia que transforma los territorios insulares en prisiones y bombas de tiempo.

REFERENCIAS

Abad, R., & Rodríguez, J. (2005, 30 de septiembre). *Cinco inmigrantes mueren tiroteados en Ceuta tras intentar saltar la valla 600 subsaharianos*. El País. https://elpais.com/diario/2005/09/30/espana/1128031201_850215.html

Acosta Sánchez, M. A., & Del Valle Gálvez, A. (2006). La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina. *Tiempo de Paz*, (83), 19-30.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2021). *Across West Africa dual challenge of conflict and coronavirus threatens millions of people*. <https://www.unhcr.org/news/latest/2020/4/5e99b5074/across-west-africa-dual-challenge-conflict-coronavirus-threatens-millions.html%23%~:text=3DW est%2520and%2520Central%2520Africa%2520has%2Cassistance%252C%2520and%25201.6%2520million%2520Stateless>

Amon, J. J. (2020). COVID-19 and Detention. *Health and Human Rights*, 22(1), 367-370. <https://www.jstor.org/stable/26923507>

Arenas-Hidalgo, N. (2016). Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 18(36), 339-372. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28248171016>

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). (2021). *Informe Migración en Canarias, la emergencia previsible*. https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/04/Informe-CEAR_CANARIAS.pdf

Comisión Española de Ayuda al Refugiado Euskadi (CEAR Euskadi). (2021). *Diccionario de Asilo*. <https://diccionario.cear-euskadi.org/centros-de-internamiento-de-extranjeros-cie/>

Corporación de Radio y Televisión Española. (2020, 26 de noviembre). *No todos los complejos hoteleros donde acogen inmigrantes en Canarias son de lujo*. RTVE.es. <https://www.rtve.es/noticias/20201126/desinformacion-hoteles-lujo-migrantes-canarias/2058459.shtml>

Defensoría del Pueblo. (2021). *La migración en Canarias*. https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/03/INFORME_Canarias.pdf

Del Valle Gálvez, A. (2020). *Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre “extraterritorialidad”, “desterritorialidad” y “externalización” de controles y flujos migratorios*. UCA. <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.07>

Dimitriadis, A. (2016). *The impact of the EU-Turkey Statement on protection and reception: the case of Greece*. https://www.iai.it/sites/default/files/gte_wp_15.pdf

El Mundo (2006, 27 de diciembre). *Más de 31.000 inmigrantes ilegales han sido interceptados en Canarias en 2006*. <https://www.elmundo.es/elmundo/2006/12/27/espana/1167225793.html>

Espinosa Nava, F. (2019). La cooperación en África de las fuerzas de seguridad españolas. En Ministerio de Defensa (ed.), *Documentos de Seguridad y Defensa 80. La estabilidad en el Sahel. Un análisis prospectivo* (pp. 125-144). Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica

European Border and Coast Guard Agency (Frontex). (2019). *Risk Analysis for 2019*. https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Risk_Analysis_for_2019.pdf

European Commission. (2016). *Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation - Final Report*. https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-09/evaluation_of_the_implementation_of_the_dublin_iii_regulation_en.pdf

European Council on Refugees and Exiles. (2016). *The implementation of the hotspots in Italy and Greece. A study*. <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/HOTSPOTS-Report-5.12.2016..pdf>

Fajardo, T. (2009). La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), 453-499.

Ferrer Muñoz, M. (2015). Normativa de la Unión Europea y legislación española sobre inmigración y extranjería. Su aplicación en la Comunidad Autónoma Canaria. *Revista Internacional de Comunicación y Desarrollo*, 3, 91-105.

Gabrielli, L. (2017). La externalización europea del control migratorio: ¿La acción española como modelo? En *Anuario CIDOB de La Inmigración* (pp. 126-152). Barcelona Center for International Affairs. <https://doi.org/10.24241/ANUARIOCIDOBINMI.2017.126>

Godenau, K., Buraschi, D., & Zapata, V. (2020). *Evolución reciente de la inmigración marítima irregular en Canarias*. https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/22207/OBITenFacts%20_08__%282020%29_ESP.pdf?sequence=1&isAllowed=y

González García, I. (2017). Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: Inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017. *Revista General de Derecho Europeo*, (43), 17-57.

González García, I. (2019). Immigration in Spain: Migratory Routes, Cooperation with Third Countries and Human Rights in Return. *Paix et sécurité internationales: Journal of International Law and International Relations*, (7), 201-230. https://doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2019.i7.06

Guérin, A. (2021). *The European Approach to Hotspots in Greek Islands* [entrada en blog]. Border Criminologies. <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2021/04/european-approach>

Heck, G., & Hess, S. (2017). Tracing the Effects of the EU-Turkey Deal. *Movements. Journal for Critical Migration and Border Regime Studies*, 3(2), 35-39.

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

Human Rights Watch. (2020). *Spain: Respect Rights of People Arriving by Sea to Canary Islands*. <https://www.hrw.org/news/2020/11/11/spain-respect-rights-people-arriving-sea-canary-islands>

Jakulevičienė, L. (2020). *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders* [entrada en blog]. EU Immigration and Asylum Law and Policy. <https://eumigrationlawblog.eu/re-decoration-of-existing-practices-proposed-screening-procedures-at-the-eu-external-borders/>

Martín, M. (2021, 3 de noviembre). *El control policial en África impide la emigración hacia Canarias de 8.000 personas*. El País. <https://elpais.com/espana/2021-11-03/la-vigilancia-en-los-paises-de-origen-impide-la-emigracion-hacia-canarias-de-8000-personas.html>

Martín, M., & Rosati, S. (2020, 7 de febrero). *Uno de los deportados por España a Mauritania: Después de tres días sin comer, nos abandonaron en Mali*. El País. https://elpais.com/politica/2020/02/06/actualidad/1581003885_273856.html

Ministerio del Interior. (2015). *Immigración irregular. Balance 2015. Lucha contra la inmigración irregular*. <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Balance+2015+de+la+lucha+contra+la+inmigración+irregular.pdf/d67e7d4b-1cb9-4b1d-94a0-9a9ca1028f3d>

Ministerio del Interior. (2020). *Informe quincenal inmigración irregular 2020*. <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2020/Informe-Quincenal-sobre-Inmigracion-Irregular-Datos-acumulados-desde-el-1-de-enero-al-31-de-diciembre-de-2020.pdf>

Morena-Lax, V., & Lemberg-Pedersen, M. (2019). Border-induced displacement: The ethical and legal implications of distance-creation through externalization. *Questions of International Law. Zoom In*, (56), 5-33. <http://www.qil-qdi.org/border-induced-displacement-the-ethical-and-legal-implications-of-distance-creation-through-externalization/>

Morgades-Gil, S. (2015). The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses After the Interpretations of the ECtHR and the CJEU? *International Journal of Refugee Law*, 27(3), 433-456. <https://doi.org/10.1093/ijrl/evv034>

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2016). *Mixed migration flows in the Mediterranean and beyond. 2015 Annual Report*. https://www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/Mixed-Flows-Mediterranean-and-Beyond-Compilation-Overview-2015.pdf

Richir, M. (2008). *Los temas migratorios en las relaciones con terceros países: una perspectiva desde la UE*. Fundación Cidob. https://www.cidob.org/es/media2/publicacions/monografias/v_seminari_migracions/06_richir_cast

Rodríguez Salinas, R. (2021). *Evolución de los flujos de inmigración irregular en el Mediterráneo vinculados a los acuerdos con terceros países (2016-2020)* [tesis de maestría inédita, Universidad de Cádiz].

Secretaría de Estado de Migraciones. (2020). *Protocolo de actuación ante posibles casos importados de COVID-19 en el contexto del fenómeno de la inmigración irregular*.

Servicio Jesuita a Migrantes. (2021). *Buscar salida. Informe Frontera Sur 2020*. <https://sjme.org/informes/>

Smith, H. (2019, 26 de marzo). *Shocking images of drowned Syrian boy show tragic plight of refugees*. The Guardian. <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/02/shocking-image-of-drowned-syrian-boy-shows-tragic-plight-of-refugees>

Soriano-Miras, R. M. (2016). La posición geopolítica marroquí como frontera vertical de la Unión Europea. *CienciaUAT*, 12(1), 52-69.

Vega, G. (2021, 3 de marzo). *El periplo de los migrantes sin techo de Canarias*. El País. <https://elpais.com/espana/2021-03-02/el-periplo-de-los-migrantes-sin-techo-de-canarias.html>

Vega, G. (2021, 16 de abril). *La Justicia falla que la orden de devolución de migrantes pierde validez a las 72 horas*. El País. <https://elpais.com/espana/2021-04-16/la-justicia-dictamina-que-la-orden-de-devolucion-de-migrantes-pierde-validez-a-las-72-horas.html>

Velluti, S., & Ippolito, F. (2011). The Recast Process of the EU Asylum System: A Balancing Act Between Efficiency and Fairness. *Refugee Survey Quarterly*, 30, 24-62. <https://doi.org/10.1093/rsq/hdr009>

Vives, L. (2017). Unwanted sea migrants across the EU border: The Canary Islands. *Political Geography*, 61, 181-192. <https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2017.09.002>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 14 de febrero de 1992. BOE, (100/1992), 25 de abril de 1992. <https://www.boe.es/boe/dias/1992/04/25/pdfs/A13969-13970.pdf>

Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007. BOE, (70/2013), 22 de noviembre de 2013. [https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/03/06/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/03/06/(1))

Comisión c. Hungría, C-808/18 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, 2017). <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=235703&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1450759>

Comisión c. República de Polonia y Otros, Casos conjuntos C-715/17, C-718/17 y C-719/17 (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tercera Sala, 2020). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0715>

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum, COM(2020) 609 final (Unión

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

Europea, 23 de septiembre de 2020). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A609%3AFIN>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una agenda europea de migración, COM(2015) 240 final (Comisión Europea, 13 de mayo de 2015). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=HU>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo. Gestión de la crisis de los refugiados: estado de ejecución de las acciones prioritarias con arreglo a la Agenda Europea de Migración, COM(2015) 510 final (Comisión Europea, 14 de octubre de 2015). https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a9f561cd-731b-11e5-9317-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF

Consejo de Europa, Convenio Europeo de Derechos Humanos, modificado por Protocolos N° 11 y 14 (4 de noviembre de 1950). <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c6e5c174>

Constitución Española. BOE, 29 de diciembre de 1978.

Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees (Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1951). <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 26 de junio de 1987). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>

Convenio Europeo de Derechos Humanos, modificado por los Protocolos N° 11 y 14, ETS 5 (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950). <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c6e5c174>

Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Nueva York (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 20 de diciembre de 2006). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>

Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia (Unión Europea, 14 de septiembre de 2015). OJ, L(239), 146-156, 14 de septiembre de 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32015D1523>

Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (Unión Europea, 24 de septiembre de 2015). DO, L(248), 80-94, 24 de septiembre de 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32015D1601>

Directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar (Unión Europea, 22 de septiembre de 2003). OJ, L(251), 12-18,

22 de septiembre de 2003. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32003L0086>

Directiva 2005/85/CE del Consejo, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (Unión Europea, 1 de diciembre de 2005). OJ, L(326), 13-24, 1 de diciembre de 2005. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32005L0085>

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) (Unión Europea, 26 de junio de 2013). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L(180), 96-116, 26 de junio de 2013. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013L0033>

Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast) (Unión Europea, 20 de diciembre de 2011). OJ, L(337), 9-26, 20 de diciembre de 2011. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0095>

Feilazoo v. Malta, N° 6865/19, 1.ª sección (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de marzo de 2021). <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-13165>

Hafeez v. the United Kingdom (communicated case), N° 14198/20 (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de marzo de 2020). <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-12795>

Hirsi Jamaa and Others v. Italy, N° 27765/09 (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de febrero de 2012). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=002-102>

Khlaifia and Others v. Italy [GC], N° 16483/12 (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15 de diciembre de 2016). <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-11454>

Ley N° 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (Jefatura del Estado [España], 26 de marzo de 1984). <https://www.boe.es/eli/es/l/1984/03/26/5>

Ley N° 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Jefatura del Estado [España], 30 de octubre de 2009). <https://www.refworld.org.es/docid/57f76d223e.html>

Ley N° 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Jefatura del Estado [España], 11 de enero de 2000). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>

Ley Orgánica N° 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (Jefatura del Estado [España], 5 de noviembre de 2018). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/11/05/1>

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA

MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

M.S.S. v. Belgium and Greece [GC], N° 30696/09 (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2011). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-628>

Maratsis and Others v. Greece and Vasilakis and Others v. Greece (communicated case), N° 30335/20 y 30379/20 (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos). [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"002-13180\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\)

N.H. and others v. France, N° 28820/13, 75547/13 y 13114/15, 5.ª sección (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-203295\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) N° 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817, COM(2020) 612 final (Unión Europea, 23 de septiembre de 2020). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:612:FIN>

Rahimi v. Greece, N° 8687/08, 1.ª sección (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de abril de 2011). <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104366>

Real Decreto N° 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley N° 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley N° 9/1994, de 19 de mayo (Ministerio de la Presidencia [España], 10 de febrero de 1995). <https://www.boe.es/eli/es/rd/1995/02/10/203/con>

Recomendación (UE) 2020/1366/UE de la Comisión de 23 de septiembre de 2020 sobre un mecanismo de la UE para la preparación y gestión de crisis migratorias (Plan rector de preparación y gestión de crisis migratorias), C/2020/6469 (Unión Europea). DO, L(317), 26-38, 1 de octubre de 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32020H1366>

Reglamento (UE) N° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido) (Unión Europea, 29 de junio de 2013). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L(180), 31-59, 29 de junio de 2013. <https://www.boe.es/doue/2013/180/L00031-00059.pdf>

Riela v. Italy, N° 17378/20 (communicated case), 1.ª sección (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de mayo de 2020). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210289>

Sentencia N° 1128/2020 (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal [España], 29 de julio de 2020). https://vlex.es/vid/846978621?from_fbt=1&forw=go&fbt=webapp_preview

Ünsal and Tımtık v. Turkey, N° 36331/20, 2.ª sección (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de junio de 2021). [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-211047\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Yoh- Ekale Mwanje v. Belgium, N° 10486/10, 10.ª sección (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 2011). <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108155>

Z.A. and Others v. Russia, N° 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16 (Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2019). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198811>

Recibido: 12/01/2022
Aprobado: 19/09/2022

75

POLÍTICA
MIGRATORIA EN LAS
ISLAS CANARIAS:
VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS
DURANTE LA
PANDEMIA
MIGRATION POLICY
IN THE CANARY
ISLANDS: HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS
DURING THE
PANDEMIC

Mujeres latinoamericanas inmigrantes en España: experiencias de racismo y asimilación

Latin American Immigrant Women in Spain: Racism and Assimilation Experiences

CAMILA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ*

Universidad de Oviedo (España)

PATRICIA VILANOVA BECKER**

Universidad de Oviedo (España)

Resumen: Desde los campos de los estudios de género y la antropología, este estudio interdisciplinario analiza las experiencias racistas vividas por mujeres latinoamericanas inmigrantes en España, las cuales influyen en la adherencia de los sujetos a técnicas de asimilación cultural. La asimilación es una estrategia de aculturación donde los sujetos rechazan la cultura de origen en el intento de incorporarse por completo a la cultura de la sociedad de acogida. Alejarse de la cultura latinoamericana a través de prácticas y discursos es una forma de protegerse contra el racismo sistemático vivido en el territorio europeo, así como una manera de acercarse al privilegio de la blanquitud autóctona. La metodología empleada ha sido cualitativa, aplicada a través de un análisis interseccional y con perspectiva de género de entrevistas semiestructuradas e individuales realizadas a diez mujeres latinoamericanas inmigrantes en España. Como conclusión, por una parte, se verifica que los discursos de integración producidos por las instituciones europeas han sido incorporados por los sujetos inmigrantes, siendo muchas veces interpretados como un deber de asimilación o adaptación que implicaría la renuncia de la cultura del país de origen. Por otra parte, también se reconoce que, de forma simultánea, las mujeres realizan múltiples procesos de agencia y empoderamiento durante sus trayectorias migratorias.

Palabras clave: Migraciones, interseccionalidad, género, mujeres, integración, racismo, asimilación, Latinoamérica, España

Abstract: From the fields of gender studies and anthropology, this interdisciplinary study analyzes the racist experiences lived by immigrant Latin American women in Spain, which influence the adherence of the subjects to cultural assimilation techniques. Assimilation is an acculturation strategy

* Doctoranda en Género y Diversidad por la Universidad de Oviedo (España). Contratada predoctoral del Programa Severo Ochoa para la formación en investigación y docencia del Principado de Asturias. Antropóloga social por la Universidad Externado de Colombia (Colombia) y magister en Género y Diversidad por la Universidad de Oviedo.

Código ORCID: 0000-0003-4801-2046. Correo electrónico: hernandezcamila@uniovi.es

** Doctoranda en Género y Diversidad por la Universidad de Oviedo (España). Contratada predoctoral del Programa Severo Ochoa para la formación en investigación y docencia del Principado de Asturias. Abogada por la Universidad Federal del Rio Grande del Sur (Brasil), magister en Derecho por la Universidad de Brasilia (Brasil), y magister en Estudios de las Mujeres y de Género por la Universidad de Oviedo y la Universidad de Bolonia (Italia).

Código ORCID: 0000-0003-0670-5258. Correo electrónico: vilanovapatricia@uniovi.es

where individuals reject the culture of origin in an attempt to fully incorporate themselves into the culture of the host society. Rejecting the Latin American culture through practices and discourses is a way of protecting oneself against the systematic racism experienced in the European territory, as well as a way of getting closer to the white privilege of natives. The methodology used has been qualitative through an intersectional analysis with a gender perspective of semi-structured individual interviews carried out with ten Latin American women immigrants in Spain. In conclusion, on one hand, it is verified that the integration discourses produced by the European institutions have been incorporated by the immigrant subjects, often being interpreted as a duty of assimilation or adaptation that would imply the rejection of the culture of origin. On the other hand, it is also recognized that, simultaneously, women put into action multiple processes of agency and empowerment during their migration journeys.

Key words: Migrations, intersectionality, gender, women, integration, racism, assimilation, Latin America, Spain

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. FEMINIZACIÓN DE LAS MIGRACIONES.- III. POLÍTICAS EUROPEAS: ¿INTEGRACIÓN O ASIMILACIÓN ACTIVA?.- IV. COLONIZACIÓN, RACIALIZACIÓN Y SEXUALIZACIÓN DE LOS CUERPOS LATINOAMERICANOS.- IV.1. RACISMO Y VIOLENCIAS COTIDIANAS: «CUANDO LLEGAMOS, ESTAMOS ENTREGANDO NUESTRA VIDA».- IV.2. ESTEREOTIPOS E HIPERSEXUALIZACIÓN DE LAS MUJERES LATINAS: «¿CUÁNTO COBRAS?».- V. ESTRATEGIAS DE SUPERVIVENCIA Y ACULTURACIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA INTEGRACIÓN Y LA ASIMILACIÓN.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La migración es entendida como un fenómeno multidimensional (Ghosh, 2009, p. 1) y como un acontecimiento social y personal (García, 2012, p. 63). De manera más objetiva, la inmigración es definida por la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) como un fenómeno en el cual personas no nacionales de un país ingresan a otro con el fin de establecerse en él, reconociendo además las complejidades que este involucra (Palominos & Tijoux, 2015, pp. 248-249). Este proceso se vive como la condición de estar en medio, en tránsito (La Barbera, 2015, p. 10); inicia antes del viaje y va más allá del tiempo de estadía en el país de destino, pues quienes vuelven al país de origen continúan migrando. Migrar es un proceso que trasciende el espacio físico, las fronteras nacionales y las convenciones temporales, y que transforma las relaciones sociales y la vida íntima.

España tuvo un cambio de sentido en la corriente migratoria, pasando de ser un país de emigración a un destino de inmigraciones extranjeras. Esta corriente migratoria procede de países empobrecidos y en vías de desarrollo económico (migraciones Sur-Norte). En un primer

momento, la inmigración procedía, en su mayoría, de Marruecos y, más tarde, de Latinoamérica. La España inmigrante se consolida en torno al año 2000 con la ampliación del flujo migratorio, la cantidad de personas extranjeras viviendo en el territorio y, especialmente, con las transformaciones que se dieron en la estructura de la sociedad española debido a la inmigración.

Comprender las problemáticas migratorias actuales y las experiencias de los colectivos de inmigrantes en España demanda una mirada hacia el pasado reciente de las primeras fases de la crisis económica. Según Francisco Torrez Pérez (2014), el *boom* migratorio de los años 2000 y 2005, que ha situado a España como el segundo país de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en recepción de inmigrantes, ha sido protagonizado por la población latinoamericana. La crisis económica, que empezó a evidenciar sus efectos en 2008, había destruido cerca de cinco millones de puestos de trabajo hasta 2014 en España (p. 216), produciendo cambios en las políticas migratorias y generando impactos significativos en la opinión pública acerca de la inmigración.

En ese sentido, la crisis económica ha provocado grandes cambios en las políticas migratorias en España, que se han vuelto en su gran mayoría disuasorias con la implementación de medidas restrictivas. Algunos ejemplos de estas medidas son el programa de retorno voluntario al país de origen, las políticas de expulsión a inmigrantes en situación irregular o el endurecimiento de la inmigración laboral (Cebrián *et al.*, 2010, p. 92). La crisis puso fin a un ciclo de inmigración masiva protagonizado por la población latinoamericana con el retorno de muchas personas a sus países de origen y, en el caso de quienes se quedaron, con la dificultad de lidiar con un nuevo rechazo hacia los extranjeros y con unas condiciones laborales peores a las anteriores. A partir de 2015 (Domínguez-Mujica *et al.*, 2019, p. 43), los flujos de entrada han sufrido una gradual reactivación a medida que la economía española ha dado incipientes señales de recuperación.

El propósito de este artículo es contribuir a comprender y visibilizar las experiencias vividas por mujeres latinoamericanas inmigrantes en España. Para ello, iniciaremos contextualizando el fenómeno de la feminización de la migración, apoyándonos en las contribuciones realizadas en este campo desde los estudios feministas y de género. Luego, explicaremos y debatiremos las políticas europeas sobre integración y asimilación de la población migrante; y, más específicamente, hablaremos del caso de España desde una perspectiva decolonial.

Finalmente, realizaremos un análisis interseccional de relatos en primera persona de mujeres inmigrantes. Para ello, se presentarán las dificultades que encuentran en su día a día, así como las formas en

79

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

las que son discriminadas, racializadas y violentadas en sus derechos, lo cual las sitúa en una posición precaria y de mayor vulnerabilidad. También mostraremos diferentes estrategias de supervivencia empleadas por ellas y analizaremos con especial atención cómo los discursos de integración afectan la experiencia de las mujeres latinoamericanas, contribuyendo a modificar la visión que estas poseen de sí mismas y de sus compatriotas.

En este estudio cualitativo se realizaron diez entrevistas semiestructuradas a mujeres inmigrantes latinoamericanas que viven o han vivido en España: ocho de ellas son de Colombia, una de Cuba y una de Venezuela. Las entrevistas fueron realizadas entre 2018 y 2021, con una duración promedio de una hora. Para mantener la privacidad, los nombres de todas las mujeres han sido modificados¹.

A pesar de la limitada variedad de nacionalidades obtenida en la muestra, nos referimos a «mujeres latinoamericanas» considerando la importancia que esta categoría adquiere tras emigrar a España. Por una parte, porque son definidas por la sociedad mayoritaria como tal y, por otra, porque ellas se identifican a sí mismas como latinoamericanas. En sus trayectorias migratorias han confrontado y debatido los efectos de esta categoría e identidad. Nos interesa, pues, indagar sobre cómo este «ser latina» se percibe en la sociedad de destino y cómo se refleja en las experiencias de las mujeres. La adherencia a identidades colectivas aporta ventajas y desventajas a los sujetos en la lucha por sus derechos: por un lado, porque posibilita avanzar políticamente en cuestiones que afectan al sujeto colectivo, en este caso las «mujeres latinoamericanas», permitiendo desvelar y enfrentar las violencias asociadas a esta identidad; pero, por otro lado, también puede implicar la pérdida de especificidades de cada nacionalidad de origen, así como reforzar una categoría que condiciona a las mujeres en su proceso migratorio.

Este ejercicio responde a nuestras preocupaciones y posición política como mujeres latinas viviendo en España. Los estudios feministas han cuestionado largamente la objetividad de las ciencias, denunciando que el paradigma de neutralidad se ha constituido por la mirada masculina y blanca. Desde una perspectiva de «políticas de ubicación» (Rich, 1984) y de «saberes situados» (Haraway, 1988), nos parece importante ubicarnos como investigadoras inmigrantes de origen latinoamericano (originarias de Colombia y Brasil). Nuestra posición como sujetas nos ha ofrecido una ventaja metodológica y analítica: por una parte, porque las mujeres entrevistadas se abrieron a hablar de temas que no son fáciles y que, en muchas ocasiones, se mantienen en secreto; y, por otra, porque

¹ Algunas de las entrevistas fueron empleadas en la realización de la tesis inédita de maestría *Performatividad de la diferencia: experiencias corporales de migrantes colombianas en España* (Hernández Martínez, 2018).

nuestras experiencias propias como inmigrantes viviendo en España nos ayudan a tener una mejor comprensión del fenómeno.

81

II. FEMINIZACIÓN DE LAS MIGRACIONES

El género determina las relaciones sociales, configura las posibilidades de las personas y los patrones migratorios. Las oportunidades laborales y sociales están mediadas por los roles que deben cumplir tanto hombres como mujeres en el país de origen y el de destino, así que la experiencia migrante se ve condicionada por el género.

La migración de las mujeres está asociada de manera global a matrimonios, reagrupación familiar, tráfico y explotación sexual. Esta generalización no reconoce el carácter autónomo y el poder de decisión de las mujeres antes o después de migrar. La existencia de movimientos femeninos por las cuestiones anteriormente mencionadas es innegable, algunas de las cuales constituyen graves violaciones de los derechos humanos y requieren, por tanto, visibilización y atención. Por otro lado, también es necesario reconocer que existen muchas otras razones por las cuales se movilizan las mujeres como, por ejemplo, para trabajar, para salir de una situación de pobreza o precariedad, para buscar un cambio o promoción social, para estudiar, para explorar y conocer el mundo, para mejorar su calidad de vida, y para escapar de la violencia en general y de la violencia de género del lugar de origen (Holgado Fernández, 2006, p. 179).

Las mujeres, en determinados contextos, han emigrado más que los hombres. Son las protagonistas de los movimientos del campo a la ciudad, componen más de la mitad de los movimientos internacionales y son las principales responsables del envío de remesas a sus lugares de origen (Álvarez, 2012, p. 43), de manera que familias enteras dependen de las mujeres inmigrantes. La migración femenina, entonces, no es solo forzada o de la mano de un varón, sino que también responde a la voluntad de modificar las condiciones de vida propias y de sus familias, permite la autonomía y el desarrollo personal, y es una estrategia de acción y resistencia (Holgado Fernández, 2006, p. 175).

Ocupando los sectores laborales más precarizados e inestables, las mujeres inmigrantes han sido un grupo especialmente vulnerable frente a la crisis, sobre todo las de origen africano y latinoamericano (Moreno-Colom & López-Roldán, 2018, p. 75). El trabajo doméstico y de cuidado son dos de los sectores de mayor feminización donde las mujeres inmigrantes han podido mantener sus empleos en tiempos de crisis, aunque en condiciones cada vez más precarias.

La demanda por los servicios domésticos y de cuidados se explica, por una parte, por la creciente inserción de la mujer española en el mercado

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

de trabajo y en el sistema educativo; y, por otra, por la tendencia de envejecimiento de la población (Oso, 2018, p. 135). Los conflictos de género en la lucha interna de los hogares en España por una mayor corresponsabilidad han dado lugar a una demanda de trabajadoras domésticas, pues es más fácil contratar a otra mujer como apoyo para las tareas domésticas que lograr una equidad efectiva con los varones en las tareas del hogar.

Las mujeres se caracterizaron por permanecer en España más que los hombres durante el periodo de crisis, convirtiéndose en las principales proveedoras y jefas del hogar de sus familias. Como señala el estudio realizado por Sara Moreno-Colom y Pedro López-Roldán (2018), el lugar de procedencia y los roles de género juegan un importante papel a la hora de determinar el comportamiento de los colectivos en el mercado de trabajo, bien sea porque están implicados en el propio objetivo del proyecto migratorio o porque afectan a las oportunidades laborales en el país de destino. Es importante no perder de vista que el colectivo de mujeres inmigrantes es heterogéneo, presentando diferencias de perfil socioeconómico y condiciones migratorias que ejercen gran impacto en su calidad de vida, tanto en el país de origen como en el de destino.

En 2018 se produce un periodo de feminización de la inmigración en España, donde las mujeres pasaron de representar un 48 % en 2009 a un 51,6 % del total de inmigrantes (Oso, 2018). De acuerdo con los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de España, podemos observar una tendencia destacada de feminización entre la población inmigrante originaria de América del Sur² que se mantuvo estable entre los años de 2018 a 2021. En estos años, el porcentaje de mujeres entre la población originaria de Sudamérica residente en España se mantuvo alrededor del 56 %, como se puede observar en la siguiente tabla:

Tabla N° 1. Población extranjera en España originaria de América del Sur

Periodo	Ambos sexos	Hombres	% hombres	Mujeres	% mujeres
2018	848 164	372 713	43,94	475 451	56,06
2019	957 231	421 099	43,99	536 132	56,01
2020	1 123 517	496 963	44,23	626 554	55,77
2021	1 137 165	505 985	44,50	631 180	55,50

Fuente: elaboración propia a partir de datos del INEbase (Población extranjera por Nacionalidad, comunidades, Sexo y Año).

2 Los países que constituyen la América del Sur en la plataforma del INE son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Estas cifras son aún mayores entre la población de América Central y el Caribe³, donde las mujeres constituyen aproximadamente el 63 % de las personas inmigrantes en España en los años de 2018 a 2021, de acuerdo con los datos disponibles en la plataforma INEbase (Población extranjera por Nacionalidad, comunidades, Sexo y Año).

Para comprender la inmigración femenina latinoamericana en España es necesario tomar en consideración las maneras en que la colonialidad sigue impactando la vida de los sujetos latinos en territorio español. América Latina es una ficción política fundada en un pasado colonial común, encontrándose de manera frecuente conectada al sujeto histórico de su dominación. La creación de Europa como centro del mundo en la modernidad solo ha sido posible a través de la creación de una periferia colonial, donde «América Latina fue la primera colonia de la Europa moderna [...]». La “colonización” de la vida cotidiana del indio, del esclavo africano poco después, fue el primer proceso “europeo” de “modernización” de civilización» (Dussel, 1994, p. 61).

De la misma manera que América Latina ha posibilitado que Europa se establezca como centro del mundo, el proceso colonizador europeo fue lo que definió a América Latina como periferia, tal y como sigue siendo considerada hoy en día. En ese sentido, Walter Dignolo (2007) señala que la «creación de América fue uno de los puntos nodales que permitieron crear las condiciones necesarias para la expansión imperial y para la existencia de un estilo de vida europeo que funcionó como modelo de progreso de la humanidad» (p. 32).

Más allá de servir como concepto que define una zona geográfica en el mundo, América Latina como ficción política es en la actualidad una estrategia necesaria para denunciar los procesos colonizadores que aún persisten en las estructuras patriarcales, racistas y capitalistas en la región. Desde luego, no se habla de una América Latina esencializada y homogénea en sus valores y aspectos culturales, sino de una que encuentra su experiencia común en la violencia de su pasado colonial, cuyos efectos siguen reflejándose en la actualidad.

Como veremos más adelante, este pasado colonial tiene importantes efectos en la vida de las mujeres inmigrantes latinas en España. En consecuencia, condiciona sus posibilidades y oportunidades laborales, la forma en la que son tratadas y el hecho de que sus cuerpos sean señalados como diferentes o exóticos por el ojo blanco-europeo a través de diferentes mecanismos devaluadores a lo largo de sus trayectorias migratorias. Esta posición periférica del sujeto «latinoamericano» es experimentada por las mujeres inmigrantes latinoamericanas en sus

83

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

3 Los países que constituyen América Central y el Caribe en la plataforma del INE son: Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

experiencias cotidianas a través de los procesos de hipersexualización a los que son sometidas a diario.

III. POLÍTICAS EUROPEAS: ¿INTEGRACIÓN O ASIMILACIÓN ACTIVA?

El modelo europeo de integración, denominado de integración activa o cívica, tiene sus orígenes en la segunda mitad de los años noventa con el recrudecimiento de las políticas migratorias y de reagrupación familiar en los Países Bajos y Dinamarca (Gómez Ciriano, 2010, p. 91), siendo estos los primeros países en realizar modificaciones legislativas inspiradas por esta propuesta. El nuevo modelo ha establecido nuevas exigencias para la inserción de la población inmigrante en las sociedades de acogida, entre las que se encuentran algunas como el dominio del idioma oficial del país, conocimientos acerca de la cultura, historia e instituciones, y cursos obligatorios de integración.

Desde entonces, este modelo ha ido ganando terreno en la Unión Europea (UE), en un contexto donde el multiculturalismo es cada vez más cuestionado en el debate público y por autoridades políticas de gran relevancia como, por ejemplo, Angela Merkel, quien ha declarado que el intento de crear una sociedad multicultural ha fallado absolutamente (Siebold, 2010), subrayando que las poblaciones inmigrantes deben aprender alemán para integrarse a la sociedad alemana.

Las críticas al modelo multicultural también han tenido representantes en la academia a través de voces como Samuel P. Huntington en *El choque de civilizaciones* (1996) o Giovanni Sartori en *La sociedad multiétnica* (2000), donde las críticas se centran en las dificultades de convivencia entre culturas que serían supuestamente incompatibles (Gómez Ciriano, 2010, p. 88). Estos argumentos defienden, por ejemplo, que la existencia de barrios formados en su mayoría por una determinada población étnica implicaría el fracaso del proyecto de integración de la población inmigrante en la sociedad de acogida.

El Consejo Europeo de Tampere en 1999 es considerado el primer marco normativo europeo rumbo al modelo de integración activa (García, 2015, p. 129), cuando la inmigración ha dejado de ser vista como un proceso mayoritariamente temporal, lo que hasta entonces justificaba la ausencia de políticas públicas estructuradas hacia esta población. El rápido proceso de expansión de la integración cívica en el escenario político mundial ha sido también influenciado por las reacciones conservadoras en contra de la diversidad cultural y étnica de las comunidades internas en el tejido nacional, así como por el recrudecimiento de las políticas de seguridad tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos (Kostakopoulou, 2010, p. 936).

En ese sentido, Ana B. Estrada Gorrín y María C. Fuentes Lara (2020) destacan que «la tendencia a la Europa fortaleza es anterior al 11-S de 2001, ahora bien, el clima internacional sirvió de pretexto para consolidar las ideas y las acciones de la securitización que ya se estaban produciendo» (p. 222). Por otra parte, es importante observar que las políticas migratorias de securitización⁴ en la UE (caracterizadas por la construcción de vallas y el control expandido de las fronteras) están fuertemente ligadas al pasado autoritario de fascismo y supremacía racial de Europa en la violación de derechos de minorías (Bilgic & Pace, 2017).

El modelo de integración activa puede ser caracterizado de manera general por los siguientes pilares: a) enfoque individualista, en el que se habla menos de comunidades inmigrantes y más de políticas dirigidas al individuo. En ese aspecto, el discurso se centra sobre todo en los esfuerzos individuales por parte de la persona inmigrante hacia la sociedad de acogida. b) Mayor control de los flujos migratorios y selección más rigurosa de la población inmigrante con vistas al mercado de trabajo. c) Políticas de reagrupación familiar más rigurosas con el objetivo de evitar la formación de comunidades étnicas y culturales diferenciadas de la población nativa. d) Compromiso por parte de las personas migrantes para demostrar su voluntad de permanecer en el país a través de lo que se considera la integración cultural, es decir, el aprendizaje del idioma oficial y la asimilación de las costumbres y los valores culturales europeos.

Acerca del segundo punto, mayor control migratorio y selección más rigurosa de la población migrante, Encarnación La Spina (2019) destaca que las familias se encuentran en el dilema de definir «quiénes son los miembros “buenos” y quiénes los “malos” para los intereses europeos y nacionales» (p. 2), de modo que las políticas de reagrupación familiar contribuyen paradójicamente a la separación de los miembros de la familia, vulnerando el derecho humano a la convivencia familiar.

El modelo de integración español ha demostrado diferir ligeramente del modelo dominante en la UE, mostrándose más abierto al discurso de la multiculturalidad y menos organizado en lo que dice respeto a las políticas de integración en la acogida de la población. Destaca, por ejemplo, el hecho de que los cursos de integración a la población inmigrante (cursos de idiomas, de conocimientos constitucionales o culturales) no poseen carácter obligatorio (García 2015, p. 152)⁵. Por otra

85

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓNLATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

4 «La política migratoria de la UE está orientada a la externalización y securitización de las fronteras externas. Respecto a la externalización de fronteras de la Unión Europea, se caracteriza por la gestión de flujos migratorios en los países de origen y tránsito de los migrantes, antes de llegar a los Estados receptores de la Unión» (Estrada Gorrín & Fuentes Lara, 2020, p. 224).

5 Sin embargo, el Programa del PSOE en las Elecciones Generales de 2019, que sienta las bases del actual gobierno de España, sugiere la expansión de los criterios centrados en la integración en la evaluación de las solicitudes de ciudadanía, proponiendo «la valoración de la trayectoria de

parte, el proceso de adquisición de la ciudadanía por residencia sí exige que las personas inmigrantes cumplan algunos requisitos para probar su nivel de integración. Estos son: el Diploma de Español como Lengua Extranjera (DELE), la prueba de Conocimientos Constitucionales y Socioculturales de España (CCSE), además de diversa documentación sobre la vida en el país de origen y de acogida, como certificados de antecedentes penales y movimientos migratorios.

Un proceso de adquisición de la ciudadanía basado en la evaluación subjetiva de la integración del individuo presenta problemáticas variadas con el potencial de conducir a un modelo de integración activa más estricto que promueva la asimilación cultural en la resolución de las solicitudes de nacionalidad. Es notorio que la discriminación con base en criterios de integración y asimilación cultural ya ocurre en España, pudiendo ser observados en los discursos que orientan la experiencia cotidiana, así como en las políticas migratorias; y estableciendo una jerarquía marcada entre las poblaciones de origen latinoamericano y las de origen africano o musulmán.

Acerca de estas diferencias, Corpas Nogales (2021) plantea que el asimilacionismo no se produce de forma homogénea entre las poblaciones inmigrantes, tratándose de un asimilacionismo estratificado en el que determinados grupos son excluidos en función de las características que les son atribuidas en la sociedad receptora. Tales factores de exclusión pueden permanecer durante varias generaciones a través de «la identificación del color de la piel, el idioma de origen y la religión, para determinar el nivel de aceptación de las minorías por parte del grupo dominante» (p. 61).

En este sentido, es importante subrayar que hay un sistema diferenciador en el que las personas inmigrantes son inferiorizadas. En la jerarquía de las inmigraciones, la población latinoamericana está situada «por debajo» de inmigrantes procedentes de Europa y, al mismo tiempo, «por encima» de inmigrantes de origen africano y asiático. Un evidente ejemplo de esta jerarquización es la diferencia en el requisito del tiempo de residencia obligatoria necesario para iniciar la solicitud de la nacionalidad española. Para las personas de países iberoamericanos el tiempo mínimo es de dos años, a diferencia del resto de países, en los que se exigen diez⁶. Las similitudes culturales entre los países iberoamericanos y España sirven de justificación oficial para esta distinción.

integración, más allá de un examen, como elemento preeminente a la hora de evaluar las condiciones de acceso» (PSOE, 2019, p. 191).

6 El Código Civil de España (Real Decreto del 24 de julio de 1889) establece en su artículo 22 que «Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes».

Las políticas y los discursos de integración activa poseen un impacto directo en la experiencia inmigrante y en la formación de la identidad durante los procesos migratorios. Por esta razón, es preocupante que el contexto actual de la política europea apunte hacia un aumento de la presencia de grupos políticos de matriz nacionalista de extrema derecha, un fenómeno que también se percibe a nivel global, aunque, por supuesto, cada región albergue sus especificidades histórico-culturales.

Los discursos políticos de extrema derecha o ultraderecha realizan campañas en contra de la inmigración, a la que culpan de diversos males sociales, polarizando así las opiniones de la sociedad de acogida⁷ y, en consecuencia, afectando las posibilidades y condiciones de las personas inmigrantes en el territorio español. Al respecto, Nogales (2021) afirma que en España «se están volviendo a producir un pensamiento colectivo, aún minoritario, que cuestiona todas las ideas interculturales y pluralistas a favor de unas políticas totalmente asimilacionistas, tomando ya parte del discurso público como sucede en Francia» (p. 59).

Para Rosi Braidotti (2002), la reestructuración radical de la identidad europea en clave posnacionalista sería capaz de dar protección jurídica a un espectro más amplio de población que hoy se encuentra en situaciones legales y sociales vulnerables. Para lograrlo sería necesario modificar la oposición binaria «nosotros-ellos», rompiendo así con la idea fija de ciudadanía europea para reemplazarla por otras nociones más flexibles de ciudadanía (Braidotti, 2002, p. 9).

Una forma de avanzar rumbo a esta nueva ciudadanía sería empezar por la eliminación de la colonialidad y del racismo presentes en los sistemas educativo, administrativo y jurídico de España y Europa. En este sentido, se podrían aplicar medidas tales como la eliminación de las discriminaciones presentes en el sistema electoral, que impiden la participación activa y pasiva de la mayor parte de la población inmigrante; la facilitación de los procesos de adquisición de ciudadanía, así como la eliminación de la injustificable diferencia entre los requisitos de tiempo de residencia antes mencionados; la construcción de un sistema educativo que sea capaz de abrigar la diversidad étnica cultural presente en el territorio español y europeo; la deconstrucción del mito fundador del «descubrimiento de América» a través de una educación crítica; la eliminación de símbolos nacionales coloniales, como la Fiesta de la Hispanidad; entre tantas otras acciones necesarias. De esa forma, se busca por fin construir un proyecto de sociedad que no sea solamente multicultural, sino también anticolonial y antirracista.

7 En España, el éxito parcial del partido de extrema derecha Vox en las elecciones municipales y autonómicas apunta al crecimiento de una tendencia conservadora frente al tema migratorio en España, intensificado por la precariedad económica que impulsa a la ciudadanía a apoyarse en narrativas que sugieren soluciones extremistas.

87

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓNLATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

Desde nuestro punto de vista, una manera de contribuir a ello es denunciando y visibilizando las diferentes formas de exclusión y las constantes experiencias de racismo experimentadas en la vida cotidiana. En el siguiente apartado abordaremos esto con mayor profundidad.

IV. COLONIZACIÓN, RACIALIZACIÓN Y SEXUALIZACIÓN DE LOS CUERPOS LATINOAMERICANOS

Las experiencias de devaluación, rechazo, racismo y no pertenencia en el territorio europeo se producen por la intersección de variadas categorías (clase social, etnia, nacionalidad y edad, entre otras) que son utilizadas para diferenciar al «Otro» inmigrante del sujeto nativo. La ubicación de cada mujer inmigrante en la sociedad de acogida y, por consecuencia, su grado de exposición a las más variadas violencias, dependerá de un complejo dispositivo interseccional que produce jerarquías entre los cuerpos inmigrantes.

Las políticas de ubicación (*Politics of Location*) indican que los cuerpos son constituidos en sus identidades a partir de su ubicación en un determinado contexto histórico, cultural y geográfico: «Incluso si parto de mi cuerpo es necesario señalar que desde un principio este cuerpo tuvo más de una identidad» (Rich, 1999, p. 36). En este sentido, la perspectiva interseccional viene a señalar que la experiencia corporal que media nuestro sentido de ser y estar en el mundo será constituida a partir de múltiples identidades, capaces de exponer este cuerpo a diversas condiciones de vulnerabilidad que se yuxtaponen.

Sara Ahmed (2000) señala que hay técnicas diferenciadoras que producen aquellos que son considerados extraños (*strangers*) en oposición a aquellos que son considerados pertenecientes legítimos de un determinado sitio. Estas técnicas involucran el recogimiento corporal del Otro, que tiene como una de sus funciones marcar los límites de la cercanía física y simbólica entre los sujetos de acuerdo con sus respectivas posiciones de poder. En el marco de las dinámicas que producen «extraños» en las sociedades contemporáneas, destacamos el discurso del «extraño peligroso» (*stranger danger*), cuya presencia es vista como amenaza a la seguridad nacional y al estilo de vida idealizado por las clases dominantes. En las sociedades europeas contemporáneas, el sujeto inmigrante es el extraño peligroso por excelencia, siendo representado por los discursos hegemónicos como una amenaza en todos los niveles (económico, cultural, de seguridad, etc.).

Para evitar la aproximación de los cuerpos extraños y peligrosos, ha sido puesta en marcha una amplia y compleja maquinaria de seguridad (legislativa, gubernamental y transnacional) en la UE: el discurso del extraño peligroso posibilita la protección del espacio doméstico, social

y nacional contra el «forastero interno» (*outsider inside*) (Ahmed, 2000, p. 37). Este discurso autoriza la implementación de mecanismos de seguridad y control por parte del Estado, a la vez que legitima las violencias perpetradas contra la población inmigrante en el interior de la nación.

La diferencia se construye por la relación de distintos factores que la determinan y que producen desigualdad en un sistema de poder. Por tanto, para comprender la situación de las mujeres latinoamericanas inmigrantes se deben tener en cuenta las distintas matrices que las condicionan; es decir, la interseccionalidad de las categorías sociales a las que pertenecen, así como las condiciones previas a la migración de cada mujer, el contexto en el que llegaron a vivir en España y cómo se ha transformado su situación a lo largo de los años.

En ese sentido, Pierrette Hondagneu-Sotelo (2010) afirma: «el género no existe de una forma aislada, sino que siempre es parte de un esquema en que la raza, la nacionalidad, la integración ocupacional y las posiciones de clase socioeconómica se relacionan de modo particular» (p. 246), demandando una compleja perspectiva de análisis que denominamos «interseccionalidad»; mientras Mara Viveros Vigoya (2009) afirma que raza, etnicidad y género articulan formas de diferencia y desigualdad (p. 175).

En el mismo sentido empleado por la Recomendación General N° 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, emitida por la Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI, 2015), el término «raza» es aquí utilizado «a fin de garantizar que las personas que suelen percibirse de forma general y errónea como pertenecientes a otra raza quedan sujetas a la protección que confiere dicho texto» (p. 10); es decir, como una estrategia en la lucha por los derechos de las personas racializadas. Analizando el contexto brasileño, Alfredo Guimarães (2011) subraya que el resurgimiento del término «raza» en el ámbito sociológico y cultural se ha producido desde los movimientos sociales antirracistas: «lo más importante para el resurgimiento de la raza mientras clasificador social se ha dado como estrategia política para incluir, no para excluir, de reivindicar y no de someter» (p. 266)⁸.

La relación entre colonialidad y racismo es directa y retroalimentable, considerando que «[...] el patrón de dominación entre los colonizadores y los otros, fue organizado y establecido sobre la base de la idea de “raza”» (Quijano, 1999, p. 139). Es importante observar que la categoría «inmigrante» ha sido racializada, de modo que «no todas las personas que emigran son consideradas socialmente como “inmigrantes”, así

89

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

⁸ Traducción de las autoras.

como algunos colectivos racializados son considerados inmigrantes sin haber emigrado nunca» (Sebastiani *et al.*, 2022, p. 232). La figura de los «expatriados» o *expat* es generalmente atribuida a ciudadanos y ciudadanas de países desarrollados que viven de forma temporal o permanente en otro país, una categoría asociada a la blanquitud y al privilegio de clase. La colonialidad contribuye a que se produzca la racialización de la categoría «inmigrante» en contraposición a la clase dominante, que pasa a ser identificada como «nacionales» o «nativos». En este sentido, la categoría «inmigrante» opera de manera similar a la categoría «raza», produciendo estructuras y dinámicas similares de jerarquización e inferiorización (pp. 229-230).

En el caso concreto de las mujeres inmigrantes latinoamericanas entrevistadas en este trabajo, tenemos presente que todas ellas comparten el «ser latinoamericanas», el género y la orientación sexual; pero la clase socioeconómica, el nivel educativo, la raza y la etnicidad varían entre ellas. Además de eso, otros factores como la nacionalidad, la edad que tenían al momento de llegar a España, el lugar de origen, el lugar al que llegaron, la existencia o ausencia de redes migratorias, y el estatus migratorio, entre otras variables, las condicionaron y posibilitaron de diferentes modos.

IV.1. Racismo y violencias cotidianas: «Cuando llegamos, estamos entregando nuestra vida»

Teun A. Van Dijk (2003) señala que el colonialismo español ha dejado profundas marcas en las dinámicas racistas en relación a los pueblos indígenas y africanos, lo que también se caracteriza por un «sentimiento de superioridad racial dentro de la propia península española» (p. 22). Para el autor, las personas inmigrantes en la España contemporánea que son originarias de Latinoamérica, Asia y África han pasado a ocupar en el discurso público el mismo papel que ocupaba (y aún ocupa, en gran medida) la población gitana. A diario, los medios de comunicación presentan discursos e imágenes de una España invadida por pateras, vallas siendo atravesadas y casos de violencia protagonizados por personas inmigrantes, sembrando en el imaginario colectivo la idea de una invasión descontrolada que podría llevar a España a perder su seguridad e identidad nacional.

Estos discursos no pasan inadvertidos en el imaginario popular, produciendo efectos concretos en la cotidianidad de la sociedad española. Ello se traduce en diferentes formas de violencia dirigidas a la población inmigrante como ofensas verbales, agresiones físicas e, incluso, ataques vejatorios en público. Por otra parte, aunque «el racismo cotidiano es a menudo menos visible, las consecuencias para los inmigrantes no son necesariamente menos graves, como se pone de manifiesto en el

ámbito laboral» (Van Dijk, 2003, p. 27), tal como podemos verificar en las narrativas de trabajadoras inmigrantes explotadas y maltratadas por las inhumanas condiciones de trabajo.

A continuación, presentaremos los relatos de las mujeres que explican, en sus propias palabras, cómo han sido tratadas y las implicaciones que ello tiene en sus vidas. Como veremos, la racialización, la explotación y la sexualización son una constante en sus experiencias.

Miranda es una mujer venezolana de 37 años. Migró al norte de España a finales de 2019 para escapar de la difícil situación política y económica de su país. Realizó el viaje sola y unos meses después viajaron tras ella su esposo y dos hijas. En su país de origen, Miranda trabajaba realizando terapia equina para niños con trastorno del espectro autista (TEA), pero en España no le quedó más remedio que aceptar cualquier tipo de trabajo para garantizar la supervivencia de su familia. Relata las duras condiciones laborales que ha tenido que soportar:

Comencé a trabajar allí, trabajaba de interna. Era una señora [su jefa] bastante dura, bastante dura. Estuve allí [...] La señora no me dejaba bañarme, no me dejaba ducharme en su casa. Yo duraba una semana sin ducharme porque la señora decía que se le tapaba la cañería con mi cabello. Para poder estar dentro de la casa, tenía que estar con unos gorros y un turbante para que no se me cayera el pelo.

La señora exigía que se limpiara el piso de rodillas con una bayeta, no permitía que se pasara una fregona porque decía que el suelo quedaba sucio. Allí aguanté un mes porque no podía [...] la señora me destrozó los nervios. También me daba de voces todo el día, ella tenía que estar todo el día sentada en una silla mirándome, no me dejaba ir al baño [...] Todo eso lo aguanté durante un mes en ese empleo (Miranda [venezolana], entrevista, 8 de enero de 2021).

También, relata que trabajó en otro hogar como interna durante un año cuidando a una señora enferma: «Yo hacía horas extra, llevaba a la señora al hospital, limpiaba la casa, lavaba la ropa. O sea, yo estaba allí 24/7. Y lo que ganaba eran 400 euros» (Miranda [venezolana], entrevista, 8 de enero de 2021)⁹. Ella considera que todo se debe al hecho de que las latinas en España son sumamente maltratadas en los ambientes laborales, ganando sueldos indignos y recibiendo maltratos físicos y verbales.

Yo tenía que hacer todo, de igual manera aguantando voces, gritos —«Todo lo haces mal»—. Aparte de las ofensas. Aquí son muy ofensivos con las latinas, ¿sabes? Son muy, muy, muy ofensivos. Muy ofensivos.

9 El salario mínimo interprofesional en España, en el momento de la redacción de este texto, era de 1000 euros al mes.

Aquí en España las latinas dejamos de ser madres, esposas, dejamos de ser todo. O sea, nosotras aquí cuando llegamos estamos entregando nuestra vida. ¿Entiendes lo que te digo? (Miranda [venezolana], entrevista, 8 de enero de 2021).

Por otra parte, Georgina, mujer afrocubana de 52 años, conoció a su esposo español en Cuba y decidieron hacer su vida juntos. Se trasladó a España con 24 años, dejando a su familia y teniendo que empezar otra vez su vida. Decidió realizar de nuevo sus estudios universitarios, ya que era más fácil y rápido que conseguir la homologación de los ya realizados en su país de origen. Con el tiempo, logró llevar a sus padres a vivir con ella, tuvo dos hijas y desarrolló su carrera profesional en España. En la actualidad, es profesora y escritora. Relata las experiencias de racismo y sexismo que vivió en un contexto predominantemente blanco:

Tú imagínate que yo llego a España hace, ahorita va a ser 27 años, aquí no había casi negros. Como mucho había dos negros que vendían en el mercado. Yo iba por la calle y todo el mundo me miraba. Era horrible, era horrible. A veces los tíos te gritaban cosas porque creían que eras prostituta. Yo viví situaciones de estar esperando un taxi y pasar los coches y decirme que si me subía o cuánto cobraba. Eso lo viví yo. Yo viví situaciones de ir al parque con mi hija y estar una chica sentada al lado mío en el banco y recoger el bolso. Esos eran otros tiempos, otros tiempos. Yo viví situaciones de ir a un cajero y una señora pedirme que, por favor, que me alejara, ¿me entiendes? (Georgina [cubana], entrevista, 21 de mayo de 2021).

El racismo naturaliza el desprecio y la explotación de la alteridad, de los otros y las otras, de las personas racializadas. Estigmatiza características corporales y, al hacerlo, corporiza la diferencia y la desigualdad. Cuestiones arbitrarias como el color de la piel, la estatura, la forma y color del pelo, por ejemplo, son asociados a atributos despreciables e indeseables para la comunidad dominante, e interpretadas como sinónimo de poco intelecto, suciedad o mayor resistencia a trabajos físicos, entre otras cosas.

Mara Viveros Vigoya (2009) denuncia la escasez de trabajos en Latinoamérica que vinculan la racialización y la sexualización. Explica que esto es producto de un discurso racial en el cual la blanquitud no se concibe como «raza», sino como ausencia de «raza». Asegura que la racialización y la sexualización son elementos conceptuales claves para comprender la interseccionalidad de las prácticas de racismo y sexismo. Las relaciones entre sexo y raza, expone, han sido pensadas desde dos corrientes, fundamentalmente. La primera parte del trabajo de Michel Foucault y del concepto de biopoder como unión de anatomopolítica y biopolítica. El biopoder implica «un proceso de normalización que define

un orden moral y político, y el discurso sobre el sexo» (pp. 169-170), bajo el discurso de la raza, el cual supone la superioridad de ciertos pueblos, a la par que produce una jerarquía social y relaciones de dominación-opresión. La segunda corriente se produjo desde el feminismo:

Autoras como la socióloga francesa Colette Guillaumin utilizaron las críticas de la categoría de “raza” para pensar el sexo, y para redefinir a las mujeres, no como grupo natural sino como una clase social naturalizada. A la inversa, la comparación entre la dominación sexual y el racismo fue utilizada para entender el mecanismo racista considerando que el tratamiento análogo que sufren las mujeres y los sujetos racializados (en nombre de un signo biológico irreversible) nos muestra su identidad de estatus, como grupos minoritarios. Este estatus se refiere al de grupos que están sociológicamente en situación de dependencia o inferioridad, pensados como particulares frente a un grupo general, encarnado por el grupo mayoritario, percibido a su vez como desprovisto de cualquier peculiaridad social (Viveros Vigoya, 2009, pp. 171-172).

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

El racismo y el sexismo¹⁰ comparten la disposición a naturalizar la desigualdad y la diferencia, y se sedimentan bajo las mismas estructuras discursivas e intelectuales. Ambos, mediante una supuesta base natural apoyada en variaciones fenotípicas, justifican y reproducen relaciones de poder y desigualdad.

Las latinoamericanas, entonces, se enfrentan a la xenofobia, el racismo, el sexismo y otras formas de discriminación. Las mujeres viven de manera cotidiana actitudes y conductas discriminatorias que pueden tener efectos más o menos graves para sus vidas. La discriminación puede ser sutil y puede tratarse de un gesto, una mirada cargada de desprecio o de superioridad, aunque también puede presentarse en forma de violencia física y llegar a costar vidas.

Asimismo, la discriminación también se evidencia en diferentes instituciones del Estado español. El sujeto inmigrante racializado no es recibido por los organismos públicos como un igual y, en consecuencia, está expuesto a un trato diferenciado negativo. En nuestra experiencia personal como investigadoras y mujeres inmigrantes hemos observado e, incluso, experimentado de primera mano la diferencia de tratamiento hacia las personas inmigrantes en oficinas de correos, de la seguridad social, en centros médicos y, en especial, en las propias oficinas de extranjería.

10 Esta correlación entre el racismo y sexismo ya había sido identificada históricamente por las mujeres de los movimientos antiesclavistas británicos del siglo XIX y desde el feminismo negro estadounidense.

Mariana es una mujer de origen colombiano de 43 años que emigró junto a su hermano a España en 1997 para que él realizara sus estudios universitarios. Recuerda que, al inicio, encontrar trabajo fue muy difícil porque, debido a su origen, le cerraban todas las puertas. Ella consiguió la nacionalidad por residencia y, posteriormente, se casó con un ciudadano español con quien tiene dos hijos. En la actualidad, es propietaria de un centro médico estético. Ella relata su experiencia:

Yo me acuerdo que, para ir a renovar la documentación, yo tenía permiso de trabajo y residencia, pero no tenía la nacionalidad. Vencía cada año y tenía que ir a plaza España, al Gobierno del Principado de Asturias, a renovar. Y era humillante, era humillante porque te daban unos números hasta el número 20. Un día yo tuve que estar desde las tres de la mañana hasta las ocho que abrieron para poder entrar y coger el número. Haciendo fila ahí tirados en el suelo. Es muy humillante, fue muy humillante.

Un día llegué a la ventanilla y estaba la chica, cuando ya por fin me tocó, hablando por teléfono. Yo esperando y ella contándole a la amiga una película que había ido a ver al cine. En una de estas dice: «Bueno, voy a dejarte que tengo una latina mirándome muy feo» (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

Aunque no lo dijo en ese momento, Mariana pensó:

Yo no estoy rogando nada, yo estoy aquí trabajando, vengo con mis papeles en regla, o sea, ¡trabaja, trabaja! Ni porque sea latina, ni porque sea española, simplemente tu trabajo es recogerme la documentación y ponerme el sello, pues cógemelo (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

Alejandra, a su vez, es una colombiana de 42 años que migró al sur de España con 21 años para continuar sus estudios universitarios a través de un programa de intercambio. Una de las razones que más la influyó a la hora de tomar esta decisión fue la de tratar de reunirse en España con el que era su novio en aquel momento, quien se había ido con el mismo programa unos pocos meses antes. Sin embargo, al poco tiempo de su llegada, el padre de su novio fue asesinado en Colombia y este tuvo que volver. Alejandra se quedó sola y, con el tiempo, decidió establecerse en España. Terminó sus estudios, realizó otra carrera, se casó con un hombre belga con quien tuvo un niño y una niña. Alejandra vivió como inmigrante durante dieciséis años en España hasta que en 2017 decidieron mudarse a Bélgica para que los niños aprendieran el idioma y la cultura del padre. Ella relata:

Yo me acuerdo cuando fui a inscribirme a lo de turismo. Uno de los que estaba ahí de administrativo [dijo] como burlándose de mí: «¿Pero hablas español? Porque es que no te entiendo». Y yo le dije: «Sí, es que

vengo a inscribirme a la diplomatura en Turismo». Y [él] era como: «No, pero es que no le entiendo, ¿es que usted habla español?». Me decía así (Alejandra [colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018).

Acerca del racismo institucional en el sistema de salud pública, Georgina relató la violencia física que sufrió cuando fue dar a luz a su primera hija:

Una cosa que me pasó a mí con mi primer embarazo, le digo a la enfermera... yo era madre primeriza y se me olvida rasurarme. Y llega la enfermera a rasurarme y yo le digo: «Trae dos maquinillas». Me dijo: «Con una es suficiente». Y claro, a mitad del proceso se le queda sin filo. ¡Y qué hizo! ¡A tirar de los pelos! Sí, como te digo. Esas cosas pasan (Georgina [cubana], entrevista, 21 de mayo de 2021).

El cuerpo de las mujeres negras ha sido históricamente concebido desde la mirada occidental como un cuerpo que no siente dolor y que es apto para desempeñar el mismo tipo de trabajos que los varones. Las mujeres negras nunca han sido «el ángel del hogar» (*the angel in the house*) contra el cual se rebeló Virginia Woolf (1943). Sobre estas diferencias, bell hooks (1984) critica la perspectiva reducida de teóricas feministas blancas como Betty Friedan (1963), que han ignorado que no todas las mujeres eran amas de casa aburridas y limitadas al ambiente doméstico. Ese feminismo no hablaba sobre las necesidades de las mujeres sin hombres, sin hijos y sin hogares, ignorando la existencia de todas las mujeres no-blancas y mujeres blancas pobres (hooks, 2004, pp. 1-2). Lejos de ser vistas como seres indefensos y sensibles, las mujeres negras, marcadas por el trauma generacional de la esclavitud, ocupaban posiciones subalternas y precarizadas en el mercado laboral. Esta imagen estereotipada de la mujer negra «superfuerte» que no siente dolor, cuyo cuerpo puede aguantar todo, sigue presente en el imaginario racista europeo, donde los puestos laborales más duros y precarizados son mayormente ocupados por mujeres inmigrantes racializadas (recolectoras de fruta, limpiadoras, cuidadoras, etc.).

Los relatos de racismo hacia las mujeres inmigrantes son inagotables. Sirva para muestra la experiencia de Georgina cuando acompañaba su madre al hospital y ambas eran tratadas de forma condescendiente e infantilizada por los agentes de salud: «Íbamos al médico y el médico nos trataba como si fuésemos subnormales: “¿Pero ustedes me están entendiendo? ¿Ustedes me están entendiendo?”» (Georgina [cubana], entrevista, 21 de mayo de 2021). O la experiencia de Alejandra, que sufrió racismo por parte de sus compañeras de piso españolas: «“Usted tiene un idioma gracias a nosotros los españoles”. Así me decían: “Usted tiene una religión y no es una indígena gracias a nosotros”, y ellas me decían cosas así. Entonces claro, yo me sentía fatal y tal» (Alejandra [colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018).

95

MUJERES
LATINOAMERICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

La violencia racista y los mecanismos sociales diferenciadores por ser mujer latina han sido parte, en mayor o menor medida, de las trayectorias migratorias de todas las mujeres entrevistadas. Esto, al parecer, las empuja a protegerse de diversas maneras, desarrollando estrategias de supervivencia y protección que tienden a la asimilación.

IV.2. Estereotipos e hipersexualización de las mujeres latinas: «¿Cuánto cobras?»

En España existen estereotipos negativos sobre las personas de Latinoamérica. Por lo general, a los varones se los vincula con la criminalidad y a las mujeres se las hipersexualiza. Estos estereotipos o imaginarios son alimentados y perpetuados por las representaciones negativas mostradas en medios de comunicación y por los discursos políticos antiinmigración.

Las mujeres entrevistadas explican que han sido rechazadas, discriminadas, inferiorizadas y expuestas a situaciones de mayor vulnerabilidad. En algunos casos, esto las ha motivado a rechazar y alejarse de otras personas de Latinoamérica como estrategia de supervivencia y protección. Alejandra, por ejemplo, afirma que nunca hizo un esfuerzo por relacionarse con otras personas de su país de origen debido a que, desde su perspectiva, el mal comportamiento de algunas de estas personas podía afectar a su imagen. Es decir, que los comportamientos inapropiados son asumidos como propios de la nacionalidad y, por tanto, ella podía ser acusada de tramposa, ladrona o prostituta. En ese sentido, explica:

Cuando estábamos en la universidad, había una colombiana que se había copiado [en un examen] y la habían sacado [señalado] delante de todo el mundo. Entonces nos miraron a otra colombiana [y a mí como] a ver si estas se estarían copiando también. Entonces, claro, en cierto modo, a ti te estigmatizan también por el comportamiento de las otras. Entonces, a mí me iba mejor no siendo amiga de las colombianas que siendo (Alejandra [colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018).

Además del estereotipo de la mujer negra «superfuerte» del que ya hemos hablado, en España existen otros estereotipos sexualizados sobre las mujeres latinoamericanas inmigrantes.

Laura, mujer de origen colombiano de 30 años, viajó a España en 2016 para realizar un máster. En un principio, su intención era la de quedarse en España para trabajar y ganar suficiente dinero para pagar la deuda gracias a la que pudo desarrollar sus estudios de posgrado; sin embargo, regresó a su país menos de un año después de irse porque no encontró trabajo. Los posibles trabajos para ella como mujer latina inmigrante

estaban relacionados con los cuidados y la limpieza, lo que para Laura no tenía sentido después de invertir tanto en su educación.

Ella apunta que, desde su experiencia, la edad juega un papel importante en la sexualización de las latinas. Dice que las personas pensaron que era una «mujer fácil» por ser joven, colombiana y reír más de lo propio, según los códigos sociales de comportamiento en España. Tuvo que aprender a controlar la risa tras comprender que reír «de más» la acercaba al estereotipo de «mujer fácil». Esto podía causar el rechazo de las mujeres y, a la vez, ser tomado como una suerte de invitación por los varones.

Por otra parte, está el estereotipo de la «robamaridos». Mariana cuenta que cuando llegó a España, hace más de quince años, este estereotipo tenía más fuerza y que, por fortuna, ha ido disminuyendo. Ell relata:

Que si las mujeres veníamos a quitarle los hombres porque los hombres se iban por el tono que tenemos al hablar, que si somos más cariñosas, que si somos tal y porque nos arreglamos más. Pero reconozco que es por lo que hay cuántas mujeres latinas casadas con españoles mayores, que luego tú los ves y son de pueblo, gordos, rancios, que dices tú: «Esta mujer es latina y está con este hombre por el dinero». Es muy triste. Entonces claro, nos encasillan a todas por eso (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

Además, expresa que, al estar casada con un español, las personas asumen que lo que ella es y lo que tiene se lo debe a su esposo; es decir, que sus logros personales quedan anulados y pasa a ser simplemente la mujer de alguien.

«De qué si conseguiste la nacionalidad porque te casaste con el español». No, mi nacionalidad la conseguí yo. Y este negocio [centro de estética], bueno, estamos casados y es de los dos, pero en este negocio todo lo que hay aquí metido es mi dinero. Lo he trabajado yo. Entonces, ¿por qué se me encasilla de que porque como soy colombiana y ahora vivo bien (relativamente) es por el marido que tengo y tengo la nacionalidad por el marido que tengo? No, mi marido no tuvo nada que ver (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

Por último, el estereotipo más fuerte y frecuente en las experiencias de las mujeres entrevistadas es que las inmigrantes latinoamericanas son «prostitutas». Miranda relata:

La señora con la que trabajé en Oviedo me decía todos los días que las latinas éramos unas putas y que las latinas nos vestíamos así, que nos vestíamos no sé qué tal... Y un día me molesté y le dije: «Nosotras no todas las latinas somos eso» (Miranda [venezolana], entrevista, 8 de enero de 2021).

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

También explica la violencia que afecta a sus hijas en el ambiente escolar, donde sufren *bullying* racista y sexista por su origen como latinoamericanas:

Aquí también hay mucho rechazo hacia los niños en la escuela, ¿sabes? También hemos experimentado muchas cosas con ellas [sus hijas] en la escuela, les dicen cosas feas. [...] Por lo menos, a la niña que tengo en tercer año de la ESO le han dicho «puta», ¿te molesta la palabra? [...] A mi hija le dicen que es una puta, que las venezolanas somos unas putas, que las latinas somos unas putas. Yo ya he ido al instituto varias veces porque me parece que es una falta de respeto (Miranda [venezolana], entrevista, 8 de enero de 2021).

Noemí, mujer afrocolombiana de 54 años, fue la entrevistada que más situaciones relató en las que había sido tomada por prostituta. Viajó a España con 35 años porque una amiga suya, que había migrado antes, le pagó el viaje para que le hiciera compañía durante una temporada. Noemí, que se había divorciado recientemente y no tenía un buen trabajo en ese momento, aceptó la oferta y dejó a su hijo en Colombia con la esperanza de reunirse pronto con él. Estuvo en situación administrativa irregular (coloquialmente llamada «sin papeles») durante tres años y medio, en los que tuvo todo tipo de trabajos precarios, sobre todo relacionados con la hostelería. Por su puesto, en estas condiciones pasó varios años sin reunirse con su hijo. Ella relata:

Aquí ya ha mejorado mucho [...] Para mí Palencia era como un pueblo al venir de Bogotá. Y el pueblo era la plaza y un puticlub. Entonces al principio a mí me costó muchísimo porque la gente te miraba, por la calle te decían que cuánto cobrabas y todo eso. Entonces fue un *shock* muy fuerte, muy fuerte.

Es que a mí me pasó el primer mes, o el segundo, yo no me acuerdo, pero vivíamos en Talavera y mi amiga: «Vamos de fiesta, vamos de fiesta». Salimos y ese fin de semana fuimos a una discoteca, era de colombianos o no sé cómo fue la historia, y el caso es que yo estaba sentada y un señor toda la noche: «¿Cuánto cobras?, ¿cuánto cobras?». Y yo: «¡Que no soy puta!», le decía yo (Noemí [colombiana], entrevista, 18 de abril de 2018).

Además, ha relatado otras situaciones similares, como una vez que fue a una oficina de correos para enviar un paquete y, al salir del sitio, un hombre español que había estado esperando turno detrás de ella le preguntó «¿Dónde trabajas para ir a verte esta noche?», porque asumió que ella trabajaba en una casa de prostitución. Noemí le dijo que no era puta, que además ella era una mujer casada y le mostró el anillo de boda, entonces el hombre apenado le pidió disculpas y se fue.

En otra ocasión tomó un taxi para ir a su casa, pero el conductor no la llevó a la calle que ella le indicó, sino que la dejó frente al prostíbulo del pueblo asumiendo que allí era donde realmente Noemí quería ir, pero que le daba vergüenza decirlo. El taxista pensó que le estaba haciendo un favor al dejarla en la puerta del local de prostitución.

Aportes teóricos del feminismo latinoamericano y decolonial ayudan para comprender estos procesos migratorios contemporáneos que atraviesan los cuerpos y las identidades de las mujeres de origen latinoamericano, quienes hoy son discriminadas y racializadas en el territorio europeo.

María Luisa Femenías (2007) destaca que las experiencias individuales y las particularidades colectivas de las mujeres latinoamericanas son «borradas» en la construcción de estos estereotipos racializados, produciendo «una imagen monolítica que es, por definición y en general, lo “Otro” devaluado, exótico o inquietante: es decir el lugar heterodesignado donde no queremos estar» (p. 15).

María Lugones (2008) propone un diálogo entre las teorías de interseccionalidad propuestas por el feminismo negro (Crenshaw, 1991; Collins, 2000) y los marcos teóricos del pensamiento decolonial (Dussel, 1994; Quijano, 2000; Mignolo, 2007), afirmando que «Entrelazar ambas hebras de análisis me permite llegar a lo que estoy llamando, provisoriamente, “el sistema moderno-colonial de género”» (Lugones, 2008, p. 77). En ese sentido, comprender las intersecciones de etnia, género y clase social, entre otras categorías, demanda un análisis del sistema capitalista global que sostiene la jerarquía Norte-Sur, así como de los procesos históricos colonizadores que lo han producido y que perduran bajo nuevas configuraciones.

También ocurre que las mujeres inmigrantes, las mujeres viajeras, desafían el orden establecido. A partir de un entramado simbólico, se construye una imagen negativa de ellas como las «otras», lo que no deben ser, lo cual fomenta el rechazo social, y legitima discriminaciones y exclusión (Holgado Fernández, 2006, pp. 184-185). La inmigrante, la viajera solitaria, es una imagen fácilmente asociable al estereotipo de «mujerzuela» y, por tanto, «menos valiosa» (Cruz Salazar, 2011, pp. 135-136).

El problema de estos prejuicios y estereotipos que hemos mencionado es que justifican la discriminación y la violencia. Los estereotipos que se han edificado por la sexualización y la racialización, como los de «la superfuerte», «la fácil», «la robamaridos», «la puta» o «la de no fiar», recaen sobre las inmigrantes latinas en España y son tan poderosos que ellas mismas empiezan a cuestionarse qué están haciendo mal, llegando a modificar sus comportamientos e, incluso, rechazando o apartándose de compatriotas.

99

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

V. ESTRATEGIAS DE SUPERVIVENCIA Y ACULTURACIÓN. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA INTEGRACIÓN Y LA ASIMILACIÓN

La aculturación, definida por John Widdup Berry (2005), es el proceso dual de cambios culturales y psicológicos que tienen lugar como resultado del contacto entre dos o más grupos culturales y sus miembros individuales (p. 698). El autor explica que este fenómeno se produce de múltiples maneras en los procesos migratorios y propone un modelo de cuatro categorías donde el individuo de la cultura no dominante (inmigrante) asume diferentes estrategias en su proceso de aculturación. Tales estrategias son: asimilación, separación, integración y marginalización.

La estrategia de asimilación consistiría en el rechazo de la cultura de origen (no dominante), con la consecuente incorporación de los valores de la cultura de acogida (dominante). Por otro lado, la estrategia de separación implicaría la total adherencia a los valores y signos culturales de la cultura de origen, acompañada por el rechazo a la cultura de la sociedad de acogida. La estrategia de integración consistiría en el diálogo de los dos modelos anteriores, produciéndose la búsqueda de una participación activa como miembro de la sociedad de acogida, a la vez que se mantienen aspectos identitarios de la cultura de origen. Por último, la estrategia de marginalización ocurriría cuando no hay interés por parte del individuo de asociarse con su cultura de origen, y tampoco con la cultura de acogida, consistiendo en una estrategia de aislamiento social (Berry, 2003, p. 24).

En este estudio, verificamos cómo estrategias de asimilación son puestas en marcha por las mujeres inmigrantes bajo el discurso de la integración, tan difundido en el debate público europeo. El deseo de integración da lugar a estrategias de asimilación, donde el rechazo a la cultura de origen y la adherencia a los discursos de corte racista son una forma de alejarse de la diferencia inmigrante y de acercarse a los privilegios de pertenencia de la blanquitud autóctona. En ese sentido, la asimilación puede ser entendida como una estrategia individualista (Zlobina *et al.*, 2008, p. 144), ya que supone un alejamiento del sujeto colectivo al cual el individuo se vincula en sus orígenes culturales.

Percibimos estas estrategias puestas en marcha en los discursos de varias mujeres entrevistadas, que parecen coincidir en que alejarse de espacios de cultura latinoamericana es mejor para no involucrarse en ningún tipo de problema, y en que prefieren adaptarse a la cultura local:

Cambiamos mucho. Se cambia mucho. Mujeres y hombres. Mi marido [español] dice que yo soy la mayor racista que hay en el mundo. Él dice que soy la mayor racista. Yo no voy a discotecas latinas, no voy a restaurantes latinos. Tengo un chico colombiano que hace comida en

su casa y la reparte a domicilio, comida colombiana, pues a él le pido, pero no frecuento. Y gente que me venga aquí tampoco, prefiero que no (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

Yo cuando llegué aquí lo que hice fue: yo vine a España, voy a integrarme. Yo nunca desde que estoy con mi pareja, nunca he ido a los restaurantes colombianos ni como comida colombiana. Es más, en mi casa cocina él. Y yo, desde que estoy aquí, como solo comida española. Todo mi mundo gira en base a lo de él. Yo no extraño la comida de allí ni nada, nunca la extraño porque siempre quise como adaptarme a estar aquí (Noemí [colombiana], entrevista, 18 de abril de 2018).

Katerina, colombiana de 31 años, viajó con 16 a España. Su madre había migrado años antes y la había dejado, junto a su hermana y hermano menores, bajo el cuidado de los abuelos. En 2007 la madre consiguió la reagrupación familiar y los llevó con ella a vivir a Cataluña. Ella recuerda que después de haber sido una buena estudiante toda la vida, se enfrentó a no entender nada pues sus clases eran en catalán. Trabajó en *call centers* (centros de atención telefónica para empresas) en España y como *au pair* en diferentes países, como Italia, Reino Unido y los Estados Unidos. Ella explica:

Yo tengo amistades un poco de todo, ni mucho latino ni demasiado exclusivamente españoles, no, de todo. Lo único, sí, que no voy a sitios exclusivamente de latinos. Precisamente por eso, por la carga; o ir de fiesta a una discoteca por la carga negativa que tiene. Porque siempre va a haber algún lío o algo (Katerina [colombiana], entrevista, 4 de mayo de 2018).

El concepto de «integración» adquiere múltiples significados a través de las experiencias de las mujeres inmigrantes. A pesar de la variación de significados que pueden ser atribuidos al término «integración», no queda duda de que todas tienen muy bien asimilada la idea de que su deber como inmigrantes es insertarse a la cultura local. Esta percepción de que existe un deber de integración queda explícita en el discurso de varias mujeres entrevistadas:

Entonces, desde mi punto de vista, y es como mi conclusión de haber vivido todos estos años tanto en Bélgica como en España, que cuando tú llegas de inmigrante a un país tú no puedes pretender que ellos te acepten como colombiano, con tus costumbres, no. Es que eres tú el que llegas, tú te tienes que adaptar sin perder tu identidad (Alejandra [colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018).

Tú empiezas a ser otra persona para poderte adaptar. La gente le tiene mucho miedo a la palabra «asimilación», pero es que tú, como no asimiles cosas, no te integras. Y es que el proceso nuestro de desarraigo, de integrarnos en otra sociedad, pasa también por un proceso largo de

asimilación. O empiezas a asimilar cosas o no puedes vivir. Y es una situación dramática, lo es, lo es. Y que comporta sufrimiento, reflexión, tiempo de acomodar las cosas. Mucho tiempo de acomodar las cosas y de reconstruir tu identidad (Georgina [cubana], entrevista, 21 de mayo de 2021).

Claramente hay un dicho que dice: «A la tierra que fueres, haz lo que vieres» (Katerina [colombiana], entrevista, 4 de mayo de 2018).

Los individuos latinoamericanos que mantienen lazos con otras personas latinas son vistos por algunas de las entrevistadas como aquellos que no quieren integrarse o adaptarse a la sociedad de acogida:

Tuve un compañero en el aeropuerto que su mujer era de... ¿dónde se ve la bachata? ¿Puerto Rico o por allí?... Y dice: «Es que yo no sé qué hacer con la mía, que es con un grupo de amigos todos puertorriqueños», o dominicanos, no sé qué era, «siempre cocinando comida dominicana, siempre escuchando esa música, no se quiere integrar». Entonces yo le decía: «Vamos a ver, eso es un problema» (Noemí [colombiana], entrevista, 18 de abril de 2018).

Su mujer [de mi padre] es colombiana y, claro, ella no se ha integrado a España porque lleva, si yo llevo veinte [años], ellos llevan diecinueve. Pero ella sigue yendo a esos sitios [latinos], sus amigas son todas colombianas. Y es muy triste (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

Podríamos decir que la sociedad española presiona a las mujeres hacia la asimilación. Como hemos visto anteriormente, las anécdotas de racismo, discriminación y opresión dejan huella y causan reacciones en las mujeres latinoamericanas. Por ejemplo, las personas «sin papeles», como estuvo Noemí en sus primeros años, deben alejarse de sitios donde se reúnan otras personas inmigrantes porque tienen mayor riesgo de caer en una redada y, en consecuencia, ser deportadas. Desde esa lógica, se entiende que conviene más protegerse entre personas españolas que intentar crear lazos comunitarios con otras latinas.

Mariana narra un ejemplo que podemos interpretar como «estrategia de asimilación». Ella trabajó en una agencia inmobiliaria en la que tenía una clienta con un discurso profundamente racista hacia las personas de Latinoamérica. Su clienta desconocía el origen de Mariana. Pensaba que, por su acento, podía ser de Tenerife. Mariana, lejos de sacar a la mujer de su error, escuchaba y permitía su discurso:

Y se lo decía a mi jefa: «El día que esta señora se entere de que yo soy latina...», porque decía «Todos estos sudacas de mierda». Pero le habían robado, tenía unos okupas en casa que eran colombianos, y como aquí les cubren tanto, no puedes ir a echarlos. Entonces tenía un

piso destrozado y viviendo unos colombianos que ni le pagaban, ni le dejaban alquilar el piso, ni nada. Le habían... bueno, le habían hecho de todo a esa pobre señora. Pues claro, normal. Entonces, por eso te digo, yo con los latinos no, es muy triste, pero no quiero saber nada. De los latinos me vale bastante con mi familia y mi amiga de Madrid y ya, porque tristemente es así (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

Alejandra, por su parte, tiene un discurso muy similar al de Mariana. Justifica la discriminación hacia la población latina y colombiana. Desde su percepción, los estereotipos negativos son consecuencia del mal comportamiento de las personas inmigrantes en la sociedad de acogida:

Estamos muy estigmatizados. Hay una desconfianza muy grande por los latinos y por los colombianos. La referencia de Colombia a nivel mundial pues son las drogas, las guerras, la inseguridad... entonces sí que los colombianos estamos muy estigmatizados, pero yo creo que también es por nuestra propia culpa, porque no hemos sabido comportarnos fuera, pienso yo (Alejandra [colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018).

Alejandra justifica sus esfuerzos por no hacer amistades con otras mujeres latinoamericanas y no mezclarse en los sitios de cultura latina en virtud de las experiencias negativas que afirma haber tenido con otros y otras compatriotas durante su trayectoria migratoria. Explica:

Pero por decir las otras que vienen a quedar como un zapato aquí, pues yo nunca hice un esfuerzo por relacionarme con ellas. Entonces yo más bien evité relacionarme. Yo como que también en cierta forma rechacé ese tipo de personas (Alejandra [colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018).

Debemos considerar que algunas mujeres inmigrantes ocupaban posiciones de privilegio (económico y racial) en sus países de origen y han tenido una pérdida de capital simbólico durante sus trayectorias migratorias. Las estrategias de asimilación constituyen, en algunos casos, un intento por recuperar estos privilegios acercándose a la élite autóctona de los países de acogida para así frenar los procesos de racialización que devalúan su existencia en el territorio europeo. Este es el caso de Alejandra, oriunda de una familia con una situación económica confortable en Colombia, quien vino muy joven a España para continuar con sus estudios universitarios. Ella relata:

Pues yo en Colombia, ¿cómo te dijera?, era una niña que era muy cuidada, era muy tal. Y aquí yo llegué a estar sola, sola totalmente. Entonces a mí me daba miedo todo, incluso me daba miedo ir caminando a la universidad. Y, además, las clases aquí son enormes y en la Javeriana son salones no más. Entonces para mí todo era enfrentarme a todo. Por lo

que yo te digo, yo era una niña muy cuidada y que para mí fue: o aprende o aprende. A cocinar, a todo. A todo ese tipo de cosas, a defenderme de la gente, de cómo me hablaban aquí... Imagínate, después de no sé cuántas horas en la universidad, ¿tú crees que yo he llegado a la casa y me quería poner a cocinar? Cuando yo toda la vida he tenido empleada que me alistaba la ropa para ir a la universidad, el almuerzo, desayuno, tal. Y aquí me ha tocado a mí ponerme a lavar baños, a cocinar yo (Alejandra [colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018).

Alejandra hace una clara distinción de su experiencia de clase social en Colombia y en España. Para ella, los colombianos inmigrantes en España no son fiables, poseen comportamientos inmorales y posiblemente provienen de clases sociales inferiores a la suya. Desde su punto de vista, solo es seguro relacionarse con compatriotas estando en Colombia, donde puede asegurarse de que todas las personas de su entorno pertenecen a su misma clase social y comparten los mismos valores. Este recorte de clase está representado de manera explícita en su relato:

No es lo mismo un colombiano en Colombia que un colombiano aquí. O sea, por decir, aquí tú te puedes encontrar un colombiano de cualquiera de las maneras. Cuando tú vas a Colombia, tú te relacionas con tus amigos, con la gente que es como tú, ¿sí me entiendes?, de tu misma clase social. Entonces, tú no te sientes rara entre tus propios colombianos; en cambio, tú aquí sí. Tú te sientes rara porque ese colombiano a lo mejor no tiene tu misma clase social, no tiene las mismas oportunidades que has tenido tú. Entonces lo que yo te digo, puede que sea ladrón, puede que sea una... puede que sea no sé qué. Entonces hay una cierta desconfianza, pero entonces tú no tienes esa desconfianza con tus amigas o con la gente con la que tú te relacionas en Colombia, eso no es así (Alejandra [colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018).

La percepción de Mariana sobre sus compatriotas en territorio español se acerca a la relatada por Alejandra. Afirma que las mujeres colombianas «no saben portarse» y que son, por lo general, muy «exageradas en la forma de hablar y vestir». Por otro lado, piensa que los hombres colombianos incorporan la imagen del «macho guerrillero», siempre generando problemas y peleas: «Y los hombres son en plan de machos, el guerrillero, “No te metas conmigo que soy colombiano, mucho cuidado”» (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018). Piensa que la mayoría de los colombianos que viven en España no son buenos representantes de la cultura colombiana:

Muy ordinarias, las mujeres aquí son muy ordinarias. Las colombianas que hay aquí la mayoría son muy ordinarias en la forma de vestir, en la forma de expresarse, yo a todo el mundo se lo digo. De verdad que

yo, «papi y mami» [solo le digo] a mi papá y mi mamá, que allí no vamos diciéndole a los amigos... o pasa un chico y «Adiós, papi». No, no decimos eso (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018)¹¹.

Mariana es propietaria de una clínica estética ubicada en un sector considerado como «urbanización de lujo». Al preguntarle si tenía clientes latinoamericanas, respondió:

Mira, me han dicho, mira que llevo casi dieciséis años aquí en el barrio y me han dicho que aquí vive una colombiana. Yo no la conozco, no la conozco. Y si te digo la verdad, sinceramente, con toda confianza, no quiero tener. No quiero tener clientas latinas... Yo quiero una cierta categoría que sé que los latinos no me dan (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

Cuenta, además, que no desea tener a personas de Latinoamérica trabajando en su negocio:

Y el otro día, por ejemplo, a mí me vinieron a traer un currículum de una chica colombiana, que yo en verano siempre meto alguien para que me ayude porque tengo mucho trabajo. Yo lo siento mucho, pero no, no la conozco ni nada, puede ser normalita como yo y como tú, pero [si] ya ni siquiera yo misma, que soy colombiana, me doy el espacio de querer conocerla, pues ¿cómo van a ser los demás? No me fío, es que no me fío. Son veinte años aquí viendo a los colombianos que vienen aquí cómo se comportan (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018).

También explica que ella va a las clases de zumba sobre todo para escuchar la música que le gusta, ya que en su casa le da vergüenza poner música latina en un volumen alto: «Te lo juro que yo voy porque escucho música de la que me gusta alta, porque en casa no la pongo, me da un poco de reparo» (Mariana [colombiana], entrevista, 21 de marzo de 2018). Esto evidencia cómo el racismo se inserta en las esferas más íntimas y subjetivas de la vivencia de los sujetos.

De esta manera, vemos que las estrategias de asimilación operan a través de diferentes prácticas como, por ejemplo, no frecuentar sitios asociados a la cultura latina, diferenciarse de los demás extranjeros incorporando discursos de corte racista, cambiar la *performance* estética para parecerse más a la cultura local e, incluso, evitar hábitos que puedan ser estereotipados como latinos. En el fondo, estas son

11 María Lidola (2011) realizó un estudio antropológico con mujeres de Brasil inmigrantes en Berlín en el que exploró las negociaciones de pertenencia en las prácticas cotidianas, haciendo énfasis en el cuerpo. Encontró que algunas mujeres se apropian del estereotipo existente *die Brasilianerin* (un estereotipo altamente exotizado y sexualizado) para su propio beneficio. Podría ser interesante explorar en futuras investigaciones si en España sucede un fenómeno similar.

estrategias de supervivencia utilizadas tanto para poder seguir en el territorio español como para no sufrir malos tratos y violencia racista. También por el temor a perder la posición social que se ha ganado tras años de esfuerzo como inmigrante.

Dicho esto, es importante destacar que las mujeres no son únicamente víctimas dentro de este proceso, sino que también tienen una cierta capacidad de maniobra dentro de sus circunstancias. Al referirnos a «estrategias de asimilación» y «estrategias de supervivencia» pretendemos reconocer que las experiencias de explotación y empoderamiento no son necesariamente excluyentes, sino que pueden operar simultáneamente (Winters, 2020, p. 8).

Apesar de las dificultades y retos que supone a las mujeres latinoamericanas inmigrantes el vivir en España, es importante destacar que la migración permite a las mujeres cambiar sus vidas de forma favorable, crear agencia y empoderarse. Todas las entrevistadas expresaron satisfacción y orgullo por lo que consiguieron al migrar a España. Incluso las experiencias negativas sirven como aprendizaje. Alejandra explica: «Poco a poco empiezas a coger más fuerza, a defenderte, a no parar bolas. Y vas luchando y vas luchando» ([colombiana], entrevista, 20 de abril de 2018). Katerina, por su parte, expresa que hay un cierto enriquecimiento a través de la experiencia migratoria:

Simplemente, por el hecho cultural de decir «Soy inmigrante» tengo como, no más valía o más cultura o más inteligencia, sino que me parece que hace propio a una persona viajar, moverse, irse de su sitio de confort o de lo que ha mamado toda la vida. Siento que es algo mío que a mí nadie me va a quitar (Katerina [colombiana], entrevista, 4 de mayo de 2018).

Sus trayectorias migratorias también han tenido efectos positivos en sus familias y en personas cercanas. Algunas de estas mujeres han sido apoyo económico para sus familias mediante el envío de remesas. Quienes son madres manifiestan, por su parte, que la migración les ha permitido brindar a sus hijos e hijas mejores oportunidades en términos de educación y seguridad. También, en otros casos, han propiciado la migración de otras personas y conseguido la reagrupación familiar.

VI. CONCLUSIONES

Las narrativas de las mujeres entrevistadas evidencian que las experiencias de discriminación y racismo como inmigrantes de origen latinoamericano en España no son poco frecuentes. A través de estas narrativas hemos analizado cómo el racismo afecta a la manera en que las mujeres latinoamericanas se perciben a sí mismas y a su propia cultura de origen. Tal rechazo por parte de la sociedad de acogida se explica en

parte por el papel de los medios de comunicación, los discursos políticos antiinmigración, y los estereotipos racistas y sexistas. Además, en este fenómeno subyace el pasado colonial.

Hemos podido observar cómo los procesos de aculturación son variados, complejos e influenciados por el racismo estructural de la sociedad de acogida. En este sentido, las narrativas de las mujeres entrevistadas evidencian cómo opera una de las estrategias de la colonialidad (empleada desde el inicio de la llegada europea en territorio latinoamericano), que ha sido subsumir al Otro como uno mismo (Dussel, 1994, p. 61), anulando sus singularidades culturales y su visión del mundo.

Este proceso colonizador ya no es puesto en marcha por las armas del Ejército español, sino que asume nuevas configuraciones a través de un elaborado tejido discursivo e institucional que marca a los sujetos latinoamericanos: «Sobre el efecto de aquella “colonización” del mundo de la vida se construirá la América Latina posterior: una raza mestiza, una cultura sincrética, híbrida, un Estado colonial [...] dependiente y periférica desde su inicio» (Dussel, 1994, p. 62).

Las identidades racializadas de «indios» y, posteriormente, «negros» fue atribuida por los colonizadores a las poblaciones dominadas, estableciéndose así una relación entre un «nosotros» y los «otros». De acuerdo con Quijano (1999), en el comienzo los colonizadores asumen la identidad de «españoles», «portugueses», «ibéricos» o «británicos», y desde fines del siglo XVIII se identifican como «europeos» o «blancos». Esta dicotomía entre el «nosotros» europeo y dominante en contraposición a los «otros» racializados y dominados sigue persistiendo en la sociedad española y europea, donde los «otros» pasan a ser representados en la figura del «inmigrante».

Este tejido discursivo a través del cual la colonialidad opera se proyecta en las estructuras gubernamentales y jurídicas, en los discursos de los actores políticos, en el debate público y en la propia cultura española de forma amplia. Las humillaciones y maltratos sufridos por las trabajadoras inmigrantes del sector doméstico y de cuidados es un ejemplo claro de como esta colonialidad sigue presente en las relaciones sociales.

Los efectos de la colonialidad, que perduran en la actualidad bajo nuevos ropajes (como el concepto de «integración» ampliamente difundido por la UE, así como sus diferentes mecanismos de exclusión y devaluación), tienen impactos profundos en la autoimagen de las mujeres latinoamericanas inmigrantes en España, generando consecuencias devastadoras en la materialidad de sus vidas cotidianas. Así, a través del análisis de los discursos de las mujeres entrevistadas, hemos puesto de relieve los mecanismos perversos por los cuáles el racismo afecta a la vida inmigrante, poniendo en marcha dispositivos complejos capaces

MUJERES
LATINOAMERICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

de definir espacios físicos y simbólicos, así como de producir heridas profundas en el sentido de comunidad de las poblaciones latinas.

El racismo cotidiano acaba por empujar a las mujeres inmigrantes a la renuncia de sus diferencias culturales en el intento por protegerse de la violencia en sus más variadas formas y de construir una vida plena en la sociedad de destino. En ese sentido, los fragmentos de entrevistas aquí analizados nos han permitido evidenciar cómo el racismo hacia la población inmigrante es generador de un proceso de asimilación que se manifiesta de diferentes maneras: rechazo a mantener vínculos de sociabilidad con personas latinas, renuncia a hábitos culturales asociados al país de origen o Latinoamérica, cambios lingüísticos y corporales para parecerse más a la cultura del país de destino, y reproducción de discursos de corte racista, entre otras estrategias.

A la vez, hemos explicado que las mujeres no son únicamente víctimas. Si bien al migrar se enfrentan a lo anteriormente mencionado, en sus trayectorias también han podido mejorar sus vidas de diversas maneras, así como ayudar a sus familias y a otras personas cercanas de sus lugares de origen. En sus relatos, las mujeres entrevistadas han dejado ver diversas estrategias que han empleado para superar los obstáculos y llevar a cabo sus proyectos, tomando decisiones y siendo activas respecto a la definición del rumbo de sus vidas, algo de lo cual se enorgullecen.

Destacamos también que las políticas migratorias de la UE y del Estado español poseen enorme responsabilidad en la producción y perpetuación del racismo que se manifiesta en las estructuras de la sociedad. Estas políticas migratorias, marcadas por la securitización y asimilación, generan las condiciones necesarias para que se produzca un ambiente hostil a las personas inmigrantes y, al mismo tiempo, favorable a la aparición de partidos y discursos de extrema derecha.

Para finalizar, tomamos prestadas las palabras de Gloria Anzaldúa (1988): «No estamos reconciliadas con los opresores que afilan su gemido con nuestro lamento. No estamos reconciliadas. Busca la musa dentro de ti misma. La voz que se encuentra enterrada debajo de ti, desentiérrala» (p. 227). A nosotras, mujeres latinas, no nos resta otra alternativa que unirnos en la construcción de un feminismo antirracista y decolonial que rompa con las diversas estructuras que nos mantienen subalternizadas.

REFERENCIAS

- Ahmed, S. (2000). *Strange Encounters. Embodied Others in Post-Coloniality*. Nueva York y Londres: Routledge.
- Álvarez, J. (2012). Inmigración colombiana en España: fenómeno multidimensional. *Económicas CUC*, 33(1), 33-46.

Anzaldúa, G. (1988). Hablar en lenguas. Una carta a escritoras tercermundistas (A. Castillo y N. Alarcón, trads.). En C. Moraga y A. Castillo (eds.), *Esta puente, mi espalda. Voces de mujeres tercermundistas en los Estados Unidos* (pp. 219-228). San Francisco: ISM Press.

Berry, J. W. (2003). Conceptual Approaches to Acculturation. En K. M. Chun, P. Balls Organista y G. Marín (eds.), *Acculturation: Advances in theory, measurement, and applied research* (pp. 17-38). Washington, D. C.: American Psychological Association. <https://doi.org/10.1037/10472-004>

Berry, J. W. (2005). Acculturation: Living successfully in two cultures. *International Journal of Intercultural Relations*, 29(6), 697-712. <https://doi.org/10.1016/j.ijintrel.2005.07.013>

Bilgic, A., & Pace, M. (2017). The European Union and refugees. A struggle over the fate of Europe. *Journal Global Affairs*, 3(1), 89-97. <https://doi.org/10.1080/23340460.2017.1322252>

Braidotti, R. (2002). *Gender, identity and multiculturalism in* (pp. 3-41). Fiesole: European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies.

Cebrián, J. A., Bodega, M. A., Martín-Lou, M. A., & Guajardo, F. (2010). La crisis económica internacional y sus repercusiones en España y en su población inmigrante. *Estudios Geográficos*, LXXI(268), 67-101. <https://doi.org/10.3989/estgeogr.0505>

Collins, P. H. (2000). *Black Feminist Thought. Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. Nueva York y Londres: Routledge.

Corpas Nogales, J. M. (2021). Procesos de incorporación sociocultural de la población inmigrante: asimilación y multiculturalidad. *Journal de Ciencias Sociales, Revista Académica de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Palermo*, 9(17), 54-69. <https://doi.org/10.18682/jcs.vi17.4343>

Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>

Cruz Salazar, T. (2011). Racismo cultural y representaciones de inmigrantes centroamericanas en Chiapas. *Migraciones Internacionales*, 6(2), 133-157.

Domínguez-Mujica, J., López de Lera, D., Ortega-Rivera, E., & Pérez-Caramés, A. (2020). El sistema migratorio de Latinoamérica-España: ¿Ha sido la crisis económica un paréntesis? *Cuadernos Geográficos*, 59(3), 37-57. <https://doi.org/10.30827/cuadgeo.v59i3.9223>

Dussel, E. (1994). 1492. *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*. Quito: Abya Ayala.

Estrada Gorrín, A. B., & Fuentes Lara, M. C. (2020). La construcción de las fronteras europeas como origen de la criminalización de las migraciones en Europa: retóricas de securitización y humanitarismo. *REMHU: Revista Interdisciplinaria de Movilidad Humana*, 28(59), 217-234. <https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005913>

MUJERES
LATINOAME-
RICANAS
INMIGRANTES
EN ESPAÑA:
EXPERIENCIAS
DE RACISMO Y
ASIMILACIÓN

LATIN AMERICAN
IMMIGRANT
WOMEN IN SPAIN:
RACISM AND
ASSIMILATION
EXPERIENCES

Femenias, M. L. (2007). Esbozo de un feminismo latinoamericano. *Estudios Feministas*, Florianópolis, 15(1), 11-25. <https://doi.org/10.1590/s0104-026x2007000100002>

Friedan, B. (1963). *The Feminine Mystique*. Nueva York: Dell.

García, D. (2012). Bogotanas migrando. Migración, economía del cuidado y políticas públicas. En Cecilia Barraza (ed.), *Mujeres migrantes. Sueños y realidades. Aportes para un debate desde los derechos Humanos* (pp. 57-99). Bogotá: Corporación Humanas.

García Juan, L. (2015). El discurso de la Unión Europea sobre medidas de integración de inmigrantes y sus derivaciones en España. *Migraciones Internacionales*, 8(1), 127-158. <https://doi.org/10.17428/rmi.v8i1.590>

Ghosh, J. (2009). *Migration and Gender Empowerment: Recent Trends and Emerging Issues*. Human Development Research Paper 2009/04. United Nations Development Programme.

Gómez Ciriano, E. J. (2010). ¿Excluyendo desde la integración?: un análisis del modelo de integración activa. *Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada*, (159), 85-101.

Guimarães, A. S. (2011 [1991]). Raça, cor, cor da pele e etnia. *Cadernos de Campo*, 20(20), 265-271. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v20i20p265-271>

Haraway, D. (1988). Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective. *Feminist Studies*, 14(3), 575-599. <https://doi.org/10.2307/3178066>

Hernández Martínez, C. (2018). *Performatividad de la diferencia: experiencias corporales de migrantes colombianas en España* [tesis inédita de maestría en Género y Diversidad, Universidad de Oviedo]. España.

Holgado Fernández, I. (2006). Mujeres e inmigración. Viajeras que transforman el mundo. En T. Susinos Rada, A. Calvo Salvador y M. García Lastra (eds.), *Mujeres en la periferia. Algunos debates sobre género y exclusión social* (pp. 171-190). Barcelona: Icaria.

Hondagneu-Sotelo, P. (2010). La incorporación del género a la migración: 'no sólo para feministas' ni sólo para la familia. En M. Ariza y A. Portes (eds.), *El país transnacional, migración mexicana y cambio social a través de la frontera* (pp. 423-452). Ciudad de México: Instituto Nacional de Migración, Universidad Nacional Autónoma de México.

hooks, b. (1984). *Feminist Theory from Margin to Centre*. Boston: South End Press.

Huntington, S. P. (1997). *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (J. P. Tosaus Abadía, trad.). Barcelona: Paidós.

Kostakopoulou, D. (2010). The Anatomy of Civic Integration. *The Modern Law Review*, 73(6), 933-958. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2010.00825.x>

La Barbera, M. C. (2015). Identity and Migration: An Introduction. En M. Caterina La Barbera (ed.), *Identity and Migration in Europa: Multidisciplinary*

Perspectives (pp. 1-13). Dordrecht: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-10127-9_1

La Spina, E. (2019). 'Buenas/malas' familias migrantes y su integración en la Unión Europea. *Migraciones Internacionales*, 10(36), 1-31. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2025>

Lidola, M. (2011). Appropriating "die Brasilianerin". Negotiating belonging and unbelonging in everyday practice in Berlin. En H. Drotbohm y I. Kummels (eds.), *Afroatlantische Allianzen. Themenfest* (pp. 155-176). Zeitschrift für Ethnologie 136/2.

Lugones, M. (2008). Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, (9), 73-101. <https://doi.org/10.25058/20112742.340>

Mignolo, W. (2007). *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa.

Moreno-Colom, S., & López-Roldán, P. (2018). El impacto de la crisis en las trayectorias laborales de las mujeres inmigrantes en España. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(1), 65-87. <https://doi.org/10.5209/crla.59557>

Oso, L. (2018). Mujeres migrantes en España: Bastiones de resistencia tras la crisis económica. En *Anuario CIDOB de la Inmigración 2018* (pp. 130-143). <https://doi.org/10.24241/anuariocidobinmi.2018.130>

Palominos, S., & Tijoux, M. (2015). Aproximaciones teóricas para el estudio de procesos de racialización y sexualización en los fenómenos migratorios de Chile. *Polis (Santiago)*, 14(42), 247-275. <https://doi.org/10.4067/s0718-65682015000300012>

Partido Socialista Obrero Español (PSOE). (2019). *Programa electoral. Elecciones Generales 2019*. <https://www.psoe.es/media-content/2019/04/PSOE-programa-electoral-elecciones-generales-28-de-abril-de-2019.pdf>

Quijano, A. (1999). Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina. *Dispositio*, 24(51), 137-148.

Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World-Systems Research*, 6(2), 342-386. <https://doi.org/10.5195/jwsr.2000.228>

Rich, A. (1999 [1984]). Apuntes para una política de la ubicación (1984) (C. Broad, trad.). En M. Fe (ed.), *Otramente, lectura y escritura feministas* (pp. 31-51). Coyoacán: UNAM.

Sartori, G. (2001). *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.

Sebastiani, L., Martín-Godoy, P., & Olmos-Alcaraz, A. (2022). ¿Medir el racismo o descifrar sus lógicas? Aportes desde el contexto español. *Tabula Rasa*, 41, 225-247. <https://doi.org/10.25058/20112742.n41.10>

Siebold, S. (2010, 16 de octubre). *Merkel says German multiculturalism has failed*. Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-germany-merkel-immigration-idUS TRE69F1K320101016>

Torres Pérez, F. (2014). Crisis y estrategias de los inmigrantes en España: el acento latino. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (106-107), 215-236.

Van Dijk, T. A. (2003). *Dominación étnica y racismo discursivo en España y América Latina*. Barcelona: Gedisa.

Winters, N. (2020). Beyond the bird in the cage? Translocal embodiment and trajectories of Nicaraguan female migrants in Seville. Spain. *Geoforum*, 116, 243-251. <http://dx.doi.org/10.1016/j.geoforum.2018.05.019>

Viveros Vigoya, M. (2009). La sexualización de la raza y la racialización de la sexualidad en el contexto latinoamericano actual. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 1, 63-81. http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef1_4.pdf

Woolf, V. (1943). *The Death of the Moth and Other Essays*. Londres: Hogarth Press.

Zlobina, A., Basabe, N., & Páez, D. (2008). Las estrategias de aculturación de los inmigrantes: su significado psicológico. *Revista de Psicología Social*, 23(2), 143-150. <https://doi.org/10.1174/021347408784135760>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Código Civil de España (Real Decreto del 24 de julio de 1889).

Recomendación General N° 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia [ECRI] del Consejo de Europa, 8 de diciembre de 2015).

Recibido: 29/04/2022

Aprobado: 15/08/2022



Limitación en Chile de la emigración de las madres custodias junto a sus hijos y/o hijas: ¿una exigencia del principio del interés superior?*

Limitation in Chile on Emigration of Custodial Mothers with Their Children and/or Daughters: A Requirement of the Best Interest Principle?

ALEXIS MONDACA MIRANDA**

Universidad de Talca (Chile)

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo estudiar la limitación que se aprecia en Chile con respecto a la posibilidad de emigrar de las madres custodias. Lo anterior, en los supuestos de solicitudes de autorizaciones judiciales para efectos de emigraciones al extranjero de las referidas madres, las que se proyecta llevar a cabo en compañía de sus hijos y/o hijas. Se plantea que tales emigraciones pueden ser fuente de una serie de beneficios desde el punto de vista del principio del interés superior del niño, la niña o el adolescente. Además, se afirma que la restricción a las mencionadas emigraciones puede ocasionar una vulneración del principio del libre desarrollo de la personalidad de las madres custodias. Finalmente, se analiza la posibilidad de establecer un régimen comunicacional con el padre no custodio que contemple la utilización de las formas modernas de comunicación.

Palabras clave: Emigración, custodia, discriminación, hijos e hijas, libre desarrollo de la personalidad

Abstract: The purpose of this article is to study the limitation that is observed in Chile concerning the possibility of custodial mothers to emigrate. The above, in the cases referring to requests for judicial authorizations about emigration abroad of the referred mothers, which are planned to be carried out in the company of their children and/or daughters. It is stated that such migratory movements may be the source of a series of benefits from the point of view of the principle of the best interest of the child or adolescent. In addition, it is also stated that the restriction of the aforementioned emigration may cause a violation of the principle of the free development of personality of the custodial mothers. Finally, the possibility of establishing a communication regime with the non-custodial parent which contemplates the use of modern forms of communication is analyzed.

* Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1220037, año 2022, «Relaciones entre el principio del interés superior, el libre desarrollo de la personalidad, y el ejercicio de la relación directa y regular en las salidas prolongadas o definitivas al extranjero de madres acompañadas de sus hijos y/o hijas», financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de Chile, del cual el autor es investigador responsable.

** Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).
Código ORCID: 0000-0002-6559-4124. Correo electrónico: alexis.mondaca@utalca.cl

Key words: Emigration, custody, discrimination, sons and daughters, free development of personality

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- III. POSTURA EN CONTRA DE LA EMIGRACIÓN DE MADRES ACOMPAÑADAS DE SUS HIJOS Y/O HIJAS.- IV. EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LAS EMIGRACIONES.- V. ARMONIZACIÓN DE INTERESES.- V.1. INTERÉS SUPERIOR, *NE EXEAT* Y RESTRICCIÓN AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.- V.2 ¿Y EL INTERÉS DEL PADRE NO CUSTODIO?.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde las últimas décadas del siglo pasado, Chile ha sido destino de movimientos inmigratorios de entidad. En efecto, especialmente han destacado por su número los inmigrantes provenientes de Colombia, Haití y Venezuela¹. Sin perjuicio de lo indicado, Chile también ha sido, y continúa siendo, punto de origen de emigraciones (Oyarzún *et al.*, 2021, pp. 90-93).

Como lo han expresado Cano y Soffia (2009), «el número de nacionales que ha emigrado ha superado históricamente a la cantidad de inmigrantes en el país» (p. 141). Dichas emigraciones han sido forzadas, como en el caso de los exiliados (Perret, 2015, pp. 161-172), sin perjuicio de quienes abandonaron Chile por temor a represalias políticas durante la década de los años setenta del siglo XX (Larrea & Marques, 2015, p. 114).

Con todo, las emigraciones han sido voluntarias y motivadas, principalmente, por la esperanza de un mejor bienestar económico. Los principales países de destino de las salidas de chilenos al extranjero son Estados Unidos, Canadá, México, Francia, Italia, España, Argentina, Brasil, Venezuela y Australia (Zamorano, 2021, pp. 109-130).

Una manifestación de lo indicado es la emigración objeto del presente trabajo: la realizada por madres custodias² residentes en Chile; esto es, por mujeres, sean chilenas o no, que desean vivir en el extranjero en compañía de sus hijos e hijas. En este orden de ideas, y dados ciertos supuestos, en las madres custodias —al igual que en cualquier otra persona— puede nacer el interés de emigrar hacia un país extranjero.

La referida emigración suele originar la oposición del padre no custodio que permanecerá en Chile, pero que es «titular», según la terminología del Código Civil chileno, del derecho-deber de mantener una

1 Tales inmigraciones se suman a las tradicionalmente recibidas por Chile desde Bolivia, Perú y, en menor medida, Argentina.

2 De acuerdo a la terminología del Código Civil de Chile, son tales las titulares del derecho-deber de cuidado personal de sus hijos y/o hijas. Se sugiere revisar, entre otros, los artículos 224, 225, 225, inciso 2, y 226 del mentado cuerpo jurídico.

relación directa y regular con sus hijos y/o hijas³, también denominada —especialmente, en la práctica— «derecho de visitas». Dicha oposición se funda en el eventual perjuicio para el interés superior del niño, la niña o el adolescente (en adelante, NNA) generado por la pérdida de un contacto presencial entre el padre y su inmediata descendencia, lo que causa un daño afectivo. A lo expuesto se suma un supuesto abuso del principio del interés superior por parte de la madre, el que sería usado como un medio para encubrir el deseo de satisfacer ciertos intereses de la madre custodia. Por lo dicho, el interés del padre se concreta en su deseo de que el vigente régimen comunicacional existente respecto de sus hijos y/o hijas no experimente alteración alguna.

Ante la negativa paterna con respecto a la emigración proyectada por la madre, esta necesariamente debe solicitar ante el tribunal de familia competente la correspondiente autorización supletoria. Para obtener una sentencia a su favor, la madre deberá soportar el *onus probandi*, consistente en acreditar que la mentada emigración es beneficiosa para el desarrollo de sus hijos y/o hijas.

Profundizando en lo indicado en el párrafo precedente, en los juicios descritos, según lo ha establecido la jurisprudencia chilena —como apreciaremos en las páginas siguientes— en aplicación de lo prescrito en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), deben primar las exigencias propias del principio del interés superior del NNA por sobre los intereses de los progenitores.

El escenario narrado puede generar el siguiente problema: una limitación de la posibilidad de las madres de emigrar, dado que es posible que no se les autorice a abandonar los límites del territorio nacional junto a sus hijos y/o hijas. Con lo anterior, en la mayoría de los casos, se frustrará la emigración deseada, dado que las madres custodias preferirán permanecer en el país de origen antes que separarse de sus hijos y/o hijas.

A la luz de todo lo indicado, el presente trabajo tiene por objetivo hacer presente la aludida problemática que se produce en Chile y que afecta a las madres custodias. Asimismo, se ofrece una vía de armonización de todos los intereses envueltos en la emigración a la que hemos aludido, de forma tal de que siempre prime el interés superior del NNA, velando al mismo tiempo por la posibilidad de emigrar de las madres custodias y por el interés del padre no custodio en mantener un adecuado régimen comunicacional.

3 Véase el artículo 229, cuyo inciso 1 dispone: «El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo».

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Chile reconoce la libertad de circulación en la letra a del inciso 17 del artículo 19 de su Constitución Política, precepto que permite la posibilidad a toda persona de salir de las fronteras del territorio chileno. Si verdaderamente tal texto es aplicable en favor de toda persona, debe excluirse la producción de toda discriminación arbitraria; por tanto, no podría negarse de un modo injustificado la emigración de las madres custodias en compañía de su descendencia.

En el derecho chileno, la Ley N° 16.618, Ley de Menores, en su artículo 49, regula la autorización judicial de las salidas de los NNA al extranjero. Según el citado precepto, si se ha atribuido el cuidado personal a un progenitor, en principio basta con la autorización de este para la procedencia de la salida al exterior. Con todo, si se ha regulado un régimen comunicacional a favor del otro progenitor, será necesario contar también con su autorización. El juez podrá suplir la autorización de uno de los padres en caso de imposibilidad de su otorgamiento o de negativa no fundada en motivo plausible (un supuesto de motivo plausible podría estar dado por el daño causado al principio del interés superior).

Además, en conformidad a la mencionada disciplina, para efectos de que un juez pueda otorgar la mentada autorización, es menester el cumplimiento copulativo de los siguientes requisitos: primero, que se acrediten debidamente los beneficios emanados del viaje proyectado en favor de los NNA; y, segundo, que en la resolución jurisdiccional se indique el periodo por el que se autoriza la salida al exterior.

Teniendo en vista el segundo requisito, queda claro que el legislador estaba pensando en un viaje al extranjero por un tiempo determinado y no en la hipótesis en que la residencia definitiva pasa a ser un lugar del extranjero. Asimismo, con respecto al viaje por un tiempo determinado, los jueces fijan su duración caso a caso, considerando el motivo concreto que lo justifica (realización de un trabajo, estudio de un máster, etc.). Asimismo, los jueces distinguen entre un viaje prolongado y el que no tiene tal carácter, aunque tal distinción no se encuentra incluida en la Ley de Menores. No obstante, el primero es el que tiene una duración superior a un año y el segundo es aquel que no excede dicho plazo. Ese criterio implica aplicar de un modo analógico la Ley de Inmigración y Extranjería, Ley N° 31.325, que establece que la visa temporal para el extranjero tiene una duración de un año (sentencia rol N° 30.509-2020). Así, entendemos que toda salida por un periodo superior a un año conlleva la intención de vivir en el extranjero por un periodo de tiempo que puede ser calificado como extenso. Por lo dicho, no se regularon en el artículo 49 los viajes que buscan vivir para siempre en un lugar del extranjero y, en consecuencia, existe una laguna

jurídica sobre dicho supuesto. Lo anterior ha sido planteado por la doctrina especializada que ha tratado la materia, por ejemplo, por autores como Etcheberry (2016, p. 129) y Montecinos (2018, p. 570), quienes han recomendado llenar la laguna acudiendo al principio del interés superior del NNA.

Para conceder las autorizaciones de salidas al extranjero deberán probarse los beneficios vinculados con el interés superior del NNA. Lo expresado adquiere particular relevancia al tener en cuenta que el mejor interés de los NNA exige evitar cambios en su entorno que puedan complotar en contra de su mejor desarrollo (López, 2015, p. 55). Por otro lado, en sede jurisdiccional se han reconocido los beneficios de naturaleza afectiva, patrimonial, en materia de derechos económico-sociales y en el ámbito cultural (Mondaca & Astudillo, 2020, pp. 261-271), según indicaremos a continuación.

En cuanto al beneficio afectivo, se ha estimado que debe valorarse especialmente el hecho de que la madre sea una figura de apego y que el hijo o la hija continúe viviendo con ella en el extranjero. En dicho sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la sentencia rol N° 42.642-2017. También influye a favor del solicitante la existencia de familia extensa en el correspondiente lugar extranjero destino de la emigración. Así, por ejemplo, deben apreciarse debidamente los vínculos de afecto que unen al NNA con sus abuelos maternos.

Sucede con frecuencia que el padre no custodio es, además, una figura de apego importante. Teniendo presente lo indicado, y con el fin de mantener el contacto periódico y estable entre el padre que permanece en Chile y sus hijos y/o hijas que emigran, en los casos en que se ha concedido la solicitud de salida del país se ha acudido a un régimen comunicacional que considere tanto las denominadas «visitas virtuales» como los viajes desde o hacia Chile, según corresponda. Sobre este aspecto nos pronunciaremos con más detalle en la parte final del presente artículo.

En cuanto al beneficio patrimonial, se ha valorado por parte de los sentenciadores el hecho de que la madre custodia ejerza una profesión y que disponga de los recursos necesarios para poder cubrir las necesidades en el extranjero de sus hijos y/o hijas (sentencia rol N° 30.509-2020). Asimismo, ha sido un factor importante el dominio de bienes inmuebles situados en el lugar destino de la emigración.

Con respecto al beneficio en sede de derechos económico-sociales, debe tener presente la situación existente en el país extranjero a propósito de derechos tan relevantes como el derecho a la salud y a la educación. Por lo dicho, la situación en sede de tales derechos debe ser mejor en comparación con la realidad existente en territorio chileno, tal como

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

concluyó la Corte Suprema en la causa rol N° 4.443-2014; en caso contrario, procede el rechazo de lo pedido.

El beneficio cultural es el que ha sido empleado con menor frecuencia por los tribunales chilenos. Sin perjuicio de lo indicado, el acceso a expresiones del arte, mayores y más variadas que las accesibles en el país de origen de la emigración, es importante para el desarrollo de todo NNA. También se ha apreciado como un aspecto particularmente positivo el estudio de la lengua inglesa por su relevancia para el futuro laboral del NNA. Lo anterior fue declarado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia rol N° 739-2015.

III. POSTURA EN CONTRA DE LA EMIGRACIÓN DE MADRES ACOMPAÑADAS DE SUS HIJOS Y/O HIJAS

Los argumentos empleados para oponerse a las emigraciones *en comento* son los siguientes: en primer término, el perjuicio producido por la separación física entre los hijos y/o hijas y el padre no custodio; y, en segundo lugar, un abuso por parte de la madre del principio del interés superior del NNA cuando lo realmente pretendido sería la satisfacción de un interés de esta.

El primer argumento hunde sus raíces en los principios de igualdad de los padres y de corresponsabilidad parental. Centrándonos en el primer principio, en el Código Civil de 1855 el hombre asumía el rol principal sin perjuicio de que, en sede de cuidado personal, históricamente la madre ha tenido la custodia en los supuestos de separación de los progenitores.

Dicho estado de cosas ha sido superado. En efecto, en la actualidad se ha llegado a una etapa en la que el ordenamiento jurídico se ha pronunciado a favor de la igualdad de los padres. Una prueba de ello está dada por los artículos 224 y 225 del Código Civil, preceptos que, en virtud de la redacción introducida por la Ley N° 20.680, sitúan en un plano de igualdad en el ámbito del cuidado personal al padre y a la madre, dado que no establecen una preferencia en favor de ninguno de ellos.

A mayor detalle, en la primera parte del inciso 1 del artículo 224 se establece que el cuidado personal de los hijos «toca de consuno» a los padres. Por su parte, como regla aplicable a los supuestos de separación, el inciso 3 del artículo 225 prescribe que, a falta de acuerdo, «los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo», con lo que se elimina de la letra de la ley la anterior

preferencia en favor de la madre⁴ en lo relativo a la custodia (Acuña, 2020, p. 80).

Siguiendo los planteamientos de Barcia (2018), deben rechazarse los sistemas jurídicos que han fijado de una manera exclusiva facultades y deberes para uno de los padres, el custodio, y que nada o muy poco han atribuido para el padre no custodio. La situación indicada se traduce en un excesivo poder otorgado al primero en desmedro del segundo, lo que es lesivo para el mejor interés de los NNA, dado que se traduce en una ausencia de uno de los padres en lo relativo a sus funciones propias (pp. 469-479).

Por todo lo indicado, debe tenerse en cuenta que la igualdad, como lo ha explicado Lathrop (2008), implica una noción relacional; esto es, no es aplicable a sujetos aislados, sino que, a la inversa, supone efectuar comparaciones entre dos o más personas (p. 152). En el tema que nos convoca, la aludida comparación analiza la situación del padre y de la madre que desea salir del país con referencia a sus hijos y/o hijas, quienes también serán emigrantes.

Por lo dicho, deben considerarse las especiales características de los sujetos de que se trate en forma conjunta con sus particulares contextos. Una aplicación básica de lo explicitado requiere analizar las consecuencias derivadas de un cambio de residencia del NNA, sobre todo si la nueva residencia es un lugar ubicado en un país extranjero.

Súmese a lo señalado que debe respetarse, también, el principio de corresponsabilidad parental. En efecto, los padres «participarán» de una manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos y/o hijas, como se prescribe en el inciso 1 del artículo 224 del Código Civil de Chile. Como lo ha señalado lúcidamente Acuña (2013), el precepto citado está redactado en términos imperativos; en consecuencia, para los padres la aludida participación no es facultativa, sino que, por el contrario, estos no pueden abstraerse del cumplimiento de lo requerido por el principio de corresponsabilidad parental (pp. 27-59).

La corresponsabilidad parental, sin perjuicio de su vinculación con los postulados que propugnan la igualdad de los progenitores, tiene su acento en el mejor interés del NNA (Fariña *et al.*, 2017, pp. 107-113). Lo expresado se entiende al tener en cuenta que una participación activa de ambos padres en el cuidado de su descendencia acarrea positivas consecuencias en diversos ámbitos, tales como el aspecto afectivo, el rendimiento académico, las habilidades sociales, la salud (Castillo *et al.*, 2018, p. 542), etc.

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

4 Con todo, en la práctica, los hijos y/o las hijas usualmente conviven con la madre.

El principio de corresponsabilidad parental es aplicable, sea que los padres vivan juntos o separados. Por lo indicado, de no vivir juntos los padres, deberán adoptarse las medidas necesarias que posibiliten una efectiva corresponsabilidad, preferentemente por medio de acuerdos (la ausencia de litigios es beneficiosa tanto para el NNA como para los demás integrantes de su familia) o, de ser el caso, por la vía de las decisiones jurisdiccionales. De este modo, siguiendo los planteamientos de Corral (2013), el principio de corresponsabilidad parental contribuye a que un padre no sea marginado (o automarginado) de su rol de cuidado de sus hijos y/o hijas.

A la luz de todo lo indicado precedentemente, no son admisibles las perturbaciones arbitrarias al ejercicio de los principios de igualdad de los padres y de corresponsabilidad parental, incluyendo en ello, desde luego, a las que tienen su origen en las conductas adoptadas por cualquiera de los padres. En esta línea de razonamiento, quienes se oponen a las emigraciones sobre las que versa el presente trabajo que, merced a la referida perturbación de principios, es justificada la negativa del padre no custodio a las salidas al extranjero; y que, de solicitarse la correspondiente autorización judicial, esta debe ser rechazada. Así, como consecuencia de la violación de los principios de igualdad de los padres y de corresponsabilidad parental, se produce un atentado en contra del mejor bienestar de los NNA.

Lo anterior, puesto que la separación física que se generaría entre el padre no custodio y sus hijos y/o hijas supondría un daño afectivo de entidad, no obstante el establecimiento de un régimen comunicacional que combine los respectivos viajes con las visitas virtuales. Lo dicho se entiende al considerar que las emigraciones imposibilitarían o disminuirían notoriamente las posibilidades de una auténtica comunicación entre el NNA y el padre que no ha emigrado, lo que, a su vez, causaría un desdibujamiento de los lazos de apego que existían entre las señaladas personas en forma previa a la emigración.

El segundo argumento plantea que, a fin de lograr las correspondientes autorizaciones judiciales, las madres alegan una eventual violación al principio del interés superior en circunstancias en que dicha infracción no se ha verificado. Así, se trataría de una reducción inadmisibles del mencionado principio, dado que se le emplearía como un medio para permitir la satisfacción de un interés que beneficia solamente a la madre. Entre los beneficios verdaderamente buscados por las madres se encuentran, principalmente, los ligados al aspecto afectivo y al profesional (sentencia rol N° 733-2019). En los acápites siguientes trataremos con mayor detalle este punto.

IV. EL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LAS EMIGRACIONES

Para arribar a la resolución del problema que tratamos es menester analizar lo requerido por el principio del libre desarrollo de la personalidad. El mencionado principio exige que el ordenamiento jurídico, con base en el respeto a la dignidad (Pérez, 2018, p. 147) y libertad propias de los seres humanos, respete para toda persona la posibilidad de adoptar decisiones relativas a los diversos componentes de la personalidad (Del Pino, 2018, p. 7), tales como el ámbito familiar, educacional, profesional, afectivo, sexual, social, etc. Así, el principio del libre desarrollo de la personalidad reconoce que todo individuo de la especie humana puede determinar de un modo autónomo y responsable su plan de vida (Del Moral, 2012, p. 63).

Por lo indicado, como lo ha expresado Pérez (2003), corresponde al ordenamiento jurídico proteger la viabilidad de las actuaciones de las personas mediante el diseño y la implementación de una normatividad respetuosa de la voluntad de estas. Lo expresado, agrega Pérez, en el caso de que decidan adoptar una serie de conductas tendientes a actualizar una o varias de las potencialidades derivadas de la dignidad inherente a todas las personas (p. 76).

En cuanto a su reconocimiento normativo, en diversos instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos se ha tratado en términos expuestos el principio del libre desarrollo de la personalidad⁵. En dicho contexto, la Convención sobre los Derechos del Niño lo trata de un modo general y, además, de una manera específica. En cuanto a lo primero, en su preámbulo se establece que «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión». La especificación se realiza en la letra a del artículo 29.1, precepto en cuya virtud la educación debe encaminarse, entre otros objetivos, hacia el desarrollo de la personalidad del NNA.

También se ha regulado el principio del libre desarrollo de la personalidad en varias constituciones políticas (Ryszard, 2018, pp. 680-684)⁶. No ocurre lo mismo en el caso chileno, salvo a propósito del derecho a la educación, en conformidad a lo disciplinado en el numeral 10 del artículo 19. Con todo, de un modo tácito, el mentado principio es admitido en la Constitución Política de Chile como un derecho fundamental y humano, lo que sucede en todos los preceptos relativos a la libertad y la dignidad, tal como lo ha sostenido Becker (2014, pp. 21-23).

5 Véase el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 13.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

6 Entre otros textos, revítese el artículo 16 de la Constitución de Colombia, el artículo 10.1 de la Constitución de España, el artículo 73.2 de la Constitución de Portugal, el artículo 2 de la Constitución de Italia, y los artículos 27 y 66 de la Constitución de Ecuador.

Sin perjuicio de lo indicado, es pertinente considerar los límites que se plantean al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad; esto es, las restricciones que con conformidad a derecho puede imponer la autoridad estatal. Así, no debe confundirse el principio que analizamos con conductas abusivas de la libertad y carentes de todo fundamento racional.

Sobre la base de lo indicado, el principio del libre desarrollo de la personalidad no debe utilizarse como una estrategia para el logro de ciertos objetivos que causan daño a terceros, especialmente a los grupos más vulnerables, como los NNA. Aplicando lo anterior al tema que estudiamos, debe rechazarse la autodeterminación en los supuestos en que de ella se deriven violaciones al principio del interés superior del NNA, como podría suceder en una emigración al extranjero que no genere beneficio alguno para estos.

Profundizando en lo relativo a los límites, como lo ha sostenido Pereira (2013), estos deben poseer un basamento de índole constitucional (con lo que queda incluido el respeto al ordenamiento jurídico vigente y la tutela de los derechos de terceros), a la luz de la relación existente entre el libre desarrollo de la personalidad con la libertad y la dignidad intrínseca a todo ser humano. Siempre siguiendo al nombrado autor, las limitaciones impuestas por la autoridad no pueden llegar al extremo de anular las posibilidades de edificación del elegido y lícito modelo de realización individual. Lo último solamente puede lograrse en un escenario en el que se reconozca y proteja la relación que se da entre el principio del libre desarrollo de la personalidad y el pluralismo; es decir, mediante el rechazo a un modelo de realización personal concreto y único impuesto por el Estado. En vinculación a ello, la constitución política de la república debe conformarse como el cuerpo normativo que acoja y garantice la coexistencia de «las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral» (p. 292).

En el caso de las emigraciones que estudiamos, su génesis obedece a varias causas relativas al libre desarrollo de la personalidad. Dentro de dicha pluricausalidad podemos encontrar cuestiones vinculadas al deseo de realizar cursos de perfeccionamiento, ejercer una profesión u oficio en mejores condiciones que las existentes en el país de origen (lo que, evidentemente, liga la emigración con cuestiones patrimoniales), y consolidar una relación sentimental con una persona residente en un lugar del extranjero.

En este orden de ideas, dado que el aspecto patrimonial ha sido uno de los motivos más recurrentes para explicar el surgimiento de movimientos emigratorios, no debe extrañar que una mujer adopte la decisión de emigrar, principalmente, sobre la base de consideraciones de índole pecuniaria. Así, podemos sostener que la emigración se ha

feminizado: la mujer abandona su país de origen en búsqueda de mejores perspectivas económicas.

Debemos tener en cuenta también, desde una perspectiva de género, que históricamente el rol de la mujer ha estado asociado de un modo permanente a las labores propias del hogar y la crianza de la descendencia; en cambio, al hombre se le atribuido el papel de proveedor. Dicha situación ha cambiado notoriamente en las últimas décadas. En efecto, se ha producido una variación en los papeles atribuidos a los padres y las madres, lo que forma parte de un cambio global en las costumbres que se ha evidenciado especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX (Belluscio, 2016, p. 7). Esta nueva concepción del papel de la mujer y su vinculación con las emigraciones es relevante para efectos de resolver los conflictos de interés objeto de la presente investigación, dado que reafirma la posibilidad para esta de salir de su país de origen, según trataremos con más detalle en el acápite siguiente.

V. ARMONIZACIÓN DE INTERESES

Entendemos que es plenamente posible armonizar los tres intereses que deben analizar los sentenciadores; esto es, en primer término y de un modo preferencial, el interés superior del NNA, el interés de la madre en desarrollar su personalidad y el interés del padre en mantener un adecuado contacto estable con su descendencia.

V.1. Interés superior, *ne exeat* y restricción al libre desarrollo de la personalidad

El primer interés debe ser vinculado con la disputa referente a la determinación del lugar de residencia de los hijos y/o las hijas. Así, mientras algunos sostienen que el padre custodio⁷ puede fijar el lugar de residencia de los hijos e hijas que tiene a su cuidado, otros entienden, en cambio, dada la entidad del punto *en comento*, que se trata de una cuestión que requiere necesariamente de un acuerdo de los padres (Acuña, 2016). Adelantamos que no existe ninguna norma en el derecho chileno que resuelva expresamente la mentada disputa.

En esta parte, resulta pertinente hacer presente que en el derecho comparado puede observarse una discusión similar. En apoyo de lo anterior, como lo ha señalado Muñoz (2020), el punto central pasa por establecer si un eventual cambio de domicilio puede ser calificado o no como una decisión de máxima importancia. En el segundo supuesto, estaríamos ante una decisión que debe adoptarse con cierta periodicidad y, como consecuencia de ello, se trataría del ejercicio de un deber

123

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

7 En el derecho chileno se distingue entre autoridad paterna y patria potestad. La primera se centra en la persona del hijo y/o la hija, y la segunda en el aspecto patrimonial.

exclusivo del progenitor custodio, lo que no obsta a que se informe adecuadamente de su concreción al otro padre. Súmese a lo señalado que el progenitor no custodio tiene el derecho-deber de realizar una función de fiscalización (Lahtrop, 2008, p. 340).

Por el contrario, según otra posición, lo discutido supone una decisión de especial relevancia a la luz del mejor bienestar del NNA, por lo que sería preciso el acuerdo de los padres. Dentro de esta clase de determinaciones se comprenden, también, la elección o el cambio de establecimiento educacional, la formación bajo los principios y normas de una determinada confesión religiosa, y la realización de intervenciones médicas, sobre todo las quirúrgicas o aquellas con efectos secundarios perjudiciales para la calidad de vida del NNA, como la quimioterapia. En España, nuevamente siguiendo a Muñoz (2020), la mayoría de la doctrina ha concluido que fijar la residencia de los hijos y/o hijas es una cuestión que debe ser decidida por ambos padres (pp. 4-6).

Concretando lo indicado con respecto al tema que motiva este artículo, el lugar de residencia puede encontrarse ubicado dentro de las fronteras del respectivo territorio nacional (este supuesto constituye la situación de mayor ocurrencia) o, por el contrario, en un país extranjero. En la doctrina especializada nadie discute que, usualmente, el mejor panorama es aquel en que el nuevo lugar de residencia es fruto de un acuerdo de las voluntades de los padres, sentido en el que se ha pronunciado Acuña (2020). Con todo, la realidad se empecina en demostrarnos que dicho panorama ideal no siempre es el observable, de ahí la necesidad de una decisión judicial que resuelva la cuestión basada en el mejor interés del NNA.

Desde luego, la determinación del lugar de residencia no queda entregada al capricho del padre custodio o a un acuerdo o sentencia que no considere el mejor interés del NNA (Barcia, 2017, p. 247). Como hemos indicado con anterioridad, es necesario que se consideren como una cuestión primordial los diversos beneficios derivados para los hijos y/o las hijas del hecho de vivir en un lugar del extranjero.

La decisión de emigrar y, en consecuencia, vivir fuera del país de origen debe suponer una clara mejora en las condiciones de vida de los NNA. Así, si no es viable advertir un cambio positivo, no encontramos razones para que proceda la autorización relativa a dicho cambio. En otros términos, de existir las mismas condiciones para el NNA en el evento de residir en el extranjero en comparación con su situación en el país de origen, no apreciamos fundamento para aceptar la solicitud de salida al exterior.

Sin perjuicio de lo señalado, la práctica demuestra que el padre no custodio, aunque la emigración proyectada sea favorable para los

intereses de sus hijos y/o hijas, en ocasiones plantea una férrea oposición y niega su autorización. Dicho escenario obliga a la madre custodia a solicitar la autorización judicial subsidiaria. En este punto, resulta adecuado señalar que una parte de la doctrina especializada se opone frontalmente a los cambios de residencia efectuados por la madre custodia sin contar para ello con el acuerdo del padre no custodio. Esta concepción se ha concretado en la primacía de la doctrina del *ne exeat*, en cuya virtud el padre no custodio puede negar a sus hijos y/o hijas la autorización para salir del país (Lennon & Lovera, 2011, p. 108).

Profundizando lo indicado recientemente, Rodríguez (2018) ha sostenido en Chile que el *ne exeat* exige de los padres la residencia en la ciudad en que habiten sus hijos y/o hijas. La autora agrega que el derecho de todo padre de negar la salida de sus hijos y/o hijas al extranjero constituye «una garantía de cuidado personal compartido» (2017). En línea con su razonamiento, Rodríguez recuerda que cuando el juez atribuye en una sentencia el cuidado personal a uno de los padres, además debe señalar en la misma resolución la frecuencia y libertad con que podrá desarrollarse el régimen comunicacional entre los NNA y el padre no custodio, «quien tiene por ley el derecho de *ne exeat*».

Similar sendero ha recorrido parte de la doctrina comparada. Así, en la doctrina brasileña se escuchan voces que se oponen nítidamente a las emigraciones que estudiamos. En opinión de Tavares (2016), las emigraciones *en comento* deben ser rechazadas, dado que pueden conducir a considerar a los NNA como meros objetos que pueden ser transportados de un país a otro. El escenario descrito, añade la nombrada autora, genera como resultado la desesperación del padre no custodio, dada la afectación a su derecho de visitas; y, además, vulnera el derecho de los NNA a vivir con sus padres y el principio de igualdad que debe regir las relaciones entre los progenitores (p. 287).

Llevada a sus últimas consecuencias, la doctrina del *ne exeat* impide a todo evento la emigración de la madre custodia en compañía de sus hijos y/o hijas, lo que puede conducir a una limitación al principio del libre desarrollo de la personalidad en perjuicio de esta. Por dicho motivo, nos manifestamos contrarios a la referida posición.

Adicionalmente, si nos centramos en la labor del sentenciador, y teniendo en vista las peculiaridades del caso sometido a su decisión y las características de los sujetos intervinientes, este deberá dictar una sentencia que logre satisfacer los requerimientos emanados del mejor interés del NNA. Tengamos presente que, según se establece en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, deberá concederse una aplicación preferente al principio del interés superior por parte de los tribunales de justicia y otras entidades en lo relativo a medidas concernientes a los NNA. Como consecuencia de lo expresado,

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

llegado el momento en que el órgano jurisdiccional deba resolver sobre las autorizaciones en las que recae este trabajo, los sentenciadores deberán haber adquirido la convicción de que la deseada emigración es conveniente, a la luz de lo requerido por el mejor bienestar del NNA de que se trate.

Bajo la misma idea, pero ahora desde el punto de vista de la solicitante madre custodia, a esta le corresponderá soportar el peso de la prueba. Por lo indicado, será de su cargo acreditar la procedencia en la litis respectiva de los beneficios a los que nos hemos referido con anterioridad. En caso de no poder cumplir con ello, el tribunal de justicia deberá rechazar su solicitud. En dicho sentido la Corte Suprema se ha pronunciado en diversas ocasiones, por ejemplo, en las causas roles N° 2.844-2017 y 8.820-2014 (Mondaca & Astudillo, 2020a, p. 302).

Lo recientemente señalado no se opone al desarrollo de la personalidad de las madres custodias. Tradicionalmente, llegado el momento de vincular los movimientos emigratorios con el principio del libre desarrollo de la personalidad, se pone el acento en las limitaciones a dicho principio derivadas del Estado receptor. En concreto, se hacen presentes las vulneraciones que sufren los emigrantes relativas a los derechos fundamentales que deberían reconocerse y respetarse respecto de todas las personas, íntimamente ligados a las posibilidades de desarrollar facetas de la personalidad (Santana, 2017, p. 1120) tales como la salud, la educación, el acceso a una vivienda, la igualdad de oportunidades, la posibilidad de contraer matrimonio, etc. Lo indicado es particularmente cierto respecto de uno de los colectivos más discriminados: los emigrantes que no poseen una situación regularizada en sede de residencia (Gzesh, 2008, p. 97), lo que ha provocado diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en defensa de tales emigrantes⁸.

Con todo, también es posible que surjan limitaciones injustificadas al principio del libre desarrollo de la personalidad en el Estado de origen. Con ello hacemos referencia a los casos en que, *a priori*, se anteponen como contradictorios e irreconciliables los deseos de la madre de emigrar con las exigencias derivadas del principio del interés superior del NNA.

En lo tocante al interés de la madre en desarrollar ciertas facetas de su personalidad, y a la luz de lo indicado en este trabajo, es posible afirmar que la emigración realizada por mujeres puede implicar un modo de concretar el principio del libre desarrollo de la personalidad (Mondaca & Astudillo, 2020b). En efecto, toda persona, con independencia de su sexo, tiene el derecho de desarrollar las diversas aristas que componen su personalidad, sin que ello deba realizarse dentro de los límites del país

8 Para un mayor estudio de dicha materia, véase Olea (2016, pp. 249-272).

de origen. En otros términos, la posibilidad de concretar los proyectos de vida particulares no debe quedar supeditada a la no realización de una emigración protagonizada por un progenitor custodio en compañía de sus hijos y/o hijas.

Sin olvidar que el interés que de manera preferente debe cautelarse es el de los NNA, es posible que de la estadía en un lugar del extranjero surjan beneficios tanto para el NNA como para la madre custodia. También debe tenerse en cuenta que los beneficios obtenidos por la madre pueden constituir ventajas para sus hijos y/o hijas. Lo último fue reconocido por la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia rol N° 733-2019.

En la recientemente individualizada resolución judicial, en primer lugar, se valoraron las ventajas producidas respecto del NNA, las que consistieron, junto con el beneficio afectivo, en ventajas patrimoniales, en sede de derechos económico-sociales (la salud y la educación disponibles en los Estados Unidos) y en el plano cultural (la posibilidad de aprender inglés y de desenvolverse en un ambiente diverso). En segundo término, se estimó que las nuevas y mayores posibilidades de realización de la madre en el extranjero causarían un impacto favorable en sus hijos y/o hijas. Dentro de las posibilidades de realización se incluyó la formación de una familia, en virtud del matrimonio entre la madre con su pareja. Otro beneficio apreciado por el tribunal fue el trabajo que realizaría la madre en el extranjero.

La Corte Suprema, por su parte, en la sentencia rol N° 42.642-2017, aunque no menciona en términos explícitos el principio del libre desarrollo de la personalidad, lo aplica para efectos de resolver el conflicto sometido a su decisión. En este orden de ideas, concluyó el mencionado sentenciador que, de no sopesarse el derecho de la madre custodia a desarrollarse en los ámbitos afectivo y profesional, se estaría incurriendo en un razonamiento abstracto y alejado de la particular realidad de la madre. La Corte Suprema agregó que también es una apreciación abstracta contraponer el desarrollo de las madres con lo requerido por el principio del interés superior de los NNA.

La decisión referida implica una toma de postura con respecto al rol que las mujeres, en general, y las madres custodias, de un modo específico, desempeñan en las sociedades actuales. En concordancia con lo dicho, una visión realista del papel que ocupan en estos días las mujeres nos lleva a afirmar que la figura tradicional de estas como personas que deben dedicarse de un modo exclusivo a la crianza de los hijos y a las labores del hogar ha sido superada. En efecto, hoy las mujeres, al igual que los hombres, gozan de la posibilidad de desarrollar las facetas que componen su personalidad, no siendo la maternidad ni la atribución de

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

la custodia factores que eliminen dicha posibilidad. Es misión del sistema jurídico tutelar lo anterior.

El máximo tribunal chileno se hizo cargo de la señalada evolución del rol de las mujeres. Por lo dicho, estableció que el principio del interés superior del NNA debe ser interpretado en conformidad a la evolución experimentada por las familias en las sociedades modernas y que, en consecuencia, deben respetarse las individualidades de los miembros del grupo familiar. La Corte Suprema agregó que hacer prevalecer una figura idealizada de las madres, reduciéndolas únicamente a la dimensión de cuidado de la descendencia —lo que exige que posterguen sus deseos de desarrollarse en otras facetas de la vida—, «responde a una concepción estereotipada y que tampoco favorece a los hijos que son objeto de tales cuidados» (sentencia rol N° 42.642-2017).

En suma, podemos señalar que se está desarrollando una interesante jurisprudencia que hace compatible el principio del interés superior del NNA con el libre desarrollo de la personalidad, aplicado este último a las madres custodias, con lo que se rechaza una aplicación extrema del *ne exeat*.

En similar sentido se ha pronunciado la CIDH. En efecto, como criterio general, esta corte ha reconocido el derecho de toda persona a salir de su país, aunque ha agregado que no estamos en presencia de un derecho absoluto (*Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004). Así, la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, estableció que los Estados, en el contexto del establecimiento de políticas públicas, pueden fijar medidas que regulen el ingreso, la permanencia o la salida de personas de su territorio nacional. Con todo, ello debe realizarse con un enfoque basado en la tutela de los derechos humanos. Por lo dicho, los principios de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación deben recibir plena aplicación, tal como se resolvió en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* (2010).

De un modo específico, relativo a la situación de la mujer, la CIDH, en la sentencia recaída en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* (2009), ha hablado de la existencia de una cultura de discriminación en contra de la mujer. Dicha cultura, siempre en concepto de la CIDH, se ha traducido en una errónea concepción relativa a una supuesta inferioridad de la mujer; es decir, en la idea de que esta se encontraría subordinada al hombre, lo que abre la puerta al desconocimiento de la mujer como titular de los derechos fundamentales en iguales condiciones que el hombre.

A mayor abundamiento, en la misma sentencia se habla de estereotipos de género que implican la atribución de papeles a las mujeres (recordemos lo dicho con respecto al rol de madre encargada del cuidado de los hijos

y/o las hijas), lo que es causa de discriminaciones en contra de estas. Con base en lo anterior, la CIDH concluyó categóricamente en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018) que tales roles de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos.

Con respecto al principio del libre desarrollo de la personalidad, la CIDH ha establecido que toda persona tiene el derecho a ordenar, en conformidad a la ley, tanto su vida individual como social «conforme a sus propias opciones y convicciones» (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 2007, § 52). Y, más precisamente, ha afirmado el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. En dicho sentido, ha reconocido en términos expresos «el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior» (*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 2012, § 143).

Por lo indicado, la postura que postulamos, al permitir a las madres custodias salir del país con sus hijos y/o hijas en armonía con lo requerido por el principio del libre desarrollo de la personalidad, pone a Chile en la senda de lo exigido por el derecho internacional de los derechos humanos.

V.2. ¿Y el interés del padre no custodio?

Finalmente, corresponde compatibilizar todo lo señalado con el régimen comunicacional con el fin de reafirmar la viabilidad de las emigraciones de las madres custodias. En dicha senda, con respecto al interés del padre vinculado al ejercicio de la relación directa y regular, debe subrayarse que el mencionado derecho-deber se encuentra sujeto al beneficio de los NNA, lo que supone una comunicación con carácter de efectiva con el padre no custodio (Jordán & Mayorga, 2018, p. 51). Lo expresado implica, salvo casos muy justificados, la pervivencia del contacto entre el padre no custodio y sus hijos y/o hijas, no obstante la separación que pueda producirse entre los padres.

Tal como lo ha afirmado Acuña (2014), no debe olvidarse que el derecho-deber de mantener una relación directa y regular no es un derecho incondicionado en lo tocante a su ejercicio, por lo que queda supeditado a la particular situación de los sujetos parte de ella (pp. 59-60). En la misma línea de razonamiento, un régimen comunicacional puede experimentar modificaciones en conformidad a nuevas circunstancias que puedan afectar al padre no custodio, al padre custodio o al NNA. Precisamente, las emigraciones constituyen circunstancias que ameritan una revisión del vigente régimen comunicacional. Así lo exige el respeto de la corresponsabilidad parental, además del principio del interés superior del NNA.

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

Dicho principio demanda, según hemos indicado con anterioridad, que los padres actúen de un modo activo, equitativo y permanente en las cuestiones propias de la crianza y educación de sus hijos y/o hijas, con independencia del hecho de vivir juntos o separados. La concepción que subyace en el nombrado principio, de acuerdo a Jünemann y Campino (2019, p. 19), supone compatibilizar los tiempos dedicados a los NNA con el ejercicio de las diversas actividades propias de la vida de cada progenitor. En dicho sentido, no solamente el padre custodio debe preocuparse de la crianza y educación, sino que en tales labores se precisa de la intervención del otro progenitor; no obstante, ambos deben participar con un criterio de igualdad.

En consecuencia, la circunstancia de que el padre no custodio trabaje no le exime de intervenir decididamente en la crianza y educación de sus hijos y/o hijas. Lo mismo puede decirse para el caso de que los progenitores no residan en la misma ciudad, sea esta perteneciente al país de origen o a una nación extranjera. En ese caso, el régimen de relación directa y regular deberá ser modificado, de forma tal que responda adecuadamente al escenario derivado de los cambios que se han producido.

La mencionada modificación a la forma de ejercicio del derecho-deber de mantener una relación directa y regular nos lleva a considerar la siguiente idea: un régimen comunicacional no se concreta solamente mediante el recurso a las visitas presenciales, sino que, además, deben considerarse las denominadas «visitas virtuales». En este sentido, en las últimas décadas ha operado una ampliación de la forma de realización del régimen comunicacional. En efecto, como lo ha explicado Gómez (2011), el régimen comunicacional puede desarrollarse no solo con el contacto presencial, sino también mediante mensajes por correos electrónicos, llamadas telefónicas y cartas (p. 127). A lo señalado, podemos agregar modernas plataformas como Zoom, Skype y Teams, entre otras.

La historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.680 nos permite hacer presente que la intención del legislador chileno ha sido superar la indicada y vetusta noción del ejercicio del régimen comunicacional. Prueba de lo anterior es el debate ocurrido en el Congreso chileno. En efecto, en la intervención de Espejo, consultor de la Unicef, se recalcó que el término «personal» que caracterizaba a la relación directa y regular en el texto original del proyecto que culminó con la Ley N° 20.680, tal como podía apreciarse en el inciso 3 del artículo 225 y en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 229, excluía maneras de comunicación que no presuponían la interacción personal, como las derivadas de los adelantos tecnológicos. Profundizando en sus ideas, Espejo afirmó —pensando en los nombrados adelantos— que «una definición de

relación directa y regular que agregue el carácter de “personal” puede importar afectar el régimen de relación directa y regular en estos otros casos» (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 2013, p. 35).

Similar derrotero recorrió Lathrop (2008), quien expresó la inconveniencia del aludido término «personal», puesto que con ello se restringía la relación directa y regular solamente a la visita en estricto sentido, esto es, la que tiene lugar «cara a cara», descartándose así la posibilidad de acudir a medios de comunicación telefónicos o electrónicos (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 2013, pp. 54-55).

En definitiva, los parlamentarios, acogiendo lo indicado por los citados especialistas, acordaron la supresión de la palabra «personal», con lo que se llegó al texto actualmente vigente de los artículos 225 y 229 del Código Civil. Si la mencionada fue la intención del legislador, entonces toca a los operadores jurídicos encontrar los supuestos en los que, de acuerdo al principio del interés superior del NNA, lo más conveniente sea tener en cuenta un régimen comunicacional que contemple los medios telemáticos de comunicación, como puede ocurrir con las salidas al extranjero.

Lo sostenido implica aprovechar, por parte del derecho, los diversos avances en materia de formas de comunicación; en esa línea, la ciencia jurídica y, dentro de ella, la disciplina del derecho de la infancia y adolescencia no deben quedar como un espacio inmune en lo relativo a los adelantos que ofrecen la ciencia y la tecnología. En efecto, los modernos sistemas de comunicación han sido fuente de variadas ventajas para la sociedad, entre estas la eliminación de algunos de los obstáculos generados por las distancias (Coloma *et al.*, 2021, p. 113), lo que se aprecia, entre otros aspectos, en la posibilidad de interacciones virtuales cada vez más fluidas (Ortíz & Viollier, 2021, p. 78). Aplicando lo señalado a las dinámicas familiares, se han creado espacios para la comunicación entre sus integrantes a pesar de la residencia en distintos lugares geográficos (Oliva & Villa, 2014, p. 17).

Lo indicado nos permite afirmar, siguiendo a Amoni (2013, pp. 69-71), la cada vez más palpable existencia de un sistema de justicia electrónico o de justicia digital; esto es, una administración de los diversos servicios de justicia edificada, en una buena medida, sobre la base de plataformas tecnológicas de avanzada generación (Moreno, 2021, p. 311).

En este orden de ideas, es posible afirmar que ha nacido y se ha consolidado entre los operadores jurídicos la convicción de la necesidad de una férrea ligazón entre las diversas manifestaciones de la administración de justicia y los nuevos, y cada vez más eficientes, medios de comunicación,

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

atendida la insoslayable relevancia y utilidad de estos. Dicho panorama ha generado un caldo de cultivo apropiado para romper la anacrónica concepción que entendía el régimen de visitas como limitado en su ejercicio de un modo exclusivo al contacto personal.

Por lo dicho, la realización de un régimen de comunicación mediante modernos medios telemáticos es una expresión más del panorama relatado. Con todo, es importante hacer presente que no propugnamos una sustitución de las visitas presenciales por las virtuales, sino que entendemos que ambas formas de ejercicio del régimen comunicacional deben operar en una relación de complementariedad. En consecuencia, llegado el instante de establecerse el nuevo régimen comunicacional por parte del sentenciador que ha autorizado la salida al extranjero, entendemos conveniente que junto con un sistema de visitas virtuales se fijen periodos de viaje, ya sea de los progenitores o de sus hijos y/o hijas, con vistas a la concreción de encuentros entre estos de carácter presencial (Astudillo & Mondaca, 2021). Con lo anterior se cumple el objetivo de lograr un régimen de relación directa y regular que sea estable y periódico, que cautele el principio de corresponsabilidad parental y, desde luego, que persiga el mejor bienestar del NNA. En dicho sentido se han pronunciado el Código de Utah (título 30, cap. 3, sec. 35) y la Ley de Visitas Virtuales de Puerto Rico del 25 de septiembre de 2012.

La realidad demuestra que la falta de financiamiento para los viajes puede ser un factor que conspira en contra de lo que hemos propuesto. No debe desconocerse que el factor económico es un elemento que incide en el cumplimiento de sentencias recaídas en distintas materias, además de la objeto de este artículo, en las que se ordena el pago de una indemnización de perjuicios o de una pensión de alimentos, entre otras medidas.

Entendemos, además, que la situación ideal es aquella en que los padres, dentro o fuera del juicio, alcanzan un acuerdo sobre el referido financiamiento. De no cumplirse lo anterior, será el juez competente el que, atendiendo a la situación patrimonial de los padres, fijará la proporción en que cada uno contribuirá al financiamiento de los viajes. Adicionalmente, los jueces podrían exigir garantías a la madre custodia como medio de precaver una eventual falta de fondos para el pago de los correspondientes pasajes. Con todo, al igual que en los casos ya aludidos de las indemnizaciones o de las pensiones alimenticias, ninguna sentencia puede asegurar en todos los casos el cumplimiento de lo resuelto.

Como un medio de desincentivo al no cumplimiento de la programación de viajes por parte de la madre custodia, en el evento de regresar a Chile y desear con posterioridad volver a emigrar junto a sus hijos y/o hijas, dicho incumplimiento podría ser tomado en cuenta como un factor que

opere en su contra una vez llegado el momento de decidir sobre la nueva solicitud de salida del país.

También el supuesto de incumplimiento de la madre custodia, si es entendido por un juez como un entorpecimiento imputable al régimen comunicacional, puede ser un criterio que favorece al padre no custodio en caso de solicitar este para sí la atribución de la custodia de sus hijos y/o hijas, con lo que podría lograr su regreso a Chile. En efecto, según la letra d del artículo 225 inciso 2 del Código Civil, el juez debe considerar en la determinación de la custodia «La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular».

Súmese a todo lo indicado la necesidad de tener en vista la situación de los NNA, dado que su interés superior es el que debe inclinar la balanza con respecto a acceder a o rechazar las solicitudes de salida al extranjero. Además de los ya tratados beneficios emanados de residir en el exterior, debe considerarse su opinión sobre las emigraciones proyectadas por su madre custodia, cumpliendo con ello lo establecido en el inciso 3 del artículo 229 del Código Civil y en el artículo 11 de la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia; y considerando la edad, madurez y grado de desarrollo del NNA. Tales textos constituyen aplicaciones del principio de autonomía progresiva consagrado en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, debemos tener en vista que en nuestros días muchos NNA son nativos digitales; por lo tanto, desde una temprana edad se encuentran familiarizados con los modernos medios telemáticos, lo que contribuye a su utilización en el contexto del régimen comunicacional. En otros términos, como lo han señalado Jara y Prieto (2018), mientras algunos adultos son «inmigrantes digitales», los NNA de nuestros días han crecido en un ambiente en el que se ha democratizado el acceso a los medios telemáticos, por lo que presentan innegables habilidades en el plano digital que se aprecian en su facilidad para dominar en breve tiempo los avances que en dicho plano se van logrando (p. 93).

Por todo lo indicado, las visitas virtuales constituyen una herramienta que puede ser de utilidad en el intento de armonizar los tres intereses a los que hemos aludido en este artículo, con lo que se viabiliza la salida al extranjero de las madres custodias acompañadas de sus hijos y/o hijas.

VI. CONCLUSIONES

En virtud del trabajo realizado, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

1. En el ordenamiento jurídico chileno, con respecto a las salidas al extranjero llevadas a cabo por el progenitor custodio en compañía de sus hijos y/o hijas, a falta de autorización del progenitor no custodio, procede la autorización judicial subsidiaria en la medida que ello sea conveniente a la luz de los requerimientos del principio del interés superior del NNA.
2. Las salidas referidas son rechazadas por una parte de la doctrina especializada con base en el perjuicio afectivo generado para los NNA, en virtud de la lejanía física entre estos y el progenitor titular del derecho-deber de mantener una relación directa y regular. Dicho postulado, llevado a sus últimas aplicaciones, limita en grado sumo la posibilidad de las madres custodias de desarrollar su personalidad.
3. La madre, como toda persona, aunque esté a cargo de la custodia de su descendencia, tiene la posibilidad de desarrollar libremente su personalidad, lo que puede incluir salidas al extranjero en compañía de sus hijos y/o hijas. Lo señalado no debe ser entendido como un supuesto que, a todo evento, resulta perjudicial para efectos del mejor bienestar del NNA. Al contrario, la realidad demuestra que es posible que tales salidas sean fuente de una serie de beneficios para estos, en cuyo caso los tribunales deberán permitir las mentadas emigraciones.
4. La comunicación entre el padre no custodio que no emigra y sus hijos y/o hijas puede continuar desarrollándose mediante un régimen que considere las visitas virtuales, junto con una programación de viajes para concretar contactos presenciales. Lo expresado permite, primero, que la relación directa y regular sea un fiel reflejo de la evolución de las situaciones de los miembros de una familia, de forma tal de responder adecuadamente a los nuevos escenarios en que estos se encuentren insertos; y, en segundo término, que la nombrada relación cumpla con su objetivo de viabilizar una comunicación periódica y estable.
5. En definitiva, la indisputada primacía del principio del interés superior del NNA nos lleva a buscar, en los litigios objeto del presente trabajo, las ventajas derivadas para estos de su emigración. De producirse tales ventajas, y teniendo presente la antecedente conclusión, entendemos que no puede limitarse, o derechamente negarse, la posibilidad de emigrar de las madres custodias acompañadas de sus hijos y/o hijas. Así, debe tenerse en vista la compatibilidad que puede existir entre los principios del interés superior del NNA y del libre desarrollo de la personalidad de la madre custodia.

REFERENCIAS

Acuña, M. (2013). El principio de la corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 20(2), 21-59. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>

Acuña, M. (2014). *Derecho de relación directa y regular*. Santiago de Chile: Thomson Reuters La Ley.

Acuña, M. (2016, 20 de enero). *La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos*. El Mercurio Legal. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904506&Path=/0D/CD/>

Acuña, M. (2020). Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 33(1), 75-95. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502020000100075>

Amoni, G. (2013). El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 7(31), 67-85. <https://doi.org/10.35487/rius.v7i31.2013.21>

Arley, A. (2020). El Poder Judicial en la era digital post-Covid. *Hechos y Derechos*, 59. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15035/15990>

Astudillo, C., & Mondaca, A. (2021). Nuevas formas de comunicación en la relación directa y regular: salidas al extranjero. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(2), 149-174. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58404>

Barcia, R. (2017). Hacia una mirada integral del Derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el Derecho chileno. *Revista de Derecho Privado de la Universidad del Externado*, (32), 219-254. <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.08>

Barcia, R. (2018). La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres. *Ius et Praxis*, 24(2), 469-512. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200469>

Becker, S. (2014). *El matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno* [tesis de pregrado, Universidad de Chile]. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115479/de-becker_s.pdf;sequence=1

Belluscio, A. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cano, V., & Soffia, M. (2009). Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada. *Papeles de Población*, 15(61), 129-167.

Castillo, A., Espinoza, M., & Luengo, L. (2018). Compromiso paterno y la relación con sus conductas promotoras de salud. *Revista Salud Pública*, 20(5), 541-547. <https://doi.org/10.15446/rsap.V20n5.72033>

Coloma, R., Agüero, C., & Lira, R. (2021). Tecnología para decidir hechos en procesos judiciales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 111-143. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56816>

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

Corral, H. (2013, 7 de julio). *Cuidado personal de los hijos, relación directa y patria potestad: la reforma al Código Civil de la ley N°. 20.680, de 2013*. El Mercurio Legal. <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/corresponsabilidad-parental/>

Del Moral, A. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, 6(2), 63-96. <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf>

Del Pino, M. (2018). El derecho humano a la educación: proyección en el libre desarrollo de la personalidad. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, (44), 1-29. <http://dx.doi.org/10.22187/rfd2018n44a11>

Etcheberry, L. (2016). La autorización de salida de los menores del país para radicarse en el extranjero de forma definitiva: intereses en conflicto. Alcances jurisprudenciales. En M. Barría (ed.), *Estudios de Derecho Civil XI* (pp. 129-138). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Fariña, F., Seijó, D., Arce, R., & Vásquez, M. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(1), 107-113. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>

Gómez, M. (2011). La relación directa y regular como efecto de la ruptura. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile*, 4, 119-131. <https://rmdd.uchile.cl/index.php/RMDD/issue/view/1887>

Gzesh, S. (2008). Una redefinición de la migración forzosa con base en los derechos humanos. *Migración y Desarrollo*, (10), 97-126. <https://doi.org/10.35533/myd.0610.sg>

Jara, N., & Prieto, C. (2018). Impacto de las diferencias entre nativos e inmigrantes digitales en la enseñanza en las ciencias de la salud: revisión sistemática. *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud*, 29(1), 92-105. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2307-21132018000100007

Jordán, J., & Mayorga, N. (2018). El régimen de visitas tras la separación de los padres. Caso Ambato. (Ecuador). *Verba Iuris*, (40), 49-63. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.40.1557>

Jünemann, F., & Campino, V. (2019). *Manual de corresponsabilidad parental en el mundo del trabajo*. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, Unión Europea, Fundación Chile Mujeres.

Larrea, P., & Marques, J. (2015). Vivir 3 vidas diferentes. Trayectorias e identidades de exiliados chilenos en Portugal. *Atenea*, (512), 113-136. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-04622015000200007>

Lathrop, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: La Ley.

Lennon, V., & Lovera, D. (2011). ¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del Derecho internacional y comparado. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (17), 105-141. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722011000200004>

López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenidos. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 57-70. <http://dx.doi.org/10.11600/1692715x.1311210213>

Mondaca, A., & Astudillo, C. (2020a). La construcción del “beneficio” para el niño, niña o adolescente, por parte de los tribunales superiores de justicia chilenos, en las autorizaciones de salidas al extranjero prolongadas o definitivas. *Ius et Praxis*, 26(3), 301-313. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000300301>

Mondaca, A., & Astudillo, C. (2020b). Aplicación del principio del interés superior del niño en las autorizaciones judiciales para salir al extranjero. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile de 28 de abril de 2018 (Rol 42.642.-2017). *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 27, 261-271. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0015>

Montecinos, A. (2018). Interés superior del niño como fundamento de la autorización de su salida definitiva al extranjero. En C. Domínguez (coord.), *Estudios de Derecho de Familia* (vol. III, pp. 569-588). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Moreno, M. (2021). Los nuevos entornos tecnológicos y su impacto en la garantía del derecho humano al acceso a la justicia: un enfoque en época de Covid 19. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 309-327. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58830>

Muñoz, G. (2020). El cambio de domicilio de los progenitores: su incidencia en el régimen de custodia y visitas. *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, 30, 178-199. https://redib.org/Record/oai_articulo2966705-el-cambio-de-domicilio-de-los-progenitores-su-incidencia-en-el-régimen-de-custodia-y-visitas

Olea, H. (2016). Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Eunomía. Revista de Cultura en la Legalidad*, 9, 249-272.

Oliva, E., & Villa, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20. <https://doi.org/10.15665/rj.v10i1.295>

Ortíz, L., & Viollier, P. (2021). Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 77-109. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56482>

Oyarzún, L., Aranda, G., & Gissi, N. (2021). Migración internacional y política migratoria en Chile: tensiones entre la soberanía estatal y las ciudadanías emergentes. *Colombia Internacional*, (106), 89-114. <https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.04>

Pereira, C. (2013). Los límites del principio de la libertad individual. *Derecho y Realidad*, 11(21), 285-292. <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4844>

Pérez, A. (2021). Justicia civil en la era digital: ¿hacia una nueva identidad? *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 203-229. <https://doi.org/https://doi.org/10.7764/R.482.9>

Pérez, D. (2003). El libre desarrollo de la personalidad en los flujos migratorios. *Vector Plus*, (22), 71-79. <http://hdl.handle.net/10553/7336>

Pérez, G. (2018). La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de familia en México: principales criterios jurisprudenciales. *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, (25), 144-173. http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n25/n25_a05.pdf

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

Perret, G. (2015). De exiliados a migrantes ... Una aproximación a la experiencia migratoria de exiliados políticos chilenos en Argentina. *Revista de Estudios Sociales*, (51), 161-172. <http://dx.doi.org/10.7440/res51.2015.12>

Rodríguez, M. (2017, 21 de noviembre). *Autorización de los padres para la salida de los menores del país*. El Mercurio Legal. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906157&Path=/0D/D3/>

Ryszard, M. (2018). El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español. *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, (23), 667-706. <https://doi.org/10.5944/rduned.23.2018.24038>

Santana, E. (2017). La exclusión del inmigrante del proceso de determinación de sus derechos. *Revista de Direito da Cidade*, 9(3), 1120-1146. <https://doi.org/10.12957/rdc.2017.28624>

Tavares Da Silva, R. (2016). Guarda de filhos ão é posse ou propriedade. En A. Coltro y M. Delgado (coords.), *Guarda Compartilhada* (pp. 271-288). Sao Paulo: Editora Método.

Zamorano, C. (2021). Un millón de chilenos: testimonios del exilio en la Revista Araucaria de Chile. *Universum*, 36(1), 109-130. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-23762021000100109>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (CIDH, 28 de noviembre de 2012).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (CIDH, 21 de noviembre de 2007).

Código de Utah (5 de diciembre de 2020).

Constitución Política de Chile (Congreso Nacional de Chile, 21 de octubre de 1980).

Constitución de Colombia (Asamblea Constituyente, 4 de julio de 1991).

Constitución de Ecuador (Asamblea Constituyente, 28 de septiembre de 2008).

Constitución de España (Cortes Españolas, 31 de octubre de 1978).

Constitución de Italia (Asamblea Constituyente, 22 de diciembre de 1947).

Constitución de Portugal (Asamblea Constituyente, 2 de abril de 1976).

Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948).

González y otras ("Campo Algodonero") vs. México (CIDH, 16 de noviembre de 2009).

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Boletines N° 5.917-18 y 7.007-18, refundidos (Congreso Nacional de Chile, 8 de enero de 2013).

Ley N° 21.430, Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. *Diario Oficial*, 15 de marzo de 2022.

Ley N° 16.618, Ley de Menores. *Diario Oficial* (Congreso Nacional de Chile, 8 de marzo de 1967).

Ley N° 264, Ley de Visitas Virtuales de Puerto Rico (Congreso Nacional de Puerto Rico, 25 de septiembre de 2012).

Ley N° 20.680, introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados (Congreso Nacional de Chile, 21 de junio de 2013).

Ley N° 21.325, de Inmigración y Extranjería (Congreso Nacional de Chile, 20 de abril de 2021).

Ley de Visitas Virtuales de Puerto Rico (Congreso Nacional de Paraguay, 25 de septiembre de 2012).

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966).

Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (CIDH, 9 de marzo de 2018).

Ricardo Canese vs. Paraguay (CIDH, 31 de agosto de 2004).

Sentencia rol N° 4.443-2014 (Corte Suprema de Chile, 10 de septiembre de 2014).

Sentencia rol N° 8.820-2014 (Corte Suprema de Chile, 28 de enero de 2015).

Sentencia rol N° 739-2015 (Corte de Apelaciones de Valparaíso [Chile], 10 de noviembre de 2015).

Sentencia rol N° 2.844-2017 (Corte Suprema de Chile, 18 de abril de 2017).

Sentencia rol N° 42.642-2017 (Corte Suprema de Chile, 28 de abril de 2018).

Sentencia rol N° 733-2019 (Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de julio de 2019).

Sentencia rol N° 30.509-2020 (Corte Suprema de Chile, 6 de octubre de 2020).

Vélez Loo vs. Panamá (CIDH, 23 de noviembre de 2010).

LIMITACIÓN EN
CHILE DE LA
EMIGRACIÓN
DE LAS MADRES
CUSTODIAS JUNTO
A SUS HIJOS
Y/O HIJAS: ¿UNA
EXIGENCIA DEL
PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR?

LIMITATION
IN CHILE ON
EMIGRATION
OF CUSTODIAL
MOTHERS
WITH THEIR
CHILDREN AND/
OR DAUGHTERS: A
REQUIREMENT OF
THE BEST INTEREST
PRINCIPLE?

Recibido: 09/04/2022
Aprobado: 30/07/2022

Notas sociojurídicas sobre el alcance del voto migrante en la ciudad de Buenos Aires

Socio-legal Notes on the Scope of the Migrant Vote in Buenos Aires City

ANA PAULA PENCHASZADEH*

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina)

FERNANDO ARLETTAZ**

Universidad de Zaragoza (España)

Resumen: Desde 1987 las personas migrantes residentes en la ciudad de Buenos Aires tienen derecho a participar en las elecciones locales. El Código Electoral de la ciudad, aprobado en 2018 y aplicado por primera vez en las elecciones locales de 2021, cambió el régimen de inscripción voluntaria en el registro electoral por uno de inscripción automática. Este cambio no solo aumentó notoriamente el número de personas extranjeras habilitadas a emitir el voto, sino que también vino acompañado de un incremento significativo en la participación del colectivo migrante. Este artículo proyecta un análisis en distintos niveles. Primeramente, aborda la relación históricamente determinada entre nacionalidad, residencia y acceso a la comunidad política, con especial énfasis en la titularidad y el ejercicio de los derechos políticos por parte de las personas migrantes en el contexto argentino. Después, considera las transformaciones legislativas e institucionales que han supuesto, desde la entrada en vigor del nuevo Código Electoral, una transformación del rol político-electoral del colectivo migrante en la ciudad de Buenos Aires. Finalmente, analiza algunos de los efectos del empadronamiento automático en el comportamiento electoral del colectivo migrante, intentando no perder de vista la composición y las dinámicas internas de esta población como posibles pautas explicativas de su comportamiento electoral.

Palabras clave: Derechos políticos, migraciones, personas extranjeras, ciudad de Buenos Aires, ciudadanía, elecciones locales

Abstract: Since 1987, migrants residing in the city of Buenos Aires have had the right to participate in local elections. The city's Electoral Code, approved in 2018 and applied for the first time in the 2021 local elections, changed the regime of voluntary registration in the electoral register to one of automatic registration. This change not only increased the number of foreigners authorized to cast the vote, but it was also accompanied by a significant growth in migrant electoral participation. This article projects

* Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires (UBA) (Argentina), doctora en Filosofía por la Universidad de París 8 (Francia), profesora de grado y de posgrado de la UBA, investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas y del Instituto de Investigaciones Gino Germani-UBA.

Código ORCID: 0000-0002-9260-7509. Correo electrónico: anapenchas@gmail.com

** Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, y profesor del Centro Universitario de la Defensa (CUD) (España) y de la Universidad de Zaragoza (España).

Código ORCID: 0000-0002-4372-0855. Correo electrónico: arlettaz@unizar.es

an analysis at three different levels. Firstly, it addresses the historically determined relationship between nationality, residence and access to the political community, with special emphasis on the exercise of political rights by migrants in the Argentine context. Afterwards, it considers the legislative and institutional transformations that, since the entry into force of the new Electoral Code, have entailed a transformation of the political-electoral role of the migrant group in the city of Buenos Aires. Finally, it analyzes some of the effects of automatic registration on the electoral behavior of the migrant group, trying not to lose sight of the composition and internal dynamics of this population as possible explanatory patterns of its electoral behavior.

Key words: Political rights, migrations, foreigners, city of Buenos Aires, citizenship, local elections

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DE LA CIUDADANÍA NACIONAL A LA CIUDADANÍA TRANSNACIONAL: NOTAS JURÍDICAS SOBRE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS GRUPOS MIGRANTES.- II.1. NACIONALIDAD Y RESIDENCIA: LLAVES DE ENTRADA A LA COMUNIDAD POLÍTICA.- II.2. NACIONALIDAD Y DERECHOS POLÍTICOS EN EL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO: UNA RELACIÓN NO TOTALMENTE EXCLUYENTE.- III. CIUDADANÍA MIGRANTE LOCAL: LA CONFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.- IV. EFECTOS POLÍTICO-ELECTORALES DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE EMPADRONAMIENTO AUTOMÁTICO DE VOTANTES MIGRANTES.- IV.1. EL ANÁLISIS ESTÁTICO: LA CONFORMACIÓN DEL PADRÓN ELECTORAL.- IV.2. EL ANÁLISIS DINÁMICO: LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2018, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) aprobó su propio Código Electoral. El Código se mantuvo en la línea de la regulación electoral que había existido hasta ese momento y conservó el derecho reconocido a las personas extranjeras residentes en la ciudad a participar en los procesos electorales de nivel local, pero introdujo, además, una innovación fundamental: la inscripción automática en el padrón de electores porteños de aquellos migrantes que cuentan con una residencia permanente en la ciudad. De esta forma, las personas migrantes¹ ya no deben gestionar individualmente su inscripción en el padrón como requisito para el ejercicio de los derechos políticos que tenían reconocidos.

El Código Electoral entró en vigor en 2020 y fue aplicado por primera vez en las elecciones legislativas locales de 2021. Este cambio normativo visibilizó rápidamente el peso cuantitativo de los migrantes en la ciudad

¹ Aunque podrían establecerse matices conceptuales, en este trabajo utilizamos las expresiones *migrante* y *extranjero/a* como sinónimos (Penchaszadeh & Condori, 2016-2017).

143

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

y su potencial rol político-electoral, pues este colectivo alcanzó el 14,2 % del padrón de votantes porteños habilitados. Aunque la apertura de espacios de participación política de las personas migrantes a nivel local no era una novedad en el panorama normativo argentino, la automaticidad de la inscripción en el registro de electores propiciada por el cambio legislativo, sumada al hecho de que este cambio había tenido lugar en la principal ciudad del país (un distrito con alta gravitación política en el país que, a su vez, concentra la mayor proporción relativa de población migrante de la Argentina), amplificaron los efectos de esta reforma.

Estos cambios normativos tuvieron su correlato en los niveles de participación electoral del colectivo migrante: el número de votos emitidos por migrantes se multiplicó en las elecciones de 2021 casi por nueve en relación con la anterior elección de 2019. Aunque la hipótesis más evidente de que el cambio en el régimen de empadronamiento está en la raíz de este aumento no debe descartarse por completo, la explosión en la participación electoral (participación que, a diferencia de la de los nacionales, no reviste carácter estrictamente obligatorio) requiere también para su explicación el recurso a otros elementos contextuales. A este respecto, deben explorarse como posibles factores explicativos la existencia de campañas informativas y foros de diálogo con las comunidades migrantes, así como la movilización autónoma del propio colectivo migrante en cuanto tal.

Este artículo proyecta un análisis en distintos niveles. Primero, se aborda la relación históricamente determinada entre nacionalidad, residencia y acceso a la comunidad política, con especial énfasis en la titularidad y ejercicio de los derechos políticos en el contexto argentino (apartado II). Después, se consideran las transformaciones legislativas e institucionales que, en el caso específico de la ciudad de Buenos Aires, han supuesto en los hechos una transformación del rol político-electoral del colectivo migrante (apartado III). Finalmente, se analizan algunos de los efectos del empadronamiento automático en el comportamiento electoral del colectivo migrante, intentando no perder de vista la composición y las dinámicas internas de esta población como posibles pautas explicativas de ese comportamiento electoral (apartado IV).

Desde una perspectiva sociojurídica, este trabajo se propone poner en relación las transformaciones normativas relativas al estatuto político de las personas migrantes y la participación electoral efectiva de este colectivo en las elecciones legislativas locales de 2021 en la ciudad de Buenos Aires. En este sentido, como se señalará de manera general en el apartado II y se profundizará en el III en relación con la ciudad de Buenos Aires, el reconocimiento de los derechos políticos de las personas no nacionales tiene todavía en la Argentina un alcance limitado. Esta limitación es coherente con un régimen internacional de los derechos

humanos que, moviéndose en un marco de justificación principalmente basado en la nacionalidad, protege y garantiza de forma casi exclusiva la participación política del colectivo nacional (Penchaszadeh & Courtis, 2016; Penchaszadeh & Sander, 2021).

Sin embargo, la participación política efectiva de las personas migrantes (tal como se evidenció en las elecciones locales de 2021, que se analizan en el apartado IV), es una muestra práctica y concreta de las dinámicas de transnacionalización de la ciudadanía que se ponen en juego cuando el ordenamiento jurídico abre, aunque sea de manera limitada, la participación política a quienes no son nacionales. En el caso que se estudia, el reconocimiento de derechos políticos sobre la base del *ius domicili* (criterio de la residencia) habilitó la apertura de nuevas dinámicas de ciudadanía de la población migrante en el plano local argentino.

El presente artículo se apoya en un trabajo previo de investigación e incidencia sobre voto migrante porteño, realizado en el marco de un convenio de colaboración entre la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), suscrito en 2021. Como resultado de esta colaboración, se elaboró el *Informe diagnóstico sobre las dinámicas de participación político-electoral de la población migrante residente en la CABA en las elecciones de 2021* (Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires & Red de Derechos Humanos del Conicet, 2022), un insumo fundamental para el presente artículo².

II. DE LA CIUDADANÍA NACIONAL A LA CIUDADANÍA TRANSNACIONAL: NOTAS JURÍDICAS SOBRE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS GRUPOS MIGRANTES

II.1. Nacionalidad y residencia: llaves de entrada a la comunidad política

La distinción entre nacionales y extranjeros es la columna vertebral de la organización de la comunidad política en los Estados modernos (Arlettaz, 2014a, 2015a). No todas las personas que forman la población de un Estado tienen la misma relación con él, pues la conformación del mismo conlleva la diferenciación legal entre las personas que *pertenecen* a ese Estado y las que no. Ese vínculo de pertenencia es lo que en el lenguaje del derecho constitucional y del derecho internacional se conoce como «nacionalidad».

² La Dra. Ana Paula Penchaszadeh formó parte como coordinadora e investigadora —por la contraparte del Conicet— del equipo a cargo de la recolección, sistematización y el análisis de los datos contenidos en este informe de diagnóstico.

Cada Estado determina autónomamente quiénes son sus nacionales, estableciendo de este modo de manera indirecta quiénes son extranjeros. En efecto, el derecho internacional concibe la nacionalidad como un atributo adquirido por el individuo a partir del ejercicio de una potestad estatal. La nacionalidad es, de acuerdo con la conocida definición de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*, «un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectividad solidaria de existencia de intereses y sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes» (*Liechtenstein vs. Guatemala*, 1955).

En el mismo caso, la Corte Internacional de Justicia reconoció que es un criterio generalmente aceptado en el derecho internacional que corresponde a cada Estado determinar quiénes son sus nacionales. Este criterio ha sido confirmado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina internacionales³. El derecho internacional contemporáneo, marcado por la filosofía de los derechos humanos, incorpora un elemento nuevo: el derecho a tener una nacionalidad (Arlettaz, 2017). Ahora bien, aunque se admite de modo general que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, el derecho internacional de los derechos humanos no especifica cómo se ha de hacer efectivo ese derecho. En otras palabras: no se establece cuál es el Estado obligado a otorgar la nacionalidad para que el derecho tenga su cumplimiento. En definitiva, se mantiene en pie el principio según el cual son los Estados los que deciden quiénes son sus nacionales.

La nacionalidad tiene dos funciones jurídicas. Por un lado, desde la perspectiva internacional, define la vinculación de un individuo con un Estado y le permite ejercitar a su respecto ciertos derechos. Por otro lado, desde la perspectiva interna, la nacionalidad delimita el conjunto de individuos que podrán acceder a la plenitud de los derechos fundamentales que reconoce la legislación de ese Estado. En la lógica del Estado moderno, la plenitud de los derechos está reservada a los nacionales; los extranjeros, en cambio, acceden a un conjunto más reducido de derechos fundamentales.

La diferencia de trato entre nacionales y extranjeros puede explicarse, desde el punto de vista jurídico, a partir de la distinción entre dos tipos de estatus (Ferrajoli, 2001, 2011): el *status personae*, que se corresponde con los derechos de la personalidad; y el *status civitatis*, que se corresponde con los derechos de la ciudadanía. El primero de los estatus incluye un conjunto de derechos mínimos para todos aquellos a quienes el ordenamiento jurídico reconoce el carácter de personas. El segundo estatus es una ampliación del primero e incluye aquellos derechos que permiten la plena integración y participación en el cuerpo político.

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

3 Para un resumen de las posiciones, ver Arlettaz (2015a, 2015b).

La distinción se vuelve operativa en la medida en que se definen y enumeran las diferentes categorías de derechos que corresponden a cada uno de los estatus. En la historia clásica de las generaciones de derechos es habitual construir una tipología que incluye los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos sociales y los derechos de tercera generación (Pérez Luño, 2013). Los derechos civiles otorgan ciertos márgenes de libertad a los individuos (por ejemplo, la libertad de expresión) o garantizan el ejercicio de la autonomía en la esfera privada (por ejemplo, la libertad de contratar). Los derechos políticos garantizan la autonomía en la esfera pública (por ejemplo, el derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos). Los derechos sociales consagran expectativas positivas; es decir, expectativas de recibir una determinada prestación (por ejemplo, el derecho a recibir atención sanitaria). Los derechos de tercera generación, finalmente, se refieren a un conjunto de bienes colectivos o difusos (por ejemplo, el derecho al medio ambiente).

De entre los derechos de la tipología mencionada hay algunos que corresponden al *status personae* (es decir, son derechos de las personas) y otros que corresponden al *status civitatis* (es decir, son derechos de los ciudadanos). Por otra parte, además de la clasificación recién mencionada, es posible establecer una segunda distinción entre aquellos derechos que corresponden a todas las personas o a todos los ciudadanos y los que corresponden solo a las personas o ciudadanos capaces de obrar. La importancia de las dos clasificaciones en razón del sujeto titular del derecho radica, en lo que aquí nos interesa, en que las especificaciones del *status personae* (en definitiva, las especificaciones del concepto de persona) funcionan como límites a la titularidad de los derechos. Hay derechos que corresponden a todas las personas, otros solo a los ciudadanos; y hay derechos que corresponden a todas las personas (o ciudadanos), mientras otros son solo para las personas (o ciudadanos) capaces de obrar.

Lo que debe quedar claro en cualquier caso es que la pertenencia de un derecho a una u otra categoría no es una relación conceptualmente necesaria, sino puramente positiva, en el sentido de que depende exclusivamente de las opciones del derecho positivo. O, dicho de otra manera, pasando del lenguaje jurídico al lenguaje político, la pertenencia de un derecho a una u otra categoría es fruto de una decisión política adoptada bajo ciertas condiciones históricas concretas.

Lo mismo sucede con el vínculo entre *status civitatis* y nacionalidad. Los Estados modernos se vinculan con los individuos a través de la categoría mediadora de la *nacionalidad*. Como ya hemos dicho, la fuente del *status civitatis* es la nacionalidad: son ciudadanos de un Estado sus nacionales. Sin embargo, no hay ninguna razón que impida asociar los

derechos de ciudadanía a un criterio diferente de la nacionalidad como, por ejemplo, la residencia continuada en el territorio durante cierto tiempo (Penchaszadeh & Sander, 2021).

Desde la desaparición de la esclavitud, la personalidad ya no es un criterio limitativo entre individuos de la especie humana, pues todos los seres humanos son reconocidos como personas. Por ello, la limitación en los derechos fundamentales se da a través de la capacidad de obrar y de la ciudadanía. El primero de los criterios limita la capacidad de obrar a los menores, los enfermos mentales y otras personas que tienen sus facultades alteradas; el segundo excluye a determinadas personas del *status civitatis*.

Desde la aparición del discurso liberal de los derechos fundamentales, con las revoluciones de los siglos XVII y XVIII, los derechos civiles fueron proclamados como derechos de la persona. Esta extensión tenía un valor ideológico: pretendía dotar de mayor universalidad al discurso de los derechos con un coste muy bajo, ya que en ese momento no era pensable la inmigración masiva que haría que los recién llegados reivindicaran su participación en esos derechos. Sin embargo, no sucedió lo mismo con los derechos políticos, que quedaron reservados a los ciudadanos. La aparición posterior de otras categorías de derechos (derechos sociales, derechos de tercera generación) requirió determinar si estos se adscribirían al estatuto de la persona o al estatuto del ciudadano.

En el derecho internacional y en los derechos internos de los Estados de derecho contemporáneos puede observarse un cierto patrón en la distribución de los derechos. Los derechos civiles corresponden a todas las personas⁴, los derechos de tercera generación suelen amparar también a todas las personas, y los sociales corresponden a veces a todas las personas y otras solo a los ciudadanos. Finalmente, y esto es lo que aquí nos interesa centralmente, los derechos políticos siguen estando reservados a los ciudadanos: a aquella categoría de personas a quienes el derecho reconoce el *status civitatis* y que coincide con la categoría de los nacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), por ejemplo, establece que toda persona tiene derecho «a participar en el gobierno de su país» (art. 21)⁵. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 25) y en la Convención Americana sobre Derechos

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

4 Aunque es cierto, de manera general, que los derechos civiles corresponden a todas las personas, existen algunas excepciones que de modo indirecto vienen a introducir un matiz fundamental. Los derechos de circulación y de residencia en el territorio del Estado, por ejemplo, solo se reconocen a los ciudadanos. Así, se introduce una restricción de gran importancia a otros derechos. En efecto, el discurso jurídico tiene la siguiente forma: «Todas las personas que están en este territorio tienen estos derechos civiles, estos derechos sociales y estos derechos de tercera generación. Pero solo quienes son ciudadanos tienen derecho a estar en este territorio».

5 Énfasis añadido, entendiendo que su país es el país de su nacionalidad,

Humanos (1969, art. 23) los derechos a participar en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser elegidos, así como el de tener acceso a las funciones públicas, están reservados a «los ciudadanos».

Ahora bien, los procesos de extensión de los derechos políticos de las personas migrantes en los países de destino permiten dar cuenta de un desacople progresivo de la ciudadanía y la nacionalidad en los órdenes democráticos actuales. Aunque el ingreso de las personas migrantes a la comunidad política es limitado y condicional, sin duda somos testigos de la emergencia de nuevas dinámicas político-electorales posnacionales que reconfiguran el campo de la ciudadanía (Penchaszadeh & Sander, 2021).

El reconocimiento de derechos políticos con una base diferente a la nacionalidad (en el caso que aquí estudiaremos, con base en la residencia) da cuenta de que las transformaciones en la ciudadanía están llevando a una transnacionalización del concepto (Penchaszadeh & Sander, 2021). La participación de quienes, por definición, estaban excluidos de la categoría de la ciudadanía basada en la nacionalidad en procesos políticos históricamente reservados a las personas nacionales hace aflorar la idea de una *ciudadanía transnacional* (Soysal, 1994) que, no obstante, no pone en cuestión la existencia misma del Estado-nación ni la distinción general (que sigue siendo operativa en muchos otros campos) entre nacionales y extranjeros.

Por otra parte, aunque no podemos detenernos con detalle en este aspecto, debe tenerse en cuenta que la dimensión normativa (por ejemplo, la concesión de derechos de participación electoral a migrantes mediante una ley) no es la única faceta ni la única dimensión en juego de la ciudadanía. Como han mostrado estudios previos, las fronteras de la integración en la comunidad política no están solo en el campo formal, sino que se juegan también en las dinámicas de reconocimiento cultural (Kymlicka, 1995; Arlettaz, 2014b; Beaman, 2016) y, por supuesto, en las complejas formas de interrelación entre ciudadanía formal, reconocimiento cultural e inserción en el mercado (Deckard & Heslin, 2016).

II.2. Nacionalidad y derechos políticos en el constitucionalismo argentino: una relación no totalmente excluyente

En la Argentina, desde la Constitución de 1853-1860 (que rige, con sucesivas reformas, hasta el día de hoy), el principal criterio para determinar la nacionalidad argentina es el nacimiento en el territorio⁶. La Constitución acepta, pues, el criterio del *ius soli*: son argentinos quienes

6 Para una historia del régimen argentino de nacionalidad, ver Arlettaz (2019).

han nacido en suelo argentino (Constitución de 1853-1860, art. 67, inc. 11; art. 75, inc. 12)⁷.

Ahora bien, la misma Constitución de 1853-1860 trazó un plan de población del territorio a través de la inmigración. En concordancia con este propósito, estableció una vía muy generosa de naturalización; es decir, de adquisición no originaria de la nacionalidad, cumpliendo ciertos requisitos⁸. En general, uno de los requisitos exigidos es haber residido determinado tiempo en el país. Algunos países exigen cinco, diez o quince años de residencia para obtener la naturalización. En la Argentina, desde la Constitución de 1853-1860, ese periodo es mucho más breve: quien ha residido dos años continuos en el territorio argentino puede obtener la nacionalidad argentina por vía de naturalización (art. 20).

Por otra parte, la Constitución argentina de 1853-1860 equiparó a las personas extranjeras que habitan el país con las personas nacionales en lo que se refiere a los derechos civiles. Así, según dispone la Constitución en un texto que permanece inalterado desde 1853, los extranjeros

gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes (art. 20).

Sin embargo, la Constitución de 1853-1860 no equiparó a los extranjeros con los nacionales en lo que se refiere a los derechos políticos. Los derechos políticos son fundamentales para la integración en la medida en que permiten la protección de derechos ya reconocidos y la conquista de nuevos derechos. En definitiva, los derechos políticos son una parte esencial del *derecho a tener derechos*. Los derechos políticos están regulados por la antigua Ley N° 346, Ley de Ciudadanía y Nacionalidad, de 1869. En su redacción original, los derechos políticos eran reconocidos a los argentinos que hubiesen cumplido los 18 años de edad (art. 7). Hasta la adopción de la Ley N° 13.010, Ley de Voto Femenino, de 1947, los derechos políticos estaban además limitados a los varones.

Nunca, a lo largo de la historia constitucional argentina, se reconoció a las personas extranjeras el derecho a participar en la vida política del Estado federal. La Constitución de 1949 mantuvo el derecho a pedir la naturalización luego de transcurridos dos años de residencia en el país y agregó, además, un curioso supuesto de naturalización automática, salvo manifestación en contrario, tras cinco años de residencia (art. 31). Sin embargo, la Constitución peronista, al mismo tiempo que mostraba

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

7 En este caso, después de la reforma de 1994.

8 Para un estudio sobre la naturalización en el contexto argentino, ver Penchaszadeh y Courtis (2016).

su voluntad de convertir a las personas migrantes en argentinas, incluso sin el concurso de la voluntad expresa de estas, manifestaba una desconfianza hacia las personas naturalizadas, quienes solo gozaban de los derechos políticos después de cinco años de haber obtenido la nacionalidad (art. 31). El nuevo texto constitucional fue especificado por la Ley N° 14.354, Ley de Naturalización y Ciudadanía Argentina, de 1954.

La Constitución y la legislación peronistas fueron abrogadas tras el derrocamiento de Perón. No obstante, la Ley N° 21.795, Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, de 1978, adoptada por la última dictadura, que estuvo en vigor hasta la recuperación del orden constitucional, siguió los pasos de la Constitución peronista en lo que se refiere a los derechos políticos de los naturalizados. En ese sentido, para poder disfrutar de tales derechos, era necesaria una solicitud expresa al tribunal competente una vez que hubieran transcurrido tres años desde la obtención de la nacionalidad y siempre que los naturalizados tuvieran cinco años de residencia legal continuada en el país (art. 10).

La recuperación democrática supuso el restablecimiento de la antigua Ley N° 346, que solo reconoce derechos políticos a las personas nacionales. La modificación más significativa fue la introducida por la Ley N° 26.774, Ley de Reforma a la Ley de Ciudadanía y Nacionalidad, de 2012, que redujo de 18 a 16 años la edad requerida para el ejercicio de los derechos políticos (art. 7). La Ley N° 25.871, Ley de Migraciones, de 2004, contiene a su vez solamente una disposición genérica según la cual el Estado debe facilitar, «de conformidad con la legislación nacional y provincial en la materia, la consulta o participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residan» (art. 11). El decreto N° 616/2010, Decreto Reglamentario de la Ley de Migraciones, de 2010, obliga al Ministerio del Interior, a través de la Dirección Nacional de Migraciones o de los gobiernos locales —mediante la firma de convenios—, a adoptar «las medidas necesarias para informar a los extranjeros respecto de las condiciones y requisitos del ejercicio del derecho al voto» (art. 11). Asimismo, según el mismo artículo, el Ministerio del Interior debe promover las acciones necesarias para «garantizar distintas formas de participación real y efectiva en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales de los extranjeros residentes en ellas».

Ahora bien, el hecho de que la Constitución nacional y la legislación federal reserven los derechos políticos al colectivo nacional no impide a los gobiernos locales extender esos derechos a las personas extranjeras. De hecho, la gran mayoría de las constituciones provinciales hoy vigentes reconocen a los migrantes el derecho al sufragio activo (derecho

a elegir) y/o al sufragio pasivo (derecho a ser elegido/a), principalmente en relación con las elecciones municipales.

El reconocimiento de los derechos políticos a nivel local aparece ya en varias constituciones provinciales adoptadas a lo largo del siglo XX. Por ejemplo, la Constitución de Mendoza de 1916 (art. 19) y la Constitución de Santa Fe de 1962 (arts. 29-30), ambas todavía vigentes, incluyen el derecho de las personas extranjeras a elegir y ser elegidas en elecciones municipales. Ahora bien, algunas constituciones impusieron a los migrantes requisitos adicionales que los nacionales no estaban obligados a cumplir. Por ejemplo, la Constitución de Entre Ríos de 1933 exigía a los extranjeros, como requisito para la inscripción en el registro municipal de electores, saber leer y escribir el idioma nacional, tener dos años de residencia inmediata en el municipio y reunir alguna de las siguientes cualidades: ser contribuyente de impuestos directos o contribuciones, estar casado con mujer argentina, ser padre de hijos argentinos o ejercer profesión liberal (art. 183).

De todas formas, las restricciones rigurosas impuestas a las personas extranjeras para acceder al sufragio activo tienden a desaparecer. Así, desde 2008 la Constitución de Entre Ríos solo exige saber leer y escribir el idioma nacional y tener dos años de residencia inmediata en el municipio (art. 251). Los mismos requisitos aparecen en la Constitución de Chaco de 1994 (art. 192) y en la Constitución de Corrientes de 2007 (art. 223). La Constitución de Catamarca de 1988 pide saber leer y escribir el idioma nacional y tener cuatro años de residencia inmediata (art. 251). Otras constituciones exigen solamente el requisito del tiempo de residencia inmediata: un año en la Constitución de San Luis de 1987 (art. 269); dos años en la Constitución de San Juan de 1986 (art. 248), en la de Salta de 1998 (art. 173), en la de Santiago del Estero de 2005 (art. 214) y en la Constitución de Neuquén de 2006 (art. 284); y tres años en la Constitución de Río Negro de 1988 (art. 237).

La eliminación del rigor de los requisitos, no obstante, no ha sido generalizada. Por ejemplo, la Constitución de Misiones de 1958, aún vigente, exige para la inscripción en el registro municipal de electores extranjeros saber leer y escribir el idioma nacional, tener tres años de residencia inmediata en el municipio y reunir alguna de las siguientes cualidades: ser contribuyente de impuestos directos, o tener cónyuge o hijo argentino (art. 164). La de Chubut de 2010, además de la exigencia de saber leer y escribir el idioma nacional y tener tres años de residencia inmediata, pide ejercer alguna actividad lícita y cumplir alguno de los requisitos extra enumerados (ser contribuyente, tener cónyuge o hijos argentinos, u ocupar un cargo directivo en una asociación reconocida) (art. 242). Y la Constitución de Jujuy de 1986 requiere a las personas

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

extranjerías ser contribuyentes y tener dos años de residencia inmediata para poder votar en las elecciones municipales (art. 187).

Otras constituciones solo mencionan de manera genérica el derecho al voto de las personas extranjeras en las elecciones municipales, dejando a una ley posterior la determinación de los requisitos. Es el caso, por ejemplo, de la ya mencionada Constitución de Santa Fe de 1962 (arts. 29-30), de la Constitución de Córdoba de 2001 (art. 183) o de la de Tucumán de 2006 (art. 143). En Santa Fe, la Ley N° 13.461, Ley de Régimen Electoral de Santa Fe, de 2014, exige a las personas extranjeras tener dos años de residencia efectiva para participar en las elecciones de municipios y uno para participar en elecciones de comunas (art. 21). En Tucumán, la Ley N° 7.948, Ley de Voto de Extranjeros en Tucumán, de 2007, exige dos años de residencia inmediata en la provincia para votar en las elecciones municipales (art. 1). La Constitución de Tierra del Fuego de 1991, por su parte, indica que los municipios con autonomía institucional pueden otorgar el derecho a elegir, pero no a ser elegido, a las personas extranjeras (art. 175).

En otras provincias, la participación de los y las migrantes en las elecciones municipales no está prevista en la constitución provincial, pero sí en otras leyes locales. Así sucede en La Pampa, donde la Ley N° 1.197, Ley de Voto de Extranjeros en La Pampa, de 1989, exige seis años de residencia inmediata en la provincia y tres en la comuna en la que se desea votar (art. 1). La situación es semejante en La Rioja, donde la Ley N° 8.212, Ley de Voto de Extranjeros en La Rioja, de 2007, permite a los extranjeros participar en todas las elecciones, siempre que sepan leer y escribir el idioma nacional y tengan dos años de residencia inmediata en la provincia (art. 1).

En muchas provincias persisten también restricciones al sufragio pasivo. La Constitución de San Juan de 1986 (art. 245), la Constitución de Neuquén de 2006 (art. 286) y la de Chubut de 2010 (art. 242) requieren a las personas extranjeras cinco años de residencia para ser concejales, mientras que a los nacionales solo se les exigen dos (Neuquén y Chubut) o no se les exige ninguno (San Juan). La Constitución de Corrientes de 2007 no permite que los migrantes sean intendentes ni que haya más de un tercio de extranjeros en los concejos deliberantes (art. 222). El mismo límite aparece en la Constitución de Chubut de 2010 (art. 229). La Constitución de Neuquén de 2006 no permite más de tres personas migrantes en el concejo deliberante (art. 286). La Constitución de Mendoza de 1916 establece que en los concejos municipales no puede haber más de dos extranjeros (art. 199). Y en La Rioja, las personas migrantes solo tienen derecho a ser elegidas como concejales y no pueden superar un tercio del cuerpo (Ley N° 8.212, 2000, art. 73).

El derecho de los migrantes a participar en la vida política más allá del ámbito municipal es todavía embrionario. En 1994, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoció el derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales, siempre que supieran leer y escribir y tuvieran dos años de residencia inmediata en el municipio (art. 191); sin embargo, permitió que la ley determinara otras categorías de elecciones en las que pudieran participar (art. 59). A partir de esta habilitación, la legislatura provincial aprobó la Ley N° 11.700, Ley de Régimen Electoral de Extranjeros en Buenos Aires, de 1995, que confirió el derecho de voto a las personas migrantes en todos los niveles, incluyendo los consejos escolares, las elecciones municipales y las elecciones ejecutivas y legislativas provinciales (art. 1).

La inscripción en el registro de electores es automática (art. 3), a condición de saber leer y escribir el idioma nacional y tener dos años de residencia inmediata en la provincia (art. 1). La ley no exige expresamente la regularidad migratoria como requisito de inscripción, pero esta solo puede efectuarse mediante la identificación con el documento nacional de identidad (art. 2), por lo que, en los hechos, solamente las personas que se encuentran en situación migratoria regular pueden inscribirse. Por otra parte, en lo referente al sufragio pasivo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, las personas extranjeras solo son elegibles para el cargo de concejal; sin embargo, se les exigen cinco años de residencia en el distrito (mientras que a los nacionales se les pide un año de domicilio anterior a la elección) (art. 191). En cambio, los extranjeros no pueden ser diputados (art. 71), senadores (art. 76), gobernadores (art. 119), intendentes municipales (art. 191) ni miembros de los consejos escolares (art. 203), ya que para todos estos cargos es requisito tener nacionalidad argentina⁹.

Por último, puede mencionarse el caso de Córdoba. Como ya se dijo, la Constitución de Córdoba de 2001 solo previó el derecho al voto de migrantes en las elecciones municipales; sin embargo, la misma Constitución determinó, de manera genérica, que los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales (art. 21). Con esta base, la Ley N° 9.571, Ley Electoral de Córdoba, de 2008, extendió el derecho al sufragio en las elecciones provinciales a las personas extranjeras con residencia permanente y continua en la provincia de al menos cinco años (art. 9), aunque en este caso la inscripción en el registro de electores no es automática, sino que debe ser solicitada (art. 9). Para la participación en las elecciones municipales, en cambio, la Ley N° 8.102, de 1991, había establecido el requisito de dos años de residencia inmediata en

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

9 Para un estudio más detallado de la situación en la provincia de Buenos Aires, ver Pacecca (2017).

el municipio o la comuna al momento de solicitar la inscripción en el registro de electores (arts. 129 y 212)¹⁰.

La situación normativa que se acaba de esbozar coloca al caso argentino en sintonía con otros países del entorno. Muchos países latinoamericanos han reconocido en textos normativos recientes el derecho al sufragio activo a las personas extranjeras. Algunos países, como Chile, Ecuador o Uruguay, han reconocido este derecho respecto de todo tipo de elecciones; otros, como Colombia, Paraguay, Perú o Venezuela, solo lo han hecho respecto de las elecciones locales (municipales, distritales, etc.). En general, las personas extranjeras deben cumplir algún requisito previo para ejercitar el derecho al sufragio, tales como un tiempo previo de residencia (que va de dos a quince años, según el país) o un tipo específico de permiso de residencia (por ejemplo, algunos países solo permiten el derecho de voto a quienes tienen un permiso de residencia permanente). Ciertos países, finalmente, condicionan el derecho al sufragio al requisito de la reciprocidad por parte del Estado de la nacionalidad de la persona extranjera¹¹.

III. CIUDADANÍA MIGRANTE LOCAL: LA CONFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Aunque la ciudad de Buenos Aires no es una provincia, el régimen de autonomía del que goza desde la reforma de la Constitución Nacional en 1994 es más parecido al de un gobierno provincial que al de uno municipal. Antes de esta reforma, la ciudad de Buenos Aires estaba sometida directamente a la jurisdicción del Gobierno federal. Aunque existía un Concejo Deliberante elegido por el voto de los habitantes de la ciudad, el jefe del Ejecutivo (usualmente conocido como «intendente») era nombrado directamente por el presidente de la república. En 1987, sin embargo, una ley nacional aplicable solo a la ciudad de Buenos Aires reconoció a las personas extranjeras el derecho a votar en las elecciones locales, a condición de haberse inscrito en el Registro de Electores Extranjeros creado por la misma Ley N° 23.510, Ley sobre el Voto de Extranjeros en la Ciudad de Buenos Aires, de 1987.

En 1996, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires otorgó el derecho al voto a los extranjeros residentes en la ciudad en las mismas condiciones que a los nacionales allí empadronados, de acuerdo a los términos establecidos por la ley (art. 62). Esta disposición constitucional supuso reconocer el derecho al sufragio activo para todas

¹⁰ La descripción que hemos hecho sobre los derechos políticos de los extranjeros a nivel provincial y municipal, aunque bastante extensa, no es exhaustiva. Para más detalles, ver Pericola (2015), y Pericola y Camaño Rivas (2021).

¹¹ Al respecto, ver el estudio comparativo de Arce Jiménez (2012).

las categorías de cargos electivos de la ciudad: el jefe de gobierno, los legisladores y los comuneros. Para permitir el ejercicio de este derecho, la Ley N° 334, del año 2000, creó el Registro de Electoras Extranjeras y Electores Extranjeros, que debía estar a cargo del Tribunal Electoral de la Ciudad y, hasta que este se constituyera, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (art. 1). La inscripción en el Registro era voluntaria (art. 2), pero una vez realizada existía el deber de votar en las elecciones locales (art. 9).

Para poder inscribirse era necesario tener el carácter de residente permanente según la legislación migratoria federal, acreditar tres años de residencia en la ciudad de Buenos Aires y tener registrado en el documento nacional de identidad (DNI argentino) el último domicilio real en la ciudad (art. 2). La Ley N° 334, sin embargo, fue prevista como una norma de transición hasta tanto se dictara el Código Electoral de la Ciudad, que debía regular íntegramente los procesos electorales a nivel local (incluyendo las condiciones de participación de las personas migrantes). Estos procesos seguían rigiéndose, mientras tanto, por la legislación nacional dictada por el Gobierno federal antes del reconocimiento de la autonomía local, salvo en aquellos aspectos modificados por leyes locales (como sucedió, efectivamente, con el voto migrante).

Algunos estudios han señalado que, a pesar de que en teoría la inscripción en el Registro podía hacerse con la simple acreditación del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, existían obstáculos efectivos a su implementación. Estos tenían que ver con la necesidad de conocer la existencia del derecho y los requisitos para la inscripción, la existencia de un horario restringido para realizar la inscripción (que coincide, generalmente, con el horario laboral de la mayoría de las personas migrantes) y la necesidad de contar con las competencias necesarias para hacer frente a la burocracia propia de las agencias estatales (Fernández Bravo, 2017, p. 116; Penchaszadeh & Sander, 2021, p. 21). No debe extrañar, pues, que en las elecciones de 2017 y 2019 los extranjeros representaran menos del 1 % del padrón electoral, a pesar de que su peso demográfico en la ciudad se estimaba en un 13 % (Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2018, 2019a; Penchaszadeh & Rivadeneyra Palacios, 2019).

Los derechos políticos reconocidos a las personas migrantes en la ciudad, sin embargo, solo avanzaron en la dimensión del sufragio activo. De acuerdo con la Constitución de la ciudad, para ser diputado se requiere tener nacionalidad argentina nativa, por opción o por naturalización (y, en este último caso, tener como mínimo cuatro años de ejercicio de la ciudadanía argentina) (art. 70). Para ser jefe de gobierno los requisitos son todavía más estrictos: es necesario ser tener nacionalidad argentina nativa o por opción, de manera que las personas naturalizadas no

pueden ocupar este cargo (art. 97). La Constitución no pone obstáculo a que las personas extranjeras sean miembros de las juntas comunales; sin embargo, la Ley N° 1.777, Ley Orgánica de Comunas, de 2005, ha reservado esta posibilidad a los nativos, por opción o por naturalización (en este último caso, a condición de tener al menos dos años de ejercicio de la ciudadanía) (art. 21).

La adopción del Código Electoral de la Ciudad era una cuenta pendiente desde la Constitución de 1996 y hubo varios intentos de legislación al respecto. En 2017, el gobierno de la ciudad presentó un proyecto elaborado en el marco de un proceso de consulta a especialistas e instituciones de la sociedad civil. Sin embargo, como han señalado estudios previos, los intereses de la comunidad migrante no fueron correctamente considerados (Penchaszadeh & Rivadeneyra Palacios, 2019). Las reivindicaciones tenían que ver, principalmente, con dos puntos básicos: la transformación de la inscripción voluntaria en el Registro de Electores en inscripción automática y la modificación de la Ley Orgánica de Comunas para permitir el sufragio pasivo en este nivel.

En octubre de 2018, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó, a través de la Ley N° 6.031, el primer Código Electoral de la ciudad. El Código incluyó la inscripción automática de las personas extranjeras en el Registro de Electores y Electoras Extranjeros de la ciudad de Buenos Aires, pero desestimó la propuesta de incluir instancias representativas del colectivo migrante (Penchaszadeh & Rivadeneyra Palacios, 2019; Penchaszadeh & Asurey, 2020; Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2019a).

De acuerdo con la nueva legislación, que entró en vigor en 2020 e impactó recién en las elecciones de 2021, la inscripción en el Registro de Electores es automática (Ley N° 6.031, art. 23) para los extranjeros que se encuentren dentro de la categoría administrativa de *residentes permanentes*, tengan un documento nacional de identidad y residan en la ciudad (art. 10). Se eliminó así el requisito de los tres años de residencia previa en la ciudad que había sido establecido por la anterior Ley N° 334. Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución de la ciudad, si bien la emisión del voto es teóricamente obligatoria (art. 62), el incumplimiento de este deber no acarrea sanción alguna en el caso de los extranjeros (Ley N° 6.031, art. 17). Una situación particular se da en relación con la edad necesaria para ejercer el derecho al voto. Según el Código Electoral, las personas argentinas nativas, argentinas por opción y extranjeras pueden ejercer este derecho a partir de los 16 años; sin embargo, las personas argentinas por naturalización pueden ejercerlo recién a partir de los 18 años (art. 9).

De acuerdo con el Código Electoral, el Poder Ejecutivo tiene que instrumentar medidas de capacitación y publicidad destinadas a las

entidades representativas que agrupan a migrantes y colectividades, que sean explicativas del derecho de las personas extranjeras residentes en la ciudad a votar en las elecciones locales, así como un programa para difundir este derecho entre la población migrante de la ciudad (art. 11).

Igualmente, según la cláusula transitoria sexta de la Ley N° 6.031, que aprobó el Código, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires debía realizar una amplia campaña de difusión de los derechos políticos de las personas migrantes como paso previo a su entrada en vigor, promoviendo su inscripción en el Registro de Electores (que, como ya dijimos, no fue automática hasta la entrada en vigor del Código en 2020). En consecuencia, la Defensoría (2019b) creó el Programa para la Difusión, el Ejercicio y la Promoción de los Derechos Electorales de los Extranjeros en la ciudad de Buenos Aires.

La Ley N° 6.031 dispuso, a su vez, la creación de dos organismos electorales, el Instituto de Gestión Electoral (art. 1) y el Tribunal Electoral (art. 22), para garantizar la ejecución y el control judicial del proceso electoral en la ciudad de Buenos Aires. Cabe señalar que, hasta la fecha, no se han constituido estas nuevas instancias, debiendo el Tribunal Superior de Justicia y la Defensoría del Pueblo de la ciudad asumir transitoriamente algunas de las tareas dispuestas por la nueva normativa.

IV. EFECTOS POLÍTICO-ELECTORALES DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE EMPADRONAMIENTO AUTOMÁTICO DE VOTANTES MIGRANTES

En este apartado se analiza la puesta en marcha del nuevo sistema de inscripción de votantes migrantes, así como los efectos institucionales y político-electorales de esta reforma. Si hasta ahora se indagó el marco regulatorio que determina el alcance y las características del voto migrante en la ciudad de Buenos Aires, en lo sucesivo se abordan las instancias burocrático-administrativas que en un plano concreto, institucional y práctico han traducido este mandato, así como algunas dimensiones del comportamiento político-electoral observable de la población migrante porteña en las últimas elecciones bajo este nuevo sistema.

IV.1. El análisis estático: la conformación del padrón electoral

El Código Electoral encomendó a la Secretaría Electoral del Tribunal Electoral la organización, confección y actualización del Registro de Electoras Extranjeras y Electores Extranjeros Residentes (art. 26). No obstante, ante la falta de implementación de esta agencia, el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad asumió la tarea de operacionalizar el empadronamiento automático de migrantes, para lo cual celebró

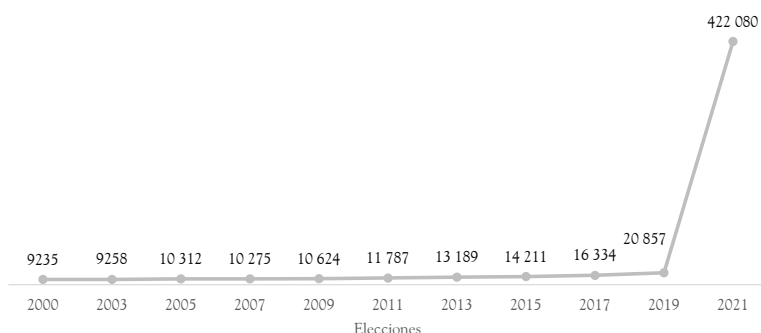
NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

acuerdos con el Registro Nacional de las Personas y la Dirección Nacional de Migraciones, ambas instancias dependientes del Gobierno federal (Acordada Electoral N° 1, 2021); a la par que estableció un calendario flexible de depuración y rectificación del padrón de votantes migrantes habilitados.

La implementación del empadronamiento automático evidenció el importante peso numérico de la población migrante porteña que cuenta con una situación documentaria consolidada (es decir, con una residencia permanente), superando incluso las proyecciones más optimistas. Como puede apreciarse en el siguiente gráfico, el universo migrante, que bajo el anterior sistema voluntario de empadronamiento representaba menos del 1 % de la fuerza electoral de la ciudad (con poco menos de 21 000 votantes sobre un universo total de 2 583 527 votantes porteños en 2019), en 2021 alcanzó el 14,2 % del padrón de votantes porteños habilitados (al superar los 422 000 sobre un universo total de 2 972 846 votantes porteños). Así, en las últimas elecciones, el padrón de votantes migrantes creció 2000 %, constituyéndose en un acontecimiento político que suscitó por igual interés e inquietud respecto de cuál podía ser el comportamiento electoral de esta minoría, que bien podría inclinar la balanza de las elecciones porteñas (Penchaszadeh & Rivadeneyra Palacios, 2019).

Gráfico 1. Evolución del número de migrantes habilitados para votar en las elecciones locales de la CABA



Fuente: elaboración propia con base en datos disponibles en la página web del Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

Como bien se desprende del *Informe sobre Voto Migrante en la Ciudad de Buenos Aires en 2021*, elaborado conjuntamente por la Defensoría del Pueblo de la ciudad y el Conicet (Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires & Red de Derechos Humanos del Conicet, 2022), el aumento exponencial del número de votantes migrantes habilitados también supuso desafíos burocrático-administrativos vinculados a la difusión e información acerca de la existencia y el alcance de este derecho

adquirido recientemente entre la población migrante, la capacitación de migrantes para fungir como autoridades de mesa, el diseño de un nuevo y profuso circuito de votación acorde al aumento del número de mesas y votantes, y un aspecto coyuntural que no puede soslayarse: la promoción de la participación en el contexto adverso de la pandemia (en el que se observó una importante caída de la tasa de participación del electorado nacional).

Como fuera señalado en el apartado II, la dimensión normativa (reconocimiento de los derechos al sufragio activo o pasivo en textos constitucionales y legales) es solo una de las dimensiones implicadas en el proceso de conformación de una ciudadanía transnacional mediante el ejercicio de los derechos de participación política. La dimensión normativa requiere la puesta en funcionamiento de las instancias burocrático-institucionales que posibilitan el ejercicio de los derechos (y que han sido someramente descritas para el caso de la ciudad de Buenos Aires en el apartado III) y, por supuesto, una eficaz acción de gestión por parte de estas instancias. Ahora bien, zanjados algunos de los principales desafíos burocrático-administrativos para operacionalizar el nuevo sistema, cabe ahora detenerse en la interacción de este entramado normativo-institucional con la población migrante porteña.

Con vistas a avanzar en una comprensión de la nueva fuerza electoral migrante emergente, es importante insistir desde el comienzo en su heterogénea composición interna. En el proceso de inscripción electoral de las personas migrantes, el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad ha recabado información específica (nacionalidad de origen, edad, género, lugar de residencia) que, como veremos, resulta muy valiosa a la hora de analizar algunos comportamientos y tendencias en materia de participación político-electoral¹².

Respecto del origen nacional, el gráfico 2 muestra la preeminencia dentro del nuevo y engrosado padrón de las personas migrantes oriundas de Bolivia (22 %), Paraguay (20 %) y Perú (15 %), una tríada inmigratoria tradicional que concentra casi la mitad (47 %) del electorado migrante. El importante peso relativo de estas tres nacionalidades también puede observarse, incluso más acusado, en el padrón de votantes migrantes de la provincia de Buenos Aires (gráfico 3) que, junto con la ciudad de Buenos Aires, concentran la mayor cantidad de población migrante del país.

Una gran novedad de las elecciones de 2021 fue la incorporación de más de 43 000 personas venezolanas al padrón porteño. Mientras que en 2019 la tríada inmigratoria tradicional concentró el 65 % del padrón

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

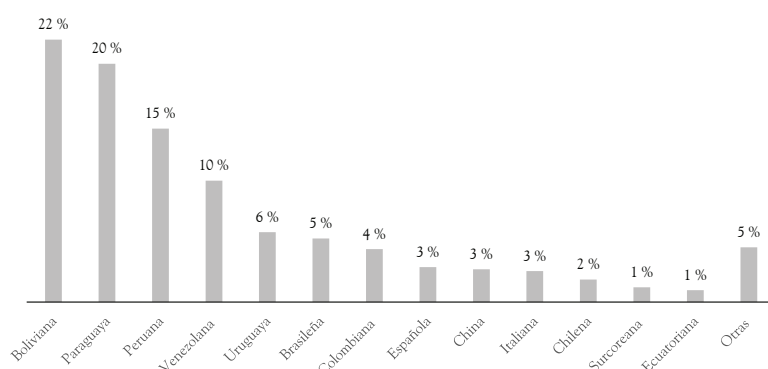
SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

12 Se ha accedido a esta información a través de dos pedidos formales de acceso a la información pública elevados, en junio y noviembre de 2021, al Tribunal Superior de Justicia por Ana Paula Penchaszadeh en carácter de investigadora.

160

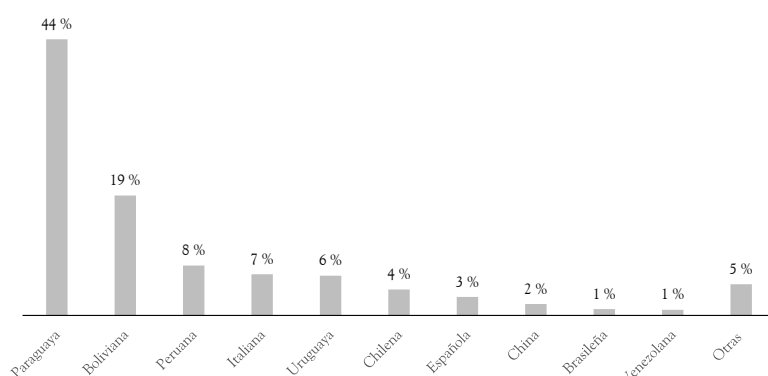
y la migración venezolana representó menos del 1 % (ubicándose en el doceavo lugar dentro del *ranking* de nacionalidades empadronadas al sumar solo 121 inscritos), con la implementación del nuevo sistema de empadronamiento automático en 2021 esta se hizo con el 10 % del padrón (ubicándose en cuarto puesto en el *ranking* de personas migrantes porteñas empadronadas). En paralelo, la tríada tradicional concentró el 47 %; es decir, no perdió su centralidad. Como bien puede apreciarse en el gráfico 3, no se observa esta misma incidencia del colectivo venezolano en el padrón de migrantes de la provincia de Buenos Aires.

Gráfico 2. Peso porcentual de las distintas nacionalidades de origen en el padrón de votantes migrantes de la CABA (elecciones de 2021)



Fuente: elaboración propia con base en información brindada por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en respuesta a un pedido de acceso a la información pública realizado el 19 de noviembre de 2021.

Gráfico 3. Peso porcentual de las distintas nacionalidades de origen en el padrón de votantes migrantes de la PBA (elecciones de 2021)



Fuente: elaboración propia con base en información provista por la Junta Electoral de la PBA en respuesta a un pedido de acceso a la información pública realizado en 19 de noviembre de 2021.

La emergencia del colectivo venezolano en el escenario político-electoral porteño de 2021 sorprende menos si se tiene en cuenta su derrotero en materia de regularización documentaria, como correlato burocrático de su presencia reciente y creciente en la Argentina. Según datos provistos por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM)¹³, el peso porcentual de la migración venezolana dentro del conjunto de trámites de radicación resueltos por el Estado argentino fue creciendo desde 2016 hasta representar el 51 % en 2021¹⁴. A su vez, más del 70 % de las radicaciones tramitadas por venezolanos fueron cursadas en la sede de la ciudad de Buenos Aires y, de las radicaciones otorgadas a venezolanos en 2021, el 82 % correspondió a radicaciones permanentes, a diferencia de lo que se observó en 2020 y años previos, en los que la mayoría de las radicaciones otorgadas a este colectivo fueron temporarias (recordemos que la posesión de una radicación permanente es condición *sine qua non* para poder participar en la elección de autoridades locales de la ciudad).

Como ya hemos señalado, la dimensión normativa y la dimensión político-burocrática del reconocimiento de derechos políticos al colectivo migrante explican solo parcialmente el comportamiento electoral de este grupo. Es preciso tener en cuenta que la nacionalidad determina formas específicas de involucramiento político-electoral incorporadas en origen que, necesariamente, entran en diálogo y se combinan con la cultura político-electoral de destino. Por cultura político-electoral debe entenderse un conjunto de orientaciones, posturas, conocimientos y valoraciones relativas al sistema político y a sus diferentes actores que condiciona la relación de los sujetos con su entorno político (Almond & Verba, 1970, p. 31). Si bien algunos estudios han abordado la singularidad de ciertas culturas político-electorales de colectivos migrantes residentes en la Argentina, en general se han centrado en el voto transnacional para influir en las elecciones de sus países de origen (Halpern, 2003, 2012; Canelo, 2016-2017; Canelo *et al.*, 2012; Merenson, 2012; Ruíz Durán, 2020; Silva *et al.*, 2021).

Aunque este artículo se centra en las dinámicas de participación electoral en la Argentina, resulta interesante señalar que, según datos de la Encuesta Nacional Migrante de la Argentina (ENMA), los niveles de participación migrante en la elección de autoridades locales del país fueron sustantivamente más altos entre quienes informaron haber participado, a su vez, en la elección de autoridades de su país de origen; es decir, la participación político-electoral migrante se sinergia transnacionalmente y se potencia el involucramiento democrático en

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

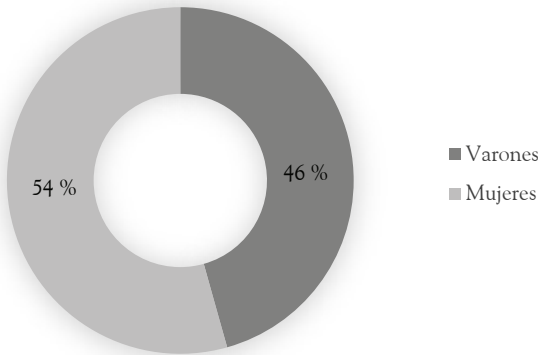
13 La Argentina ha facilitado la regularización migratoria y documentaria de las personas venezolanas al aplicar unilateralmente los Acuerdos de Residencia del Mercosur a este colectivo migrante.

14 Los datos aquí referenciados fueron provistos por la DNM en respuesta a una serie de pedidos de acceso a la información pública realizados entre enero de 2021 y febrero de 2022.

destino y origen según las distintas nacionalidades (RIOSP-DDHH, 2020). Dos cuestiones deberían investigarse con más detalle, en relación a las culturas político-electorales, según la nacionalidad de origen: la valoración general del sistema democrático representativo y las afinidades político-partidarias transnacionales entre origen y destino.

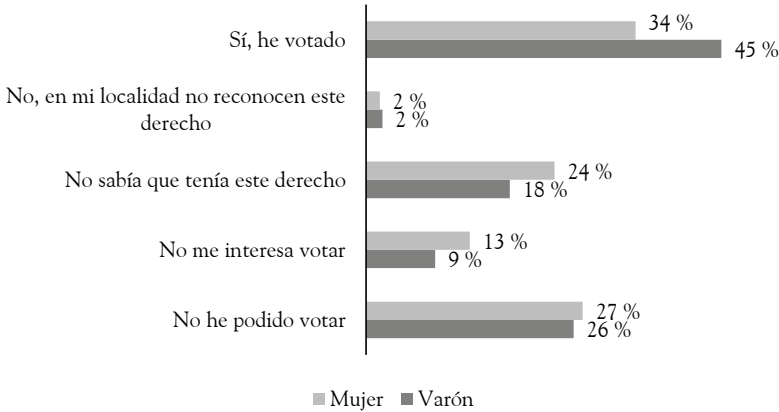
Otro aspecto central para dar cuenta de la heterogeneidad de la población migrante porteña empadronada es el género. El gráfico 4 da cuenta de una leve feminización del nuevo padrón de migrantes (54 % mujeres y 46 % varones), distribución que coincide con la de la población migrante residente en la Argentina (RIOSP-DDHH, 2020). Según la ENMA (gráfico 5), la tasa de participación electoral es comparativamente mucho más baja entre las mujeres (34 %) que entre los varones (45 %) y, en consecuencia, la desinformación y la renuencia a votar son más altas entre las primeras (26 % y 13 %) que entre los segundos (20 % y 9%).

Gráfico 4. Personas migrantes empadronadas en la CABA según género binario (elecciones de 2021)



Fuente: elaboración propia con base en información provista por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en respuesta a un pedido de acceso a la información pública realizado el 19 de noviembre de 2021.

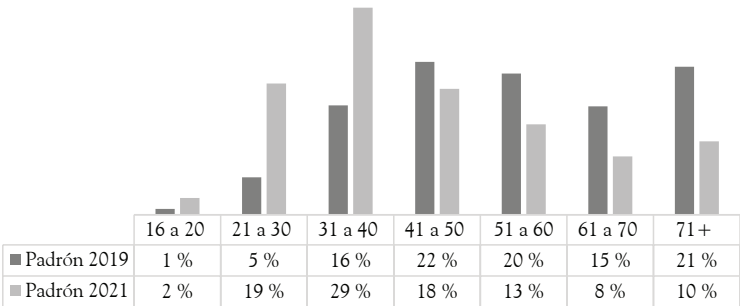
Gráfico 5. Participación político-electoral de la población migrante residente en la Argentina según género binario (ENMA de 2020)



Fuente: ENMA (2020, preguntas q_58 y q_1)¹⁵.

A nivel socio-etario, el próximo gráfico muestra la importancia de las franjas más jóvenes dentro del padrón de migrantes de 2021. Los grupos de 31 a 40 años y de 21 a 30 años son los más numerosos, concentrando casi la mitad del padrón; a su vez, casi el 80 % se encuentra en edad económicamente activa (es decir, tiene entre 21 y 60 años). Esta distribución etaria contrasta con la del padrón de 2019, donde las personas migrantes mayores de 51 años representaban el 56 % y las mayores de 71 años fueron el segundo grupo etario más numeroso (21 %).

Gráfico 6. Peso proporcional de los distintos grupos etarios de migrantes empadronados en la CABA (elecciones de 2019 y 2021)

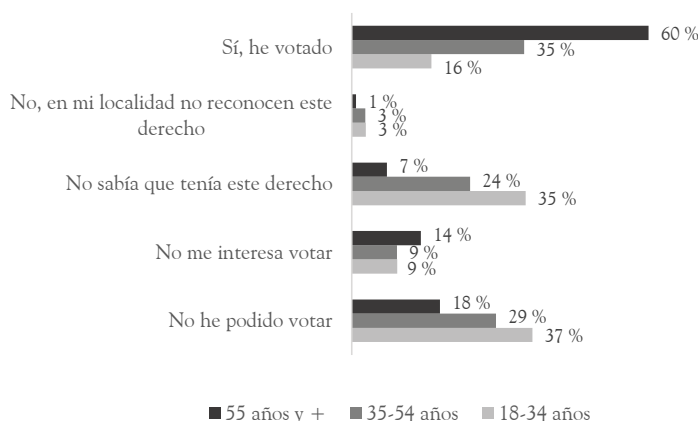


Fuente: elaboración propia con base en información provista por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en respuesta a dos pedidos de acceso a la información pública realizados el 1 de junio de 2021 y el 19 de noviembre de 2021.

¹⁵ Número de respondientes: 2233 (RIOSP-DDHH, 2020).

La ENMA también ofrece información interesante para interpretar esta mayor incidencia de los grupos etarios más envejecidos dentro del padrón de 2019 (constituido bajo el sistema de empadronamiento voluntario). Como puede apreciarse en el siguiente gráfico, a la hora de ejercer el voto a nivel local, las personas mayores de 55 años registran niveles más altos de participación electoral (61 %) y, consecuentemente, niveles más bajos de desinterés (14 %), desconocimiento (7 %) y otras dificultades (18 %). Podría deducirse, entonces, que la participación político-electoral refleja la consolidación de procesos de integración local directamente relacionados con el acceso a la regularidad documentaria, la construcción de redes sociocomunitarias, el involucramiento en la política local y la gestación activa de una cultura político-electoral trans y posnacional. La integración local requiere tiempo (una dimensión implícita en la edad, pues la decisión de migrar es asumida mayormente por personas jóvenes). Si bien el empadronamiento automático borró el factor de voluntariedad (que bien podría ser indicativo del interés electoral), la dimensión etaria podría seguir siendo un factor importante a la hora de explicar los distintos niveles de participación electoral efectiva al interior de la población migrante porteña.

Gráfico 7. Participación de la población migrante en las elecciones locales en la Argentina según rangos etarios (ENMA de 2020)



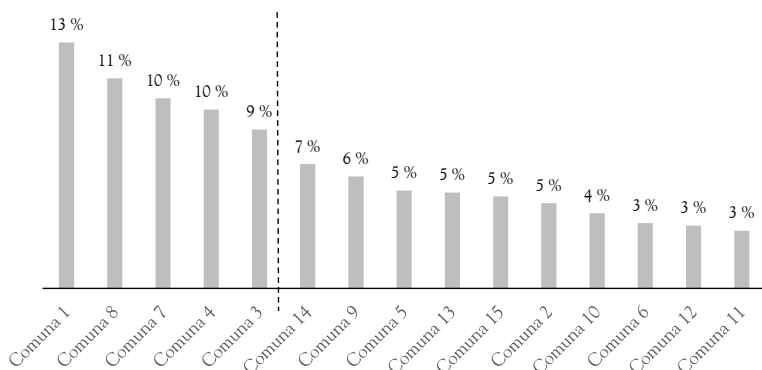
Fuente: ENMA (2020, pregunta q_58 y q_2)¹⁶.

En el siguiente gráfico, a su vez, se observa la desigual distribución geoespacial de la población migrante empadronada en la ciudad de Buenos Aires: en las principales comunas de la zona sur de la ciudad (1, 3, 4, 7 y 8) se concentra el 53 % de votantes migrantes habilitados, distribuyéndose el resto entre las otras diez comunas.

16 Número de respondientes: 2303 (RIOSP-DDHH, 2020).

Este particular emplazamiento geoespacial debe analizarse junto con factores socioeconómicos y, puntualmente, con las dificultades que enfrenta la población migrante para acceder a la vivienda y a soluciones habitacionales regladas y formales. Efectivamente, las comunas del sur son las menos desarrolladas y aquellas donde se concentran los principales barrios populares porteños¹⁷.

Gráfico 8. Porcentaje de personas migrantes empadronadas en la CABA por comuna (elecciones de 2021)



Fuente: elaboración propia con base en información provista por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en respuesta a un pedido de acceso a la información pública realizado el 19 de noviembre de 2021.

IV.2. El análisis dinámico: la participación electoral

Hasta aquí se ha realizado un análisis «estático» del nuevo padrón de electores migrantes de la ciudad de Buenos Aires. Un análisis dinámico de los efectos político-electorales de la puesta en marcha del nuevo padrón debe observar las modalidades concretas de participación de votantes migrantes en los comicios y, puntualmente, la relación entre el número de personas empadronadas y el número de votos emitidos; es decir, la tasa de participación. Si bien el número de votos emitidos creció casi nueve veces de 2019 a 2021 (pasando de 8965 a 79 128), al comparar el número de votos emitidos con el de personas empadronadas se evidencia que la tasa de participación migrante cayó un poco más de veinticuatro puntos porcentuales (de 43 % en 2019 a 18,7 % en 2021).

17 Para mayor información, ver Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (2019).

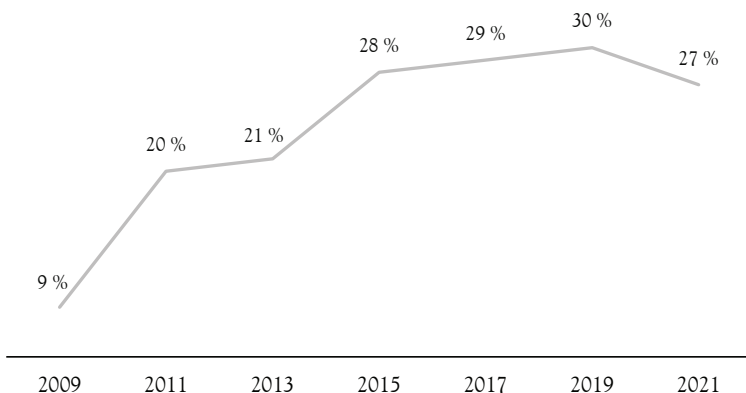
Gráfico 9. Participación electoral de la población migrante en las elecciones generales de la CABA (elecciones generales 2013-2021)



Fuente: elaboración propia con base en datos disponibles en la página web del Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

Para evaluar esta «baja» tasa de participación electoral migrante en 2021 (18,7 %) vale la pena tener en cuenta que cuando la provincia de Buenos Aires implementó por primera vez el empadronamiento automático de migrantes en 2009, la participación migrante fue del 9 %. Como bien puede observarse en el gráfico 8, con el paso de los años y la consolidación de una cultura político-electoral, cada vez más personas migrantes bonaerenses han ejercido su derecho al voto. Este crecimiento ha sido paulatino pero constante, alcanzando una tasa de participación del 30 % recién en 2019. En 2021 se produjo una leve contracción de esta tasa (27 %), en consonancia con el comportamiento electoral de los votantes nacionales en el contexto de pandemia (tendencia que también se observó entre los votantes nacionales de la ciudad de Buenos Aires).

Gráfico 10. Evolución de la tasa de participación electoral de la población migrante en la PBA (2009-2021)



Fuente: elaboración propia con base en datos provistos por la Junta Electoral de la PBA.

El siguiente cuadro muestra la variación de la tasa de participación electoral de la población migrante residente en la ciudad de Buenos Aires por comuna en las elecciones generales de 2021. Mientras que en las comunas con mayor presencia migrante (1, 3, 4, 7 y 8) la tasa de participación fue más alta (20% en promedio) que la media total (18,7%), con un pico importante de participación dentro de la comuna 8 (24,8%), en el resto de las comunas —que se caracterizan por poseer menos población migrante habilitada para votar— el promedio de participación electoral fue inferior a la media (17,5 % sobre 18,7 %).

Cuadro 1. Niveles de participación migrante por comuna (elecciones generales de la CABA 2021)

Comuna	1	2	3	4	5	6	7	8
Tasa de participación (%)	17,8	14,3	17,1	19,1	18,1	18,0	20,2	24,8

Comuna	9	10	11	12	13	14	15	Total
Tasa de participación (%)	19,6	16,4	18,0	17,6	17,5	16,0	19,4	18,7

Fuente: elaboración propia con base en datos del Tribunal Superior de Justicia de la CABA en respuesta a un pedido de acceso a la información pública realizado el 19 de noviembre de 2021.

Finalmente, con base en la diferencia entre el número de personas empadronadas y el de votos emitidos, es posible distinguir la fuerza electoral potencial de la fuerza electoral efectiva. Así, mientras que en 2021 la fuerza electoral migrante potencial fue del 14,2 % (peso de votantes migrantes habilitados sobre el universo total de personas porteñas empadronadas), la fuerza electoral migrante efectiva fue solo del 4,1 % (peso del voto migrante sobre el total de votos emitidos). Ahora bien, en comparación con las elecciones de 2019, a pesar de que la participación fue muy alta (43 %), la fuerza electoral migrante efectiva fue apenas del 0,4 %, ya que la fuerza electoral potencial base era entonces muy baja (0,8 %). En otras palabras, respecto de 2019, la fuerza electoral migrante efectiva (impacto de los votos migrantes emitidos sobre el total de los votos emitidos en la ciudad de Buenos Aires) creció diez veces en 2021 (pasando de 0,4 % a 4,1 %).

En un futuro, con vistas a comprender los niveles de participación político-electoral de las personas migrantes porteñas, es preciso tener en cuenta otros factores que impactan directamente en su ejercicio. Algunos de ellos ya fueron abordados a lo largo de este artículo, como la cultura político-electoral previa y el tipo de vinculación política con el Estado de origen, la edad y el tiempo de residencia, la situación documentaria,

el género, el lugar de residencia dentro de la Argentina, y las condiciones que regulan a nivel normativo y burocrático-administrativo el voto migrante en cada distrito. Ahora bien, hay otros factores que también coadyuvan a la baja participación, a saber: la ausencia de información general y específica sobre el alcance y el funcionamiento del voto migrante, la exclusión de las personas migrantes de las instancias de representación (en la ciudad de Buenos Aires ni siquiera se reconoce el voto pasivo a nivel comunal), la falta de capacitación a migrantes para ejercer como autoridades de mesa, la ausencia de propuestas políticas dirigidas a la población migrante durante las campañas, y los rezagos en la Constitución de las agencias previstas por el nuevo Código Electoral para cubrir su extenso y rico mandato (Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires & Conicet, 2022). Sin duda, todas estas variables sobredeterminan la participación político-electoral migrante y deben servir para orientar los esfuerzos de la sociedad civil, los partidos políticos y el Estado en el corto plazo para fortalecer los procesos de ciudadanización de la población migrante residente en la ciudad.

V. CONCLUSIONES

El presente artículo buscó echar luz sobre un proceso situado y actual de extensión de los derechos políticos de las personas migrantes en destino. La reforma electoral realizada en la ciudad de Buenos Aires en 2018, que automatizó la inscripción de las personas migrantes porteñas que cuentan con una residencia permanente e impactó por primera vez en las elecciones de 2021, iluminó el funcionamiento efectivo de novedosas dinámicas de ciudadanización posnacional basadas en el criterio de residencia. Esta aplicación del *ius domicili* como ventana alternativa (a la gran puerta de la nacionalidad) para el ingreso a la comunidad política se mostró, sin embargo, condicional y limitada, al quedar restringida al plano local, y supeditada a la posesión de una residencia permanente y vinculada exclusivamente al sufragio activo.

En un plano jurídico-administrativo, también se buscó analizar la puesta en marcha de este nuevo sistema, así como su impacto político-electoral. La implementación del empadronamiento automático en 2021 evidenció, por un lado, el gran peso numérico del colectivo migrante en la ciudad y, por otro, su heterogénea composición a nivel sexo-genérico, etario, nacional y residencial, todos estos factores que inciden en el comportamiento político-electoral. Aunque la tasa de participación electoral migrante cayó fuertemente en 2021, se insistió en ponderar la concurrencia de más de 70 000 nuevos votantes migrantes y el consecuente crecimiento superlativo de la fuerza electoral migrante efectiva en estos comicios.

Cabe destacar que, salvo por la inclusión de algunos datos de la ENMA 2020 para evaluar someramente las dinámicas implicadas en la participación «de abajo hacia arriba» de la comunidad migrante porteña, el presente artículo se centró en los procesos estatales jurídico-administrativos que definen «de arriba hacia abajo» el voto migrante en este distrito. En este sentido, se reconoce la importancia de complementar estas indagaciones con estudios sistemáticos sobre las distintas culturas político-electorales migrantes de la ciudad, atendiendo a la intersección de las variables de origen nacional o relativas al género, la edad y la clase.

Finalmente, con vistas a fortalecer el involucramiento político-electoral de esta población, desde un plano jurídico-administrativo se señaló la necesidad de avanzar en el reconocimiento de la dimensión pasiva del voto, la implementación del entramado institucional colegiado previsto por el Código Electoral, y el desarrollo de campañas de información y formación electoral dirigidas a la comunidad migrante porteña.

La ciudad de Buenos Aires, con una fuerza electoral migrante potencial de más del 14 % desde 2021, es un espacio privilegiado para observar y evaluar el carácter político del fenómeno migratorio. Este caso ejemplar permite resignificar la famosa frase del gran teórico de las migraciones franco-magrebí Abdelmalek Sayad: «El inmigrante de hoy es el ciudadano del futuro». Ha llegado el momento en que la migración como fenómeno político irrumpe en la esfera pública porteña, transformando y ampliando inéditamente las fronteras de la ciudadanía. Resta, no obstante, que esta potencia político-electoral migrante, conquistada a nivel jurídico-administrativo, se plasme en una participación efectiva.

Este artículo buscó contribuir a la comprensión de los obstáculos que explican esta brecha entre potencia y acto, así como proponer soluciones y estrategias claras de transformación e incidencia en materia de voto migrante en este espacio subnacional.

REFERENCIAS

Almond, G. A., & Verba, S. (1970). *La Cultura Cívica. Estudio sobre la Participación Política Democrática en Cinco Naciones*. Madrid: Editorial Católica, Fundación Foessa.

Arce Jiménez, C. (2012). *Los derechos políticos de los extranjeros: la ciudadanía inclusiva*. Defensor del Pueblo Andaluz. <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/los-derechos-politicos-de-los-residentes-extranjeros-la-ciudadania-inclusiva>

Arlettaz, F. (2014a). La exclusión del extranjero. Consideraciones de Filosofía Jurídica. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, (12), 7-26. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5215922>

Arlettaz, F. (2014b). Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y*

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

Sociales, 59(221), 201-224. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182014000200009&lng=es&tlng=es

Arlettaz, F. (2015a). *Extranjeros e inmigrantes: cuatro cuestiones de derecho internacional y filosofía jurídica*. Madrid: Aranzadi.

Arlettaz, F. (2015b). La nacionalidad en el Derecho Internacional Americano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XV, 413-447. <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v15/v15a11.pdf>

Arlettaz, F. (2017). Entre potestad soberana y derecho humano: la nacionalidad en el sistema interamericano. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXX(1), 179-203. <https://www.redalyc.org/pdf/1737/173752279008.pdf>

Arlettaz, F. (2019). La construcción de una idea de nación en la legislación argentina sobre nacionalidad. En S. Tedeschi y G. Pressel (comps.), *Historia, regiones y fronteras: cruces teórico-metodológicos, experiencias de investigación y estudios de caso* (pp. 373-389). Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

Beaman, J. (2016). Citizenship as cultural: Towards a theory of cultural citizenship. *Sociology Compass*, 10(10), 849-857. <https://doi.org/10.1111/soc4.12415>

Canelo, B. (2016-2017). Votar desde el exterior. Las experiencias boliviana y peruana en Argentina. *Revista Electrónica Temas de Antropología y Migración*, (8), 132-155. https://www.waunet.org/downloads/wcaa/dejalu/feb_2018/revista_tema.pdf

Canelo, B., Gallinati, C., Gavazzo, N., Groisman, L., & Nejamkis, L. (2012). "Todos con Evo". El voto boliviano en Buenos Aires. En Jean Michel Lafleur (coord.), *Diáspora y voto en el exterior. La participación política de los emigrantes bolivianos en las elecciones de su país de origen* (pp. 91-110). Barcelona: Cidob. https://www.academia.edu/27538665/2012_Canelo_Brenda_et_al_Todos_con_Evo_El_voto_boliviano_en_Buenos_Aires_En_Lafleur_Jean_Michel_coord_Di%C3%A1spora_y_voto_en_el_exterior_La_participaci%C3%B3n_pol%C3%ADtica_de_los_emigrantes_bolivianos_en_las_elecciones_de_su_pa%C3%ADs_de_origen_Barcelona_CIDOB_Publicado_Pp_91_110

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. (2019). *Índice de Bienestar Urbano 2019. Un análisis de las condiciones materiales y ambientales de la vida y el acceso a bienes y servicios de la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: i-ciudad. <https://www.iciudad.org.ar/indicebienestar/descargas/informe/>

Deckard, N. D., & Heslin, A. (2016). After Postnational Citizenship: Constructing the Boundaries of Inclusion in Neoliberal Contexts. *Sociology Compass*, 10(4), 294-305. <https://doi.org/10.1111/soc4.12359>

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. (2018). *Derechos políticos. Situación actual y propuesta para difundir los derechos de los migrantes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. <https://dpoe.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/5/2020/12/derecho-de-los-migrantes-ciudad-autonoma-de-buenos-aires.pdf>

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. (2019a). *Observación electoral. PASO CABA 2019*. <https://dpoe.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/>

sites/5/2020/12/informe-final-observacion-electoral-elecciones-paso-11-de-agosto-de-2019.pdf

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. (2019b). *Campaña de difusión de los derechos políticos de los/as extranjeros/as en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. <https://dpoe.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/5/2020/12/campana-de-difusion-de-derechos-politicos-de-los-migrantes-en-la-ciudad.pdf>

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires & Red de Derechos Conicet. (2022). *Informe diagnóstico sobre las dinámicas de participación político-electoral de la población migrante residente en la CABA en las elecciones de 2021* [en prensa]. Buenos Aires: Defensoría del Pueblo de la CABA, Conicet.

Fernández Bravo, E. (2017). Derechos políticos de las personas migrantes y políticas públicas. La implementación de la Ley 334 en la Ciudad de Buenos Aires. *Revista Electrónica Temas de Antropología y Migración*, (8), 91-119. <http://www.migrantropologia.com.ar/images/stories/PDF/Revista8/art5.pdf>

Ferrajoli, L. (2001). Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. En Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 139-196). Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris*. Madrid: Trotta.

Halpern, G. (2003). Exiliar a los exiliados. Acerca del derecho al voto de los paraguayos en el exterior. En L. Calderon Chelius (coord.), *Votar en la distancia. La extensión de los derechos políticos a migrantes, experiencias comparadas* (pp. 345-386). Ciudad de México: Editorial Contemporánea Sociología, Instituto de investigaciones Sr. José Ma. Luis Mora.

Halpern, G. (2012). Historia de un hecho histórico: referéndum constitucional y migración paraguaya. *Razón y Palabra*, (79), 1-20.

Kymlicka, W. (1995). *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press.

Merenson, S. (2013). Tras el «voto Buquebus». Políticas, prácticas e interdependencias en la producción de la ciudadanía transnacional. *Desarrollo Económico-Revista de Ciencias Sociales*, 52(207-208), 405-425. <https://www.jstor.org/stable/43748211>

Pacecca, M. I. (2017). Electores extranjeros en la Provincia de Buenos Aires. La regulación del derecho al voto en los siglos XIX, XX y XXI. *Revista Electrónica Temas de Antropología y Migración*, (8), 41-68. <http://www.migrantropologia.com.ar/images/stories/PDF/Revista8>

Penchaszadeh, A. P., & Asurey, V. (2020). Ciudadanía migrante en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Inmigración y derechos políticos en clave local. *Revista Andina de Estudios Políticos*, 10(1), 54-74. <https://doi.org/10.35004/raep.v10i1.185>

Penchaszadeh, A. P., & Courtis, C. (2016). Sujetos políticos migrantes y el dilema de la naturalización. ¿Variaciones posnacionales? *Colombia Internacional*, (88), 159-182. <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint88.2016.07>

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

Penchaszadeh, A. P., & Rivadeneyra Palacios, L. (2019). Debates actuales en torno del voto migrante en la Ciudad de Buenos Aires. *Revista Estado y Políticas Públicas*, (11), 165-190. http://revistaeypp.flaco.org.ar/files/revistas/1539874383_165-189.pdf

Penchaszadeh, A. P., & Sander, J. (2021). Ciudadanías migrantes en Argentina: ejercicios democráticos (pos)nacionales. En A. Lugo y M. Oraisón (comps.), *Ciudadanías alternativas. Hacia otro rol ciudadano* (pp. 97-124). Salta: La Hendija.

Pérez Luño, A. (2013). Las generaciones de Derechos Humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2(1), 163-196. <https://doi.org/10.5902/2316305410183>

Perícola, M. A. (2015). El derecho de sufragio de los extranjeros. *Revista Pensar en Derecho*, (7), 167-198.

Perícola, M. A., & Camaño Rivas, L. B. (2021). El derecho de participación política de los extranjeros y de los nacionales en el exterior. En M. A. Perícola (ed.), *Hacia una representación política inclusiva*. Buenos Aires: Eudeba.

Red de Investigaciones Orientadas a la Solución de Problemas en Derechos Humanos (RIOSP-DDHH). (2020). *Encuesta Nacional Migrante de Argentina (ENMA)* [conjunto de datos]. Buenos Aires: Conicet. <https://redderechoshumanos.conicet.gov.ar/encuesta-nacional-migrante-enma/>

Ruiz Durán, M. A. (2020). *La política transnacional en torno al conflicto venezolano. Los venezolanos en Argentina y la red derechos humanos en el continente (2017-2019)* [tesis de maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe, Universidad Nacional de San Martín].

Silva, M. P., Cruset, M. E., & Malagamba, M. L. (2021). El voto transnacional de los grupos migrantes en la Argentina. *Perspectivas. Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (4), 93-110. <https://revistas.ucalp.edu.ar/index.php/Perspectivas/article/view/165>

Soysal, Y. M. (1994). *Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe*. Chicago: The University of Chicago Press.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Constitución de Buenos Aires (Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, 13 de septiembre de 1994). *Boletín Oficial*, 14 de septiembre de 1994.

Constitución de Catamarca (Convención Constituyente de la Provincia de Catamarca, 3 de septiembre de 1988). *Boletín Oficial*, 7 de septiembre de 1988.

Constitución de Chaco (Convención Constituyente de la Provincia de Chaco, 27 de octubre de 1994). *Boletín Oficial*, 7 de diciembre de 1994.

Constitución de Chubut (Convención Constituyente de la Provincia de Chubut, 6 de mayo de 2010). *Boletín Oficial*, 1 de junio de 2010.

Constitución de Córdoba (Convención Constituyente de la Provincia de Córdoba, 14 de septiembre de 2001). *Boletín Oficial*, 14 de septiembre de 2010.

173

Constitución de Corrientes (Convención Constituyente de la Provincia de Corrientes, 8 de junio de 2007). *Boletín Oficial*, 13 de junio de 2007.

Constitución de Entre Ríos (Convención Constituyente de la Provincia de Entre Ríos, 18 de agosto de 1933). *Boletín Oficial*, 18 de agosto de 1933.

Constitución de Entre Ríos (Convención Constituyente de la Provincia de Entre Ríos, 3 de octubre de 2008). *Boletín Oficial*, 15 de octubre de 2008.

Constitución de Jujuy (Convención Constituyente de la Provincia de Jujuy, 22 de octubre de 1986). *Boletín Oficial*, 17 de noviembre de 1986.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, 1 de octubre de 1996). *Boletín Oficial*, 10 de octubre de 1996.

Constitución de la Nación Argentina, texto adoptado en 1853 con las reformas de 1860, 1868, 1898, 1957 y 1994 (Convención Nacional Constituyente, 15 de diciembre de 1994). Texto ordenado por ley 24430. *Boletín Oficial*, 10 de enero de 1995.

Constitución de la Nación Argentina, texto adoptado en 1949 (Convención Nacional Constituyente, 11 de marzo de 1949). *Boletín Oficial*, 16 de marzo de 1949.

Constitución de Mendoza (Convención Constituyente de la Provincia de Mendoza, 11 de febrero de 1916). *Boletín Oficial*, 28 de diciembre de 1916.

Constitución de Misiones (Convención Constituyente de la Provincia de Misiones, 21 de abril de 1958). *Boletín Oficial*, 21 de abril de 1958.

Constitución de Neuquén (Convención Constituyente de la Provincia de Neuquén, 17 de febrero de 2006). *Boletín Oficial*, 3 de marzo de 2006.

Constitución de Salta (Convención Constituyente de la Provincia de Salta, 7 de abril de 1998). *Boletín Oficial*, 22 de abril de 1996.

Constitución de San Juan (Convención Constituyente de la Provincia de San Juan, 26 de abril de 1986). *Boletín Oficial*, 7 de mayo de 1986.

Constitución de San Luis (Convención Constituyente de la Provincia de San Luis, 26 de marzo de 1987). *Boletín Oficial*, 8 de abril de 1987.

Constitución de Santa Fe (Convención Constituyente de la Provincia de Santa Fe, 14 de abril de 1962). *Boletín Oficial*, 18 de abril de 1962.

Constitución de Santiago del Estero (Convención Constituyente de la Provincia de Santiago del Estero, 26 de noviembre de 2005). *Boletín Oficial*, 26 de noviembre de 2005.

Constitución de Tierra del Fuego (Convención Constituyente de la Provincia de Tierra del Fuego, 17 de mayo de 1991). *Boletín Oficial*, 28 de mayo de 1991.

Constitución de Tucumán (Convención Constituyente de la Provincia de Tucumán, 6 de junio de 2006). *Boletín Oficial*, 7 de junio de 2006.

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969).

Decreto Reglamentario de la Ley de Migraciones, Decreto N° 616/2010 (Poder Ejecutivo Nacional, 6 de mayo de 2010). *Boletín Oficial*, (31.898), 6.

Ley de Ciudadanía y Nacionalidad, Congreso argentino, Ley N° 346, (1 de octubre de 1869). *Registro Nacional*, (1863/69), 517.

Ley de Migraciones, Ley N° 25.871 (Congreso de la Nación Argentina, 21 de enero de 2004). *Boletín Oficial*, (30.322), 2.

Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Ley N° 21.795 (Poder Ejecutivo de la Nación Argentina, 23 de mayo de 1978). *Boletín Oficial*, (23.919).

Ley de Naturalización y Ciudadanía Argentina, Congreso argentino, Ley N° 14.354 (Congreso de la Nación Argentina, 28 de octubre de 1954). *Boletín Oficial*, (17.762), 1.

Ley de Reforma a la Ley de Ciudadanía y Nacionalidad, Ley 26.774 (Congreso de la Nación Argentina, 2 de noviembre de 2012). *Boletín Oficial*, (32.514), 1.

Ley de Régimen Electoral de Extranjeros en Buenos Aires, Ley N° 11.700 (Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, 26 de octubre de 1995). *Boletín Oficial Provincial*, 11 de diciembre de 1995.

Ley de Régimen Electoral de Santa Fe, Ley N° 13.461 (Legislatura de la Provincia de Santa Fe, 23 de diciembre de 2014). *Boletín Oficial Provincial*, 7 de enero de 2015.

Ley de Voto de Extranjeros en Tucumán, Ley N° 7.948 (Legislatura de la Provincia de Tucumán, 26 de octubre de 2007). *Boletín Oficial Provincial*, 6 de noviembre de 2007.

Ley de Voto de Extranjeros en La Pampa, Ley N° 1.197 (Legislatura de la Provincia de La Pampa, 30 de noviembre de 1989). *Boletín Oficial Provincial*, 29 de diciembre de 1989.

Ley de Voto de Extranjeros en La Rioja, Ley N° 8.212 (Legislatura de la Provincia de La Rioja, 15 de noviembre de 2007). *Boletín Oficial Provincial*, 8 de enero de 2008.

Ley de Voto Femenino, Ley N° 13.010 (27 de septiembre de 1947). *Boletín Oficial*, (15.877), 1.

Ley del Registro de Electoras Extranjeras y Electores Extranjeros de la Ciudad de Buenos Aires, Ley N° 334 (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, 3 de febrero de 2000). *Boletín Oficial de la Ciudad*, 21 de febrero de 2000.

Ley Electoral de Córdoba, Ley N° 9.571 (Legislatura de la Provincia de Córdoba, 4 de diciembre de 2008). *Boletín Oficial Provincial*, 29 de diciembre de 2008.

Ley Orgánica de Municipios de La Rioja, Ley N° 6.843 (Legislatura de la Provincia de La Rioja, 9 de diciembre de 1999). *Boletín Oficial Provincial*, 11 de enero de 2000.

175

Ley Orgánica de Comunas de la Ciudad de Buenos Aires, Ley N° 1.777 (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, 1 de septiembre de 2005). *Boletín Oficial de la Ciudad*, 7 de octubre de 2005.

Ley que sanciona el Código Electoral y crea el Instituto de Gestión Electoral de la ciudad de Buenos Aires, Ley N° 6.031 (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, 25 de octubre de 2018). *Boletín Oficial de la Ciudad*, 21 de noviembre de 2018.

Ley sobre el Voto de Extranjeros en la Ciudad de Buenos Aires, Ley N° 23.510 (Congreso de la Nación Argentina, 11 de junio de 1987). *Boletín Oficial*, (26.156).

Liechtenstein vs. Guatemala (Nottebohm), Deuxième phase: arrêt (Corte Internacional de Justicia, 6 de abril de 1955).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966).

Resolución 217 A (III), Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948).

NOTAS
SOCIOJURÍDICAS
SOBRE EL ALCANCE
DEL VOTO
MIGRANTE EN LA
CIUDAD DE
BUENOS AIRES

SOCIO-LEGAL NOTES
ON THE SCOPE OF
THE MIGRANT VOTE
IN BUENOS AIRES
CITY

Recibido: 12/04/2022

Aprobado: 12/07/2022

Estrasburgo y la detención de inmigrantes: ¿nueva línea jurisprudencial?

Strasbourg and the Detention of Immigrants:

A New Jurisprudence?

IRENE CLARO QUINTÁNS*

Universidad Pontificia Comillas (España)

Resumen: La detención de inmigrantes en situación irregular para evitar su entrada en el territorio de un Estado o para garantizar su expulsión del mismo se ha convertido en una práctica habitual en toda Europa. Esta práctica podría estar priorizando excesivamente el objetivo estatal de control migratorio, especialmente respecto de la denominada «migración irregular», en detrimento del cumplimiento de obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. A pesar de que el derecho internacional de los derechos humanos admite la llamada detención administrativa de los inmigrantes en situación irregular, impone ciertas condiciones. El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha permitido articular esas condiciones utilizando dos ejes de referencia: el derecho a la libertad, garantizado en el artículo 5; y el derecho a la integridad de la persona, deducido de la prohibición de malos tratos impuesta en el artículo 3. A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, artífice de la construcción de esos límites a la detención, ha incluido en su jurisprudencia una variada referencia a la situación particular de los niños migrantes detenidos, tanto cuando llegan solos como acompañados de sus familias. Este artículo pretende analizar ciertas aportaciones del Tribunal de Estrasburgo en la materia con la finalidad de concluir hasta qué punto este tribunal regional está redefiniendo determinados límites a la soberanía de los Estados y contribuyendo con ello a garantizar el respeto de los derechos humanos en Europa.

Palabras clave: Detención de inmigrantes, niños, crimmigración, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, libertad, tortura, tratos inhumanos

Abstract: This article begins with the mention to the concept of “crimmigration”. This notion describes the increasing relationship between migration law and criminal law. The governmental authorities consider that detention can be a useful tool to control the irregular entry and stay in their countries. Moreover, International Human Rights Law allows the detention of migrant to prevent unauthorized entry or to effect deportation. However, from the European perspective, the European Convention on Human Rights has established two limits to the detention: the right to liberty (article 5) and the prohibition of torture or to inhuman or degrading treatment or punishment (article 3). This article provides an overview of the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding both articles, taking into consideration the situation of migrant children in particular.

* Profesora propia adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (España).
Código ORCID: 0000-0002-6067-2365. Correo electrónico: iclaro@comillas.edu

Key words: Immigration detention, children, crimmigration, European Court of Human Rights, liberty, torture, inhuman treatment

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DETENCIÓN DE INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR: ¿UN MODO DE REFORZAR LA RELACIÓN ENTRE MIGRACIÓN Y DERECHO PENAL?.- III. LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A LA GENERACIÓN DE UN SISTEMA GARANTISTA FRENTE A LA DETENCIÓN.- III.1. APORTACIONES SOBRE LA BASE DEL DERECHO A LA LIBERTAD (ARTÍCULO 5 DEL CEDH).- III.1.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- III.1.2. LA AUSENCIA DE ARBITRARIEDAD.- III.2. APORTACIONES SOBRE LA BASE DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD (ARTÍCULO 3 DEL CEDH).- IV. ¿UN SUPUESTO EXCEPCIONAL? LA DETENCIÓN DE LOS NIÑOS MIGRANTES.- V. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas el control migratorio de los Estados, vinculado a su soberanía territorial, ha dado lugar a ciertas prácticas que podrían entrar en grave conflicto con el derecho fundamental a la libertad, reconocido en distintos textos jurídicos. Desde el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 a los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 o 6 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) de 2007, las normas que conforman el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) garantizan la protección de la libertad como un valor fundamental de la sociedad. Dicho derecho fundamental a la libertad está sometido a excepciones concretas, entre las cuales cabe incluir el internamiento —en casos puntuales— de los inmigrantes que se encuentran de forma irregular en el territorio de un Estado o que intentan acceder a él sin cumplir los requisitos exigidos por la normativa nacional. En España, por ejemplo, este supuesto de detención administrativa se materializa en los centros de internamiento de extranjeros (CIE), cuyo origen se remonta a los años ochenta del siglo pasado. No solo el derecho a la libertad se ha invocado en este ámbito, también el derecho a la integridad de las personas ha permitido configurar un espacio de protección frente a la detención que responde únicamente a la situación de irregularidad administrativa del inmigrante.

Las dudas acerca de si el internamiento respeta los límites impuestos por el DIDH en lo referente al trato debido a los inmigrantes en situación irregular nos llevan a examinar en este artículo las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la materia. La elección del Tribunal de Estrasburgo se justifica por diferentes motivos. En primer lugar, debido al importante papel que desempeña en la interpretación dinámica de un instrumento vivo como el CEDH.

En esa labor, el TEDH ha excedido las previsiones iniciales de los redactores del Convenio al profundizar en un texto que ha permanecido invariable desde 1950.

Es sabido que al TEDH corresponde definir el orden público europeo en cuanto se refiere a los derechos humanos, lo que ha permitido atribuirle no solo una lógica tarea de defensa de los derechos humanos, sino también el ejercicio de funciones de naturaleza «constitucional» (Escobar Hernández, 2020, p. 773). El mecanismo de protección de los derechos fundamentales establecido por el Convenio de Roma ha demostrado ser, gracias a la actividad interpretativa del TEDH, suficientemente flexible para compaginar los distintos intereses en juego. Así, se mueve en la búsqueda de un equilibrio entre los extremos que representan, por un lado, los intereses y la soberanía de los Estados; y, por otro, la protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales. Claro ejemplo de esta tensión ha resultado ser la actitud del TEDH en el asunto *N.D. y N.T. contra España* (2020), que dio lugar a dos pronunciamientos opuestos en su resultado. El primero, en octubre de 2017, aprecia la violación del CEDH por parte de España en relación con la expulsión de dos inmigrantes que saltaron las vallas que separan Melilla de Marruecos. Sin embargo, en febrero de 2020, la Gran Sala dio un vuelco a esa resolución inicial y concluyó por unanimidad que España no había vulnerado el artículo 4 del Protocolo N° 4 del CEDH y que, por tanto, no se había producido una expulsión colectiva¹. La sentencia fue duramente criticada desde algunos sectores por poner de manifiesto un aparente cambio en la tendencia garantista del TEDH (Martínez Escamilla, 2021, p. 310). Sin dejar de compartir estas críticas, el análisis de la jurisprudencia del TEDH en materia de internamiento y detención de inmigrantes en situación irregular permite mostrar una actitud diferente del Tribunal, que le mantiene todavía como referente de la garantía de derechos humanos en determinados ámbitos.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la fuerza de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo no se limita al ámbito del Consejo de Europa, sino que sirve para reafirmar la garantía de estos derechos en el espacio de la Unión Europea (UE). En la UE, y como consecuencia de la naturaleza de competencia compartida que tienen la inmigración y el asilo —engarzados ambos en el objetivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia—, se ha aprobado una amplia normativa que es objeto de continua revisión por parte de las instituciones europeas. A pesar de estas periódicas reformas, se ha conseguido articular una amplia legislación que debe respetar el contenido de la CDFUE. Al mismo tiempo, se ha despejado el camino al Tribunal de Justicia con

ESTRASBURGO
Y LA DETENCIÓN
DE INMIGRANTES:
¿NUEVA LÍNEA
JURISPRUDENCIAL?

STRASBOURG AND
THE DETENTION OF
IMMIGRANTS: A NEW
JURISPRUDENCE?

¹ El TEDH excluyó el examen de una posible vulneración del artículo 3 del CEDH, limitándose a los artículos 4 del Protocolo N° 4 y 13 del CEDH.

sede en Luxemburgo (TJUE) para que proteja y preserve el derecho a la libertad dentro de los límites impuestos por la citada Carta de Derechos Fundamentales. Todo ello contribuye a dotar a la inmigración y el asilo en la UE de un sistema más sólido (Stefanelli & Guild, 2021, pp. 100-101). El derecho de la UE contempla disposiciones semejantes a las contenidas en el Convenio de Roma y garantizadas en cuanto a su aplicación no solo por el TJUE y el TEDH², sino también por los tribunales nacionales de los Estados miembros. Ello obliga a establecer un diálogo entre ambas jurisdicciones internacionales (López Guerra, 2017, pp. 179 y ss.) al que se suma el tercer interlocutor que representan los órganos judiciales estatales³. El enfoque de un diálogo judicial aplicado en materias en las que concurren distintos ordenamientos jurídicos contribuye a aclarar cómo se enfrentan los diferentes sistemas judiciales a esa uniformidad interpretativa o a la resolución de conflictos. Además, permite valorar las implicaciones que pueden tener para los derechos de los individuos y el control del Poder Ejecutivo (Cornelisse & Moraru, 2020, pp. 22-23).

Los elementos citados justifican que se mantenga un interés particular por los pronunciamientos del TEDH en el ámbito de las migraciones. Como ya se ha adelantado, el objetivo principal de este artículo consiste en analizar la acción de esta jurisdicción regional en una materia estrechamente vinculada con la soberanía estatal, como es el trato proporcionado a los inmigrantes en situación irregular. De este modo, se intenta también contribuir a la configuración de los límites a la soberanía de los Estados desde un enfoque de salvaguarda y respeto a los derechos humanos.

Para ello, tras una aproximación a la problemática de la detención administrativa de los inmigrantes en situación irregular —que incluye una breve referencia a la situación en España—, las siguientes líneas se dedicarán al análisis de la posición del TEDH, articulado utilizando dos ejes de referencia. Por un lado, el derecho a la libertad reconocido en el artículo 5 del CEDH, que implica el cumplimiento de dos requisitos fundamentales: el principio de legalidad y la ausencia de arbitrariedad. Y, por otro, el derecho a la integridad, construido con base en la prohibición de malos tratos del artículo 3 del CEDH, que nos conduce a valorar el lugar, las condiciones y la duración de la detención como elementos básicos para evitar la vulneración de la citada norma. Un análisis de las aportaciones del Tribunal de Estrasburgo en la materia estaría probablemente incompleto si no se incluyera una referencia a la situación de los niños migrantes, que ha recibido una atención particular

2 El artículo 52(3) de la CDFUE exige que se dé a los derechos de la Carta que coincidan con los del CEDH el sentido y alcance previsto en el Convenio.

3 La posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE por parte de los tribunales nacionales repercute también en la tarea encomendada al Tribunal de Luxemburgo de aportar una interpretación uniforme del derecho de la UE.

por parte del TEDH. A esta cuestión se destina el último apartado antes de la reflexión final.

181

II. LA DETENCIÓN DE INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR: ¿UN MODO DE REFORZAR LA RELACIÓN ENTRE MIGRACIÓN Y DERECHO PENAL?

El control de fronteras se ha convertido en un objetivo esencial de la gestión migratoria. Así lo transmite el relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, quien observa además cómo dicho control conduce a promover la adopción de medidas, como la detención prolongada, que buscan también producir un efecto disuasorio en la población migrante (Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, 2017, apartado 29). En este panorama, el propio relator especial encuentra una excepción en la situación de los niños, subrayando la necesidad de poner fin a su detención por razones de inmigración en todos los casos (Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, 2020, apartado 24).

Los Estados recurren al internamiento como medio para asegurar la expulsión sin atender a la posible aplicación de medidas menos lesivas para el derecho fundamental a la libertad (Boza Martínez, 2017, p. 98). De este modo, la detención administrativa de inmigrantes en situación irregular parece haberse consolidado como una práctica generalizada. Aunque la Organización de las Naciones Unidas no se ha mostrado contraria a esta práctica, ha insistido en recordar a los Estados la existencia de ciertos límites a su actuación. Estos límites derivan del respeto a los derechos humanos y a la dignidad intrínseca de las personas, así como de impedir una duración excesiva de la detención, siempre que no sea posible recurrir a medidas sustitutorias (Resolución 63/184 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2009, apartado 9).

En el caso de España, a pesar de que el artículo 17 de la Constitución (1978) garantiza el derecho a la libertad de toda persona, ya sea española o extranjera, y prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que «directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad», el ordenamiento jurídico tampoco ha podido sustraerse al atractivo de utilizar el internamiento como medida de control y gestión de las migraciones. Así, el internamiento de extranjeros se incorpora por primera vez en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, con la creación de los CIE⁴. La detención administrativa de extranjeros en España se ha regulado

ESTRASBURGO
Y LA DETENCIÓN
DE INMIGRANTES:
¿NUEVA LÍNEA
JURISPRUDENCIAL?

STRASBOURG AND
THE DETENTION OF
IMMIGRANTS: A NEW
JURISPRUDENCE?

4 El Tribunal Constitucional (TC) se pronunció sobre su constitucionalidad en la sentencia 115/1987, de 7 de julio, de un modo que sigue avalando en la actualidad el planteamiento legislativo vigente sobre los CIE (González Beilfuss, 2016, pp. 70-71).

desde entonces a través de distintas reformas legislativas, moduladas por sucesivos pronunciamientos judiciales y dominada por una impresión de inseguridad jurídica que solo se atenúa, en parte, tras la aprobación en 2014 del reglamento que rige el funcionamiento de los CIE⁵.

Dentro del derecho español, la existencia de los CIE se presenta como un caso único de privación de libertad debido a una infracción administrativa (Solanes Corella, 2016, p. 37). Su naturaleza de medida cautelar, que se materializa en unos centros considerados como establecimientos públicos de carácter no penitenciario, ha permanecido inmutable a lo largo del tiempo. Sin embargo, la práctica ha consolidado un modelo estrictamente policial que los ha convertido, en palabras de Solanes Corella, en «zonas de suspensión del Derecho con una marcada falta de transparencia» (p. 38) en los que se observa una llamativa ausencia de garantías, combinada con un amplio margen para la discrecionalidad y un riesgo evidente de arbitrariedad por parte de las autoridades.

Todo ello no es más que el reflejo de la creciente relación entre el sistema migratorio y la justicia penal, que ha permitido acuñar el nuevo concepto de *crimmigration* («crinmigración», en español). Esta noción remite a una estrategia política de gestión de los flujos migratorios basada en el uso de los mecanismos propios del derecho penal (Stumpf, 2006, pp. 379-389). La respuesta de los tribunales tiende a contemplar este supuesto de privación de libertad como un elemento más de la gestión administrativa en lugar de considerarla un castigo penal y avala, con ello, la posibilidad de dejar al margen las garantías de derechos fundamentales (Torrey, 2015, pp. 880-881)⁶. Las garantías —sobre todo procesales— previstas para la detención en el ámbito penal no se aplican necesariamente cuando se trata de la detención administrativa de inmigrantes, prescindiendo en ese aspecto de la naturaleza privativa de libertad que tiene dicha medida (Legomsky, 2007, pp. 511-518)⁷.

El CEDH, en el artículo 6, numeral 1, limita las principales garantías procesales a los procesos penales y civiles, excluyendo a las decisiones administrativas de las autoridades estatales relativas a la entrada, estancia y expulsión de los inmigrantes (*Maaouia contra Francia*, 2000, §§ 39-41). Sin embargo, lo hace movido por la consideración de que, en una sociedad regida por el derecho, las privaciones de libertad impuestas como sanción deberían ceñirse al ámbito penal, salvo aquellas que por su

5 Algunas disposiciones serán anuladas por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su sentencia 373/2014, de 10 de febrero de 2015.

6 El autor aporta datos del sistema de detención de inmigrantes en los EE. UU. que ponen de relieve cómo es innecesariamente caro e ineficiente para garantizar la seguridad. También examina cómo se ha convertido en un negocio del que intenta beneficiarse la llamada «industria de las cárceles».

7 Se produce lo que algunos autores califican como «un fraude de etiquetas», que permite a las autoridades gestionar el control migratorio, eludiendo las garantías que el derecho penal y constitucional reconocen a los detenidos (Brandariz García & Fernández Bessa, 2017, p. 121).

naturaleza, duración o modo de ejecución no se consideren perjudiciales de manera apreciable (*Engel y otros contra Holanda*, 1976, § 82).

Los Estados transmiten la impresión de querer transformar un instrumento propio del sistema penal, como es la detención, en un recurso habitual en el procedimiento administrativo migratorio vinculado a la entrada o estancia en el territorio. Con ello, dejaría de ser una opción aplicada solo en supuestos particulares para permitir, en la práctica, encarcelar de forma masiva a los inmigrantes en situación irregular. Esto ha provocado una reacción paradójica: cuanto más indiscriminada es la detención, menos efectiva resulta para la gestión migratoria. No obstante, este resultado indeseado por los Estados no ha impedido que sigan utilizando de forma sistemática el internamiento, probablemente más atraídos por sus efectos disuasorios que por su capacidad de contribuir a la identificación y, en su caso, a la expulsión de los inmigrantes en situación irregular (Marin & Spena, 2018, p. 148).

183

ESTRASBURGO
Y LA DETENCIÓN
DE INMIGRANTES:
¿NUEVA LÍNEA
JURISPRUDENCIAL?

STRASBOURG AND
THE DETENTION OF
IMMIGRANTS: A NEW
JURISPRUDENCE?

III. LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A LA GENERACIÓN DE UN SISTEMA GARANTISTA FRENTE A LA DETENCIÓN

III.1. Aportaciones sobre la base del derecho a la libertad (artículo 5 del CEDH)

El Tribunal de Estrasburgo ha construido una sólida jurisprudencia en torno al derecho a la libertad, garantizado por el artículo 5, numeral 1, literal f del CEDH en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: f) si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Se consagra en esta disposición el principio de legalidad para determinar los supuestos de detención de inmigrantes en situación irregular. Pese a no mencionar la ausencia de arbitrariedad, el TEDH ha subrayado en su jurisprudencia que el propósito de este artículo también es proteger al individuo de la arbitrariedad y proporcionarle suficientes garantías (*Conka c. Bélgica*, 2002, § 39; *Chahal contra Reino Unido*, 1996, § 118). Por tanto, será la suma de las dos condiciones —legalidad y ausencia de arbitrariedad— la que permita configurar el marco de la privación de libertad de los extranjeros que se encuentren de forma irregular en un Estado parte del CEDH. Dedicaremos los siguientes apartados a examinar ambos requisitos.

III.1.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad exige al Estado adoptar una norma interna que establezca la detención y que observe el llamado «test de calidad de la ley»; esto es, que respete los principios del Convenio de Roma de 1950 y garantice la protección de la persona frente a la arbitrariedad (*Amuur contra Francia*, 1996, § 50; *Erkalo contra Holanda*, 1998, § 52). Además de ser accesible y de estar redactada de forma precisa, la base legal debe permitir que se prevean las condiciones de su aplicación (Smyth, 2014, p. 212). También es indispensable que contemple las causas que justifican la detención, así como su procedimiento. Las autoridades competentes deben hacer constar expresamente que la privación de libertad persigue uno de los objetivos o fines legítimos autorizados por el artículo 5 del CEDH; de otro modo, el Tribunal de Estrasburgo considerará que esa privación es arbitraria (*Tarak y Depe contra Turquía*, 2019, § 62).

El marco jurídico general proporcionado por el CEDH y el adoptado en la UE mediante la llamada Directiva de retorno (2008)⁸ coinciden en señalar que la detención de inmigrantes en situación irregular debe vincularse a la expulsión. Frente a la genérica redacción del artículo 5, numeral 1, literal f del Convenio de Roma, el artículo 15, numeral 1 de la Directiva resulta un tanto más preciso, puesto que tras indicar que el internamiento solo podrá realizarse «a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión», apunta dos supuestos especiales: cuando exista riesgo de fuga, o cuando la persona trate de evitar o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión. Por riesgo de fuga se entiende «la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse» (Directiva de retorno, 2008, art. 3, num. 7). La apreciación del riesgo de fuga deberá basarse en el examen individual del caso (*Sagor*, 2012, § 41). La referencia a los «criterios objetivos», por su parte, remite al derecho nacional e introduce un elemento de incertidumbre ante el riesgo de que se produzcan situaciones dispares entre los Estados miembros y, con ello, se reconozca un margen amplio de discrecionalidad a las autoridades estatales (Majcher & De Senarclens, 2014, p. 5)⁹. Por lo que se refiere a la conducta del afectado, que puede consistir en la falta de documentos de identidad, requerirá de «una apreciación en cada caso de las circunstancias fácticas del asunto» por parte del tribunal nacional competente (*Mahdi*, 2014, § 74).

8 En la actualidad, esta Directiva está sometida a un proceso de reforma que prioriza los procedimientos acelerados de expulsión, aumenta las posibilidades de detención previa a la expulsión y limita el control judicial, endureciendo de este modo la política de retorno y expulsión, y poniendo en riesgo el enfoque garantista de derechos humanos (Cornelisse & Moraru, 2020, p. 21).

9 El TJUE ha exigido que esos criterios objetivos se establezcan en una disposición obligatoria de alcance general. A estos efectos, indica que no sería suficiente con una jurisprudencia consolidada que sancionara, por ejemplo, una práctica habitual de la policía (*Al Chodor*, 2017, § 45).

Las dos condiciones de la Directiva de retorno (2008) no aparecen reflejadas en el CEDH ni en la interpretación restrictiva que el TEDH hace de las situaciones que, con carácter general, permiten la pérdida de libertad de una persona. El Tribunal de Estrasburgo vertebró su jurisprudencia en esta materia en torno a tres elementos: el carácter exhaustivo de las excepciones al derecho a la libertad, que deben interpretarse de forma estricta; el énfasis en el respeto a la legalidad de la detención; y, por último, la importancia de la rapidez del control judicial (*McKay contra Reino Unido*, 2006, § 30). No obstante, podría observarse un cierto margen de discrecionalidad de las autoridades en cuanto a la detención administrativa de inmigrantes en situación irregular (Moreno-Lax, 2011, p. 167).

La ley que se apruebe en este contexto recogerá el procedimiento de detención. Dicha norma deberá redactarse de modo que evite las ambigüedades en los trámites y la duración del procedimiento legal para ordenar la detención (*Abdolkani y Karimnia contra Turquía*, 2009, § 135). La principal garantía procesal es el recurso judicial. El apartado 4 del artículo 5 del CEDH garantiza el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, que deberá pronunciarse en breve plazo sobre la legalidad de esa privación de libertad. La intervención de un único órgano será suficiente, a condición de que el procedimiento seguido tenga carácter judicial y otorgue a la persona las garantías adaptadas a la naturaleza de la privación de libertad (*Jecius contra Lituania*, 2000, § 100).

III.1.2. La ausencia de arbitrariedad

En cuanto a la ausencia de arbitrariedad, esta requiere de una interpretación amplia que vaya más allá de valorar su respeto a la ley (*Saadi contra RU*, 2008, § 67). Así, supone «un examen exhaustivo de la licitud, necesidad y proporcionalidad» de toda medida por la que se prive de libertad a una persona (Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, 2015, apartado 11).

Puesto que la licitud se ha tratado en el apartado anterior, corresponde referirse a continuación al principio de proporcionalidad, que se ha mostrado como un elemento clave para interpretar derechos fundamentales y, de este modo, garantizar su protección. Este principio busca el equilibrio entre preservar el interés público y la protección de los derechos individuales (Barnes, 1998, pp. 15-49). Para ello, la detención debe durar un periodo de tiempo razonable y solo se justifica mientras se estén ejecutando los procedimientos de deportación con la diligencia debida (*Chahal contra Reino Unido*, 1996, § 113).

Por su parte, el principio de necesidad implica la ausencia de medidas alternativas claras para lograr su objetivo con igual eficacia. Eso convierte a la medida adoptada en indispensable, pues no existen otros medios menos lesivos para alcanzar el fin propuesto. Tras determinar que se dan

los motivos para la detención administrativa del extranjero, la autoridad nacional está obligada a valorar otras opciones diferentes a la privación de libertad (Costello, 2016, p. 310). Se trata, entonces, de comprobar que el objetivo perseguido puede alcanzarse utilizando medidas menos coercitivas.

Las alternativas a la detención se tornan, en el caso de la detención administrativa de los inmigrantes, en una aspiración más difícil de llevar a la práctica que en el sistema penal (Marouf, 2017, p. 2191)¹⁰. Si se toma como modelo lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, podrían valorarse como alternativas posibles las que tienen un componente económico (el pago de una fianza y la libertad condicional), las que suponen la libertad vigilada tras una orden que impone ciertas condiciones (como presentarse periódicamente ante las autoridades migratorias u obtener permiso de esas autoridades para salir de la ciudad o de la región), las basadas en la comunidad por medio de acuerdos entre las autoridades migratorias y las organizaciones religiosas, o los sistemas de vigilancia electrónica por medio de pulseras de tobillo o llamadas de teléfono con un *software* de reconocimiento de voz¹¹.

En este contexto resulta interesante observar qué respuesta se da desde la UE. La Directiva de retorno (2008) no enumera las alternativas a la detención, limitándose a configurar una lista de posibles medios para evitar el riesgo de fuga durante el plazo de salida voluntaria¹². En todo caso, el TJUE considera que deben graduarse las medidas para facilitar la expulsión: desde la menos severa, que sería la concesión de un plazo de retorno voluntario, hasta el internamiento, que se configura como la más restrictiva (*El Dridi*, 2011, § 41). La ausencia de una definición consensuada de la expresión «medidas alternativas» a la detención explica que los Estados miembros de la UE gocen de un amplio margen de discrecionalidad y nos hace intuir la aparición de un problema que será más práctico que teórico, ya que puede conducir a que se adopten formas alternativas de detención como si fueran alternativas a la detención (Mangiaracina, 2016, p. 178).

10 Si bien las legislaciones estatales proporcionan esas alternativas a la detención, en la práctica su uso no es tan frecuente como cabría esperar (Grange & Majcher, 2017, p. 7).

11 Estos últimos, además de ser sistemas efectivos, resultan más baratos que la detención; sin embargo, surgen dudas acerca de su carácter invasivo de la intimidad y privacidad de la persona. En ese sentido, atentan contra la dignidad e implican un aspecto de estigmatización de la persona que puede conducir a la discriminación, además de provocar problemas en el trabajo. Así, por ejemplo, para recargar la batería de la pulsera electrónica, la persona se ve obligada a estar pegada a la pared, restringiéndose su libertad de movimiento durante horas. Si se trata de mujeres embarazadas o personas con hijos a su cargo, puede resultar incluso más problemático limitar sus movimientos (Marouf, 2017, p. 2163).

12 Véase el artículo 7. A modo de ejemplo, se citan la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza adecuada, la entrega de documentos y la obligación de permanecer en un lugar determinado.

Por último, en cuanto al requisito de la necesidad y como regla general, el artículo 5, numeral 1, literal f del CEDH no exige que la detención sea necesaria en cada supuesto particular, salvo que así lo determine el derecho nacional. Necesidad y proporcionalidad forman parte intrínseca del juicio que se formula sobre la arbitrariedad; por ello, una afirmación genérica relativa al respeto del principio de proporcionalidad no debería sustituir la aplicación del test de necesidad en cada examen individual (Moreno-Lax, 2011, p. 184). Sin embargo, en el paradigmático asunto *Saadi contra Reino Unido* (2008), el Tribunal de Estrasburgo prescindió de aplicar un test de necesidad que pudiera satisfacer en concreto el principio de proporcionalidad¹³ y moduló los efectos de la exclusión con la suma de cuatro condiciones: la buena fe en la detención, un estrecho vínculo con el propósito de evitar la entrada no autorizada en el país de la persona, unas condiciones y una elección del lugar de detención adecuados, y, por último, una duración del internamiento que no exceda del tiempo razonablemente necesario para alcanzar el objetivo perseguido (§ 74).

Hay que tener en cuenta que el TEDH analiza también la duración de la detención como parte del examen necesario de las condiciones de un internamiento cuando valora una posible vulneración del artículo 3 del CEDH, aspecto al que nos referiremos con mayor detalle en el siguiente apartado.

III.2. Aportaciones sobre la base del derecho a la integridad (artículo 3 del CEDH)

La prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes se protege en el ámbito europeo de forma absoluta, sin posibilidad de excepción ni derogación, tal como atestigua la clara redacción del artículo 15, numeral 2 del CEDH, y como ha subrayado el Tribunal de Estrasburgo desde la paradigmática sentencia dictada en el asunto *Soering contra Reino Unido* (1989). En esta se reafirma de manera contundentemente clara esa naturaleza y se vincula la misma con los valores fundamentales de las sociedades democráticas (§ 88).

Esta importancia del artículo 3 en el sistema del Convenio de Roma exige reservar la suficiente flexibilidad para tratar de aplicarlo a diferentes situaciones pues, de otro modo, al restringir su esfera de aplicación, se

13 Con el transcurso del tiempo, se observa algún cambio de tendencia en los pronunciamientos posteriores del Tribunal, pues parece ir perdiendo fuerza su rechazo al test de necesidad. Así, en 2010, el Estado fue condenado porque, tras una prolongada detención, la persona quedó en libertad y con el deber de presentarse periódicamente ante la policía local. A la vista de esa opción, el Tribunal consideró que esta existía con anterioridad y que las autoridades pudieron haber recurrido a ella, evitando la privación de libertad previa a la deportación (*Raza contra Bulgaria*, 2010, § 74). Esta actitud se muestra en consonancia con las restantes normas de derecho internacional, entre ellas el artículo 9 del PIDCP o el derecho de la UE, y evita que el CEDH acabe otorgando un nivel de protección inferior.

estaría rebajando su carácter absoluto (*D. contra Reino Unido*, 1997, § 49). De ahí que se haya podido extender a los supuestos de detención de inmigrantes, configurando de ese modo, por medio de la garantía del derecho a la integridad personal, una estructura de protección que complementa a la proporcionada por el específico derecho a la libertad.

¿Qué se entiende por «malos tratos», a efectos del artículo 3 del CEDH? Delimitar el alcance de esta noción, que abarca los demás supuestos contemplados en el tenor literal de la disposición estudiada, resulta una tarea compleja en la práctica pues requiere de un examen individualizado. En este sentido, la jurisprudencia ya consolidada del TEDH insiste en dos ideas básicas. En primer lugar, los malos tratos se producen cuando se alcanza un mínimo de gravedad. En segundo lugar, ese mínimo de gravedad es siempre relativo, es decir, depende de otros factores que habrán de examinarse en el caso concreto: la duración del trato, sus efectos físicos y mentales, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima (*Mouseil c. Francia*, 2002, § 37). Las acusaciones de malos tratos deben basarse en pruebas apropiadas, tomando en cuenta el propósito, el contexto y la situación de vulnerabilidad de los demandantes (*Khlaifia y otros contra Italia*, 2016, apartado 160). No obstante, lo cierto es que el análisis particularizado que lleva a cabo la Corte dificulta la labor de definir de manera abstracta ese mínimo de gravedad requerido para que se produzca una vulneración del artículo 3 del CEDH (*De Weck*, 2017, 140).

Tras tratar de identificar la noción de malos tratos, observamos cómo el TEDH pretende detectar vulneraciones del artículo 3 del CEDH centrándose en tres elementos: la duración, las condiciones y el lugar de detención de los inmigrantes.

Por lo que se refiere a la duración, la ausencia de un patrón único de tiempo permite tener en cuenta en ese examen circunstancias distintas, como pueden ser las derivadas de una discapacidad física¹⁴ o del deterioro del estado de salud mental. Cabe subrayar en este segundo caso cómo el tiempo de detención en el país de acogida se convierte en un importante factor de estrés, el cual se produce no solo por la pérdida de libertad, sino también por la amenaza de retorno al país de origen (*Von Wethern et al.*, 2018, p. 2). Por lo tanto, para determinar si la duración de la detención constituye un trato inhumano o degradante prohibido por el citado artículo 3 del CEDH, la duración objetiva de la detención habrá de combinarse con el factor de vulnerabilidad de las personas.

¹⁴ Así, por ejemplo, una estancia de veintisiete días supone una vulneración del Convenio de Roma de 1950 dada la vulnerabilidad de la persona, a quien la amputación de la pierna impedía la realización de movimientos en libertad (*Tsarpelas contra Grecia*, 2018, § 48).

Respecto al lugar de la detención, hay que tener en cuenta que esta se presenta como una realidad fáctica objetiva, independiente de las definiciones que consagra el derecho nacional. Dos elementos son relevantes en este sentido: el carácter obligatorio y la ausencia de consentimiento válido del detenido para ser privado de libertad (Moreno-Lax, 2011, p. 179). Así, al margen de los supuestos en los que se produce una detención penal por parte de las autoridades, el Tribunal de Estrasburgo considera que existe una detención de hecho porque la persona no es libre para abandonar el centro voluntariamente, tal como sucede con la retención en las zonas internacionales de los aeropuertos (Pinto Oliveira, 2021, pp. 101-104). Si se mantiene a un extranjero en ellas solo por su intento de entrada irregular en el país, se está restringiendo la libertad de un modo que no es comparable con la restricción producida en los centros de detención mientras la persona está pendiente de la deportación. Es necesario que esa privación de libertad se produzca con todas las garantías para que se entienda que el Estado respeta sus obligaciones internacionales; asimismo, no debe prolongarse excesivamente en el tiempo y, de alargarse, tiene que ser posible la intervención judicial (*Amuur contra Francia*, 1996, § 43).

En cuanto a las condiciones de la detención, el TEDH examina cuestiones muy variadas. Así, por ejemplo, y por lo que se refiere a las características del centro, se ha pronunciado sobre las comisarías de policía, en las que se puede privar de libertad a extranjeros. El Tribunal de Estrasburgo considera que son, por su propia naturaleza, lugares en los que sería posible constatar la vulneración del artículo 3 del CEDH. Se trata de espacios destinados a que la persona pase un corto periodo de tiempo y, si no es así y la estancia se prolonga, se puede justificar la existencia de un trato degradante contrario al artículo 3. El TEDH considera que las estancias prolongadas (por ejemplo, de entre uno y tres meses) vulneran dicha disposición. Esta valoración se suma, además, a las condiciones del centro en el caso particular, entre las que destacan la ausencia de espacio físico y la insalubridad de las instalaciones (*H.A. y otros contra Grecia*, 2019, §§ 167-168).

En sentido contrario, en el asunto *Aarabi contra Grecia* (2015), el Tribunal no aprecia trato inhumano y, por tanto, violación del artículo 3 del CEDH a causa de las condiciones vividas durante la detención de dos días del demandante en la comisaría. La corta duración de la estancia, unida a la falta de prueba de la gravedad de las condiciones allí experimentadas, llevaron al Tribunal a esa conclusión (apartado 47)¹⁵. Sin embargo, unos años más tarde, en 2017, el TEDH consideró que se había producido una vulneración del artículo 3 del CEDH en las

15 No obstante, hay que tener en cuenta que el TEDH está valorando el trato recibido por el demandante como si este hubiera sido mayor de edad en aquel momento.

condiciones de detención en territorio búlgaro de un matrimonio de ciudadanos iraquíes y de sus tres hijos menores (los mayores de 16 y 11, y el más pequeño de año y medio) (*S.F. y otros contra Bulgaria*, 2017). A pesar de que el periodo de detención examinado era bastante breve, oscilando entre las 32 horas alegadas por el Estado y las 41 señaladas por los demandantes, el Tribunal destacó que las condiciones en la comisaría de fronteras en la que estuvieron eran malas. La celda, relativamente bien ventilada e iluminada, estaba muy deteriorada, sucia, húmeda, tenía la pintura levantada y, en general, presentaba en unas condiciones que la convertían en inhabitable, incluso para un periodo de tiempo tan corto. A eso se sumó el limitado acceso a los urinarios, que obligaba a la familia a utilizar el suelo de la celda (§§ 84-85). Respecto a este último dato, el TEDH ha mantenido en su jurisprudencia de forma reiterada que someter a un detenido a la humillación de orinar delante de otras personas solo se puede admitir en casos justificados en los que ir al baño suponga un riesgo para la seguridad (*Harakchiev y Tolumov contra Bulgaria*, 2014, § 211).

El TJUE se ha pronunciado también sobre el centro de detención al interpretar la Directiva de retorno de 2008, que en su artículo 16, numeral 1 permite el internamiento en un establecimiento penitenciario si el Estado no puede proporcionar alojamiento en centros especializados. La excepción que implica el posible internamiento en centros penitenciarios debe interpretarse de manera estricta (*Bero y Bouzalmate*, 2014, § 25). El Tribunal de Luxemburgo ha ido precisando los límites de esa excepción. En primer lugar, podrá producirse también dicho internamiento si la persona representa un peligro para el orden o la seguridad pública, siempre que su comportamiento individual suponga una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad (WM, 2020, § 46). En segundo lugar, si el Estado miembro se enfrenta a una saturación total, repentina y momentánea de sus centros especializados, y resulta evidente que no existe una medida menos coercitiva, ese internamiento podrá llevarse a cabo solo si dura unos días y con el fin de permitir que el Estado adopte las medidas necesarias para que el detenido prosiga la detención en un centro especializado (K. y Landkreis Gifhorn, 2022, §§ 94-97). En todo caso, la persona tendrá que estar necesariamente separada de los presos ordinarios, aunque haya mostrado su conformidad para compartir el espacio con ellos (*Pham*, 2014, § 23).

Es frecuente que el TEDH examine de manera minuciosa las circunstancias en las que se encuentran detenidos los demandantes. Así, ha considerado un trato inhumano o degradante el internamiento durante tres meses en un sitio con excesiva población y con una limpieza e higiene deplorables (*A.A. contra Grecia*, 2010, §§ 57-65); también la detención en una barraca prefabricada durante dos meses,

sin posibilidad de salir al exterior ni de llamar por teléfono ni tener sus propias sábanas y productos de higiene personal; o la detención en un centro de extranjeros durante apenas seis días, pero en condiciones que implicaban la prohibición de salir al patio a pasear, la ausencia de zonas de recreo y de aseo, y la obligación de dormir sobre colchones sucios (S.D. *contra Grecia*, 2009, §§ 49-54).

Cabe hacer una última aclaración en este contexto. La realidad de la presión migratoria en las fronteras de la UE no mitiga la responsabilidad del Estado en virtud del artículo 3 del CEDH (M.S.S. *contra Bélgica y Grecia*, 2011, §§ 223-224). De hecho, esa responsabilidad es anterior a que se planteen las consecuencias de la migración irregular y de la «crisis de refugiados». De esa manera, nace el deber de las autoridades nacionales de investigar desde el momento en que existan indicios de una posible violación del artículo 3 del CEDH. Esa investigación se dirigirá a aclarar los hechos y a identificar a los responsables. El control estatal es imprescindible para sostener la confianza en el Estado de derecho y la posición beligerante del Estado contra actos ilegales (López Ulla, 2013, p. 486). Además, si el Estado no investiga la violación alegada, esa falta de investigación se interpretará como falta de diligencia y constituirá, por sí misma, una vulneración del CEDH¹⁶.

IV. ¿UN SUPUESTO EXCEPCIONAL? LA DETENCIÓN DE LOS NIÑOS MIGRANTES

El TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diferentes asuntos sobre la detención administrativa de menores migrantes, pues no la considera —en principio— prohibida. Lo ha hecho en casos paradigmáticos en los que ha recurrido a la extrema vulnerabilidad de los niños como un elemento decisivo para invocar la vulneración del CEDH (Claro Quintáns, 2021, pp. 109-114)¹⁷. De la lectura de las sentencias del TEDH se deduce que la vulnerabilidad se modula con otros elementos (edad, madurez, condición de solicitante de asilo, etc.) que pueden convertirla en extrema (*Popov contra Francia*, 2012, § 91; *R.R. y otros contra Hungría*, 2021, § 49). Así lo establece también la Corte en el asunto *Mayeka y Mitunga c. Bélgica* (2006):

The second applicant's position was characterised by her very young age, the fact that she was an illegal immigrant in a foreign land and the fact that she was unaccompanied by her family from whom she had become separated so that she was effectively left to her own devices. She was thus in an extremely vulnerable situation (§ 55).

16 Responde a lo que se conoce como «doctrina de la violación procedimental» (Canosa Usera, 2018, pp. 249-250).

17 Entre otros, cabe destacar los asuntos *Mayeka y Mitunga c. Bélgica* (2006), *Muskhadzhieva y otros contra Bélgica* (2010), *Kanagaratnam contra Bélgica* (2011), *Rahimi contra Grecia* (2011) y *Popov contra Francia* (2012).

Esa extrema vulnerabilidad prevalece sobre consideraciones derivadas de su irregularidad (*Tarakhel contra Suiza*, 2014, § 99; *G.B. y otros contra Turquía*, 2019, § 101).

El hecho de estar acompañado por un progenitor no exime a las autoridades de su obligación de proteger al niño y de adoptar las medidas adecuadas que se corresponden con las obligaciones positivas derivadas del artículo 3 del CEDH (*R.C. y V.C. contra Francia*, 2016, § 35). Con carácter general, a efectos de valorar el posible incumplimiento del Convenio de Roma, antes que a la situación de menor no acompañado o acompañado habrá que atender a otros factores que inciden de manera más determinante en su vulnerabilidad. En este sentido, la edad, la duración y las condiciones de la detención se convierten en factores centrales de un examen que presta especial atención al artículo 3 del CEDH (§ 40).

Todo menor privado de libertad debe ser tratado teniendo «en cuenta las necesidades de las personas de su edad», de acuerdo con el apartado c del artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) de 1989. Por tanto, los niños no deben contemplarse como un único grupo homogéneo en cuanto al trato que han de recibir. Más bien, al contrario, tanto las condiciones como el trato otorgado tienen que ser supervisados constantemente, así como adaptados con flexibilidad a su desarrollo personal. Aunque el TEDH acepta que la valoración de la detención ha de ser distinta entre adultos y niños, debe hacerse notar que existen ciertas dudas respecto a la valoración del trato recibido por los menores adolescentes, tal como expresa el voto particular concurrente del juez Sajó en el asunto *Elmi y Abubakar contra Malta* (2016)¹⁸. De momento, no tenemos constancia de que esas dudas se hayan materializado en un trato diferenciado a la hora de considerar si se ha producido una vulneración de los derechos contemplados en el CEDH. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo ha tenido la oportunidad de confirmar en diferentes sentencias que el mismo trato que implica una vulneración del CEDH cuando se refiere a menores no lo supone necesariamente en relación con los adultos.

De manera relativamente reciente, en el asunto *M.H. y otros contra Croacia* (2021) la Corte apreció la vulneración del artículo 3 del CEDH en cuanto a la detención de los hijos de la familia, todos menores de edad, pero excluyó de manera unánime que esas mismas condiciones y duración de la detención (dos meses y catorce días) hayan implicado una violación en relación con los progenitores. El TEDH admitió encontrarse ante personas vulnerables, puesto que habían vivido experiencias traumáticas que incluían la muerte de una hija de 6 años

¹⁸ En su opinión, «I do not consider that case-law based on the problems of small children is applicable to adolescents».

mientras cruzaban la frontera. No obstante, el Tribunal no se limitó a apreciar únicamente esa circunstancia de particular vulnerabilidad y valoró de manera conjunta distintos elementos. De este modo, el hecho de haber recibido asistencia psicológica y contar con la presencia de un intérprete, aunque este no hablara su idioma¹⁹, unido a las condiciones materiales del centro y a no haber sido separados de sus hijos, evitó que el trato recibido superara el umbral de gravedad que exigiría una violación del artículo 3 del CEDH (§§ 208 y 211). El factor de haber mantenido la unidad familiar resulta de especial interés, puesto que permitió al Tribunal valorar de distinta manera, en el ámbito de la prohibición de los malos tratos, la experiencia vivida por los padres de la sufrida por los hijos. Así, respecto a los adultos, se tuvo en cuenta que la detención conjunta pudo aminorar o aliviar en cierta medida los lógicos sentimientos de ansiedad, impotencia y frustración que se generan en esos momentos (§ 210). Sin embargo, en cuanto a los niños se refiere, la compañía de sus padres no redujo la ansiedad derivada de la detención, y agravada por la incertidumbre y la degradación de la imagen parental que se produce porque los progenitores se muestran ante sus hijos como incapaces de gestionar la situación (§§ 201-203).

Los estudios demuestran el impacto negativo en la salud física y mental que la detención tiene sobre los menores extranjeros. Como señala el experto independiente designado por las Naciones Unidas, Manfred Nowak:

Independientemente de las condiciones de detención, [...] la privación de libertad por motivos de inmigración es perjudicial para la salud física y mental de los niños y los expone al riesgo de sufrir abusos y explotación sexual. Los informes han revelado que agrava los problemas de salud existentes y provoca otros nuevos, como ansiedad, depresión, pensamientos suicidas y trastorno por estrés postraumático (Estudio mundial sobre los niños privados de libertad, 2019, § 60).

Aunque la estancia en el centro de detención haya sido breve, se pueden manifestar a largo plazo riesgos para la salud mental de los menores (*Rahimi contra Grecia*, 2011). Cabe precisar que no hay ninguna prueba de que exista un mínimo periodo de tiempo de detención que resulte seguro para la salud mental del menor.

19 Respecto a la ausencia de un intérprete que hablara el idioma de los demandantes, la Gran Sala del TEDH tuvo ocasión de pronunciarse en el ámbito de los tratamientos psiquiátricos que necesita un detenido. El Tribunal ha considerado que el factor lingüístico solo se convierte en decisivo para que se entienda que se ha vulnerado el artículo 3 del CEDH cuando concurren otros factores que impiden la adecuada comunicación con el paciente (*Rooman contra Bélgica*, 2019, § 151). El TEDH hace suya esta interpretación en el asunto *M.H. y otros contra Croacia* (2021, § 209), señalando que el hecho de que un detenido no sea tratado por personal que hable su idioma no es un elemento exigido para entender que se ha producido una violación del artículo 3 del CEDH.

La detención no solo puede comprometer el desarrollo del menor y su salud psicosocial, además de agravar traumas existentes, sino que puede conducir también a la ruptura de las familias. El ambiente que rodea la detención influye negativamente en la capacidad de los padres para desempeñar de forma adecuada sus funciones parentales, además de alterar la relación con los hijos. Los progenitores pueden sentirse sin recursos, pues se enfrentan también a sus propios problemas de salud mental. El riesgo evidente ante este panorama es que los padres no puedan ayudar en el desarrollo de los hijos, quedando estos al albur de un resultado adverso de salud mental (Von Wethern *et al.*, 2018, p. 15).

Por otro lado, determinadas prácticas del centro de detención —como un servicio telefónico caro o la falta de acceso a internet— aumentan el sentimiento de soledad, el aislamiento y la desesperación de las familias al crear barreras de comunicación con el mundo exterior. La ansiedad de los detenidos también aumenta si no pueden tener acceso a abogados (Linton *et al.*, 2017, p. 6). Todo ello conduce a superar el umbral de gravedad exigido por el artículo 3 del CEDH y nos sitúa ante los malos tratos prohibidos. No obstante, conviene incluir el factor del tiempo de duración de la privación de libertad para completar este análisis. La repetición y acumulación de condiciones que, en principio, no alcanzan esa gravedad si tienen lugar durante un breve periodo de tiempo, conducen a una violación del artículo 3 cuando se prolongan (R.R. y otros *contra Hungría*, 2021, § 64).

Se ha podido comprobar a lo largo de este apartado cómo el TEDH desarrolla una extensa jurisprudencia, tomando como punto de partida la posible detención de niños migrantes e imponiéndole límites derivados del CEDH. También la Directiva de retorno de 2008 admite en su artículo 17 el internamiento de menores a efectos de garantizar su expulsión. En ambos sistemas el interés superior del niño debería actuar como la consideración primordial a tener en cuenta y tendría que plasmarse en cada caso particular, siguiendo las indicaciones de la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013). Así, un examen individualizado en el que distintos factores, como el grado de madurez, las fases de desarrollo y las circunstancias personales se evalúen, permitiría concluir la adecuación o inadecuación de la detención.

Para concluir este apartado es necesario indicar que, en el panorama internacional, se observan indicadores de un posible cambio en este ámbito. Diversos pronunciamientos internacionales de carácter más o menos reciente optan por afirmar la prohibición total de la detención administrativa de los niños migrantes. En este sentido, el texto de la Observación General Conjunta del Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y

del Comité de los Derechos del Niño en el contexto de la migración internacional, aprobada en noviembre de 2017, afirma el derecho fundamental de todo niño a la libertad y a no ser detenido como inmigrante. Si se produjera esa detención, el niño debería ser puesto en libertad sin demora ni excepciones (Observación General Conjunta, 2017, § 5). En la misma línea, el experto independiente designado por las Naciones Unidas ha defendido ante la Asamblea General que esa privación de libertad por motivos migratorios «no es acorde en ningún caso al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño» y que siempre existen alternativas a la privación de libertad (Estudio mundial sobre los niños privados de libertad, 2019, § 91). Por último, el Parlamento Europeo se suma también a esta opinión, pues

coincide con el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que ha aclarado que los niños nunca deben ser internados por motivos de inmigración, y que el internamiento nunca puede estar justificado en nombre del interés superior del menor (Resolución del Parlamento Europeo, 2020, apartado 34).

V. REFLEXIÓN FINAL

El internamiento de los inmigrantes que se encuentran de forma irregular en el Estado, o que intentan acceder a él sin cumplir los requisitos exigidos por la normativa nacional, constituye una evidente privación del derecho a la libertad que ha encontrado amparo en las normas del DIDH, aunque sometándose a importantes límites desarrollados por la jurisprudencia del TEDH. Este artículo no ha pretendido analizar la práctica española al respecto, materializada en la existencia de los CIE; sino, más bien, sentar las bases del derecho internacional acerca de la cuestión, situando el foco en la interpretación que aporta el principal órgano judicial europeo garante de los derechos humanos. De este modo, se ha centrado el análisis en la contribución al respeto de los derechos humanos en el ámbito de las migraciones a partir de su interpretación de dos derechos: el derecho a la libertad, consagrado en el artículo 5, numeral 1, literal f del CEDH; y el derecho a la integridad, garantizado por la aplicación del artículo 3 del CEDH.

A lo largo de este texto se ha podido comprobar cómo la detención administrativa de los inmigrantes en situación irregular se convierte en la manifestación de un amplio control migratorio de los Estados, cuyo ejercicio aparece indisolublemente unido a su soberanía territorial. Esta excepción al derecho fundamental a la libertad no solo responde a motivaciones prácticas como evitar la entrada sin autorización o garantizar la expulsión, y a políticas resultado de conjugar los intereses partidistas con la presión ejercida por la opinión pública y los medios

195

ESTRASBURGO
Y LA DETENCIÓN
DE INMIGRANTES:
¿NUEVA LÍNEA
JURISPRUDENCIAL?

STRASBOURG AND
THE DETENTION OF
IMMIGRANTS: A NEW
JURISPRUDENCE?

de comunicación. También refleja un aspecto simbólico: un mensaje de control sobre el territorio que los Estados soberanos pretenden transmitir a su opinión pública en un intento indisimulado de reforzar la sensación de estabilidad y seguridad. Al mismo tiempo, la población migrante recibe un aviso que pretende ser disuasorio.

Respecto a las aportaciones del Tribunal de Estrasburgo, cabe señalar que el TEDH ha ido matizando su papel de garante de la protección de los derechos humanos en el ámbito migratorio. Así lo ha dejado entrever con la sentencia de la Gran Sala dictada en el asunto *ND y NT contra España* en febrero de 2020, sentencia que ha sido recibida por la doctrina y los Estados como un salto cualitativo hacia atrás respecto a la línea protectora que parecía caracterizar hasta entonces al Tribunal. No obstante, a pesar de esta tendencia restrictiva, el TEDH parece mantener en ciertos ámbitos ese rol garantista. Ello se ve reflejado, sobre todo, cuando se refiere a la privación de libertad de los niños migrantes.

Para concluir, el vínculo entre la migración y el derecho penal se ha convertido en un medio de los Estados para reivindicar su soberanía en una sociedad internacional globalizada. Es posible, en este contexto, que los derechos humanos nos proporcionen un modo de reconciliar la gestión de la inmigración, la lucha contra el delito y el Estado de derecho. Tanto el CEDH como la convergencia de los sistemas del TJUE y del TEDH —que se deja para un examen posterior— podrían desempeñar un relevante papel de contrapeso frente a las manifestaciones soberanistas de unos Estados que, de manera reiterada, acuden a las ideas de emergencia o de excepción para hacer frente a los retos de la sociedad actual. De ellos se debe esperar una respuesta que priorice el enfoque de derechos humanos y garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas del DIDH.

REFERENCIAS

Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, (8), 15-49. https://www.researchgate.net/publication/279929497_El_principio_de_proporcionalidad_Estudio_preliminar_Cuadernos_de_Derecho_Publico_ISSN_1138-2848_N_5_1998_pags_15-50

Boza Martínez, D. (2017). El internamiento de personas extranjeras: más allá de los límites de la privación de libertad. En A. López-Sala y D. Godenau (coords.), *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España* (pp. 97-118). Barcelona: Anthropos.

Brandariz García, J. A., & Fernández Bessa, C. (2017). La CRIMIGRACIÓN en el contexto español: El creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio. En A. López-Sala y D. Godenau (coords.), *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España* (pp. 119-143). Barcelona: Anthropos.

Canosa Usera, R. (2018). La prohibición de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes en el CEDH. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, (42), 247-271. <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23634>

Claro Quintáns, I. (2021). La vulnerabilidad de los niños migrantes: la respuesta del Tribunal de Estrasburgo en los supuestos de detención administrativa. En E. La Spina (coord.), *Migraciones y vulnerabilidad. Alcance y protección* (pp. 99-116). Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. <http://www.deusto-publicaciones.es/index.php/main/libro/1295/es/migraciones-y-vulnerabilidad>

Cornelisse, G., & Moraru, M. (2020). Introduction: Judicial Dialogue on the Return Directive – Catalyst for Changing Migration Governance. En M. Moraru, G. Cornelisse y P. De Bruycker (eds.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union* (pp. 19-37). Oxford: Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781509922987.0006>

De Weck, F. (2017). *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*. Leiden: Brill Nijhoff. <https://doi.org/10.1163/9789004311497>

Escobar Hernández, C. (2020). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una jurisdicción en permanente reforma. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (67), 771-793. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.01>

González Beilfuss, M. (2016). El régimen jurídico de los centros de internamiento de extranjeros: evolución normativa y cuestiones pendientes. En M. Revenga Sánchez y J. J. Fernández Alles (coords.), *Los centros de internamiento de extranjeros. Régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015* (pp. 59-104). Valencia: Tirant lo Blanch.

Grange, M., & Majcher, I. (2017). When Is Immigration Detention Lawful? The Monitoring Practices of UN Human Rights Mechanisms. *Global Detention Project Working Paper*, (21), 1-21. <https://www.globaldetentionproject.org/wp-content/uploads/2017/02/Grange-Majcher-GDP-Working-Paper-Feb-2017.pdf>

Kanstroom, D. (2004). Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th 'Pale of Law'. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, (29), 639-670. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1153&context=lsfp>

Legomsky, S. H. (2007). The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms. *Washington and Lee Law Review*, 64(2), 469-528. <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol64/iss2/3>

Linton, J. M., Griffin, M., & Shapiro, A. J. (2017). Detention of Immigrant Children. *Pediatrics*, 139(4), 1-13. <https://doi.org/10.1542/peds.2017-0483>

López Guerra, L. (2017). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y 'le mouvement nécessaire des choses'. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, (39), 163-188. <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19151>

López Ulla, J. M. (2013). Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no

ESTRASBURGO
Y LA DETENCIÓN
DE INMIGRANTES:
¿NUEVA LÍNEA
JURISPRUDENCIAL?

STRASBOURG AND
THE DETENTION OF
IMMIGRANTS: A NEW
JURISPRUDENCE?

acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, (32), 481-500. <https://doi.org/10.5944/trc.32.2013.11798>

Majcher, I., & De Senarclens, C. (2014). *Discipline and Punish?* Analysis of the Purposes of Immigration Detention in Europe. *AmeriQuests*, 11(2), 1-20. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2545487>

Mangiaracina, A. (2016). The Long Route Towards a Widespread European Culture of Alternatives to Immigration Detention. *European Journal of Migration and Law*, (18), 177-200. <https://doi.org/10.1163/15718166-12342098>

Marin, L., & Spena, A. (2018). Introduction: The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration. *European Journal of Migration and Law*, 18(2), 147-156. <https://doi.org/10.1163/15718166-12342096>

Marouf, F. E. (2017). Alternatives to Immigration Detention. *Cardozo Law Review*, 38(6), 2141-2192. <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/875>

Martínez Escamilla, M. (2021). Las “devoluciones en caliente” en el asunto N.D. y N.T. contra España (Sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020). *Revista Española de Derecho Europeo*, (78-79), 309-337. http://doi.org/10.37417/REDE/num78-79_2021_641

Moreno-Lax, V. (2011). Beyond *Saadi v UK*: Why the ‘unnecessary’ detention of asylum seekers is inadmissible under EU Law. *Human Rights & International Legal Discourse*, 5(2), 166-206.

Pinto Oliveira, A. S. (2021). Aliens’ Protection Against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR). En D. Moya y G. Milios (eds.), *Aliens before the European Court of Human Rights* (pp. 97-117). Leiden: Brill Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004465695_006

Smyth, C. M. (2014). *European Asylum Law and the Rights of the Child*. Londres: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203797297>

Solanes Corella, A. (2016). Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (19), 37-76. <http://www.rtfed.es/numero19/02-19.pdf>

Stefanelli, J. N., & Guild, E. (2021). The Right to Liberty in the Field of Migration, Asylum and Borders. En S. Iglesias y M. González (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice* (pp. 100-118). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108769006>

Stumpf, J. (2006). The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, 56, 367-419. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=aulr>

Torrey, P. L. (2015). Rethinking Immigration’s Mandatory Detention Regime: Politics, Profit, and the Meaning of ‘Custody’. *University of Michigan Journal of Law Review*, 48(4), 879-913. <https://doi.org/10.36646/mjlr.48.4.rethinking>

Von Wethern, M., Robjan, K., Chui, Z., Schon, R., & Ottisova, L. (2018). The impact of immigration detention on mental health: a systematic review. *BMC Psychiatry*, (18). <https://doi.org/10.1186/s12888-018-1945-y>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

A.A. contra Grecia, Sentencia N° 12186/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de julio de 2010).

Aarabi contra Grecia, Sentencia N° 39766/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de abril de 2015).

Abdolkani y Karimnia contra Turquía, Sentencia N° 30471/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de septiembre de 2009).

Abdullahi Elmi y Aweys Abubakar contra Malta, Sentencias N° 25794/13 y 28151/13 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2016).

Al Chodor, Sentencia As. C-528/15; EU:C:2017:213 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 16 de marzo de 2017).

Amuur contra Francia, Sentencia N° 19776/92 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de junio de 1996).

Bero y Bouzalimate, Sentencias As. C-473/13 y C-514/13; EU:C:2014:2095 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 17 de julio de 2014).

Carta de Derechos Fundamentales de la UE (Parlamento Europeo, 14 de diciembre de 2007). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (303). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=en>

Chahal contra Reino Unido, Sentencia N° 22414/93 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 1996).

Conka c. Bélgica, Sentencia N° 51564/99 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2002).

Constitución Española (Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática [España], 29 de diciembre de 1978). *Boletín Oficial del Estado*, (311). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969). Serie sobre Tratados OEA N° 36 - Registro ONU 27/08/1979 N° 17955. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convención de los Derechos del Niño (Unicef, 20 de noviembre de 1989). 1577 UNTS 3. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Roma], 4 de noviembre de 1950). https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

D. contra el Reino Unido, Sentencia N° 30240/96 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de mayo de 1997).

ESTRASBURGO
Y LA DETENCIÓN
DE INMIGRANTES:
¿NUEVA LÍNEA
JURISPRUDENCIAL?

STRASBOURG AND
THE DETENTION OF
IMMIGRANTS: A NEW
JURISPRUDENCE?

Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 16 de diciembre de 2008). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (L 348/98), 24 de diciembre de 2008. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115>

El Dridi, Sentencia As. C-61/11; EU:C:2011:268 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 28 de abril de 2011).

Engel y otros contra Holanda, Sentencia N° 5370/72 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de junio de 1976).

Erkalo contra Holanda, Sentencia N° 23807/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de septiembre de 1998).

Estudio mundial sobre los niños privados de libertad. Informe ante la Asamblea General de las Naciones Unidas del Experto Independiente que dirige el estudio mundial sobre los niños privados de libertad, Doc. A/74/136 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 11 de julio de 2019). https://defenceforchildren.org/wp-content/uploads/2019/08/Spanish_Global-Study-on-Children-Deprived-of-Liberty.pdf

G.B. y otros contra Turquía, Sentencia N° 4633/15 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17 de octubre de 2019).

H.A. y otros contra Grecia, Sentencia N° 19951/16 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2019).

Harakhiev y Tolumov contra Bulgaria, Sentencias N° 15018/11 y 61199/12 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de julio de 2014).

Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/30/37 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 6 de julio de 2015). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10439.pdf>

Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana, Doc. A/HRC/35/25 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de abril de 2017). <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/G1710239.pdf>

Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Poner fin a la detención de menores por razones de inmigración y proporcionarles cuidado y acogida adecuados, Doc. A/75/183 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de julio de 2020). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/188/30/PDF/N2018830.pdf?OpenElement>

Jecius contra Lituania, Sentencia N° 34578/97 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 31 de julio de 2000).

Kanagaratnam contra Bélgica, Sentencia N° 15297/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de diciembre de 2011).

Khlaifia y otros contra Italia (GS), Sentencia N° 16483/12 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15 de diciembre de 2016).

K. y Landkreis Gifhorn, Sentencia del As. C-519/20; EU:C:2022:178 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10 de marzo de 2022).

Ley Orgánica 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (Jefatura del Estado [España], 1 de julio de 1985). *Boletín Oficial del Estado*, (158), 20824-20829, 3 de julio de 1985. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12767>

Maaouia contra Francia, Sentencia N° 39652/98 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de octubre de 2000).

Mahdi, Sentencia As. C-146/14 PPU; EU:C:2014:1320 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 5 de junio de 2014).

Mayeka y Mitunga c. Bélgica, Sentencia N° 13178/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de octubre de 2006).

McKay contra Reino Unido, (GS), Sentencia N° 543/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 3 de octubre de 2006).

M.H. y otros contra Croacia, Sentencia N° 15670/18 y 43115/18 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de noviembre de 2021).

Moussil c. Francia, Sentencia N° 67263/01 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de noviembre de 2002).

MSS contra Bélgica y Grecia, (GS), Sentencia N° 30696/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de enero de 2011).

Muskhadzhiyeva y otros contra Bélgica, Sentencia N° 41442/07 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de enero de 2010).

N.D. y N.T. contra España, Sentencia N° 8675/15 y 8697/15 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de febrero de 2020).

Observación General N° 10 sobre los derechos de los niños en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 44.º periodo de sesiones (Comité de los Derechos del Niño, 25 de abril de 2007). https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10_sp.pdf

Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, CRC/C/GC/14, 62.º periodo de sesiones (Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013). https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Observación General Conjunta N° 4 y Observación General Conjunta N° 23 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, CMW/C/CG/4 y CRC/C/GC/23 (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y Comité de los Derechos del Niño, 16 de noviembre de 2017). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/68/PDF/G1734368.pdf?OpenElement>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI) (Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966). <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>

Pham, Sentencia As. C-474/13; EU:C:2014:2096 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 17 de julio de 2014).

Popov contra Francia, Sentencias N° 39472/07 y 39474/07 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de enero de 2012).

Rahimi contra Grecia, Sentencia N° 8687/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de abril de 2011).

Raza contra Bulgaria, Sentencia N° 31465/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de junio de 2010).

R.C. y V.C. contra Francia, Sentencia N° 76491/14 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de julio de 2016).

Resolución 63/184, Protección de migrantes, (A/RES/63/184) (Asamblea General de las Naciones Unidas, 17 de marzo de 2009). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7077.pdf>

Resolución sobre la aplicación de la Directiva sobre retorno (2019/2208(INI)), (2021/C 445/04) (Parlamento Europeo, 17 de diciembre de 2020). *Diario Oficial de la Unión Europea*, (C 445/28), 29 de octubre de 2021. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2021_445_R_0005&from=ES

Real Decreto 162/2014, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y de régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros (CIE) (Congreso de los Diputados [España], 14 de marzo de 2014). *Boletín Oficial del Estado*, (64), 23236-23264, 15 de marzo de 2014). <https://www.boe.es/eli/es/rd/2014/03/14/162>

Rooman contra Bélgica, (GS), Sentencia N° 18052/11 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 31 de enero de 2019).

R.R. y otros contra Hungría, Sentencia N° 36037/17 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2021).

Saadi contra RU (GS), Sentencia N° 13229/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de enero de 2008).

Sagor, Sentencia As. C430/11; EU:C:2012:777 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de diciembre de 2012).

S.D. contra Grecia, Sentencia N° 53541/07 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de junio de 2009).

Sentencia 115/1987 (Tribunal Constitucional [España], 7 de julio de 1987).

Sentencia 373/2014 (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo [España], 10 de febrero de 2015).

S.F. y otros contra Bulgaria, Sentencia N° 8138/16 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de diciembre de 2017).

Soering contra Reino Unido, Sentencia N° 14038/88 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de julio de 1989).

Tarakhel c. Suiza, (GS), Sentencia N° 29217/12 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 2014).

Tarak y Depe contra Turquía, Sentencia N° 70472/12 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 9 de abril de 2019).

Tsarpelas contra Grecia, Sentencia N° 74884/13 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 de abril de 2018).

WM, Sentencia As. C-18/19; EU:C:2020:511 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de julio de 2020).

203

ESTRASBURGO
Y LA DETENCIÓN
DE INMIGRANTES:
¿NUEVA LÍNEA
JURISPRUDENCIAL?

STRASBOURG AND
THE DETENTION OF
IMMIGRANTS: A NEW
JURISPRUDENCE?

Recibido: 28/04/2022
Aprobado: 19/09/2022



La impugnación administrativa en la nueva ley migratoria chilena*

The Administrative Appeal in the New Chilean Immigration Law

PEDRO HARRIS MOYA**

Universidad Autónoma de Chile (Chile)

Resumen: La entrada en vigor de la Ley N° 21.325 en Chile el año 2021 no solo ha innovado en los recursos contenciosos o acciones en materia de migración y extranjería, lo ha hecho también, y sobre todo, con relación al régimen de los recursos administrativos al exceptuar en un doble sentido sus reglas generales. En efecto, mientras que, por un lado, el legislador chileno ha extendido la eficacia de tales mecanismos de impugnación al ejercerse contra actos no expulsivos (habiendo sido establecida su compatibilidad con otras vías recursivas y, asimismo, consagrada la suspensión de los efectos de los actos impugnados); por el otro, ha excluido su aplicación si ellos son interpuestos en contra de una medida de expulsión. La apariencia favorable al recurrente del primer aspecto y desfavorable del segundo, sin embargo, debe matizarse. La eficacia del recurso administrativo contra actos no expulsivos puede acarrear restricciones de derechos para el reclamante, en atención a ciertos criterios interpretativos desarrollados por la jurisprudencia chilena. Asimismo, la ineficacia de dichas vías ante actos expulsivos bien puede restringirse, en vista a las garantías constitucionales que subyacen al ejercicio de estos medios impugnatorios.

Palabras clave: Revisión administrativa, recursos administrativos, justicia administrativa, migración, extranjería

Abstract: The entry into force of the Law No. 21325 in Chile in 2021 has not only reformed judicial review in matters of migration and foreigners, it has also introduced significant modifications to administrative appeal, under the application of basic administrative laws. Apparently, this law has increased the effectiveness of such claims if they are exercised against non-expulsive acts (having established their compatibility with other appeals and, likewise, the suspension of the effects of the contested acts) and excluded the application of administrative appeals against an expulsion measure. However, this first interpretation can admit other interpretations. The administrative appeal against non-expulsive acts may impose restrictions on the rights of the claimant, in line with certain interpretative criteria developed by the case law in Chile. Likewise, the ineffectiveness of such claims against expulsive acts may be corrected, in accordance with the constitutional guarantees regarding the exercise of these mechanisms.

Key words: Administrative review, administrative appeal, administrative justice, migration, foreigners.

* El autor agradece a la Universidad Autónoma de Chile y al Proyecto DIUA 220-2021.

** Doctor en Derecho Público por la Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne (Francia).
Código ORCID: 0000-0002-4361-1739. Correo electrónico: pedro.harris@uaautonoma.cl.

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA EFICACIA DE LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A ACTOS NO EXPULSIVOS: ENTRE APARIENCIA Y REALIDAD.- II.1. DE UNA EFICACIA APARENTE. II.1.1. LA COMPATIBILIDAD DE RECURSOS.- II.1.2. LA INAPLICABILIDAD DEL ACTO.- II.2. A UNA INEFICACIA REAL.- II.2.1. LA CONTINUIDAD DE PLAZOS.- II.2.2. LA SUSPENSIÓN DE EFECTOS.- III. LA INEFICACIA DE LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A ACTOS EXPULSIVOS: ENTRE APARIENCIA Y REALIDAD.- III.1. DE UNA INEFICACIA APARENTE.- III.1.1. LA REGLA DE EXCLUSIÓN.- III.1.2. LOS EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN.- III.2. A UNA EFICACIA REAL.- III.2.1. LA VALORACIÓN CONSTITUCIONAL.- III.2.2. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Conforme a las reglas generales del derecho chileno, quien fuere afectado por un acto administrativo puede reclamar de él ante la Administración (ejerciendo un recurso administrativo) o frente a los tribunales de justicia (a través de un recurso contencioso), siendo este último recurso susceptible de interponerse de manera excluyente o sucesiva al primero, a elección del recurrente, salvo disposición legal en contrario. La impugnación de los actos administrativos en materia de migración y extranjería no ha sido una excepción a lo anterior, pese a que la legislación aplicable por largo tiempo (esto es, el Decreto Ley N° 1094 de 1975, que establecía normas sobre extranjeros en Chile) precedió la entrada en vigor de las principales leyes de bases¹ que consagraron el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración en sede administrativa (esto es, las Leyes N° 18.575 de 1986, Bases Generales de la Administración del Estado, y 19.880 de 2003, Bases de los Procedimientos Administrativos), las cuales, por ello, actualizaron progresivamente dicho régimen de impugnación en este ámbito específico².

No es difícil observar que, según lo señalado, el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración chilena en materia de migración y extranjería hayan debido sujetarse al régimen general de los recursos administrativos —como resultado de la aplicación de las leyes administrativas de bases (Dellacasa & Hurtado, 2017, p. 116)—, circunstancia en especial relevante en atención a las restricciones de los recursos contenciosos establecidos en la legislación anterior (Domínguez, 2016, p. 200). Conforme a ello, durante décadas las disposiciones básicas

1 La doctrina chilena ha reconocido la importancia de las leyes administrativas de base al intervenir «fijando las reglas y principios mínimos que se estiman sustanciales para la materia respectiva. Se trata de pautas de orientación que establecen criterios que pueden —y deben, en ciertos casos— ser utilizados en ámbitos carentes de una regulación expresa» (Gómez, 2016, p. 223).

2 En efecto, la entrada en vigor de tales leyes de bases actualizaría, al menos parcialmente, ciertas características de las reclamaciones en materia migratoria, cuya tramitación en la legislación anterior había sido criticada (Leiva, 2018, p. 20).

aplicables suplirían las limitadas disposiciones especiales en materia de migración y extranjería³, lo que suponía, entre otros aspectos relevantes, la elección del recurrente de la sede administrativa o judicial en la que iniciaría la reclamación, así como de la vía administrativa (ya sea de reposición, jerárquica o ambas) por la cual recurriría, la interrupción del plazo para ejercer el recurso contencioso en tanto no se resolviera aquel administrativo, la aplicación de una regla general de no suspensión del acto en el procedimiento impugnatorio y, por último, la interposición de reclamaciones especiales en ciertos casos calificados⁴.

Un esquema impugnatorio como el referido, sin embargo, ha sufrido una modificación significativa de manera reciente con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.325 de 2021, caracterizada por actualizar no solo el régimen sustantivo de migrantes y extranjeros, sino también las reglas relativas al ejercicio de vías impugnatorias y, en especial, de aquellas administrativas. Así, a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 21.325 y del Decreto N° 296 de 2022 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que reglamenta la aplicación de dicha legislación, la impugnación de los actos administrativos en materia de migración y extranjería en Chile tan solo es regulada parcialmente por la legislación administrativa de bases —y, especialmente, por la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos— al haberse establecido distintas disposiciones especiales relativas al ejercicio de los recursos administrativos. Estas tienen en común derogar ciertas reglas generales, estableciendo reclamaciones con características diferenciadas de las contenidas en las Leyes N° 18.575 y 19.880, ya referidas.

A partir de esta diferenciación, es posible contrastar la eficacia de las vías impugnatorias consagradas en la reciente Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, con aquellas aplicables por regla general en las reclamaciones frente a la Administración. En efecto, de ser entendida como la «capacidad de lograr el efecto que se desea o espera» (Real Academia Española, 2021), la eficacia de los recursos administrativos en materia migratoria solo puede tener un resultado contrastado según el acto reclamado y, específicamente, en atención a si el reclamante ha dirigido su impugnación en contra de la generalidad «de los actos y o resoluciones establecidas en la presente ley» (Ley N° 21.325, art. 139) (II), o en contra de un acto o medida expulsiva (definida como aquella «medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en la ley para su procedencia», según el artículo 126

3 Véanse, por ejemplo, los artículos 79 y 84 del Decreto Ley N° 1094 de 1975, que establecía normas sobre migración y extranjería, y los artículos 142 bis y 159 del Decreto N° 597 de 1984, del Ministerio del Interior, que establecía el reglamento de extranjería.

4 Artículos 54, 57 y 60 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos.

de la Ley N° 21.325) (III), todos ámbitos en los cuales la apreciación general de tales mecanismos resulta más aparente que real.

II. LA EFICACIA DE LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A ACTOS NO EXPULSIVOS: ENTRE APARIENCIA Y REALIDAD

De la simple lectura de las disposiciones aplicables en materia impugnatoria, resulta evidente que el legislador chileno ha adoptado una posición favorable a la eficacia de los recursos administrativos contra los actos no expulsivos en el ámbito de la migración y extranjería, a través de la consagración de distintas disposiciones que tienen en común derogar por especialidad ciertas reglas generales aplicables frente a la interposición de tales vías de reclamación. Por contraste con el régimen general de los recursos administrativos en el derecho chileno, tales derogaciones favorecen el ejercicio directo de reclamaciones frente a la Administración al haberse consagrado efectos a favor del recurrente en sede administrativa, inaplicables en rigor en la vía judicial (II.1). La circunstancia en la que el reclamante se beneficie de tales aspectos ante la Administración, sin embargo, no impide que dichos mecanismos puedan suponer también consecuencias indirectas desfavorables a la protección jurídica de sus intereses (II.2).

II.1. De una eficacia aparente

Una de las principales modificaciones de las reglas generales aplicables al ejercicio de recursos administrativos en materia de migración y extranjería ha sido derogar por especialidad el artículo 54 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, que prohíbe el ejercicio de recursos paralelos una vez interpuesta una reclamación frente a la Administración. En efecto, al disponer el artículo 139, inciso 2 de la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, que la interposición de dicha reclamación es «sin perjuicio de los demás recursos y acciones judiciales que procedan», el legislador chileno ha consagrado una regla de compatibilidad entre el ejercicio de recursos administrativos básicos y la interposición de otras vías de impugnación, sean de naturaleza contenciosa o administrativa (II.1.1), inexistente en otros ámbitos. Igual resultado supone la consagración de una suspensión de pleno derecho de los efectos del acto recurrido (II.1.2), todas características inaplicables de reclamar ante tribunales de justicia.

II.1.1. La compatibilidad de recursos

Pese a que la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, no condicionó el acceso a los tribunales de justicia al ejercicio previo de un recurso administrativo, sí supeditó su procedencia a la resolución del mismo, de haber sido este ejercido previamente conforme al régimen

general aplicable, que le otorga libertad al recurrente para elegir la vía impugnatoria inicial, sea esta ante la propia Administración o directamente frente a los tribunales (González, 2003, p. 387; Bermúdez, 2014, p. 228). Esta es la solución del artículo 54 de la Ley N° 19.880 al disponer que, «[i]nterpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada». Ha sido en aplicación de esta disposición que se ha resuelto que «[s]i el administrado elige la vía administrativa de impugnación, ello le impone la obligación de agotar tal vía, originándose un impedimento para el ejercicio de las acciones judiciales» (SCS N° 45141-2017, 2018, considerando 8; SCS N° 45156-2021, 2021, considerando 5)⁵, lo que justifica la regla de interrupción del plazo para ejercer dichas acciones (Ley N° 19.880, art. 54, inc. 2).

La derogación de esta prohibición en la interposición simultánea de reclamaciones administrativas y contenciosas resulta clara en materia de migración y extranjería en Chile. Junto con haberse consagrado que «[l]os extranjeros afectados por alguno de los actos y o resoluciones establecidas en la presente ley, exceptuando la medida de expulsión, podrán interponer los recursos establecidos en la ley 19.880» (art. 139, inc. 1), el legislador de la Ley N° 21.325 dispuso que dicha interposición es «sin perjuicio de [...] las] acciones judiciales que procedan» (inc. 2)⁶, referencia que, como en otros ámbitos (Soto, 1982; Ferrada, 2011; Valdivia, 2018, p. 423), equivale a exceptuar la prohibición de recurso paralelo consagrada en el artículo 54 de la Ley N° 19.880⁷. Al facultarse a aquel que hubiere recurrido ante la Administración para dirigirse ante los tribunales sin esperar la resolución de un recurso administrativo, se ha optado por una solución coherente con el acceso a la jurisdicción —artículos 19, numeral 3, y 38, inciso 2 de la Constitución (Pantoja, 2007; Bordalí & Ferrada, 2008)— que parece incompatible con un condicionamiento a la resolución de este (Aróstica, 2008, p. 96).

Tal regla de compatibilidad en la interposición de recursos administrativos y contenciosos supone efectos ciertos en las estrategias procesales de los recurrentes, en especial si se considera que la procedencia de los

5 En el mismo sentido, véanse SCS N° 2291-2013 (2013), SCS N° 7071-2014 (2014) y SCS N° 30332-2014 (2015).

6 Esta disposición no era inicialmente prevista en el proyecto de ley, resultando de una indicación incorporada en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, sin referencias acerca de su articulación con el artículo 54 de la Ley N° 19.800, Bases de los Procedimientos Administrativos (BCN, 2021, p. 247).

7 Siguiendo la SCS N° 7618-2009 (2009): «[E]n caso alguno puede considerarse que la interposición de que habla el artículo 54 de la acción jurisdiccional, esté referida al recurso de protección porque precisamente el artículo 20 de la Carta Fundamental se anticipó a declarar que esta acción es sin perjuicio de otros derechos e implícitamente prohibió a la ley, norma de rango inferior, obstaculizar el pleno ejercicio de este arbitrio». Véase, en el mismo sentido, SCS N° 24862-2020 (2020).

recursos contenciosos, luego de ejercerse aquellos de naturaleza administrativa, no ha sido reiterada en el sentido inverso (esto es, de haberse iniciado la reclamación ante los propios tribunales, en ejercicio de un recurso contencioso, y si se pretendiera ejercer un recurso ante la Administración durante el proceso judicial) al ser aplicable el artículo 142 de la Ley N° 21.325. Según este, «[s]i el extranjero interpone alguna acción jurisdiccional en contra de una resolución del Servicio, este deberá abstenerse de conocer cualquier reclamación que el extranjero interponga sobre la misma pretensión» (lo que reitera, por tanto, la solución del artículo 54, inciso final de la Ley N° 19.880, según el cual, «[s]i respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que este interponga sobre la misma pretensión»), consagrándose de esta forma al recurso administrativo como una vía impugnatoria privilegiada para iniciar la reclamación.

Paralelamente, al disponerse que la procedencia de los reclamos de la Ley N° 19.880 es «sin perjuicio de los demás recursos [...] que procedan» (Ley N° 21.325, art. 139, inc. 2), el legislador ha consagrado un segundo derecho de elección de la vía impugnatoria en materia de migración y extranjería, ya que el recurrente no solo podrá optar entre la vía administrativa o la judicial, sino también elegir qué vía administrativa ejercer. Tal opción legislativa es menos evidente de lo que parece, en especial por la regla de supletoriedad del artículo 1 de la Ley N° 19.880, según el cual la solución tradicional al concurso de recursos básicos y especiales ha sido imponer la vía especializada (SCS N° 37186-2017, 2018) al no verificarse la existencia de un vacío legal, condición que justificaría la aplicabilidad supletoria de los recursos administrativos de la Ley N° 19.880⁸. En principio, una interpretación en tal sentido solo ha sido controvertida por la posición que privilegia la aplicabilidad básica de la Ley N° 19.880 (por sobre su carácter supletorio), lo que facultaría para extender las garantías contenidas en ella, mas no para reducirlas (Jara, 2008, p. 298; Cordero, 2015, p. 354). Al establecer tales reclamos «sin perjuicio de los demás recursos», esta ha sido en rigor la opción legislativa consagrada en el ámbito de la migración y extranjería en Chile⁹.

8 La jurisprudencia administrativa ha seguido idéntico criterio. V gr., Dictamen de la CGR 9494-2007 (2007). Tal lectura es asociada a la protección mínima del artículo 10 de la Ley N° 18.575 (Mendoza & Oddo, 2003, p. 276).

9 Esencialmente, esta remisión permitirá sustituir el ejercicio de los recursos referidos en el artículo 59 de la Ley N° 19.880 por aquellos establecidos en disposiciones especiales, de consagrar aspectos más favorables al recurrente. Paralelamente, debe también interpretarse conforme a las restantes disposiciones de la Ley N° 21.325. En particular, este es el caso de la consagración de dos recursos administrativos especiales, tanto frente a la aplicación de prohibiciones de ingreso de extranjeros en Chile como también a la de las medidas de reconducción (Ley N° 21.325, arts. 35 y 131). En ambos casos el legislador chileno ha consagrado vías impugnatorias susceptibles de ejercerse desde el extranjero, mediante disposiciones que extienden el plazo de interposición de los recursos administrativos consagrados en el artículo 59 de la Ley N° 19.880 (pues habrán de interponerse en un término de quince días y no de cinco, conforme a las reglas generales) frente a

II.1.2. La inaplicabilidad del acto

La compatibilidad de impugnaciones no es el único aspecto favorable a la interposición de los recursos administrativos en materia de migración y extranjería en el derecho chileno, también lo es la suspensión de la eficacia del acto recurrido. El punto de partida de este análisis se asocia a la exigibilidad privilegiada de la cual se beneficia la Administración en la materia, conforme a los artículos 3, inciso final, y 51 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos. Al menos si se considera que, según la primera de dichas disposiciones, «[l]os actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios», garantizándose, según la segunda de las normas citadas, su «inmediata ejecutoriedad». En rigor, ambas disposiciones proyectan sus efectos sin perjuicio de la interposición de una reclamación administrativa, al no suspenderse la ejecución de tales actos si quienes fueren afectados por ellos los impugnaren administrativamente. Conforme al artículo 57 de la Ley N° 19.880, la regla general en tal caso será que «[l]a interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado».

A simple vista, la eficacia de los recursos administrativos en materia de migración y extranjería se diferenciaría nuevamente de tal esquema impugnatorio de los actos de la Administración. Conforme al artículo 140 de la Ley N° 21.325: «[l]a interposición de los recursos administrativos [...] suspenderá los efectos del acto o resolución impugnada». Debido a que, en general, los recursos referidos en esta legislación son aquellos consagrados en la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, tal disposición no ha establecido una regla complementaria al ya referido artículo 57 de la Ley N° 19.880, sino más bien una derogación por especialidad del efecto no suspensivo de las impugnaciones administrativas en contra de los actos de la Administración, consagrada en tal disposición. En aplicación de esta suspensión de la eficacia de tales actos, ellos no podrán ser aplicados por la Administración por la sola circunstancia de que hubieren sido reclamados ante ella, salvo que el acto impugnado hubiese correspondido a una expulsión, caso en el cual la ausencia de suspensión será el resultado de la improcedencia de tales recursos y no de una regla contraria, como se verá más adelante.

Una regla de suspensión como la referida no es reciente en materia de migración y extranjería dentro del derecho chileno, y diferentes disposiciones constitucionales y legales así lo reflejan. Forman parte de las primeras el artículo 12 de la Constitución, que consagra la acción por privación de nacionalidad al disponer que «[l]a interposición del

la autoridad consular respectiva. Debido a que tales reclamaciones habrán de ser resueltas por el Servicio Nacional de Migraciones (debiendo la autoridad consular transmitir la información en tal caso), son vías de reposición no susceptibles de una impugnación jerárquica.

recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos». Idéntica solución ha sido consagrada tradicionalmente en materia de expulsiones al haberse dispuesto, ya bajo la legislación anterior, que la «interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión», según indica el artículo 89, inciso final del Decreto Ley N° 1094 de 1975, que establecía normas sobre extranjeros en Chile. Frente a la consagración de reglas como las referidas, el artículo 140 de la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, introduce sin embargo ciertas variaciones, tanto por las causas de procedencia —al haberse consagrado tal suspensión sin relación con la naturaleza del acto recurrido ni con las consecuencias que acarrearía su ejecución (Harris, 2021, p. 396)— como en atención a su alcance —al haber favorecido, principalmente, el ejercicio de recursos administrativos—.

II.2. A UNA INEFICACIA REAL

La compatibilidad de las reclamaciones ante la Administración y los tribunales de justicia, así como la suspensión de pleno derecho del acto impugnado, de recurrirse administrativamente, suponen ventajas significativas frente al ejercicio de recursos contenciosos o acciones (carente en rigor de tales efectos a favor del recurrente), lo que bien pueden llevar a que el reclamante opte por iniciar la reclamación en sede administrativa, impugnando judicialmente un acto no expulsivo solo una vez ejercida tal vía. De suceder lo anterior, sin embargo, podrán originarse ciertas consecuencias menos evidentes de la Ley N° 21.325, las cuales son susceptibles de revertir tales ventajas en detrimento de la eficacia de este mecanismo. Dichos aspectos comprenden, por un lado, la continuidad del plazo para accionar (II.2.1) y, por el otro, la ausencia de distinción de los efectos suspendidos por la impugnación, los que serían por ello también susceptibles de alcanzar aquellas consecuencias favorables al recurrente ante la Administración (II.2.2).

II.2.1. La continuidad de plazos

Aunque la compatibilidad de los recursos administrativos contra actos no expulsivos de la Administración no afecta el ejercicio de otras vías impugnatorias de igual naturaleza, sí puede incidir en la eficacia de los recursos contenciosos susceptibles de ejercerse. La manifestación más evidente de ello se observa en la interpretación de la regla de interrupción del plazo para recurrir judicialmente, en tanto la Administración no resuelve el recurso administrativo ejercido (Ley N° 19.880, art. 54, inc. 2). Aunque de manera ambivalente, la jurisprudencia ha seguido una interpretación restrictiva de esta interrupción, excluyéndola en los casos de procedencia paralela de otras reclamaciones —como ha ocurrido en el ejercicio del recurso de protección (Ferrada, 2011, p. 263)—. Así interpretado, este criterio limitaría significativamente las ventajas de la regla de compatibilidad de recursos contra actos no expulsivos

si previamente estos hubiesen sido impugnados administrativamente, supuesto en el que su procedencia, «sin perjuicio de [... las] demás acciones judiciales», tornaría inaplicable tal regla de interrupción y, con ello, muy probablemente extemporáneas las acciones judiciales que fueren ejercidas¹⁰.

Previsiblemente, este aspecto podrá traer como resultado la tramitación de dos procedimientos impugnatorios (uno administrativo y otro jurisdiccional) en contra de un mismo acto administrativo no expulsivo, los cuales podrían llegar a resultados divergentes. Ello en la medida que la incerteza en la aplicabilidad de la interrupción del plazo para acceder a tribunales (Ley N° 19.880, art. 54, inc. 2) justifique que el recurrente inicie la impugnación en sede administrativa, lo que le permitirá beneficiarse de la regla de suspensión de pleno derecho de los efectos del acto. Al hacerlo, y mientras aquella no fuera aún resuelta por la Administración, estaría ejerciendo un recurso contencioso con la finalidad de evitar la extemporaneidad eventual de su acceso a los tribunales de justicia, lo que originará un supuesto en el que habrá que determinar la prevalencia de una de estas vías, pudiendo ser la impugnación administrativa hasta su resolución o bien aquella jurisdiccional, conforme al inciso 3 del artículo 54 de la Ley N° 19.880; y, asimismo, en base al derecho al recurso y a la sujeción general de la Administración a los tribunales (Constitución Política, 1980, arts. 19, num. 3 y 38, inc. 2).

La doctrina chilena no ha sido indiferente a esta problemática, postulando una interpretación restrictiva de la prohibición de recursos paralelos del artículo 54 de la Ley N° 19.880, conforme a la cual el ejercicio de un recurso contencioso posterior a la interposición de uno administrativo habrá de traducirse en la renuncia tácita a este último (Hunter, 2021, p. 284)¹¹ y, como resultado de lo anterior, en la inexistencia de decisiones contradictorias entre la Administración y los tribunales de justicia. No obstante, y sin perjuicio de la utilidad de esta interpretación, la jurisprudencia chilena ha seguido también una lectura diversa al rechazar la procesabilidad de la acción en tanto la Administración no resolviera el recurso, de haberse reclamado inicialmente ante ella (SCS N° 45141-2017, 2018, considerando 8), probablemente en atención a los términos del artículo 54 de la Ley N° 19.880. Este, al consagrar la prohibición de recursos contenciosos y administrativos paralelos,

10 Así, la Ley N° 21.325 ha trasladado al ejercicio de todo recurso o acción en materia migratoria una referencia que la Constitución (1980) reserva solo al ejercicio del recurso de protección, en atención a su naturaleza cautelar, a saber: un ejercicio «sin perjuicio de los demás derechos» (art. 20), noción que, de interpretarse en los mismos términos que en este ámbito, podría afectar la interrupción del plazo para ejercer recursos contenciosos luego de interponer aquellos administrativos. En contra de la naturaleza cautelar del recurso de protección, véase Bordalí (2004, p. 281).

11 En este ámbito, ello supondría la aplicación del artículo 142 de la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería.

se limita a disponer que la acción judicial no procedería «mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada» sin referencia a otros supuesto, como la renuncia eventual del recurso.

II.2.2. La suspensión de efectos

Finalmente, no es posible ignorar que la extensión del artículo 140 de la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, no se diferencia solo del artículo 57 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, con relación a la suspensión de la ejecución de los actos administrativos como resultado de la interposición de recursos de igual naturaleza, sino que también se distancia de otros aspectos que singularizan el régimen de impugnación administrativa. Esto es notorio si se atiende a que la primera de las disposiciones referidas tiene un mayor alcance que el artículo 57 de la Ley N° 19.880, al haberse establecido que la interposición de los recursos remitidos a la Ley N° 19.880 suspenderá «los efectos» del acto o la resolución impugnada (y no tan solo su ejecución). Así, se podría observar la consagración de una regla de suspensión en el ámbito de la migración y extranjería que excedería, por lo pronto, a la simple no exigibilidad de un acto de la Administración impugnado por vía administrativa al ser su ejecución tan solo uno de los efectos que han sido enumerados en el artículo 3, inciso final de la Ley N° 19.880 (asociable, en principio, a su exigibilidad frente a sus destinatarios desde su entrada en vigencia).

En el ámbito de las reclamaciones en materia de migración y extranjería, una lectura en tal sentido permite contrastar las características del régimen actual de suspensión de los actos impugnados con aquel vigente antes de la publicación de la Ley N° 21.325. Bajo el régimen general de dichas reclamaciones, tales suspensiones solo eran consagradas frente al ejercicio de recursos contenciosos, conforme al artículo 89, inciso final del Decreto Ley N° 1094 de 1975, que establecía normas sobre extranjeros en Chile. Y, aunque el artículo 44 de la Ley N° 20.430 hubiese establecido una regla similar frente a la interposición de recursos administrativos, su ámbito de aplicación se limitaba a solicitantes que reunieran la condición de refugiados. En ambos casos, la extensión de la suspensión del recurso era también restringida, pues únicamente alcanzaba a la ejecución del acto administrativo que hubiese sido impugnado; esto es, a su efecto de exigibilidad (conforme a los artículos 3, inciso final, y 51 de la Ley N° 19.880), sin referencias a los restantes efectos que tales actuaciones formales son susceptibles de producir, los cuales no han sido distinguidos conforme al artículo 140 de la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería.

Actualmente, la suspensión de los efectos del acto recurrido afecta, por tanto, no solo a su ejecución o exigibilidad, conforme a los

artículos 3, inciso final, y 51 de la Ley N° 19.880, sino también a su imperatividad y, sobre todo, a su presunción de legalidad o validez. Aunque las consecuencias de esto sean en rigor difíciles de precisar al no existir consenso entre los autores en torno a su alcance (Delgado, 2018), supondrá que ni aquellos que fueren recurrentes, ni aun la propia Administración recurrida, podrán interpretar la validez de los actos impugnados mediante recursos administrativos para efectos de desprender consecuencias jurídicas de su dictación. Ciertamente, lo anterior no siempre traerá resultados favorables al recurrente en dicha sede pues, aunque el legislador haya establecido tal regla en su beneficio, la suspensión absoluta de los efectos del acto recurrido alcanzará también a aquellas consecuencias que le son favorables, las que se suspenderán junto con los efectos desfavorables del mismo acto, operando ello de manera diversa según la naturaleza que este posea.

En efecto, aunque la suspensión de los actos terminales pueda generar una afectación significativa al reclamante si su pretensión ha sido la modificación del mismo, mas no su retiro (como ocurrirá, por ejemplo, frente al otorgamiento de un estatuto diferente al requerido o un visado por un número inferior de años al solicitado), las mayores restricciones se relacionarán con actos trámite y reglamentarios. Frente a actos trámite, ya que todos los actos vinculados a aquel impugnado no podrán ser dictados en tanto no se resuelva la impugnación (al haberse privado de eficacia a su antecedente), lo que supondrá no solo la suspensión del acto recurrido, sino del procedimiento administrativo en general; y con relación a aquellos de naturaleza reglamentaria, pues la suspensión de efectos implicará la imposibilidad de aplicarlo. Todos estos son aspectos que solo parecen susceptibles de limitarse en función de una interpretación extensiva de la prohibición de reforma en perjuicio del artículo 41, inciso 3 de la Ley N° 19.880 al disponer que en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, como lo son aquellos impugnatorios, la resolución no podrá «agrarar su situación inicial».

Si tales aspectos parecieren ilustrar una eficacia más aparente que real de los recursos administrativos contra actos no expulsivos, dicha apreciación se invierte frente a la impugnación de actos expulsivos de migrantes y extranjeros, hipótesis en la cual la ineficacia de estos mecanismos de reclamación resulta también relativa.

III. LA INEFICACIA DE LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A ACTOS EXPULSIVOS: ENTRE APARIENCIA Y REALIDAD

Aparentemente, los avances en la eficacia de los recursos administrativos frente a actos no expulsivos de la Administración en materia de

migración y extranjería se invierten de manera significativa en su interposición contra las denominadas medidas de expulsión. En efecto, si en principio el legislador de la Ley N° 21.325 ha consagrado una eficacia exorbitante de tales mecanismos de impugnación en contra de actos no expulsivos, frente a las medidas de expulsión ha excluido la aplicabilidad de los recursos de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, derogando expresamente ciertas garantías mínimas establecidas en dicho cuerpo legal (III.1). Aunque una derogación como la referida sea susceptible de provocar una restricción esencial al principio de impugnabilidad de los actos de la Administración (que comprende vías administrativas y contenciosas), diferentes aspectos limitan sus consecuencias (III.2).

III.1. De una ineficacia aparente

La procedencia de los recursos administrativos es una garantía para quien fuera afectado en sus derechos e intereses por la Administración pública, pues conforme al artículo 10 de la Ley N° 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado, este «podrá siempre interponer el [recurso] de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente». En efecto, hasta hoy esta regla solo había sido exceptuada frente a actos de mero trámite por aplicación del artículo 15, inciso 2 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, al haberse dispuesto que estos solo serán impugnables «cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión». Al consagrar una exclusión de recursos administrativos frente a actos terminales, la Ley N° 21.325 ha modificado tales reglas (III.1.1), produciendo así distintos efectos (III.1.2).

III.1.1. La regla de exclusión

La garantía de ejercicio de los recursos administrativos no es reciente en el derecho chileno. Ella ha sido consagrada en el artículo 10 de la Ley N° 18.575 de 1986, Bases Generales de la Administración del Estado, al disponer que «[l]os actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente». Como se observa, se trata de una disposición que establece una garantía variable según la naturaleza del recurso que fuere ejercido. Mientras que la reposición debe ser susceptible de interponerse «siempre» por los afectados por un acto de la Administración, la vía jerárquica solo ha sido garantizada «cuando proceda», debiendo interpretarse que esta procederá de no presentarse los supuestos del artículo 59, inciso 4 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos

Administrativos, que excluye el ejercicio del recurso jerárquico ante «actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados».

No es difícil observar que la opción del legislador chileno en materia de migración y extranjería ha sido derogar por especialidad esta garantía de impugnabilidad. Al disponer que «[l]os extranjeros afectados por alguno de los actos y/o resoluciones establecidas en la presente ley, exceptuando la medida de expulsión, podrán interponer los recursos establecidos en la ley N° 19.880», el artículo 139 de la Ley N° 21.325 no ha consagrado la aplicación de los recursos de la Ley N° 19.880 (al ser su aplicabilidad garantizada en el silencio de las disposiciones legales, como resultado del carácter supletorio consagrado en su artículo 1), sino que ha excluido la procedencia de tales mecanismos de impugnación en contra de las medidas de expulsión por corresponder al único efecto útil que el inciso 1 de dicha disposición es susceptible de producir. Al igual que otros de los preceptos que innovaron en el régimen de los recursos administrativos aplicables en materia de migración y extranjería en Chile (por contraste con el régimen del Decreto Ley N° 1094 de 1975, que establecía normas sobre extranjeros), se trata de un artículo que no era consagrado inicialmente por el proyecto de ley en cuestión¹².

Aunque la vinculación más evidente de tal regla se relacione con la reposición y la vía jerárquica del artículo 59 de la Ley N° 19.880, el artículo 139 de la Ley N° 21.325 ha incidido también en otros mecanismos impugnatorios de aquella ley (no referidos en el artículo 10 de la Ley N° 18.575). La incidencia más evidente es la exclusión del recurso extraordinario de revisión, susceptible de interponerse en contra de actos administrativos firmes de verificarse uno o más de los supuestos referidos en el artículo 60 de la Ley N° 19.880. Menos evidente es la afectación de las facultades de la Administración para «aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieran de manifiesto en el acto administrativo» (Ley N° 19.880, art. 62), en la medida que su ejercicio a solicitud de interesado no ha sido calificado como un recurso administrativo. En último término, deberá considerarse que la exclusión de tales mecanismos de impugnación no alcanza a la presentación de solicitudes de invalidación, en conformidad

LA IMPUGNACIÓN
ADMINISTRATIVA
EN LA NUEVA
LEY MIGRATORIA
CHILENA

THE ADMINISTRATIVE
APPEAL IN THE
NEW CHILEAN
IMMIGRATION LAW

12 Aunque la disposición no era incorporada en el mensaje original del proyecto, sería introducida por el Ejecutivo en el primer trámite legislativo en la Cámara de Diputados, habiéndose formulado diferentes indicaciones legislativas con la finalidad de eliminarla, sin perjuicio de haber sido también objeto de cuestionamientos de la doctrina durante la tramitación legal (Díaz, 2020, p. 342). Pese a que la finalidad de incorporar tal exclusión no haya sido explícita, durante la discusión en sala en el Senado su eliminación sería rechazada por diecisiete votos contra catorce (BCN, 2021, p. 1827). Fue a partir de entonces que una regla a favor del ejercicio de los recursos administrativos de la Ley N° 19.880 (al recordar su aplicación supletoria) devendría en una norma que los excluiría ante la medida administrativa más gravosa —la expulsión (Lawson & Rodríguez, 2016, p. 222)—, según el artículo 116 del Decreto N° 296 de 2022 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

al artículo 53 de la Ley N° 19.880, si se considera que la jurisprudencia ha diferenciado tales solicitudes del ejercicio de un recurso (Cordero, 2013; Harris, 2020a).

III.1.2. Los efectos de la exclusión

El modelo impugnatorio de la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, se separa significativamente de aquellos que, en general, han sido establecidos en materia administrativa. En efecto, el legislador chileno no ha seguido una única opción para organizar las reclamaciones frente a los actos de la Administración. En principio, existen dos modelos diversos (Ferrada, 2006). Según el primero, de aplicación general, el recurrente puede iniciar la reclamación ante la propia Administración o frente a los tribunales de justicia. Conforme al segundo, de aplicación excepcional, el reclamante deberá dirigirse primero ante el órgano administrativo respectivo y solo posteriormente a los tribunales como resultado de la consagración de recursos administrativos obligatorios, los cuales han sido juzgados conforme a la Constitución en el derecho chileno al haberse interpretado que ninguna disposición constitucional consagra la garantía de reclamar directamente ante los tribunales (STC N° 2036-2011, 2011). Al excluir la procedencia de los recursos de la Ley N° 19.880, no es difícil observar que la Ley N° 21.325 supondría una variante diversa ante medidas de expulsión (al suprimir la vía administrativa y reservar únicamente aquella de naturaleza jurisdiccional), todo lo cual conlleva distintos efectos, tanto frente al recurrente como al recurrido.

Los efectos más evidentes inciden en quien fuera recurrente de la medida expulsiva de la Administración al verse privado del derecho de opción que le permite elegir, por regla general, entre ejercer un recurso administrativo o uno contencioso (Ley N° 18.575, art. 10; Ley N° 19.880, art. 54). Aunque en la historia legislativa no se aprecia claramente la finalidad de esta supresión —siendo asociada a una garantía de doble instancia judicial en el ejercicio del recurso contencioso que, pese a no ser consagrada en el proyecto despachado, fue finalmente reintegrada por el Tribunal Constitucional (STC N° 9939-2020, 2021)—, resulta evidente que la exclusión de tales recursos administrativos ha tenido como resultado privar al reclamante de la eficacia que el legislador de la Ley N° 21.325 le ha otorgado a tales impugnaciones, esto es, de la complementariedad de su ejercicio con otros recursos y acciones. Asimismo, también lo priva de la eficacia de la regla de suspensión de los efectos del acto recurrido por la sola reclamación de expulsiones, sin perjuicio de que esta característica haya sido consagrada de ejercerse el recurso contencioso del artículo 141 de la Ley N° 21.325 con relación a la ejecución.

Los efectos menos evidentes inciden en quien fuera recurrido por la medida de expulsión; esto es, el órgano de la Administración respectivo que, conforme a la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, y a su reglamento de ejecución —según el artículo 134 del Decreto N° 296 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 2022—, habrá de corresponder al Servicio Nacional de Migración y Extranjería o al subsecretario del Interior. Para comprender lo anterior, deberán considerarse las distintas finalidades de los recursos administrativos, que si bien se relacionan directamente con la defensa de los derechos e intereses de quienes fueren afectados por los actos de la Administración, indirectamente también proyectan sus efectos en una actividad de control interno del órgano en cuestión (Camacho, 2021, p. 53). Ello se da, en especial, frente a la procedencia de la vía jerárquica, que facultaría al director nacional del Servicio Nacional de Migraciones o al ministro del Interior para resolver tales recursos ante la intervención de directores regionales o del subsecretario del Interior, respectivamente, modificando, reemplazando o dejando sin efecto el acto (Ley N° 19.880, art. 59, inc. final).

En fin, un aspecto común a los efectos anteriormente referidos son los elementos que habilitan para la revisión de dichos actos, lo cual incide tanto en quienes fueren recurrentes de una medida de expulsión como en la autoridad que hubiere sido recurrida frente a su dictación. Al haberse excluido la procedencia de los recursos administrativos, tales elementos solo alcanzarán los vicios de ilegalidad de los que pudieren adolecer dichas medidas, sin comprender aspectos de mérito o de oportunidad. Debido a que estos últimos no son susceptibles de revisión judicial (Ferrada, 2011, p. 254), habrá de concluirse que la apreciación de la conveniencia que hubiere realizado la Administración al dictar una medida expulsiva, en principio, no podrá ser objeto de reapreciación por autoridad alguna al haberse excluido la procedencia de los recursos administrativos contra dichos actos, única vía que faculta para concretar esta reapreciación del acto de la Administración, más allá de la mera concurrencia de una o más ilegalidades trascendentes conforme al artículo 13, inciso 2 de la Ley N° 19.880¹³.

III.2. A una eficacia real

Si se considera que la Constitución chilena no consagra una disposición específica referida al ejercicio de recursos administrativos, la constitucionalidad de la exclusión de tales mecanismos impugnatorios frente a la dictación de una medida de expulsión solo podría verificarse

13 Todo ello sin perjuicio de que el control de la arbitrariedad se haya entendido como uno comprendido en la tramitación legislativa al suprimirse la expresión según la cual «[l]os extranjeros afectados por una medida de expulsión sólo podrán reclamar judicialmente de la legalidad de la misma» (BCN, 2021, p. 990).

de manera indirecta al resultar condicionada a la valoración del principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, consagrado legalmente en los artículos 10 de la Ley N° 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado, y 15 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos (III.2.1). La ineffectividad eventual de tales disposiciones para controlar la aplicación del principio de impugnabilidad frente a ciertas reglas legales (limitativas de una impugnación ante la Administración), sin embargo, no afecta la exigencia de una interpretación restrictiva de dicha exclusión en atención a la existencia de otras vías administrativas paralelas y, asimismo, de otras actuaciones formales que pudieren también ser impugnables (III.2.2).

III.2.1. La valoración constitucional

Los distintos mecanismos de reclamación consagrados en la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, permiten observar las diferencias en el control de constitucionalidad preventivo-obligatorio de los recursos contenciosos y administrativos en el derecho chileno, al menos si se considera que, mientras el Tribunal Constitucional declararía la inconstitucionalidad del procedimiento aplicable a los primeros, no habría de señalar nada con relación a la exclusión de los segundos (STCN° 9939-2020, 2021). Dicha apreciación diferenciada se justifica en atención al parámetro de constitucionalidad del control preventivo-obligatorio, que condiciona su aplicabilidad a los quórums de aprobación de las disposiciones legales en cuestión y, en especial, a si estas requieren tener al menos una jerarquía orgánica constitucional, exigencia que tan solo reunirían ciertas reglas aplicables a la tramitación de los recursos contenciosos, conforme al artículo 77 de la Constitución, mas no aquellas referidas a los recursos administrativos al carecer de una exigencia en tal sentido (Constitución Política, 1980, art. 63, num. 18)¹⁴.

La ausencia de un pronunciamiento de dicha magistratura en tales términos, sin embargo, no impide que la exclusión del recurso administrativo sea susceptible de ser reprochada, en especial de interpretarse que tal supresión conllevaría una restricción injustificada de los derechos de migrantes, con la correlativa vulneración convencional (Lages, 2019, p. 37) e, incluso, constitucional (Molina, 2019, p. 242). Dos aspectos relevantes podrían sostenerlo. El primero es, precisamente, la ausencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, lo que permitiría apreciar la constitucionalidad de dicha supresión en un examen o control represivo y concreto, conforme al parámetro del artículo 19, numeral 3, inciso 6 de la Constitución que, al consagrar la exigencia de un procedimiento racional y justo, se ha entendido que hace extensible dicha exigencia también a procedimientos administrativos impugnatorios (Cordero, 2015, p. 29). La segunda

¹⁴ Un aspecto diverso será la convencionalidad de la exclusión. Al respecto, véase Díaz (2016, p. 197).

razón favorable a este control podrá encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no siendo posible descartar que dicha magistratura pudiera reiterar el criterio sostenido en otras sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de reglas que son limitativas del derecho al recurso también en sede administrativa (STC N° 5282-2018, 2019)¹⁵, dada la extensión de las garantías procesales a todo acto desfavorable (Molina, 2021, p. 265).

La principal dificultad en tal caso se encontrará en la ambivalencia de la jurisprudencia constitucional sobre la integración del artículo 10 de la Ley N° 18.575 (que garantiza el ejercicio de recursos administrativos) como parámetro de juridicidad de otras disposiciones legales en materia de recursos. Aunque el Tribunal Constitucional ha sostenido que una disposición limitativa de los recursos administrativos restringe «las Bases Generales de la Administración del Estado a que alude el artículo 38, inciso primero, de la Constitución, así como la Ley N° 18.575 [...] habida cuenta de que coarta el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración» (STC N° 2009-2011, 2011, considerando 31); también ha afirmado la inadaptación del «artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, pues esta es una norma legal que no puede utilizarse como parámetro en el control de constitucionalidad» (STC N° 2036-2011, 2011, considerando 20)¹⁶.

Llegados a este punto, cabrá considerar la interpretación que habrá de seguir la jurisprudencia judicial en torno al carácter irreductible o no de las garantías de la Ley N° 19.880. En efecto, como se ha recordado, existen al respecto en el derecho chileno

al menos dos posturas: i) la primera apunta a entender que la Ley N° 19.880, en relación a procedimientos especiales, se aplica de forma directa salvo que nos enfrentemos a ciertas singularidades excluidas de vinculación con los principios y estándares comunes de la Ley de Bases de procedimiento administrativo; ii) la segunda posibilidad, es entender que el núcleo irreductible que se contiene en la Ley de Bases se aplica invariablemente de forma directa, mientras que las demás materias podrían tener una eficacia supletoria en relación a procedimientos especiales, autocontenidos o no (Segundo Tribunal Ambiental, R-20-2014, 2014).

15 El derecho a ejercer recursos administrativos ha sido objeto de una interpretación reiterada en la jurisprudencia constitucional reciente (STC N° 9680-2020, 2021; STC N° 9682-2020, 2021; STC N° 9941-2020, 2021).

16 Esta divergencia puede también apreciarse en la doctrina. Así, mientras que algunos autores entienden que el principio de impugnabilidad consagrado en el artículo 10 de la Ley N° 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado, genera efectos sobre la actividad del legislador (Bocksang, 2003, p. 30), otros han interpretado que su aplicabilidad era susceptible de modificarse en función de otras disposiciones legales (Aylwin, 1989, p. 400).

Ciertas sentencias se han aproximado a esta lectura en materia de migración y extranjería, pues «para resolver el asunto en examen, se debe acudir a lo estatuido en la Ley N° 19.880, que regula la actividad de la Administración, estableciendo reglas básicas que se deben aplicar de forma imperativa» (SCS N° 138452-2020, 2020, considerando 5). Ello debe ser interpretado en un contexto anticipado por el Tribunal Constitucional chileno con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 139 de la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, al haber afirmado que la existencia de competencias discrecionales en el ámbito administrativo migratorio «no significa que las autoridades del caso queden investidas de un poder que, por libérrimo, pueda llegar al extremo de abolir principios tan caros al orden institucional como son los de racionalidad e imparcialidad» (STC N° 4757, 2018)¹⁷.

III.2.2. La interpretación restrictiva

Sin perjuicio de los cuestionamientos de constitucionalidad del artículo 139 de la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, con relación a su exclusión de recursos administrativos frente a medidas de expulsión, la interpretación de esta disposición es susceptible de tener distintos alcances, debiendo optarse por una lectura restrictiva en atención a la jerarquía constitucional de los fundamentos del principio de impugnabilidad en sede administrativa (esto es, el derecho de petición, según el artículo 19, numeral 14 de la Constitución chilena) y, asimismo, de otras garantías que pueden verse afectadas de suprimirse su procedencia en general, como la tutela judicial *efectiva* —pues la jurisprudencia constitucional ha interpretado, excepcionalmente, que la prejudicialidad administrativa se ve comprendida en ella (STC N° 5282-2018, 2019, considerando 29; STC N° 9682-2020, 2021, considerando 34)—. En rigor, lo anterior supone distinguir la exclusión de los recursos administrativos frente a las medidas de expulsión de los actos trámite que le hubieren precedido, así como también de su ejecución; y, por último, la posibilidad de que el recurrente interponga otros recursos.

La primera manifestación de una interpretación restrictiva de la exclusión de recursos administrativos frente a las medidas de expulsión afecta a los denominados «actos trámite» que hubieren precedido su dictación en el procedimiento administrativo. Ya que esta exclusión solo incide en la «medida de expulsión», la sucesión de actos —vinculados entre sí— que tuvieron por finalidad su dictación es impugnabile conforme al artículo 15, inciso 2 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, como se desprende de la propia historia legislativa de la Ley N° 21.325 (BCN, 2021, p. 986). Esta alteración de las reglas de impugnabilidad de los actos de la Administración (que torna

¹⁷ Sobre el particular, véase Aninat y Sierra (2019, p. 45).

procedente la impugnación del acto trámite e improcedente la impugnabilidad de aquel terminal) supondrá la apertura de la vía contenciosa una vez resuelta la reclamación ante la Administración según las reglas generales, pudiendo interpretarse la suspensión del procedimiento de expulsión como resultado de la suspensión de los efectos del acto recurrido, conforme al artículo 140 de la Ley N° 21.325, que interrumpe la secuencia de actos que deben ser valorados por la autoridad.

La segunda manifestación de una interpretación restrictiva de la exclusión de recursos administrativos frente a las medidas de expulsión incide en su ejecución. La jurisprudencia no solo distingue entre actos trámite y aquellos terminales (como lo es una medida de expulsión), sino también entre estos últimos y aquellas actividades de la Administración que ejecutan el contenido de dichos actos (Harris, 2020b, p. 142). Si se considera que la ejecución de las medidas de expulsión ha sido reglamentada en sus distintas fases por los artículos 139 y siguientes del Decreto N° 296 —promulgado en 2022 por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública—, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, podrá observarse que la ejecución de las diferentes actuaciones formales contenidas en dichas disposiciones son susceptibles de impugnarse tanto por la vía contenciosa como administrativa, al no haberse consagrado disposición alguna que limite la interposición de recursos administrativos contra la ejecución de las medidas de expulsión, sino contra las medidas consideradas en sí mismas.

Una última manifestación de una interpretación restrictiva de la exclusión de recursos administrativos frente a las medidas de expulsión se relaciona con la procedencia de otras vías administrativas. Para comprender esto habrá de considerarse que el artículo 139 de la Ley N° 21.135 no consagra la inimpugnabilidad administrativa de las medidas de expulsión, sino solo la improcedencia de los recursos administrativos de la Ley N° 19.880, lo que permite que dichas medidas puedan ser impugnables a través de otros recursos o disposiciones especiales, como ocurre en materia de refugiados conforme al artículo 5, inciso 2 de la Ley N° 20.430, descartándose la derogación tácita de reclamaciones anteriores en este ámbito. Asimismo, aunque esta procedencia pareciera tornar inaplicable el efecto suspensivo del reclamo¹⁸, habrá de considerar la amplitud del artículo 140 de la Ley N° 21.325, que en ningún caso condicionó la suspensión de los efectos del acto recurrido al ejercicio de un recurso administrativo en específico. Debe también llegarse a idéntica conclusión de aplicarse supletoriamente el ya referido artículo 57, inciso 2 de la Ley N° 19.880, pues, en rigor, la ejecución de

18 Respecto a los efectos suspensivos, véase también el artículo 44 de la Ley N° 20.430.

la expulsión hará «imposible el cumplimiento de lo que se resolviere, en caso de acogerse el recurso».

IV. CONCLUSIONES

La Ley N° 21.325 y su reglamento de ejecución han introducido una actualización del régimen de reclamaciones administrativas frente a los actos de la Administración en materia de migración y extranjería en Chile a través de diferentes disposiciones que derogan, por especialidad, las reglas generales aplicables por largo tiempo en este ámbito como resultado de la aplicabilidad supletoria de la Ley N° 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado, y de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, en aspectos no regulados en su oportunidad bajo la dictación del Decreto Ley N° 1094 de 1975, que establecía normas sobre extranjeros en Chile. En comparación con las reglas generales consagradas en tales leyes, la actualización del régimen recursivo susceptible de ejercerse ante la Administración en este ámbito solo puede calificarse como de una aparente eficacia contrastada, si se considera que las características de la impugnación administrativa varían conforme al acto impugnado.

En efecto, a primera vista, la Ley N° 21.325 ha extendido la eficacia de los recursos administrativos susceptibles de ejercerse frente a actos no expulsivos y, a la inversa, los ha tornado inaplicables ante actos expulsivos. Frente a actos no expulsivos, tal es el resultado de la consagración de disposiciones favorables a la compatibilidad de las reclamaciones reguladas en la Ley de Migración y Extranjería y otras diversas (ya sean estas administrativas o, bien, propiamente contenciosas); y, asimismo, del establecimiento de un régimen de suspensión de los efectos de los actos recurridos por la sola interposición del reclamo, todos aspectos que exceptúan las reglas generales aplicables en las impugnaciones administrativas en Chile. A la inversa, ante actos expulsivos, ello es la consecuencia de haberse derogado por especialidad el ejercicio de los recursos administrativos de la Ley N° 19.880, no habiendo el Tribunal Constitucional controlado tal derogación en ejercicio del examen preventivo-obligatorio de la ley.

Sin embargo, diferentes aspectos de este régimen permiten reapreciar tal lectura. Frente a actos no expulsivos, tales aspectos comprenden las restricciones que supone el acceso a los tribunales, en vista a la eventual interpretación de la continuidad del plazo para recurrir (como resultado de la compatibilidad de vías contenciosas) y una amplia regla de suspensión de efectos (que podría alcanzar a aquellos favorables al recurrente), aspectos que bien podrían tornar ineficaz el ejercicio de recursos administrativos, pese a haber sido favorecidos por el legislador en tales impugnaciones. Paralelamente, ante actos expulsivos,

una reapreciación similar puede realizarse con base en la valoración constitucional del principio de impugnabilidad administrativa (que podría cuestionar la constitucionalidad de la derogación de los recursos de la Ley N° 19.880) y a la necesaria interpretación restrictiva de su improcedencia, elementos que parecen otorgarle eficacia a mecanismos impugnatorios limitados por ley.

REFERENCIAS

Aninat, I., & Sierra, L. (2019). Regulación inmigratoria: Propuestas para una mejor reforma. En I. Aninat y R. Vergara (eds.), *Inmigración en Chile - Una mirada multidimensional* (pp. 31-63). Santiago de Chile: CEP.

Aróstica, I. (2008). Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. *Ius Publicum*, (20), 85-103.

Aylwin, A. (1989). Principios de la Ley Orgánica de la Administración del Estado y pautas para el análisis de su Título I. *Revista Chilena de Derecho*, 16(2), 395-422.

Bermúdez, J. (2014). *Derecho Administrativo General* (3.ª ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2021). *Historia de la Ley 21.326, Ley de migración y extranjería*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7856/>

Bocksang, G. (2003). ¿Cuál es el acto terminal del procedimiento administrativo? En Ley N° 19.880, *Sobre Procedimientos Administrativos* (pp. 15-32). Santiago de Chile: Universidad Santo Tomás.

Bordalí, A. (2004). El recurso de protección como proceso de urgencia. *Revista chilena de Derecho*, 31(2), 269-288.

Bordalí, A., & Ferrada, J. C. (2008). El derecho fundamental a la tutela judicial del ciudadano frente a la Administración del Estado. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 1-34.

Camacho, G. (2021). Un examen con enfoque garantista de los recursos administrativos. *Revista de Derecho Público*, (94), 51-68. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-5249.2021.64242>

Cordero, L. (2013, 27 de noviembre). *La invalidación no es recurso administrativo*. El Mercurio Legal. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902547&Path=/0D/C5/>

Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Dellacasa, F., & Hurtado, J. M. (2017). *Derecho migratorio chileno* (2.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Delgado, A. (2018). Algunos comentarios sobre la presunción de validez de los actos administrativos en la ley de bases de los procedimientos administrativos.

Ars Boni et Aequi, 14(1), 83-114. <http://dx.doi.org/10.23854/07192568.2018141Delgado83>

Díaz, R. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 179-220. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100006>

Díaz, R. (2020). Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno. *Estudios Constitucionales*, 18(1), 309-352. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100309>

Domínguez, C. (2016). Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? *Revista chilena de Derecho*, 43(1), 189-217. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100009>

Ferrada, J. C. (2006). Sentencia sobre interpretación del art. 54 LBPA que establece la interrupción de los plazos judiciales mientras se resuelven recursos administrativos interpuestos previamente (Corte Suprema). *Revista de Derecho (Valdivia)*, 19(2), 257-264. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000200012>

Ferrada, J. C. (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (36), 251-277. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100007>

González, J. (2003). La Ley chilena de procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, (162), 359-389.

Gómez, R. (2016). Rol e importancia de las leyes de bases en el Derecho Administrativo chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29(2), 213-228. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200010>

Harris, P. (2020a). La invalidación administrativa mixta. *Revista de Derecho (Concepción)*, 88(248), 375-385. <http://dx.doi.org/10.29393/rd248-23iaph10023>

Harris, P. (2020b). Técnicas del contencioso administrativo que refuerzan el principio de legalidad. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (31), 125-148. <https://doi.org/10.7764/redae.31.5>

Harris, P. (2021). El acceso a la justicia y el debido proceso ante el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema: dos nociones del contencioso administrativo chileno. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 11(3), 384-401. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i3.7777>

Hunter, I. (2021). La desviación procesal en el contencioso-administrativo ambiental chileno. *Revista de Derecho Ambiental*, 2(16), 271-304. <http://doi.org/10.5354/0719-4633.2021.64848>

Jara, J. (2008). La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880. *Revista de Derecho Público*, (70), 287-311. <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/37765>

Lages, R. (2019). Migración internacional y derecho: una reflexión en clave de derechos humanos. *Revista Anales*, (16), 27-45.

Lawson, D., & Rodríguez, M. (2016). El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. En T. Vial (coord.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile* (pp. 217-238). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Leiva, R. (2018). *Análisis de la jurisprudencia nacional en torno al ejercicio de la facultad de expulsión prevista en el Decreto Ley N° 1094/75 y en su respectivo reglamento en periodo comprendido entre los años 2005-2018* [tesis de maestría en Derecho, Universidad de Chile].

Mendoza, R., & Oddo, B. (2003). Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones). *Revista de Actualidad Jurídica*, (8), 273-291.

Molina, D. (2021). Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en derecho migratorio chileno: parte general. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 34(1), 255-273. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100255>

Molina, D. (2019). Principios de derecho migratorio chileno desde una óptica constitucional. En J. Charney (coord.), *Derecho y Migración - Actas de las XLVII Jornadas de Derecho Público* (pp. 235-251). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Pantoja, R. (2007). La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. En G. Cisneros, J. Fernández y M. López (coords.), *Justicia Administrativa* (pp. 381-423). Ciudad de México: UNAM.

Real Academia Española. (2021). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Diccionario de la lengua española.

Soto, E. (1982). Sin perjuicio de en el recurso de protección. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (6), 369-402.

Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Constitución Política de Chile (1980).

Decreto N° 296, que aprueba reglamento de la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 2022).

Decreto N° 597, que aprueba nuevo Reglamento de Extranjería (Ministerio del Interior [Chile], 1984).

Decreto Ley N° 1094, que establece normas sobre extranjeros en Chile (1975).

Dictamen N° 9494-2007 (Contraloría General de la República [Chile], 28 de febrero de 2007).

Ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

LA IMPUGNACIÓN
ADMINISTRATIVA
EN LA NUEVA
LEY MIGRATORIA
CHILENA

THE ADMINISTRATIVE
APPEAL IN THE
NEW CHILEAN
IMMIGRATION LAW

Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería.

Sentencia Rol N° R-20-2014 (Segundo Tribunal Ambiental [Chile], 19 de junio de 2014).

Sentencia Rol N° 7618-2009 (Corte Suprema [Chile], 29 de diciembre de 2009).

Sentencia Rol N° 2291-2013 (Corte Suprema [Chile], 13 de septiembre de 2013).

Sentencia Rol N° 7071-2014 (Corte Suprema [Chile], 9 de septiembre de 2014).

Sentencia Rol N° 30332-2014 (Corte Suprema [Chile], 21 de julio de 2015).

Sentencia Rol N° 45141-2017 (Corte Suprema [Chile], 3 de mayo de 2018).

Sentencia Rol N° 37186-2017 (Corte Suprema [Chile], 10 de septiembre de 2018).

Sentencia Rol N° 24862-2020 (Corte Suprema [Chile], 26 de octubre de 2020).

Sentencia Rol N° 138452-2020 (Corte Suprema [Chile], 24 de noviembre de 2020).

Sentencia Rol N° 45156-2021 (Corte Suprema [Chile], 20 de julio de 2021).

Sentencia Rol N° 2009-2011 (Tribunal Constitucional [Chile], 4 de agosto de 2011).

Sentencia Rol N° 2036-2011 (Tribunal Constitucional [Chile], 18 de octubre de 2011).

Sentencia Rol N° 4757-2018 (Tribunal Constitucional [Chile], 19 de julio de 2018).

Sentencia Rol N° 5282-2018 (Tribunal Constitucional [Chile], 17 de julio de 2019).

Sentencia Rol N° 9939-2020 (Tribunal Constitucional [Chile], 1 de abril de 2021).

Sentencia Rol N° 9680-2020 (Tribunal Constitucional [Chile], 4 de mayo de 2021).

Sentencia Rol N° 9682-2020 (Tribunal Constitucional [Chile], 4 de mayo de 2021).

Sentencia Rol N° 9941-2020 (Tribunal Constitucional [Chile], 12 de agosto de 2021).

Recibido: 28/04/2022

Aprobado: 28/09/2022



Contradicciones de la política migratoria chilena (2018-2022)

Contradictions in the Chilean Government's Immigration Policy (2018-2022)

MARTINA COCINA-CHOLAKY*

Universidad Estatal de O'Higgins (Chile)

Resumen: Bajo el lema de «ordenar la casa», el gobierno de Sebastián Piñera, desde su asunción presidencial en 2018, ha impuesto diversos requerimientos a la movilidad humana, que han dificultado el ingreso y la permanencia regular a colectivos, como el haitiano y el venezolano. Estas medidas se han acompañado de una apuesta por la militarización de la frontera norte y la mediatización de expulsiones, junto con una retórica que dicotomiza los desplazamientos en positivos/negativos según su situación administrativa, condicionando así los derechos de los migrantes. Este artículo examina, desde el paradigma de la gobernabilidad migratoria y mediante un análisis documental, la política migratoria chilena de 2018 a 2022, indagando desde un enfoque cualitativo y exploratorio las principales medidas instauradas y las retóricas esgrimidas. Se concluye que en este periodo presidencial se ha agudizado una política que, a través de una narrativa de derechos humanos, restringe ciertos flujos, incrementando la irregularidad y la precarización de las travesías, consecuencias que contradicen la premisa de «migración ordenada, segura y regular» en que se sustenta la gestión gubernamental. Esta dinámica se ha expresado con fuerza en la Región de Tarapacá, un territorio que se ha transformado en el epicentro de la coyuntura migratoria.

Palabras clave: Migración, Chile, gobernabilidad migratoria, irregularidad

Abstract: Under the slogan of “putting the house in order”, the government of Sebastián Piñera, since his presidential inauguration in 2018, has imposed various requirements on human mobility, which have hindered the entry and regular stay of groups such as Haitians and Venezuelans. These measures have been accompanied by a commitment to the militarization of the northern border and the mediatization of expulsions, along with a rhetoric that dichotomizes displacements into positive/negative, according to their administrative situation, thus conditioning the rights of migrants. This paper examines, from the paradigm of migration governance and through a documentary analysis, the Chilean migration policy from 2018 to 2022, investigating from a qualitative and exploratory approach the main measures implemented and the rhetoric used. It is concluded that in this presidential period a policy has been intensified that, through a human rights narrative, restricts certain flows, increasing irregularity and the precariousness of the

* Investigadora posdoctoral del Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Estatal de O'Higgins (Chile) y profesora de la Universidad Viña del Mar (Chile). Abogada y diplomada en Derecho por la Universidad de Chile (Chile); máster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico Penal; y doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona (España).
Código ORCID: 0000-0002-9239-1373. Correo electrónico: martina.cocina@uoh.cl.

crossings, consequences that contradict the premise of “orderly, safe and regular migration” on which the government administration is based. This dynamic has been strongly expressed in the Tarapacá Region, a territory that has become the epicenter of the migratory situation.

Key words: Migration, Chile, migration governability, irregularity

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. METODOLOGÍA.- III. GOVERNABILIDAD MIGRATORIA DESDE EL SUR GLOBAL.- IV. CLAVES DE LA POLÍTICA MIGRATORIA CHILENA (2018-2022).- IV.1. VISAS QUE HAN INCREMENTADO LA IRREGULARIDAD.- IV.1.1. VISAS EXIGIDAS A PERSONAS VENEZOLANAS.- IV.1.2. VISAS EXIGIDAS A PERSONAS HAITIANAS.- IV.1.3. VISAS E INCREMENTO DE LA IRREGULARIDAD.- IV.2. MEDIATIZACIÓN DE LAS EXPULSIONES.- IV.3. APUESTA POR LA FRONTERIZACIÓN.- V. EL EPICENTRO DE LA COYUNTURA MIGRATORIA: LA REGIÓN DE TARAPACÁ.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En septiembre de 2021, se congregaron en Iquique, una ciudad nortina chilena, más de 5000 personas, quienes marcharon al ritmo de los gritos de «Chile para los chilenos» y «No más inmigración ilegal». Bajo la idea de la invasión y la migración como focos de delincuencia, dichos ciudadanos demandaron la expulsión de los extranjeros en irregularidad. Algunos migrantes, para evitar ser agredidos, tuvieron que resguardarse bajo protección policial; sin embargo, un grupo de manifestantes quemó parte de sus pertenencias, entre las que se encontraban carpas, ropas, juguetes y un coche de bebé. Uno de los afectados señaló que «nos tiraron piedras, botellas, de todo. Y la gente, en vez de ayudar, grababa con sus teléfonos; era como un show para ellos. Nos sentimos humillados, tratados como animales, como una basura» (Paúl, 2021, s.p.).

Lo acontecido fue condenado unánimemente. Felipe González (2021), relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, declaró que fue una «inadmisble humillación contra migrantes especialmente vulnerables, afectándolos en lo más personal. El discurso xenófobo, asimilando migración a delincuencia, que por desgracia se ha ido volviendo cada vez más frecuente en Chile, alimenta esta clase de barbarismo» (s.p.).

Lo sucedido en la Región de Tarapacá es un aliciente para reflexionar sobre la política migratoria chilena reciente, los discursos esgrimidos y sus consecuencias. Constituye, además, un ejemplo que expone los alcances de vincular irregularidad a criminalidad, una asociación que no es inofensiva, ya que cuando los desplazamientos se restringen a una problemática de seguridad, se abordan con un mayor control fronterizo (Valencia & Ramos, 2021, p. 405). Esta forma de comprender la

movilidad humana hace caso omiso de los alcances que ha tenido la política gubernamental en los últimos años; esto es, la imposición de medidas que han acrecentado la irregularidad y la vulnerabilidad de las travesías (Thayer, 2021a, p. 7). Precisamente, este trabajo explorará cómo las medidas decretadas en Chile se articulan con una narrativa de derechos humanos; es decir, bajo la lógica de la gobernabilidad migratoria.

Para analizar esta gestión, cabe considerar que Chile ha experimentado en los últimos años una significativa alza migratoria: de 2017 a 2019 se duplicaron los extranjeros residentes, pasando de 750 000 a cerca de 1,5 millones. En particular se incrementó el arribo de ciertas nacionalidades, como la venezolana y la haitiana, observándose una tendencia de nuevos colectivos que provienen de más allá de las fronteras inmediatas (INE & DEM, 2021, p. 4).

Ante este escenario, la Administración de Piñera, desde su asunción en 2018¹, valiéndose de la expresión «ordenar la casa», ha impuesto una serie de mecanismos presentados con el objeto de facilitar la inclusión; sin embargo, como observa la literatura, estos más bien han obstaculizado el ingreso y la permanencia regular (Dufraix *et al.*, 2020, p. 172; Stefoni *et al.*, 2021, s.p.). Así, la política chilena reciente ha estatuido la precarización de los flujos (Thayer, 2021a, p. 7).

En el año 2018 se inició esta nueva etapa en política migratoria, definida en torno a la restricción, al orden y a la institucionalización de las condiciones de exclusión (Thayer, 2021a, p. 12). El Gobierno de Chile, como plantean Stefoni *et al.* (2022), ha avanzado «hacia políticas de recrudescimiento del control fronterizo, con una tendencia a la militarización, y a la selección de quienes pueden ingresar al territorio a partir de criterios discriminatorios y discrecionales» (p. 151). Este complejo panorama se agudizó aún más con el cierre de fronteras terrestres en marzo de 2020, las cuarentenas decretadas y la restricción de la circulación producto de la pandemia de COVID-19 (Liberona, 2020, p. 49; SJM, 2021, p. 6).

El objetivo de este artículo es analizar la política migratoria chilena durante los años 2018-2022, en especial las principales medidas instauradas con la finalidad de gestionar los desplazamientos y los discursos que las han sustentado, indagando cómo dicha política se corresponde con el enfoque de la gobernabilidad migratoria, exponiendo sus implicancias y ejemplificando con lo acontecido en un determinado territorio. La delimitación temporal obedece a que en 2018 se instauró la inmigración internacional como prioridad en

¹ Sebastián Piñera ha sido presidente de la República de Chile en dos ocasiones: de 2010 a 2014 y de 2018 a 2022.

la agenda pública y se dictó una serie de medidas, lo que conlleva que pueda considerarse una política migratoria como tal (Oyarzún *et al.*, 2021, p. 107).

En términos de estructura, el trabajo se divide en cinco secciones. En el primer apartado se describe la metodología empleada, detallando el análisis documental efectuado. En la segunda sección se explicita brevemente el marco teórico que sustenta el estudio. El tercer apartado explora cómo el paradigma de la gobernabilidad migratoria se expresa en el segundo mandato de Piñera, identificando tres elementos clave: imposición de visas, mediatización de expulsiones y fronterización. En la cuarta sección se aborda el caso de Tarapacá para ejemplificar cómo las consecuencias de esta gestión y la narrativa se enfatizan en un espacio en particular. Cabe indicar que se ha seleccionado este caso debido a que esta región fronteriza, como se expondrá más adelante, cuenta con una serie de características que la hacen un territorio-nicho para la investigación (Tapia & Liberona, 2018, p. 17). Finalmente, se plantean las principales conclusiones que se derivan del trabajo, así como una futura línea de investigación.

II. METODOLOGÍA

Este artículo examina cualitativamente la política migratoria chilena reciente, utilizando herramientas de carácter analítico y fuentes que la cuantifican. A nivel metodológico, con el objeto de comprender cómo el Gobierno ha abordado la movilidad humana de 2018 a 2022, se empleó el análisis documental, una estrategia de recolección y examen de la información que permite «simplificar el contenido de los documentos y representarlos de una forma diferente a la original, tomando solo sus elementos esenciales o referenciales» (Peña & Pirela, 2007, p. 63).

Para este trabajo, el análisis documental se efectuó de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se hizo una revisión bibliográfica de literatura sobre migración, sobre todo publicaciones disponibles en revistas científicas con énfasis en la última década. La búsqueda en línea fue a través de términos claves como «Chile», «política migratoria», «migración» y «gobernabilidad migratoria». La delimitación, asimismo, se basó en estudios previos (Cociña-Cholaky, 2019, 2020, 2022) en los que se indagó respecto al modo en que el Estado chileno ha abordado la movilidad humana recientemente.

El análisis de literatura permitió, por una parte, identificar las medidas claves en este periodo y sus alcances; y, por otra, detectar aquellos ámbitos que requieren una mayor profundización. En este sentido, se observó que si bien se han desarrollado

investigaciones sobre la política migratoria chilena reciente (Dufraix *et al.*, 2020, p. 179; Stang *et al.*, 2020, p. 178; Thayer, 2021a, p. 1), no se ha estudiado en su total extensión el periodo presidencial 2018-2022. Este trabajo contribuye a suplir esta brecha, interrelacionando los mecanismos instaurados, los discursos empleados, las estadísticas disponibles y el marco teórico que sustenta esta gestión. Precisamente, en esta yuxtaposición de diversos elementos radica lo novedoso del presente artículo.

2. Junto con el examen de literatura, se realizó una revisión del marco normativo vigente en Chile sobre migración internacional, que incluyó la legislación que se encuentra disponible en la página institucional de la Biblioteca del Congreso Nacional. Lo anterior sirvió de trasfondo para analizar los siguientes datos, que se agrupan en tres tipos de documentos:

- a. Material estadístico producido por organismos públicos para el periodo 2017-2021: se solicitó a la Policía de Investigaciones (PDI) la entrega de las denuncias de ingreso por pasos no habilitados a Chile (distinguiendo por nacionalidad) y el número de expulsiones materializadas de extranjeros. Además, se solicitaron las cifras de visas consulares a la Subsecretaría de Relaciones Exteriores (solicitadas, otorgadas, en tramitación y rechazadas). Estos datos se obtuvieron conforme a la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Cabe hacer presente que las cifras de visas de responsabilidad democrática remitidas por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores² presentan problemas de registro que dificultaron el análisis, lo que es preocupante, pues no debieran existir inconsistencias en la información proveniente de organismos públicos ni dudas sobre la fiabilidad de los datos.

Lo anterior se complementó con las estadísticas del Servicio Nacional de Migraciones disponibles en su página institucional y las estimaciones sobre población extranjera residente en Chile (INE & DEM, 2021).

- b. Informes, boletines y reportes de organismos especializados en la materia, como los informes sobre migración en Chile del Servicio Jesuita Migrante (SJM, 2021,2022), el *Informe temático sobre Migración y Derechos Humanos* de la Universidad de Chile (2016) y el capítulo del *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile* referente a los derechos de los migrantes (Vargas, 2018). En cuanto a los boletines, se consideró el 5° *Boletín del Observatorio de Políticas Migratorias* (Universidad

2 Ante la solicitud de información N° AC001T0003680 de 2021.

Católica Silva Henríquez, 2021) y el 5° *Boletín* de la Mesa de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros de 2022, del Ministerio de Justicia y otros organismos. Además, se revisaron los reportes emitidos por R4V, plataforma interagencial de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (R4V, 2022a, 2022b, 2022c).

- c. Comunicados y notas periodísticas del periodo 2018-2022: se seleccionaron comunicados emitidos por la presidencia de la república disponibles en su página institucional, además de notas de prensa sobre la temática publicadas en medios de comunicación en línea. Dicha información se sistematizó y examinó, revisión que permitió elaborar un análisis sobre las principales medidas administrativas decretadas y las retóricas esgrimidas por autoridades en el periodo 2018-2022.

Los diversos textos se analizaron desde su contexto histórico específico, considerando que «interpretar supone el intento de entender el documento en el contexto de las condiciones (materiales, sociales) de su producción y de su lectura» (Valles, 1999, p. 136). Para ello se tuvieron en cuenta las inferencias o significaciones, tanto expresas como latentes, dentro del marco determinado en el que cobran sentido (Andréu, 2002, p. 2).

Asimismo, este artículo se ha influenciado metodológicamente de presupuestos del análisis crítico del discurso, que entiende al discurso como una práctica social bidireccional configurada por las relaciones, las instituciones y las estructuras sociales que le dan sustento. Este enfoque plantea que el discurso cumple un papel trascendental en la reproducción de las relaciones de poder y de las identidades sociales, por lo que indaga en el mismo como práctica social; esto es, considerando el uso lingüístico como un modo de acción situado histórica y socialmente (Van-Dijk, 2016, p. 205).

III. GOBERNABILIDAD MIGRATORIA DESDE EL SUR GLOBAL

En la década de los años ochenta, la escuela de estudios críticos de Copenhague acuñó el término «securitización» para referirse al proceso mediante el cual una cuestión se transforma en un problema de seguridad, con total independencia de su naturaleza objetiva o la importancia del supuesto riesgo (Buzan *et al.*, 1998, pp. 23-24). Desde esta perspectiva, se construyó una retórica que, a través de la identificación de las amenazas que ponen en riesgo a la sociedad, ha erigido al extranjero en potencial enemigo, redefiniendo quiénes pertenecen a la comunidad y quiénes se

encuentran excluidos (Cociña-Cholaky, 2019, p. 164; Treviño, 2016, p. 256).

Desde el Cono Sur, este régimen que caracteriza al régimen global de la movilidad ha sido reinterpretado, entendiendo que con la perspectiva securitista coexiste un discurso de derechos humanos que legitima el control sobre los desplazamientos, aunque estos se enmarquen en procesos de movilidad forzada (Blouin, 2021, p. 158; Clavijo *et al.*, 2018, p. 12; Dalmasso, 2016, p. 132). La gobernabilidad migratoria aúna ambas miradas para securitizar las migraciones, estableciendo una noción restrictiva y punitiva de la movilidad, y una retórica de garantías fundamentales (Domenech, 2017, p. 36).

Domenech (2013) denominó a estos mecanismos como «políticas de control con rostro humano»; es decir, políticas que, amparadas en la promoción de una migración ordenada, segura y regular, gestionan los flujos de personas para que sean manejables, predecibles y circulen por los canales establecidos (p. 2). En otras palabras, se trata de políticas que, legitimándose en el enfoque de derechos humanos, buscan controlar las circulaciones (Blouin, 2021, p. 148; Domenech, 2018, p. 111; Stang, 2016, p. 104).

Esta perspectiva, sustentándose en un control eficiente de las travesías o *migration management*, plantea que el «excedente de movilidad» debe ser objeto de control y vigilancia, desechando lo que se considera inútil e indeseable (Düvell, 2003, s.p.), dicotomizando la movilidad en positiva/negativa e instaurando la política de la deseabilidad (Achón, 2019, p. 71; Finn, 2019, p. 172). Desde este prisma, el control migratorio actúa como válvula reguladora al impedir los arribos indeseados (Quinteros, 2016, p. 108).

Como apunta Santi (2020), la migración ordenada no es una idea reciente, sino que tiene más de medio siglo (p. 3) y se observa a nivel mundial, regional y local (Pereira & Domenech, 2021, p. 289). En este sentido, Sudamérica no constituye una excepción al control global, sino que la exigencia de visados se establece más bien como la respuesta inmediata del Estado frente al arribo de comunidades de extranjeros no «deseables», consagrándose así una regulación selectiva que normaliza la criminalización de los extranjeros mediante argumentos securitarios y/o humanitarios (Trabalón, 2018, p. 167). De ahí que Quinteros *et al.* (2021) insten a comprender «la actual criminalización de la migración en América como el resultado histórico de una política migratoria construida a partir de diversos procesos de securitización y clasificación» (p. 75).

Chile, en particular, ha transitado desde la doctrina de la seguridad nacional a la gobernabilidad migratoria, un paradigma que, amparado

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

en la retórica de los derechos humanos, los gestiona para que sean predecibles y útiles (Stang, 2016, p. 83). Es decir, bajo argumentos humanitarios y/o que resguardan la seguridad, los derechos humanos y la «vulnerabilidad», se restringen ciertos flujos. De esa manera el Gobierno, mediante esta retórica, oculta sus propósitos reales frente a los aparentes (Finn & Umpierrez de Reguero, 2020, p. 42).

IV. CLAVES DE LA POLÍTICA MIGRATORIA CHILENA (2018-2022)

La segunda Administración de Piñera, iniciada el año 2018, seleccionó y controló los flujos de extranjeros bajo la idea de «ordenar la casa» (Stefoni & Brito, 2019, p. 2; Dufraix *et al.*, 2020, p. 172). Esta política, definida en torno a la premisa de «migración ordenada, segura y regular» (consagrada en el artículo 7 de la nueva Ley de Migración y Extranjería, Ley N° 21.325), se sustenta en el supuesto caos y la necesidad de solucionarlo, configurando la regularidad como eje central para acceder a derechos e institucionalizando por vía administrativa las condiciones de exclusión (Thayer, 2021a, p. 12). Por ende, la irregularidad se establece como categoría clave para criminalizar ciertos desplazamientos (Achón, 2019, p. 58). De este modo, bajo la gobernabilidad migratoria (Stang, 2016, p. 83), se adoptó una política selectiva que, si bien históricamente se ha asentado en Chile (Oyarzún *et al.*, 2021, p. 100), se intensifica en el periodo presidencial 2018-2022.

Esta política, que enfatiza la gestión de las fronteras, se ha acompañado de un entramado mediático que recurre a la narrativa de los derechos humanos y, en particular, a la «vulnerabilidad» del migrante para restringir las circulaciones, condicionando las garantías fundamentales de quienes se desplazan (Cociña-Cholaky, 2019, p. 446; Stang *et al.*, 2020, p. 188). Ello se ha desarrollado a través de diversos mecanismos, como la exigencia de visas, la espectacularización de las expulsiones y la fronterización del linde norte, medidas que se analizarán a continuación.

IV.1. Visas consulares que han incrementado la irregularidad

El 9 abril de 2018 el presidente de Chile comunicó el establecimiento de diversas medidas para abordar la movilidad humana, como la imposición de visas consulares a haitianos y venezolanos.

IV.1.1. Visas exigidas a personas venezolanas

El Gobierno anunció la visa de responsabilidad democrática (VRD) para la estadía de un año, prorrogable por una vez por igual periodo. Esta visa, cuyo valor asciende USD 30, permite a los venezolanos trabajar en el país (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2022, s.p.). Dentro de los fundamentos de su creación, Piñera afirmó que fue «tomando en consideración la grave crisis democrática que actualmente afecta

Venezuela, y recordando la política humanitaria que tuvo Venezuela que acogió a muchos chilenos en tiempos en que ellos lo necesitaban y que buscaban refugio en sus fronteras» (Prensa Presidencia, 2018a, s.p.).

Adicionalmente, en junio de 2019 la Administración exigió a los venezolanos visa consular de turismo, que tiene un valor de USD 50 y permite una estadía máxima de noventa días (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2022, s.p.). Ambas visas se establecieron a pesar de la magnitud de la crisis venezolana, que a agosto de 2022 registra 6,8 millones de desplazados y refugiados, de los cuales 5,7 millones se encuentran en Latinoamérica, siendo Chile el cuarto mayor receptor en la región con 448 000 venezolanos, lejos de Colombia con casi 2,5 millones y de Perú con 1,3 millones (R4V, 2022a, p. 1).

Por tanto, en la política migratoria se aprecian señales equívocas debido a que, por una parte, a los venezolanos se les exige visas consulares para residir y con fines de turismo, las que han sido otorgadas escasamente; y, por otra, se reconoce la crisis y la necesidad de brindarles acogida. En este sentido, en 2018, en la 73.^a Asamblea de las Naciones Unidas, el presidente de Chile reconoció que «Venezuela, de hecho, es un país que está viviendo una tragedia, porque sus habitantes están huyendo de condiciones ínfimas y precarias de existencia. Muchos, demasiados, están perdiendo literalmente sus vidas, por falta de alimentos y por falta de medicamentos» (Prensa Presidencia, 2018b, s.p.). De ahí que, en febrero de 2019, el jefe de Estado viajara a Cúcuta, ciudad colombiana en la frontera con Venezuela, para entregar ayuda humanitaria. Sin embargo, como ya se señaló, luego se les impusieron visas a los ciudadanos venezolanos, las cuales se han concedido escasamente, como se expone a continuación.

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

Tabla N° 1. Visas consulares exigidas a venezolanos en Chile de 2018 a 2021

Visas consulares	A	B	C	D
	Solicitadas	Otorgadas	En trámite	Rechazadas
Responsabilidad democrática (VRD)	461 208	62 736	32 724	393 324
		13 %	7 %	81 %
Turismo	624 095	51 223	38 211	534 661
		8 %	6 %	86 %

Fuente: elaboración propia con base en información remitida por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores ante la solicitud de información N° AC001T0003680 de 2021.

La tabla N° 1 presenta las visas consulares para venezolanos y su estado de tramitación. La columna A muestra el total de visas solicitadas, las que en conjunto superan el millón. En cuanto a su concesión, como exhibe la columna B, ambas visas no divergen mayormente, ya que se concedió el 13 % de las VRD y el 8 % de las de turismo, un escaso otorgamiento que se podría explicar por su extensa tramitación y debido a que su concesión se pausó en la pandemia de COVID-19 (Cociña-Cholaky & Andrade-Moreno, 2021, s.p.; Stefoni *et al.*, 2021, s.p.). La columna C presenta las visas en tramitación: como se visualiza, hay un bajo porcentaje en dicho estado (7 % en VRD y 6 % en turismo). Por último, la columna D expone las visas rechazadas, que suman en conjunto 927 985, y expone un alto nivel de denegación, que gira alrededor del 84 %.

Como se señaló en la metodología, existen inconsistencias en las cifras de VRD remitidas por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores, ya que la sumatoria de las VRD otorgadas, en trámite y rechazadas da 488 784, lo que no se corresponde con las VRD solicitadas (461 208). Estos números debieran coincidir, pero la suma de las tres categorías (otorgadas, en trámite y rechazadas) supera el 100 %, razón por la que se sacó el 100 % considerando dicha suma y de allí se calcularon los porcentajes. Al margen del problema de registro, la inexactitud detectada no afecta significativamente el análisis, pues la tendencia de las VRD (baja concesión y mayoritaria denegación) se manifiesta igualmente. De todas maneras, con el objeto de reforzar el examen efectuado, se cotejó la información con las estadísticas publicadas por el SJM (que considera un par de meses adicionales: hasta febrero de 2022). La comparación arrojó que el nivel de concesión y denegación es casi idéntico: mientras que el SJM (2022) informa que un 14 % de las VRD fueron otorgadas y un 79 % rechazadas (pp. 4-5), los datos remitidos por la Subsecretaría dan un 13 % de concesión y un 81 % de VRD denegadas.

Por tanto, tal como muestra la tabla N° 1, las visas tienen un escaso nivel de otorgamiento, siendo la gran mayoría rechazadas. Además, estas cifras no comprenden a las personas venezolanas que no pudieron solicitar las visas, ya sea por la dificultad de obtener los documentos exigidos (en especial, el pasaporte y el certificado de antecedentes penales), los costos asociados, lo extenso del proceso o por la limitada capacidad de los consulados para tramitar las solicitudes, entre otros motivos (SJM, 2022, p. 20).

IV.1.2. Visas exigidas a personas haitianas

En Chile, la regla general es que basta con el pasaporte para ingresar como turista; sin embargo, la Administración de Sebastián Piñera instituyó visas a ciertas nacionalidades, por ejemplo, en 2012 a dominicanos,

en 2018 a haitianos y en 2019 a venezolanos, lo que ha tenido como correlato el aumento de las denuncias de ingresos por pasos no habilitados de los colectivos en cuestión.

En el caso de los haitianos, el Decreto N° 776 (2018) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública «Establece visto consular de turismo a nacionales de Haití», apelando a una gestión integral que tienda a la gobernabilidad migratoria. Las estadísticas del periodo 2018-2021 muestran que se han otorgado 1470 vistos, lo que representa el 12,5 %, mientras que la gran mayoría (un 70 %) se ha rechazado (8177 de 11 697 solicitados por haitianos)³. El panorama no es más alentador en la visa de reunificación familiar (VRF) que se instituyó en 2018 exclusivamente para personas haitianas, pues menos de un tercio de estas se ha concedido, tal como se observa a continuación.

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

Tabla N° 2. Visas de reunificación familiar a haitianos
en Chile de 2018 a 2021

Año	A	B	C	D	E	F	G
	Solici- tadas	Otor- gadas	% otor- gadas	En trámite	% en trámite	Recha- zadas	% rechazo
2018	478	283	59 %	9	0,2 %	186	39 %
2019	1801	568	32 %	1171	65 %	62	3 %
2020	519	25	5 %	390	75 %	104	20 %
2021	50	0	0	0	0	50	100 %
Total	2848	876	31 %	1570	55 %	402	14 %

Fuente: elaboración propia con base en información remitida por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores ante la solicitud de información N° 11512 del Servicio Nacional de Migraciones.

La tabla N° 2 expone cómo han evolucionado las VRF de los haitianos desde su creación en 2018 hasta 2021. La columna A presenta las visas solicitadas, las que se concentran en los primeros años, en especial en 2019, cuando las VRF solicitadas se triplicaron con relación a 2018, lo que podría deberse a que recién en abril de 2018 se anunció esta visa; mientras que en los años siguientes (2020 y 2021) decaen fuertemente las solicitudes. La columna B exhibe cuántas VRF se otorgaron, dando cuenta de que disminuyen con el tiempo, llegando a ninguna en 2021. La tasa de concesión se grafica en la columna C, que varía con los años: en tanto que en 2018 el otorgamiento es mayor a la mitad, en 2019 es

3 Datos remitidos por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores ante la solicitud de información N° AC001T0003680 de 2021.

cercano al tercio, en 2020 es mínimo (un 5 %) y en 2021, inexistente. Las VRF en tramitación se exhiben a nivel neto (en la columna D) y relativo (en la columna E), valores que se concentran en 2019 y 2020, años en que casi el 70 % de las VRF está en tramitación, lo que podría explicarse debido a la extensa tramitación de estas visas. Por último, las columnas F y G exponen el número de VRF rechazadas en términos numéricos y porcentuales, y se aprecia que la denegación varía: mientras que en 2018 es cercana al 40 %, en 2019 es mínima (3 %), en 2020 representa un cuarto, mientras que en 2021 todas las VRD fueron rechazadas, lo que es llamativo.

A nivel general, la tabla N° 2 expone que cerca de un tercio del total de VRF solicitadas han sido concedidas, un 14 % denegadas y más de la mitad están en tramitación. Se desconoce por qué un porcentaje tan alto de las VRF no han sido resueltas, en particular considerando que, en su mayoría, ha transcurrido un par de años desde su solicitud. Una de las hipótesis es que esta categoría también comprende las VRF desistidas, ya sea por su compleja tramitación, por su valor, por la barrera idiomática y/o porque se recurre a otras vías. El primer supuesto responde a que el 11 de junio de 2020 el Gobierno estableció nuevos lineamientos para simplificar los requisitos con el objeto de asegurar un procedimiento más expedito de esta visa —así lo señala literalmente el instructivo dictado— (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2020, s.p.). También puede deberse a que probablemente muchos haitianos no concluyeron su tramitación por el costo de la visa, que en 2018 ascendía a USD 100 (Vargas, 2018, p. 251), o por no comprender el castellano, lo que les habría dificultado concluir el trámite. El último supuesto es acudir a otras vías, como los procesos de regularización efectuados en 2018 y 2021. Más allá del motivo, las estadísticas de VRF dan cuenta de que hay una serie de factores que inciden para la no terminación del proceso de obtención de la visa de reunificación familiar.

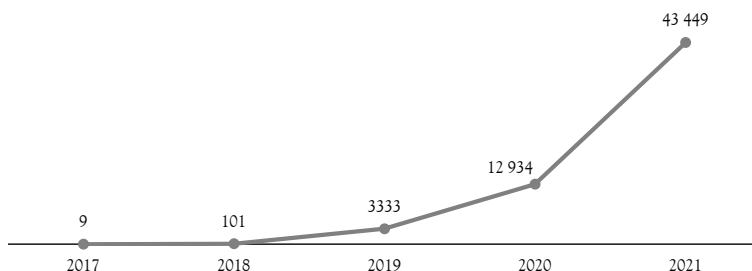
IV.1.3. Visas e incremento de la irregularidad

Desde 2018, ciertas nacionalidades de extranjeros se han visto sumamente dificultados para ingresar a Chile por los pasos habilitados, ya que el Estado les ha instituido requerimientos adicionales que dificultan su entrada regular a causa de la escasa concesión de las visas, la exigencia de múltiples documentos y la excesiva burocratización. Finn (2019) enfatiza el rol de la burocratización y cómo los dispositivos estatales afectan a las personas que se movilizan (p. 172). De ahí que las medidas administrativas decretadas por el Gobierno incrementen la irregularidad, siendo una manifestación más de la política que institucionaliza la precarización de las travesías (Thayer, 2021a, p. 6).

El bajo nivel de otorgamiento de las visas consulares a haitianos ha tenido como correlato una relevante alza del número de las entradas

irregulares de este colectivo, que aumentó de 19 denuncias en 2018 a 644 en 2019 y a 1089 en 2020⁴. Dicha dinámica también se observa respecto de venezolanos, tal como se ilustra en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 1. Denuncias de ingreso por paso no habilitado a Chile de venezolanos de 2017 a 2021



Fuente: elaboración propia con base en la respuesta de la PDI ante la solicitud de información N° AD010T0014834.

Como se observa en el gráfico N° 1, antes de que el Gobierno chileno les exigiera visas consulares a los venezolanos, el número de denuncias por entradas clandestinas respecto de esta nacionalidad no superaba la decena (9 en 2017); pero en 2018, una vez que se impuso la VRD, las denuncias se dispararon, aumentando de 2017 a 2018 más de 10 veces y 33 veces entre 2018 y 2019. Esta irregularidad se agudiza con la exigencia de la visa de turismo en 2019, pues las denuncias se cuadruplicaron de 2019 a 2020 y de 2020 a 2021. Es decir, en un breve lapso de cuatro años las denuncias de ingreso irregular de venezolanos se incrementaron más de 4827 veces. Atendido este escenario, no es de extrañar que en 2021 el colectivo venezolano haya representado el 77 % del total de denuncias de ingresos irregulares⁵.

Por otro lado, si bien en Chile las denuncias de ingresos clandestinos han crecido exponencialmente en los últimos años, no ha sido de manera equivalente al crecimiento de extranjeros, como se explica a continuación en la tabla N° 3.

⁴ Respuesta de la PDI ante la solicitud de información N° AD010T0014834 de 2021.

⁵ Respuesta de la PDI ante la solicitud de información N° AD010T0011863 de 2021.

Tabla N° 3. Incremento de extranjeros en Chile versus denuncias de ingreso por pasos no habilitados de 2017 a 2021

Año	A	B	C	D
	Extranjeros residentes habituales	% incremento de extranjeros residentes	Denuncias de ingreso por pasos no habilitados	% incremento en denuncias de ingresos clandestinos
2017	746 465	No hay datos	2905	8 %
2018	1 301 381	74 %	6310	54 %
2019	1 450 333	11 %	8875	29 %
2020	1 462 103	1 %	16 848	47 %
2021	No hay información	70 %	56 586	No hay información

Fuente: elaboración propia con base en un informe del Instituto Nacional de Estadísticas y del Departamento de Extranjería y Migración (INE & DEM, 2021, p. 27), y en la respuesta de la PDI ante la solicitud de información N° AD010T0014834 de 2021.

La tabla N° 3 expone cómo ha evolucionado la población migrante en Chile de 2017 a 2021 en relación con las denuncias por ingresos no habilitados. La columna A muestra el número neto en que han aumentado los extranjeros residentes habituales. En este periodo, destaca la fuerte alza de 2017 a 2018, que casi dobla la cifra; luego, entre 2019 y 2020 se eleva el número, pero a un ritmo menor de crecimiento. El incremento relativo de los extranjeros se presenta en la columna B, en la que se resalta el alza (de 74 %) de 2017 a 2018; después, en 2019, aumenta en un 11 %; y en 2020 permanece casi constante, no superando el 1 % de crecimiento. Las siguientes columnas (C y D) muestran las denuncias de ingresos irregulares, dando cuenta de su número neto (columna C) y su incremento porcentual (columna D).

Como se visualiza en la tabla N° 3, en el lapso de cinco años las denuncias por entradas clandestinas se disparan en Chile, pasando de cerca de 3000 denuncias en 2017 a más de 50 000 en 2021. De 2017 a 2018 se doblan, al año siguiente aumentan 1,4 veces, de 2019 a 2020 se duplican y de 2020 a 2021 se triplican. Se observa, pues, una gran explosión que no se corresponde con el alza de los desplazamientos. Por tanto, de las cifras exhibidas se deduce que, si bien en los últimos años ha aumentado la inmigración en Chile (columna A), el incremento de las denuncias por pasos no habilitados (columna D) no se corresponde con el alza de extranjeros residentes (B).

Lo anterior se podría explicar por diversos motivos, uno de los cuales podría deberse a una política que, al imponer requerimientos difíciles de

cumplir, incentiva la irregularidad. Esto se agudizó en el segundo mandato de Piñera pues, como exponen las cifras, el 70 % de las denuncias por ingreso clandestino de la última década se concentra entre 2018 y 2020, siendo el colectivo venezolano el que representa más de la mitad de las denuncias⁶. Esto también respondería al aumento de los rechazos en fronteras, que en 2018 registró «13.742 personas [que] 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» (Pascual, 2020, p. 398).

Lo anterior no obsta a que el mandatario haya afirmado en 2018 que se garantizará «una migración segura, ordenada y regular, y que abra las puertas a todo aquel que le hace bien a nuestro país, pero que cierre las puertas a todo aquello que le causa daño a los chilenos» (Prensa Presidencia, 2018a, s.p.). La máxima autoridad yerra en su discurso al reducir la migración a la ecuación regular/irregular, garantizando a la primera el ejercicio de sus derechos y excluyendo a la segunda, lo que acentuó la dicotomía entre movilidad regular (a quién se le da la bienvenida) e irregular (a quién se le dificulta la entrada).

La narrativa esgrimida no deja de ser equívoca en la medida que presenta la irregularidad como una opción de quienes se desplazan, dado que, al no contar con los documentos para entrar regularmente y al constituir una movilidad en contexto de desplazamiento forzado como el venezolano, se ven conminados a procurarse otros caminos para ingresar. Así, empleando la irregularidad, se configuran «jerarquías en el acceso a la movilidad (De Genova, 2002), que termina por instituirse como una característica del propio migrante, cuando en realidad es una construcción del Estado receptor» (Stang *et al.*, 2020, p. 179). Este modo de gestionar los flujos da cuenta de las contradicciones aparentes de la política migratoria reciente, que se sustenta en la premisa de «migración ordenada, segura y regular», puesto que estatuye políticas que generan lo contrario. Por tanto, como evidencian diversos estudios, la Administración chilena instituyó mecanismos que «resultan en mayor irregularidad y exclusión de las personas que migran hacia Chile» (SJM, 2020, p. 3).

IV.2. Mediatización de las expulsiones

Frente al aumento de los ingresos por pasos no habilitados, la Administración empleó una política comunicacional que asocia irregularidad a criminalidad. En este sentido, el presidente afirmó en abril de 2018 que se deben «establecer acciones eficientes y seguras para luchar contra el ingreso clandestino al país, impidiendo, además, que personas con antecedentes penales en sus respectivos países entren

6 Según respuesta de la PDI ante la solicitud de información N° AD010T0011863 de 2021.

a nuestro país» (Prensa Presidencia, 2018a, s.p.). De esa forma, se asoció la entrada irregular con la delincuencia. En este marco, se ha apostado por la expulsión como solución, mediatizando deportaciones y materializando algunas expulsiones sin respetar al debido proceso (Cociña-Cholaky & Andrade-Moreno, 2021, s.p.).

El segundo mandato de Piñera en particular ha puesto énfasis en la política de deportación (Stang, 2020, p. 31), instalando la expulsión como el mecanismo frente a las entradas irregulares. Bajo esta lógica, en abril de 2021 el jefe de Estado señaló que

la nueva ley [de migraciones] facilita las expulsiones administrativas de los migrantes que ingresan a Chile en forma ilegal, por pasos clandestinos, sin cumplir nuestras leyes, ni tampoco validar sus antecedentes penales, en síntesis, con esta nueva ley estamos poniendo orden en nuestra casa, que fue un compromiso que asumimos como gobierno para proteger mejor los legítimos intereses de nuestros compatriotas (CNN, 2021b, s.p.).

Con este discurso, la máxima autoridad política del país reforzaba la idea de que, ante los desplazamientos, es esencial «ordenar la casa» y resguardar a los chilenos, como si los migrantes constituyesen un peligro, una premisa que venía reiterando desde su asunción en 2018, cuando llamó a «cuidar y ordenar nuestro hogar común» (Prensa Presidencia, 2018a, s.p.).

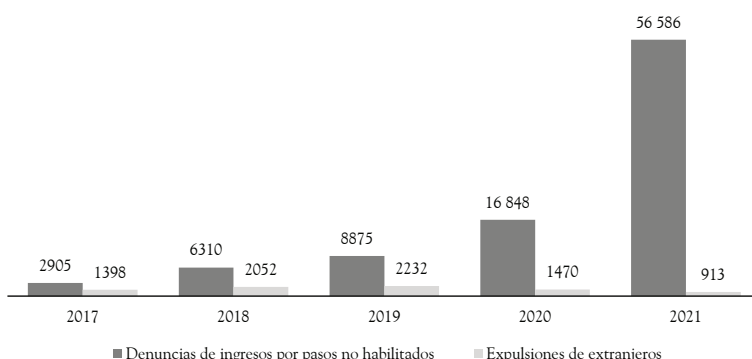
La literatura observa que la respuesta gubernamental chilena ha construido una retórica que vincula la movilidad humana a la infracción normativa, la ilegalidad y la delincuencia (Stefoni & Brito, 2019, p. 2). A pesar de que en este país se ha enfatizado históricamente la representación del extranjero como equivalente de amenaza (Cociña-Cholaky, 2019, p. 10), esta asociación se agudiza en periodos electorales, cuando se responsabiliza a los desplazamientos de diversas problemáticas.

Por ejemplo, en el marco de la campaña presidencial de 2021, el programa del candidato José Kast (2021) estipulaba que «el aumento desorbitado de migrantes hace colapsar los territorios, servicios básicos y condiciones mínimas de vida», por lo que entre las medidas de respuesta proponía un «recinto transitorio de inmigrantes ilegales con el solo objeto de preparar su expulsión del país» (pp. 202-203). Es decir, se ha utilizado la deportación para fines político-electorales de manera que, al emplear la fórmula de «ordenar la casa», se fomenta el imaginario de que en Chile impera el caos y se requiere reestablecer el orden, que se vincula al control de la movilidad.

Bajo esta dinámica, el segundo mandato de Piñera ha ejecutado expulsiones de extranjeros con un fuerte despliegue comunicacional,

usando una espectacularidad que no se atiene a las cifras, pues si se consideran los datos es notorio que las deportaciones no han variado en los últimos años (de 2018 a 2020 hay un promedio de 1500-2000 expulsiones por año), incluso a pesar de que las denuncias por entrada irregular en dicho periodo se doblan o triplican anualmente. Es decir, los ingresos clandestinos registrados son mucho mayores que las expulsiones ejecutadas, como se expone a continuación.

Gráfico N° 2. Denuncias de ingresos por pasos no habilitados versus expulsiones de extranjeros en Chile de 2017 a 2021



Fuente: elaboración propia con base en información remitida por PDI ante la solicitud de información N° AD010T0013869 de 2021.

El gráfico N° 2 exhibe cómo han evolucionado en Chile las expulsiones de extranjeros de 2017 a 2021 en relación con las denuncias de ingresos por pasos no habilitados. Se observa que de 2017 a 2018, mientras las denuncias se duplican, las expulsiones se incrementan en un 50 %; y que entre 2018 y 2019, mientras las denuncias aumentan en más de 2500, las expulsiones se elevan en 200. La brecha se hace más visible de 2019 a 2020, y se agudiza entre 2020 y 2021, cuando las denuncias se disparan y las expulsiones disminuyen.

Entonces, en los últimos años, mientras los ingresos clandestinos han experimentado una significativa alza —en especial en 2021—, las deportaciones se mantienen relativamente constantes. Por tanto, las expulsiones no se condicen con las denuncias, sino que son menores. De ahí que el 5.º *Boletín del Observatorio de Políticas Migratorias* evidencie que en Chile «la política de expulsiones está disociada de la situación de irregularidad en el ingreso» (Universidad Católica Silva Henríquez, 2021, p. 1). El sistema de deportación chileno responde a una lógica de costos y eficiencia (Brandariz *et al.*, 2018, p. 762) que impone «una gobernanza que más que expulsar, precariza los flujos migratorios» (Cociña-Cholaky, 2022, p. 191).

245

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

No obstante lo anterior, la Administración ha insistido en presentar las expulsiones como *performance*, realizando puntos de prensa en los que se vincula la movilidad humana con la delincuencia. Esto se manifestó, por ejemplo, el 10 de febrero de 2021 con la expulsión administrativa más grande de migrantes, según el ministro del Interior (Lara, 2021, s.p.). Para ese proceso, tres ministros de Estado se trasladaron al norte para presenciar la deportación de 138 extranjeros, vestidos en overoles blancos, con chalecos amarillos reflectantes, esposados y acompañados de un policía. No es inocua la puesta en escena efectuada, pues mientras el overol expone al extranjero como vector de contagio, enfermedad y peste, el que hayan sido conducidos al avión esposados y con un funcionario de la PDI subraya la imagen del migrante como criminal. Se trata de un despliegue comunicacional que incentiva una representación de las personas que se desplazan como amenazas a la salud y la seguridad, individuos que constituyen la *alteridad in extremis*.

Además, algunas de estas órdenes de expulsión se notificaron en plena madrugada, lo que imposibilitó ejercer eficazmente la tutela judicial; de allí que los tribunales superiores de justicia, reconociendo el derecho a la defensa, hayan acogido acciones constitucionales a favor de los migrantes para evitar la materialización de deportaciones que contravinieron el debido proceso y el estándar exigido por el derecho interno e internacional humanitario (Cociña-Cholaky & Dufrax-Tapia, 2021, s.p.). Atendiendo a ello, las Naciones Unidas y organizaciones como Human Right Watch (2021, s.p.) hicieron un llamado al Gobierno chileno a detener inmediatamente las expulsiones arbitrarias (ONU, 2021, s.p.), en tanto no cumplía con el derecho internacional al no respetar el debido proceso, separar familias y realizar expulsiones colectivas (Jiménez, 2021, p. 423).

En ese sentido, en los últimos años las deportaciones de extranjeros materializadas en Chile se corresponden con una puesta en escena criminalizante que emplea discursos que apelan al reforzamiento del control fronterizo, entregando un mensaje (dirigido a la población nacional) de endurecimiento de la política migratoria. De este modo, la Administración de Piñera captó la atención pública, prometiendo ponerle freno a la migración irregular mediante la intensificación de los controles administrativos y policiales. Este modo de gestionar la movilidad es acorde con la espectacularización que observa Domenech (2021, p. 6) en Argentina, donde en un breve tiempo se han intensificado diversos dispositivos de control que han hecho uso de la teatralidad en las detenciones y expulsiones de extranjeros.

IV.3. Apuesta gubernamental por la fronterización

El Estado de Chile ha desarrollado diversos programas⁷ centrados en fortalecer la frontera norte y combatir el crimen organizado y el narcotráfico, apostando por una mayor acción policial y militar en los lindes (Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2011, s.p.), una respuesta que, a pesar de los ingentes recursos invertidos (García, 2015, p. 88), no ha logrado dotar de mayor seguridad al territorio (Thayer, 2021b, s.p.). El más reciente programa es el Plan Colchane, que se instauró para abordar la compleja situación que afecta a la Región de Tarapacá desde mediados de 2020. El Plan Colchane es una política con alcance nacional que busca, entre otros objetivos, frenar los ingresos irregulares que se dan por esta localidad; de allí su denominación, en tanto en este espacio se visibilizó la presión migratoria.

En septiembre de 2020 las autoridades de la Región de Tarapacá informaron al Gobierno del masivo arribo de extranjeros y de la escasa capacidad para abordarlo. Sin embargo, la Administración no adoptó medidas hasta que la situación se hizo crítica. En febrero de 2021 se publicó el Decreto N° 265 del Ministerio de Defensa, que amplió las facultades de las Fuerzas Armadas para la colaboración con autoridades civiles y policiales en dicho territorio no solo para combatir el narcotráfico y el crimen organizado transnacional, sino también para hacer frente al tráfico ilícito de migrantes. Así, se continuó por la senda de la militarización fronteriza (Cociña-Cholaky & Andrade-Moreno, 2021, s.p.). La ampliación de este decreto develó una clara apuesta por la refterización, por acrecentar las atribuciones militares y, en fin, por comprender lo migratorio en clave securitaria.

Incluso se llegó al punto de que, en el marco de la contienda electoral de fines de 2021, el candidato presidencial José Kast, quien obtuvo la mayor cantidad de votos en primera vuelta, propuso cavar una zanja para «señalarle a la gente que quiere entrar que hay un límite» (CNN, 2021a, s.p.). Como apunta Bosworth (2008), la excesiva preocupación por el control de las fronteras no muestra únicamente cómo disminuye el poder estatal frente a la globalización, sino también que las retóricas restrictivas frente a los desplazamientos ponen en peligro las libertades democráticas (p. 199).

Asimismo, el fortalecimiento de los lindes como respuesta a la migración da cuenta de un desconocimiento de las características de los flujos que se busca gestionar, los que, frente a la militarización de un espacio, recurren a otras vías, incrementando las entradas por pasos no habilitados. En otros términos, si las vías regulares se restringen y controlan a tal grado, quienes se desplazan buscarán otras alternativas

7 Plan Frontera Norte en 2011, Plan Frontera Segura en 2019 y Plan Colchane en 2021.

en las que existan menos dispositivos de vigilancia, como aconteció en 2021 en la Región de Tarapacá, donde se acudió a Huara al existir un mayor refuerzo militar en Colchane (Cociña *et al.*, 2021, s.p.).

Ante esta apuesta por la fronterización, se han observado estrategias o prácticas de contorneamiento que se despliegan principalmente en el linde norte, un área que, por su longitud, sus características y su porosidad cuenta con múltiples trochas o caminos no autorizados (Tapia, 2022, s.p.). Como precisa Haesbaert (2016, p. 131), ante la contención territorial se realizan dinámicas de contorneamiento para eludir el control, lo que permite comprender que las travesías continúan frente a las barreras que se erigen, pero tomando otros caminos que, finalmente, son más peligrosos (Pécoud & De Guchteneire, 2005, p. 3).

En este escenario, las fronteras cumplen un rol esencial (Liberona *et al.*, 2021, p. 20) con su doble misión de clasificadoras y filtros de valores (Kearney, 2008, p. 82), restringiendo y/o dificultando las travesías no deseadas. Ergo, más que dispositivos de cierre, los lindes se transforman en fronteras-cedazo (Liberona, 2015, p. 148), espacios de gestión diferencial de las circulaciones.

En el marco de la coyuntura migratoria, el entonces canciller Andrés Allamand señaló en 2021 que el Gobierno chileno había coordinado con «autoridades de Perú y Bolivia con el fin de reforzar los controles en los pasos fronterizos ilegales» (EMOL, 2021, s.p.). No resulta coherente que la Administración haya concentrado los esfuerzos en fortalecer el control y militarizar el espacio fronterizo, medidas que precisamente han tenido como consecuencia una migración insegura e irregular (Cociña & Quinteros, 2021, s.p.); es decir, aquello que supuestamente se estaba intentando solucionar. Ello expone las contradicciones aparentes de la política gubernamental.

V. EL EPICENTRO DE LA COYUNTURA MIGRATORIA: LA REGIÓN DE TARAPACÁ

Se ha seleccionado la Región de Tarapacá para este estudio por al menos cuatro razones:

- En primer lugar, esta región transfronteriza es un nicho de investigación en tanto allí los dispositivos de control se manifiestan de manera más clara (Tapia & Liberona, 2018, pp. 16-17), además de ser uno de los territorios más porosos para la entrada de drogas (Corder & Ruiz Tagle, 2013, p. 46) y más demandado en cuestiones limítrofes. Asimismo, debido a su posición geográfica (se encuentra a una excesiva distancia del centro político), padece de una histórica cultura centralista (Ovando & Ramos, 2020, p. 1522). De ahí que Ramos y

Tapia (2019, p. 187) critiquen la lectura que se ha hecho de la frontera tarapaqueña desde el nacionalismo, dando cuenta de que conviven espacios de control con dinámicas fronterizas históricas que se atienen a prácticas culturales compartidas que trascienden el Estado-nación, respondiendo a una comunidad andina (Cociña-Cholaky, 2018, p. 58).

- En segundo lugar, en esta región la población local ha convivido históricamente con la migrante (Tapia, 2022, s.p.). Se trata, pues, de un territorio comprendido como circulatorio (Tapia *et al.*, 2017, p. 136), heterogéneo y cambiante (Ramos, 2018, p. 94); un espacio identificado con la noción de frontera móvil (Rojas Pedemonte *et al.*, 2016, p. 6), donde las barreras se desdibujan y adoptan nuevas formas que no se condicen con su definición tradicional. Así, las funciones clásicas de la frontera —dividir, regular y controlar— no dicen relación, necesariamente, con su ubicación (Amilhat & Giraut, 2015, p. 5). «La oscilación e inestabilidad que caracterizaría a las fronteras no es óbice para que éstas pierdan su poder o su capacidad de filtrar, es más, en la actualidad, los lindes más que difuminarse se han fortalecido» (Cociña-Cholaky, 2018, p. 56). En ese sentido, la frontera tarapaqueña se establece como un dispositivo multilocal de exclusión e inclusión (Ramos & Tapia, 2019, p. 16).
- En tercer lugar, el enfoque securitario al abordar las migraciones se observa con fuerza en la Región de Tarapacá en tanto constituye un espacio marcado por la doctrina de la seguridad nacional. Esto se debe a que impera la concepción de que las fronteras tienen que protegerse antes que convertirse en áreas de integración, tanto por la implementación de diversos planes de seguridad como por la discrecionalidad que caracteriza a las actuaciones policiales (Ramos & Ovando, 2016, p. 5). A los tradicionales dispositivos de control se adicionan otros que robustecen la seguridad en el linde, promoviendo su cierre; en efecto, desde la lógica gubernamental esta frontera actúa como dispositivo de control (Ramos, 2018, p. 89).
- En cuarto lugar, esta región concentra el mayor porcentaje de migrantes (INE, 2020) y en dicho territorio se encuentra Colchane-Pisiga, un paso fronterizo clave (Stefoni *et al.*, 2022, p. 150), que se ha establecido como una de las principales vías de ingreso al país y que, en un breve lapso, ha recibido un masivo flujo de latinoamericanos. Ante este escenario, ciertos sectores de la población local, influidos por la narrativa del «choque cultural», responsabilizan a los extranjeros de las problemáticas sociales (Stang *et al.*, 2021, s.p.).

A lo anterior se le adicionan las problemáticas preexistentes en la frontera norte, evidenciada por la literatura especializada como un territorio marcado por la inseguridad, la desigualdad, la exclusión y el abandono histórico (García, 2015, p. 82; Rojas Pedemonte *et al.*, 2016, p. 61). Estos elementos inciden en una convivencia tensionada y conflictiva. Los factores descritos son vitales para comprender por qué dicha región se ha transformado en el epicentro migratorio en los últimos años.

A nivel discursivo, se ha instalado la idea en Chile, y con especial fuerza en la Región de Tarapacá, de que los desplazamientos constituyen una amenaza en todo ámbito, lo que sin duda constituye una representación errónea que fomenta estereotipos (R4V, 2022c, p. 1). Lo anterior se manifiesta en declaraciones esgrimidas por autoridades que vinculan la migración al peligro. Por ejemplo, la senadora de Tarapacá, Luz Ebensperger, interpuso en septiembre de 2021 una acción constitucional para defender los derechos de la población local pues, a su parecer, estarían gravemente afectados. El recurso de protección perseguía «restablecer el imperio del derecho y [que] dejen de ser vulnerados los derechos de los tarapaqueños que están sufriendo por la crisis migratoria» (Diario Constitucional, 2021, s.p.). Este relato enfatiza una visión de los extranjeros como riesgo, exacerbando la alteridad (Aranda & Ovando, 2018, p. 78) y los sentimientos antimigración en esta región (R4V, 2022b, p. 1).

En este contexto, el 24 de septiembre de 2021 la policía desalojó un campamento de migrantes instalado en la plaza Brasil (uno de los parques de la capital regional de Tarapacá), ubicada en Iquique, en la que desde hace un año venían pernoctando más de cien familias. El desalojo fue criticado en tanto no se brindó una alternativa de albergue, fomentando una imagen criminalizadora de los migrantes (Red de Universidades por la Migración, 2021, s.p.). Para desocupar la referida plaza se esgrimieron razones sanitarias y motivos de seguridad, ya que al día siguiente estaba convocada la denominada Marcha Antinmigración Ilegal (descrita en la introducción). En esta manifestación, como ya se señaló, además de demandar la expulsión de extranjeros en irregularidad, se agredió a migrantes y sus pertenencias fueron quemadas, por lo que diversos organismos criticaron la marcha, entre estos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que expresó su condena por medio de un comunicado ante «actos violentos y xenófobos en contra de personas migrantes» (2021, s.p.).

Es esencial evidenciar lo ocurrido en la Región de Tarapacá en la medida que hace visibles violencias que se ejercen sobre personas migrantes, dando cuenta de cómo los discursos esgrimidos en la esfera pública repercuten en la sociedad. De esa forma, en un territorio marcado históricamente por los cruces de frontera, se produce «la reducción

analítica de los migrantes a una condición de alteridad eterna» (Stefoni & Stang, 2017, p. 118).

Los hechos expuestos en este artículo (fronterización del linde norte, interposición de un recurso de protección para resguardar a la población tarapaqueña, desalojo de un campamento de migrantes sin alternativa de albergue, marchas con agresiones a extranjeros y quema de sus pertenencias) exhiben cómo la violencia se hace explícita en un espacio que se ha configurado en un lugar de tensión. Chile —y la Región de Tarapacá, en particular— se ha establecido como un lugar propicio para que los temores de ciertos sectores se expresen, erigiendo al migrante en chivo expiatorio. Así, una falaz construcción se ha ido situando en grupos de la población local hasta instalar una percepción errónea que no posibilita diálogo ni inclusión social.

VI. CONCLUSIONES

Este artículo se configuró como una invitación a explorar la política migratoria chilena reciente, identificando sus contradicciones y alcances. En este sentido, se observó que, bajo la premisa de «ordenar la casa», el segundo mandato de Sebastián Piñera utilizó el aparato estatal para imponer visados, militarizar fronteras y ejecutar expulsiones en un entramado comunicacional que vinculó irregularidad a delincuencia. Estas medidas se enmarcaron en una narrativa que declaraba proteger los derechos de los migrantes; sin embargo, se precarizaron las travesías. Entonces, la paradoja es solo aparente, pues valiéndose de una retórica humanitaria, esta Administración dificultó el ingreso y la permanencia regular de ciertos colectivos mediante una gestión selectiva que condiciona sus derechos y produce mayor irregularidad. Ello está manifiesto en las estadísticas de este periodo, que exponen cómo las visas consulares exigidas fueron otorgadas escasamente, lo que tuvo como correlato un incremento significativo de las denuncias por ingreso por pasos no habilitados.

Bajo el paradigma de la gobernabilidad migratoria, el Estado chileno (2018-2022) abordó la inmigración mediante la excepcionalidad, robusteciendo los lindes y mediatizando las deportaciones. Dado que la Administración no tiene la capacidad de hacer que las expulsiones sean más efectivas, utiliza los medios de comunicación como una oportunidad performativa para comunicar una imagen de efectividad.

En este contexto se ha esgrimido una narrativa que, subrayando la irregularidad, apostó por el fortalecimiento fronterizo, instrumentalizando la movilidad humana. Esta dinámica se acentuó en periodos electorales e incidió negativamente en el imaginario social, construyendo significaciones equívocas en torno al migrante. Como se evidenció,

251

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

ciertos discursos de autoridades reprodujeron estereotipos y reforzaron temores frente a la presencia del otro, estableciendo una narrativa que no resultó inofensiva y, más bien, repercutió en la percepción del extranjero como amenaza. Lo acontecido en la Región de Tarapacá es un ejemplo de cómo esta gestión se agudizó, incidiendo en sectores de la población local.

A pesar de que la gestión gubernamental reciente problematizó la movilidad humana, presentándola como una amenaza, la migración constituye un complejo fenómeno sociocultural que debe abordarse desde un enfoque de derechos. Por lo mismo, el desafío pendiente en esta materia es desnaturalizar narrativas que asocian desplazamientos a peligrosidad e irregularidad a delincuencia. El Estado chileno tiene un rol esencial en esta tarea, promoviendo medidas que incentiven la regularización de la población migrante y retóricas que fomenten su inclusión efectiva. Un buen punto de partida para el diseño de una política migratoria en este sentido sería indagar cómo se han abordado los flujos de personas recientes en otros países. El estudio de la experiencia comparada debería permitir sacar lecciones y aprendizajes.

REFERENCIAS

- Achón, O. (2019). La introducción del estatuto jurídico de irregularidad inmutable en la legislación chilena sobre extranjería o la profundización del proceso de criminalización de la inmigración. *Périplos Revista de Estudos sobre Migrações* 3(1), 58-83. https://periodicos.unb.br/index.php/obmigra_periplos/article/download/27283/23872/
- Amilhat, A., & Giraut, F. (2015). *Borderities: The Politics of Contemporary Mobile Borders*. Basingstoke: Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9781137468857_1
- Andréu, J. (2002). *Las técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión actualizada*. Fundación Centro de Estudios Andaluces. <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2018/02/Andreu.-analisis-de-contenido.-34-pags-pdf.pdf>
- Aranda, G., & Ovando, C. (2018). Nociones de seguridad y control en el plan frontera norte: una expresión de teichopolítica. *Revista de Relaciones internacionales, estrategia y seguridad*, 13(1), 67-92. <https://doi.org/10.18359/ries.2995>
- Blouin, C. (2021). Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú. *Colombia Internacional*, (106), 141-164. <https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.06>
- Bosworth, M. (2008). Border Control and the Limits of the Sovereign State. *Social & Legal Studies*, 17, 199-215. <https://doi.org/10.1177/0964663908089611>
- Brandariz, J., Dufraix, R., & Quinteros, D. (2018). La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration? *Política criminal*, 13(26), 739-770. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200739>

Buzan, B., Waever, O., & De Wilde, J. (1998). *Security. A New Framework for Analysis*. Colorado: Lynne Rienner Publishers. https://www.academia.edu/39047709/Buzan_Waever_and_De_Wilde_1998_Security_A_New_Framework_For_Analysis

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021). *La CIDH condena actos violentos y xenófobos en contra de personas migrantes venezolanas en Iquique, Chile*. Organización de Estados Americanos. <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/263.asp>

Clavijo, J., Pereira, A., & Dalmasso, C. (2018). Nexos entre migraciones forzadas y desarrollo en el marco de la gobernabilidad migratoria: aproximaciones a la categoría de refugiado en el contexto sudamericano. *Studiae Política*, (44), 11-42. <https://doi.org/10.22529/sp.2018.44.02>

CNN. (2021a). J.A. Kast sugiere “hacer una zanja” en Colchane y “señalarle a la gente que quiere entrar que hay un límite”. CNN Chile. https://www.cnnchile.com/pais/kast-sugiere-zanja-colchane-limite_20210204/

CNN. (2021b). *Presidente Piñera promulgó nueva Ley de Migraciones: “Estamos poniendo orden en nuestra casa”*. CNN Chile. https://www.cnnchile.com/pais/promulgacion-ley-migraciones-orden-nuestra-casa_20210411/

Cociña-Cholaky, M. (2018). Las fronteras ante la inmigración. *Revista Socializar Conocimientos*, 1(1), 54-67. https://drive.google.com/uc?export=download&confirm=no_antivirus&id=13MDAiZ4PpmU5-v7Ep2aD5LcRsSO2xNfw

Cociña-Cholaky, M. (2019). *El tratamiento de la inmigración internacional en Chile* [tesis de doctorado en Derecho y Ciencia Política, Universidad de Barcelona]. http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/143420/1/MCC_TESIS.pdf

Cociña-Cholaky, M. (2020). Discursos sobre migración internacional en Chile que develan racismo. *Oxímora Revista internacional de ética y política*, (16), 181-200. <https://doi.org/10.1344/oxi.2020.i16.30339>

Cociña-Cholaky, M. (2022). Análisis de la expulsión de los extranjeros en Chile desde 2012 a 2020. *Revista Derecho (Valdivia)*, 35(1), 191-215. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100191>

Cociña-Cholaky, M., & Andrade-Moreno, M. (2021). *Northern Chile: Militarisation and Expulsion of Migrants*. *Border Criminology*. <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2021/04/humanitarian>

Cociña-Cholaky, M., & Dufraix-Tapia, R. (2021). *The Relevance of Refuge in Relation to the Humanitarian Crisis in Northern Chile*. *Border Criminology*. <https://blogs.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2021/04/relevance-refuge>

Cociña, M., & Quinteros, D. (2021). *Las consecuencias de la respuesta del Gobierno ante la crisis humanitaria: migración desordenada, altamente insegura y masivamente irregular*. *El Mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2021/02/15/las-consecuencias-de-la-respuesta-del-gobierno-ante-la-crisis-humanitaria-migracion-desordenada-altamente-insegura-y-masivamente-irregular/>

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

Cociña, M., Ramos, R., & Ravetllat, I. (2021). *La obligación de resguardar la infancia en la crisis humanitaria*. The Clinic. <https://www.theclinic.cl/2021/02/22/columna-de-martina-cocina-romina-ramos-e-isaac-ravetllat-la-obligacion-de-resguardar-la-infancia-en-la-crisis-humanitaria/>

Corder, A., & Ruiz Tagle, V. (2013). Infracciones penales en espacios transfronterizos. El narcotráfico en la provincia del Tamarugal, Chile. *Estudios fronterizos nueva época*, 14(17), 31-63. <http://www.scielo.org.mx/pdf/estfro/v14n27/v14n27a2.pdf>

Dalmasso, C. (2016). ¿Quiénes son terroristas? La migración irregular y forzada como nuevas amenazas a la seguridad en el Cono Sur. *Astrolabio*, (17), 114-145. <http://hdl.handle.net/11336/67193>

Domenech, E. (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano”. La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis*, 12(35), 119-142. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000200006>

Domenech, E. (2017). Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milenio. Revista Crítica de Sociología e Política*, 8(1), 19-48. <https://www.revistaterceiromilenio.uenf.br/index.php/rtm/article/view/2>

Domenech, E. (2018). Gobernabilidad migratoria: producción y circulación de una categoría de intervención política. *Revista Temas de Antropología y Migración*, (10), 110-118. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/93417/CONICET_Digital_Nro.5bd8f470-2f65-4f45-8a6c-68e354112a18_X.pdf?sequence=5&isAllowed=y

Domenech, E. (2021). La “política de la hostilidad” en Argentina: detención, expulsión y rechazo en frontera. *Estudios fronterizos*, 21, 1-25. <https://doi.org/10.21670/ref.2015057>

Diario Constitucional. (2021). *Situación migratoria y senadores de gobierno*. <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/09/27/rechazan-la-violencia-y-abogan-por-una-inmigracion-segura-y-ordenada/>

Dufraix, R., Ramos, R., & Quinteros, D. (2020). “Ordenar la casa”: securitización y producción de irregularidad en el norte de Chile. *Sociologia e Fronteiras: a produção da ilegalidade migratória na América Latina e Caribe*, 22(55), 172-196. <https://doi.org/10.1590/15174522-105689>

Düvell, F. (2003). *The globalisation of migration control*. Open Democracy. https://www.opendemocracy.net/en/article_1274jsp/

EMOL.Nacional. (2021). *Canciller asegura que hay coordinación con Bolivia y Perú para intensificar controles en pasos clandestinos*. El Mercurio. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/02/09/1011740/Cancilleria-Peru-Bolivia-combatir-migracion.html>

Finn, V. (2019). Entre el individuo y el Estado: Burocracia pre- y post-migratoria. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 27(56), 159-178. <https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005609>

Finn, V., & Umpierrez de Reguero, S. (2020). Inclusive language for exclusive policies: restrictive migration governance in Chile, 2018. *Latin American Policy*, 11(1), 42-61. <https://doi.org/10.1111/lamp.12176>

García, V. (2015). Territorios fronterizos. Agenda de seguridad y narcotráfico en Chile: el Plan Frontera Norte. *Estudios Internacionales*, 47(181), 69-93. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-3769.2015.36839>

González, F. [@UNSR_Migration]. (2021, 25 de septiembre). Inadmisible humillación contra migrantes especialmente vulnerables, afectándolos en lo más personal. El discurso xenófobo, asimilando migración a delincuencia, que por... [tweet]. Twitter. https://twitter.com/UNSR_Migration/status/1441856668359348224?ref_src=twsrc%5Etfw

Haesbaert, R. (2016). De la multiterritorialidad a los nuevos muros: paradojas contemporáneas de la desterritorialización. *Locale*, 1(1), 119-134. <https://pdfs.semanticscholar.org/56fe/3c9ed65b26474a84059da97b22fea76ad627.pdf>

Human Right Watch. (2021). *Chile: Sentencias protegen los derechos de venezolanos deportados*. <https://www.hrw.org/es/news/2021/07/28/chile-sentencias-protegen-los-derechos-de-venezolanos-deportados>

Instituto Nacional de Estadísticas (INEI), & Departamento de Extranjería y Migración (DEM). (2021). *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020. Informe metodológico*. Nacional de Estadísticas. https://www.inec.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migraci%C3%B3n-internacional/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2018/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2020-metodolog%C3%ADa.pdf?sfvrsn=48d432b1_4

Jiménez, V. (2021). Expulsiones colectivas en el Plan Colchane: La necesidad y propuesta de una sistematización de un concepto de expulsión colectiva. *Anuario de Derechos Humanos*, 17(2), 405-425. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2021.61821>

Kast, J. (2021). *Programa Presidencial*. Atrévete Chile: https://www.pauta.cl/pauta/site/docs/20210825/20210825180753/bases_programaticas_jose_antonio_kast_23_08_21_2.pdf

Kearney, M. (2008). La doble misión de las fronteras como clasificadoras y como filtros de valor. En L. Velasco (ed.), *Migración, fronteras e identidades étnicas transnacionales* (pp. 79-116). Tijuana: El Colegio de la Frontera Norte. <https://teoriaspacioyfronteras.files.wordpress.com/2012/09/la-doble-misic3b3n-de-las-fronteras-como-clasificadoras-y-como-filtros-de-valor-michael-kearny.pdf>

Lara, E. (2021). *Gobierno concreta expulsión administrativa más grande de migrantes ilegales con vuelo desde Iquique*. Bio-Bio. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2021/02/10/gobierno-concreta-expulsion-administrativa-mas-grande-de-migrantes-ilegales-con-vuelo-desde-iquique.shtml>

Liberona, N. (2015). La frontera cedazo y el desierto como aliado. Prácticas institucionales racistas en el ingreso a Chile. *Polis*, 14(42), 143-165. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682015000300008>

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

Liberona, N. (2020). Fronteras y movilidad humana en América Latina. *Nueva Sociedad*, (289). <https://nuso.org/articulo/fronteras-y-movilidad-humana-en-america-latina/>

Liberona, N., Piñones, C., & Dilla, H. (2021). De la migración forzada al tráfico de migrantes: la migración clandestina en tránsito de Cuba hacia Chile. *Migraciones Internacionales*, 12. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2319>

Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (2011). *Gobierno lanzó plan Frontera Norte para combatir el crimen organizado en el extremo norte del país*. https://www.interior.gob.cl/sitio-2010-2014/n6178_04-10-2011.html

Ministerio de Justicia. (2022). 5° Boletín. Mesa de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros, Ministerio de Justicia. https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/07/boletin_migrantes.pdf

Ministerio de Relaciones Exteriores. (2020). *Instructivo para Visas de Reunificación Familiar*. <https://chile.gob.cl/haiti/sobre-la-embajada/visas/instructivo-para-visas-de-reunificacion-familiar>

Ministerio de Relaciones Exteriores. (2022). *Información para ciudadanos venezolanos sobre Visto de Turismo y Visa de Responsabilidad Democrática*. <https://www.chile.gob.cl/washington/noticias/informacion-para-ciudadanos-venezolanos-sobre-visto-de-turismo-y-visa-de>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2021). *Chile ha de suspender de inmediato las expulsiones colectivas de inmigrantes, dicen expertos de la ONU*. <https://news.un.org/es/story/2021/05/1492242>

Ovando, C., & Ramos, R. (2020). Expresiones geopolíticas sobre el desarrollo de las fronteras del Tarapacá Histórico (1974-2018): ¿movilidades fronterizas como fuente de amenaza? *Izquierdas*, 49(79), 1522-1553. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-50492020000100279>

Oyarzún, L., Aranda, G., & Gissi, N. (2021). Migración internacional y política migratoria en Chile: tensiones entre la soberanía estatal y las ciudadanías emergentes. *Colombia Internacional*, (106), 89-114. <https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.04>

Pascual, T. (2020). La (des)protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional. *Anuario Derechos Humanos*, 16(2), 381-410. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2020.59420>

Paúl, F. (2021). *Iquique / “Nos sentimos humillados, tratados como animales”: venezolanos afectados por la protesta que terminó con la quema de pertenencias de migrantes en Chile*. BBC. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58732902>

Pécoud, A., & De Guchteneire, P. (2005). Migration without borders: an investigation into the free movement of people. *Global Migration Perspectives*, (27). <https://www.refworld.org/docid/42ce52364.html>

Peña, T., & Pirela, J. (2007). La complejidad del análisis documental. *Información, cultura y sociedad*, (16), 55-81. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=263019682004>

Pereira, A., & Domenech, E. (2021). Securitización de las migraciones. En C. Jiménez y V. Trpin (coord.), *Pensar las migraciones contemporáneas* (pp.283-292). Teseopress. <https://www.teseopress.com/migracionescontemporaneas/>

Prensa Presidencia. (2018a). *Presidente Piñera anuncia Reforma Migratoria*. <https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=73020>

Prensa Presidencia. (2018b). *Presidente Piñera interviene en la 73° Asamblea General de la ONU y fija prioridades en seguridad, migraciones, medio ambiente y derechos humanos*. <https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=82911>

Quinteros, D. (2016). ¿Nueva “crimigración” o la vieja economía política del castigo? Dos aproximaciones criminológicas para entender el control punitivo de la migración en Chile. *Astrolabio*, (17), 81-113. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/16176>

Quinteros, D., Dufraix, R., & Ramos, R. (2021). Criminalización de las migraciones. En C. Jiménez y V. Trpin (coord.), *Pensar las migraciones contemporáneas* (pp. 71-79). Teseopress. <https://www.teseopress.com/migracionescontemporaneas/>

R4V. (2022a). *R4V América Latina y el Caribe, Refugiados y Migrantes Venezolanos en la Región - Agosto 2022*. <https://www.r4v.info/es/document/r4v-america-latina-y-el-caribe-refugiados-y-migrantes-venezolanos-en-la-region-agosto-2022>

R4V. (2022b). *Encuesta rápida para población refugiada y migrante. Colchane-Chile*. <https://www.r4v.info/sites/default/files/2022-07/Informe%20Encuesta%20R%C3%A1pida%20-%20Colchane%20Feb2022.pdf>

R4V. (2022c). *Situation report february 2022 Chile*. <https://www.r4v.info/es/document/situation-report-february-2022>

Ramos, R. (2018). Entre poder y resistencias: análisis de las movibilidades no territoriales en la zona fronteriza de la Región de Tarapacá, Chile. *Diálogo Andino*, (57), 87-98. <http://dx.doi.org/10.4067/S0719-26812018000300087>

Ramos, R., & Tapia, M. (2019). Una mirada heterogénea del espacio fronterizo: el caso de la frontera tarapaqueña (Chile). *Revista CIDOB d'afers internacionals*, (122), 187-210. <http://doi.org/10.24241/rcai.2019.122.2.187>

Ramos, R., & Ovando, C. (2016). La región de Tarapacá: seguridad fronteriza y múltiples apropiaciones de su espacio. *Polis*, (44). <http://journals.openedition.org/polis/11839>

Red de Universidades por la Migración. (2021). *Declaración Pública Red de Universidades por la Migración*. Universidad Católica Silva Henríquez. <https://www.ucsh.cl/actualidad/declaracion-publica-red-de-universidades-por-la-migracion/>

Rojas Pedemonte, N., Amode, N., Koechlin, J., & Jiménez, R. (2016). Migraciones en la triple frontera andina: Bolivia, Chile y Perú. Desafíos persistentes y oportunidades estructurales. En A. Ares y J. Eguren (eds.), *Las migraciones en*

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

las fronteras en Iberoamérica (pp. 61-90). Madrid: Obimid, U. P. Comillas. https://www.comillas.edu/images/OBIMID/Noticias/triplefrontera_vd.pdf

Santi, S. (2020). ¿Qué es la “migración ordenada”? Hacia el multilateralismo asimétrico como motor de las políticas de control migratorio global. *Colombia Internacional*, (104), 3-32. <https://doi.org/10.7440/colombiaint104.2020.01>

Servicio Jesuita de Migrantes (SJM). (2020). *Migración en Chile. Anuario 2019, un análisis multisectorial*. Santiago, Chile. <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/09/MIGRACION-EN-CHILE-V6.pdf>

Servicio Jesuita de Migrantes (SJM). (2021). *Migración en Chile. Anuario 2020. Medidas Migratorias, vulnerabilidad y oportunidades en un año de pandemia (Nº 2)*. https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2021/04/Anuario-2020-MEC-280421-version-final_compressed.pdf

Servicio Jesuita de Migrantes (SJM). (2022). *Migración en Chile: aprendizajes y desafíos para los próximos años. Balance de la Movilidad Humana en Chile 2018-2022*. <https://www.observatoriomigraciones.cl/wp-content/uploads/2022/07/ANUARIO-2022.pdf?swcfpc=1>

Stang, F. (2016). De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014. *Polis*, 15(44), 83-107. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682016000200005>

Stang, F. (2020). Seguridad y derechos, el nudo gordiano de las migraciones contemporáneas: Reflexiones sobre Chile en el escenario latinoamericano. En R. Dufraix, R. Ramos y D. Quinteros (eds.), *Securitización de las fronteras y criminalización de las migraciones* (pp. 15-37). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas. https://www.researchgate.net/publication/349334745_Seguridad_y_derechos_el_nudo_gordiano_de_las_migraciones_contemporaneas_Reflexiones_sobre_Chile_en_el_escenario_latinoamericano

Stang, F., Cociña, M., & Joiko, S. (2021). *Colchane y la frontera: cómo la narrativa del “choque cultural” aumentó la tensión con los migrantes*. Centro de Investigación Periodística. <https://www.ciperchile.cl/2021/08/06/colchane-y-la-frontera-como-la-narrativa-del-choque-cultural-aumento-la-tension-con-los-migrantes/>

Stefoni, C., Jaramillo, M., Palma, C., & Roessler, P. (2021). *A pie por Colchane: cómo la política de gobierno forzó un ingreso desesperado de migrantes a Chile*. Centro de Investigación Periodística. <https://www.ciperchile.cl/2021/02/05/a-pie-por-colchane-como-la-politica-de-gobierno-forzo-un-ingreso-desesperado-de-migrantes-a-chile/>

Stang, F., Lara, A., & Andrade, M. (2020). Retórica humanitaria y expulsabilidad: migrantes haitianas y gobernabilidad migratoria en Chile. *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Transfronterizos*, 20(1), 176-201. <http://dx.doi.org/10.4067/S0719-09482020000100176>

Stefoni, C., Nazal, E., & Guizardi, M. (2022). La frontera chileno-peruana: Estados, localidades y políticas migratorias (1883-2019). *Universum*, 37(1), 165-158. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-23762022000100135>

Stang, F., & Stefoni, C. (2016). La microfísica de las fronteras. Criminalización, racialización y expulsabilidad de los migrantes colombianos en Antofagasta, Chile. *Astrolabio*, (17), 42-80. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/15781>

Stefoni, C., & Brito, S. (2019). Migraciones y migrantes en los medios de prensa en Chile: La delicada relación entre las políticas de control y los procesos de racialización. *Revista de historia social y de las mentalidades*, 23(2), 1-28. <https://doi.org/10.35588/rhsm.v23i2.4099>

Tapia, M. (2022). *¿Qué ha pasado en un año para entender la crisis humanitaria que vivimos en Tarapacá?* La voz de los que sobran. <https://lavozdelosquesobran.cl/opinion/que-ha-pasado-en-un-ano-para-entender-la-crisis-humanitaria-que-vivimos-en-tarapaca/07022022>

Tapia, M., Liberona, N., & Contreras, Y. (2017). El surgimiento de un territorio circulatorio en la frontera chileno-peruana: estudio las prácticas socio-espaciales fronterizas. *Revista de geografía Norte Grande*, (66), 117-141. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34022017000100008>

Thayer, L. (2021a). Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas en Chile. *Migraciones Internacionales*, 12. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2270>

Thayer, L. (2021b). *Thayer y crisis migratoria: "Falta de disposición política del Gobierno, teniendo las herramientas"*. CNN Chile. https://www.youtube.com/watch?v=tTVHOM_qqr8&ab_channel=CNChile

Trabalón, C. (2018). Política de visado y regulación de las fronteras. Un análisis desde la movilidad de haitianos en Sudamérica. *Polis*, 17(51), 163-183. <http://dx.doi.org/10.32735/s0718-6568/2018-n51-1354>

Treviño, J. (2016). ¿De qué hablamos cuando hablamos de la "securitización" de la migración internacional en México?: una crítica. *Foro internacional*, 56(2), 253-291. <https://www.jstor.org/stable/44111965>

Universidad Católica Silva Henríquez. (2021). *Boletín N° 5° Observatorio de Políticas Migratorias*. <https://www.ucsh.cl/assets/uploads/2022/07/Boletin-N%C2%B05-Observatorio-de-politicas-migratorias-2021.pdf>

Valencia, P., & Ramos, R. (2021). Análisis crítico del proceso de (des)regularización migratoria extraordinaria en Chile (2018-2019). *Diálogo andino*, (66), 399-417. <https://dx.doi.org/10.4067/S0719-26812021000300399>

Valles, M. (1999). *Técnicas cualitativas de investigación social*. Madrid: Síntesis.

Vargas, F. (2018). Derechos de las personas migrantes y refugiadas: cambios en materia migratoria en Chile. En T. Vial (ed.), *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018* (pp. 233-266). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. <https://derechoshumanos.udp.cl/publicacion/derechos-de-las-personas-migrantes-y-refugiadas-cambios-en-materia-migratoria-en-chile/>

Van-Dijk, T. (2017). Análisis Crítico del Discurso. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (30), 203-222. <https://doi.org/10.4206/rev.austral.cienc.soc.2016.n30-10>

CONTRADICCIONES
DE LA POLÍTICA
MIGRATORIA
CHILENA
(2018-2022)

CONTRADICTIONS
IN THE CHILEAN
GOVERNMENT'S
IMMIGRATION
POLICY (2018-2022)

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Decreto N° 265, de Defensa Nacional (Ministerio de Defensa [Chile], 13 de agosto de 2019). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1134840>

Decreto N° 776, que Establece visto consular de turismo a nacionales de Haití (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 17 de abril de 2018). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1117475>

Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública (Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia [Chile], 20 de agosto de 2008). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1158549>

Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería (Ministerio del Interior y Seguridad Pública [Chile], 2021). *Diario Oficial Chile*.

Recibido: 17/04/2022

Aprobado: 10/10/2022

Politizar la violencia: migración, violencia sexo-genérica y cuidados comunitarios^{*}

Politicizing Violence: Migration, Sex-Gender Violence and Community Care

MARÍA FERNANDA STANG^{**}

Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Juventud (Cisju) de la
Universidad Católica Silva Henríquez (Chile)

CAROLINA STEFONI^{***}

Universidad de Tarapacá (Chile)

*Re-politizar el mundo significa devolverle
sentido a la política*
FASSIN (2018, p. 14)

Resumen: Este artículo se ocupa de la violencia sexo-genérica como una expresión significativa del carácter estructural que tienen el género y la sexualidad en los procesos migratorios. Desde el enfoque biográfico, se abordan expresiones de las múltiples formas que adquiere esa violencia (directa, estructural, cultural) en las tramas narrativas de diez mujeres migrantes cis y trans de origen latinoamericano que residen en las ciudades de Antofagasta y Santiago de Chile, ubicadas en el norte y el centro de Chile, respectivamente, y que tienen una participación activa en organizaciones sociales que realizan tareas de cuidado comunitario, aunque esas labores no sean parte de los propósitos y el accionar principal de esas organizaciones. El abordaje se realiza en torno a la idea-eje de la politización en dos sentidos: primero, a partir de la propuesta de politizar la violencia sexo-genérica —esto es, de visibilizar las relaciones de poder que la hacen posible y los procesos históricos que han conducido a la construcción de cuerpos y vidas «violentables» desde el entramado que interseca el género y la sexualidad con

^{*} Este artículo se desarrolló en el marco del proyecto de investigación «Migración, precariedad y ciudadanía: de las tácticas de subsistencia a las estrategias de lucha» (Fondecyt posdoctoral N° 3190674), del que las autoras son investigadora responsable y patrocinadora, respectivamente. Se benefició además del trabajo realizado en el marco del proyecto «Trayectorias de personas migrantes no heterosexuales en Chile: desigualdades, violencias y resistencias» (Fondecyt regular N° 1210165), del que la autora principal es coinvestigadora. Ambos proyectos han sido financiados por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) de Chile, a la que también agradecemos por el financiamiento del proyecto Fondecyt regular N° 1201130. Nuestra gratitud, asimismo, para el Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social (COES), que —tal como los proyectos mencionados— alimentó las reflexiones que aquí se presentan mediante el proyecto Conicyt-Fondap N° 15130009. A lo largo de este artículo, y para ajustarse a las usuales normas de estilo del registro de escritura académico, se utiliza el genérico masculino, a sabiendas de sus cuestionamientos e insuficiencia para dar cuenta de la diversidad de géneros existente, que va más allá del binarismo.

^{**} Académica investigadora y doctora en Estudios Sociales de América Latina por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Código ORCID: 0000-0003-3781-3024. Correo electrónico: fstang@ucsh.cl

^{***} Profesora titular y doctora en Sociología por la Universidad Alberto Hurtado (Chile).

Código ORCID: 0000-0001-6949-2312. Correo electrónico: cstefoni@gmail.com

la extranjería, la etnia, la «raza» y la clase, entre otras dimensiones—; y, segundo, a partir del análisis de experiencias de politización de algunas de estas mujeres migrantes en las que esa violencia sexo-genérica es resignificada como motor de su participación social, resignificación que es atravesada por las tensiones y contradicciones que implica esa canalización de la acción participativa en tareas caracterizadas por una desigualdad sexo-genérica como las de cuidados. Aunque se concluye que el alcance de esas experiencias en la transformación de esa violencia sexo-genérica se limita fundamentalmente a la escala individual de la violencia intradoméstica, se propone que estas experiencias organizativas, en sus haceres y prácticas cotidianas, socavan silenciosamente y a largo plazo la liminaridad del extranjero en relación al reconocimiento de derechos de parte del Estado de residencia, lo que alberga potencialidades transformadoras de la idea de ciudadanía, al menos desde esa dimensión práctica.

Palabras clave: Violencia sexo-genérica, cuidados comunitarios, migración, politización, Chile

Abstract: This article deals with gender-sex violence as a significant expression of the structural nature of gender and sexuality in migratory processes. From the biographical approach, expressions of the multiple forms that this violence acquires (direct, structural, cultural) are addressed in the narratives of ten cis and trans migrant women of Latin American origin who reside in the cities of Antofagasta and Santiago, located in the north and central Chile, respectively, and who have an active participation in social organizations that carry out community care tasks, although these labours are not part of the purposes and main actions of these organizations. The approach is carried out around the idea of politicization in two senses: first, from the proposal to politicize sex-gender violence —that is, to make visible the power relations that make it possible and the historical processes that have led to the construction of “violent” bodies and lives from the framework that intersects gender and sexuality with foreignness, ethnicity, “race” and class, among other dimensions—; and, second, from the analysis of experiences of politicization of some of these migrant women in which this sex-gender violence is re-signified as the engine of their social participation, a re-signification crossed by the tensions and contradictions that this channeling of participatory action in tasks characterized by sex-gender inequality such as care implies. Although it is concluded that the scope of these experiences in the transformation of this sex-gender violence is fundamentally limited to the individual scale of intradomestic violence, it is proposed that these organizational experiences, in their daily actions and practices, silently and in the long run term undermine the liminality of the foreigner in relation to the recognition of rights by the State of residence, which harbors transformative potentialities of the idea of citizenship, at least from that practical dimension.

Key words: Gender-sex violence, community care, migration, politicization, Chile

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ENFOQUE BIOGRÁFICO COMO CAMINO METODOLÓGICO.- III. «POR MIS HERMANOS, POR MIS HIJOS...»: VIOLENCIA SEXO-GENÉRICA Y MIGRACIÓN.- IV. «DE AHÍ NACE EL SENTIMIENTO DE SER LÍDER»: DOLORES QUE SE HACEN LUCHAS.- V. RECAPITULACIONES, REFLEXIONES Y CONCLUSIONES.

263

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

I. INTRODUCCIÓN

En uno de los capítulos de su libro *Las estructuras elementales de la violencia*, Rita Segato (2003) alude a dos situaciones que ilustran el amplio espectro de violencias al que están sometidas las mujeres y las personas LGTBI+ en el dispositivo sexo-genérico¹ de nuestras sociedades heterocisnormativas y patriarcales. Por una parte, se refiere a una campaña de alfabetización coordinada por una pedagoga brasileña en Río Grande del Sur: «una y otra vez los maestros reportaron que cuando los maridos se encontraban presentes en la misma sala de aula, las mujeres mostraban un rendimiento menor en el aprendizaje que cuando ellos no estaban presentes» (p. 133). Por la otra, remite a discursos de hombres violadores recogidos por un equipo de estudiantes de la Universidad de Brasilia, en los que

la violación emerge como un acto disciplinador y vengador contra una mujer genéricamente abordada. Un acto que se ampara en el mandato de punir y retirarle su vitalidad a una mujer percibida como desacatando y abandonando la posición a ella destinada en el sistema de estatus de la moral tradicional (p. 138).

La autora habla de la dimensión violenta que es inherente e inseparable de la estructura jerárquica de la relación de género.

En este artículo se abordan expresiones de esa violencia que tematiza la autora y que, en este caso, experimentan mujeres migrantes que residen en las ciudades de Antofagasta y Santiago, ubicadas en el norte y el centro de Chile, respectivamente, y que tienen una participación activa en organizaciones sociales que realizan tareas de cuidado comunitario, aunque esas labores no sean parte de los propósitos y el accionar de esas organizaciones. Este abordaje se realiza en torno a una idea-eje, la de politización, en dos sentidos: en un primer apartado, a partir de la propuesta de politizar la violencia sexo-genérica, al hilo del abordaje crítico del campo de estudio de las migraciones y los géneros que propone Carmen Gregorio Gil (2012) desde el feminismo; y, en un segundo

1 Con esta idea aludimos «al repertorio de posiciones de sujetos sexuados y generizados con el que se nos interpela en una formación social específica, posición que será habitada, moldeada, resistida o incluso trastocada en lo que se entiende como el proceso de subjetivación» (Stang, 2019, p. 19). Por proceso de subjetivación, a su vez, aludimos a los distintos modos de habitar esas posiciones de sujeto, siempre atravesados por disputas (Briones, 2007).

apartado, abordando experiencias de politización² de algunas de estas mujeres migrantes en las que esa violencia sexo-genérica es resignificada como motor de su participación social, resignificación que está atravesada por las tensiones y contradicciones que implica esa canalización de la acción participativa en tareas caracterizadas por una desigualdad sexo-genérica como las de cuidados.

En ese entendido, nos preocupa enmarcar muy claramente nuestro análisis, que se realiza a partir de las tramas narrativas biográficas de personas que tienen una participación social activa, con el objeto de no sobredimensionar las posibilidades de contestación y resistencia a esas violencias, pero tampoco victimizarlas, soslayando su capacidad de agencia. Dilucidar las potencialidades transformadoras de esas luchas sobre estas violencias demandaría un estudio con ese propósito específico, sin embargo, el trabajo desarrollado en esta investigación permite advertir transformaciones vinculadas con el cruce de la dimensión de extranjería en los modos de hacer-experimentar la ciudadanía a partir de esta participación en organizaciones y procesos de politización. Al demandar derechos a un Estado que no es «el propio» —el de nacimiento—, las personas migrantes que participan en estas organizaciones están reconfigurando, desde abajo y en su dimensión práctica, la noción de ciudadanía, aun cuando las ideas que se asocian a ella sigan ancladas en representaciones convencionales de este concepto, como veremos en el apartado final.

La alusión a la dimensión de extranjería demanda otra precaución importante: aunque el análisis que se propone no se realizó sistemáticamente desde el enfoque interseccional, esta mirada es imprescindible al momento de leer la evidencia empírica que aquí se presenta. Como sostienen Viveros Vigoya y Gregorio Gil (2014),

En la actualidad, las relaciones de género, sexualidad, raza, clase y edad [etnia y extranjería agregáramos] parecen no poder pensarse sin tener en cuenta ese proceso de articulación e intersección en el cual se sedimentan mutuamente y producen categorías de identidad, percepción y acción comunes (p. 10).

Este trabajo busca ser un aporte a la reflexión sobre las diversas formas de violencia que experimentan las mujeres en contextos migratorios, contribuyendo a la comprensión del género y la sexualidad como dimensiones estructurales y estructurantes de los procesos migratorios, a la vez que sobre las posibilidades de contestación y resistencia a esas violencias. En ese sentido, considerando el marco temático de este *dossier*, si la violencia es entendida como una privación de derechos, las luchas

2 Entendida como la construcción de un-sí-con-otros a partir de la demanda por un menoscabo a la igualdad (Ranciére, 2006).

que emprenden estas mujeres por la demanda de derechos al Estado en el que residen pueden leerse, en sus debidas proporciones, como un horizonte esperanzador respecto de un lento camino de transformación de una violencia atávica (y estructural) como la violencia sexo-genérica.

265

II. EL ENFOQUE BIOGRÁFICO COMO CAMINO METODOLÓGICO

La investigación de la que surge este artículo adoptó una aproximación metodológica cualitativa, recurriendo al enfoque biográfico (Arfuch, 2002) y utilizando como principales herramienta para el trabajo de campo el relato de vida (Bertaux, 2005; Velasco & Gianturco, 2012), además de acompañamientos de observación participante de actividades de las organizaciones sociales de las que son parte las mujeres migrantes con las que se trabajó (asambleas, marchas, funas, cortes de calles y ollas comunes, entre otras).

De un grupo amplio de participantes en el estudio, definido a partir del muestreo teórico (Martínez-Salgado, 2012), se seleccionaron para el análisis que se presenta en este trabajo los relatos de vida de diez mujeres migrantes de origen latinoamericano (peruanas, bolivianas, colombianas, ecuatorianas y dominicanas) en situación de precariedad³, residentes de las comunas de Antofagasta (cinco) y Santiago (cinco), que participan de forma activa en organizaciones sociales que demandan algún derecho al Estado (directa o indirectamente), con y sin roles dirigenciales. En el marco del proyecto de investigación, se desarrollaron en cada una de las comunas veinte relatos de vida de hombres y mujeres migrantes —en iguales proporciones— que participan en organizaciones y que no lo hacen —también en las mismas cantidades—. Por lo tanto, los relatos seleccionados corresponden al total de los realizados a mujeres con participación en organizaciones sociales debido a la densidad que adquiriría en sus relatos el enunciado de la violencia sexo-genérica. También se efectuaron entrevistas a informantes clave, de las que en este caso se seleccionaron cuatro: dos de Santiago y dos de Antofagasta. Se trata de personas chilenas (tres mujeres y un varón) que han cumplido algún rol significativo en la trayectoria de participación social de estas mujeres. El trabajo de campo, a su vez, se desarrolló entre junio de 2019 y abril de 2022.

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

3 En términos operacionales, esto implicaba estar desocupadas o poseer un trabajo precario, y/o residir en condiciones de habitabilidad precarias (tanto en relación con la materialidad de la vivienda —que no es apropiada ni en términos de uso ni de seguridad estructural— como al entorno en que esta se ubica —malas condiciones de salubridad, de conectividad y de urbanización—). En términos generales, entendemos por situaciones de precariedad a «un proceso social particular compuesto de un conjunto de factores estructurales», y de los discursos y prácticas desplegados por personas o por «un grupo social que soporta la institucionalización de un sistema de desigualdades sociales derivadas de la adopción de un determinado [modelo] de desarrollo». Esos discursos y prácticas están orientados a «obtener los recursos para satisfacer las necesidades consideradas socialmente como básicas y adecuadas a la preservación de la dignidad humana» (Argüello, s. f., p. 4).

Las comunas de Santiago y Antofagasta se seleccionaron porque son las que tienen la mayor cantidad de población migrante del país —220 283 y 61 651 personas migrantes, respectivamente, según datos de 2020, lo que equivale al 15,1 % y 4,2 % del total de la población migrante del país (INE & DEM, 2021)— y, en el caso de la segunda, por la significativa cantidad de población migrante que reside en campamentos⁴, que son espacios representativos de precarización habitacional. De hecho, como señala Méndez Caro (2021, p. 172), se trata de la comuna con mayor cantidad de hogares en campamentos (5581 familias, aproximadamente, en 63 campamentos), un 60 % de ellos migrantes.

El trabajo analítico se realizó a partir de las tramas narrativas biográficas construidas mediante los relatos de vida. Por trama narrativa entendemos, según la propuesta teórico-metodológica de Leonor Arfuch (2002, 2016), los relatos resultantes de procesos de construcción de significaciones en torno a determinados referentes, los cuales dan sentido a lo que sucede en el mundo social y en la propia vida (Meccia, 2016), a la par que constituyen la apropiación personal de los discursos sociales a partir de la enunciación. Esta apropiación personal implica un concepto amplio de enunciación que contempla

cómo se cuenta una historia, cómo se articula la temporalidad en el relato, cuál es el principio que se postula, cómo se entranan tiempos múltiples en la memoria, cómo se distribuyen los personajes y las voces, qué aspectos se enfatizan o se desdibujan, qué causalidades —o casualidades— sostienen el desarrollo de la trama, qué zonas quedan en silencio o en penumbra (Arfuch, 2016, p. 240).

El análisis que se propone entiende que la trama narrativa que construyen las entrevistadas —ese relato biográfico migrante— es una suerte de polea de transmisión entre el nivel micro y macrosocial, aunque la metáfora mecánica no sea del todo feliz en este caso, puesto que ese relato no es un reflejo espectral, sino una relectura, una reconstrucción de ese discurso en este juego infinito de la semiosis social.

Esta disquisición remite a la debatida relación entre generalización y representatividad en el caso de investigaciones de carácter cualitativo como esta. Como explica Rosas (2010), no es incongruente preguntarse por las posibilidades de generalización de los estudios cualitativos, siempre que esa representatividad no se asocie de modo reductivo a la inferencia estadística. Por otra parte, según la autora, no todos los estudios de carácter cualitativo tienen por objetivo lograr esa generalización, y pueden proponerse legítimamente profundizar el conocimiento sobre

4 En Chile se denomina «campamento» a un asentamiento «donde ocho o más familias, que habitan viviendas agrupadas o contiguas, se encuentran en una situación irregular de tenencia del terreno y carecen de acceso regular a uno o más servicios básicos de la vivienda (agua potable, energía eléctrica y alcantarillado/fosa séptica)» (CIS, 2018, p. 3).

los procesos y las relaciones sociales implicadas en un fenómeno que se genera en un contexto específico. Ese es, precisamente, el horizonte inmediato con el que se planteó inicialmente este estudio que, como ya queda claro, adopta una mirada microsociológica.

III. «POR MIS HERMANOS, POR MIS HIJOS...»: VIOLENCIA SEXO-GENÉRICA Y MIGRACIÓN

Carmen Gregorio Gil (2012), una autora referente en estos temas, sostenía hace ya una década que era posible hablar de la configuración de un campo de estudios de «género y migraciones». En efecto, la relación entre los procesos migratorios, el dispositivo sexo-genérico, y el régimen heterocisnormativo y patriarcal, es una línea temática ya bastante consolidada dentro del campo de los estudios migratorios. Por lo tanto, el abordaje que se presenta en este apartado no representa novedad en ese sentido, más bien tiene un propósito descriptivo y contextual que apunta a delinear el marco interpretativo para lo que se expone bajo el título siguiente. En esta parte, entonces, nuestro objetivo es ilustrar, mediante escenas biográficas de las mujeres migrantes en situación de precarización con las que hemos estado trabajando, algunos modos en los que la violencia sexo-genérica, en tanto violencia directa, estructural y cultural (Galtung, 1990; Segato, 2003) ejercida en virtud del dispositivo sexo-género, atraviesa sus trayectorias migratorias, dándoles formas y sentidos.

Ciertamente, la inflación en los usos del concepto de violencia (Blair Castillo, 2009) lo ha tornado una noción problemática. Su alcance expansivo ha hecho difícil tener claridad sobre los límites de la categoría, algo que tiende a atenuar su poder heurístico. Lo que sí es claro, en cambio, es que el peso histórico y situacional es muy significativo en su definición. Pero más allá de estas dificultades, o más bien por ellas, resulta necesario explicitar las ideas que se asocian a esta categoría cuando se la utiliza en el análisis que aquí se presenta. Desde esa premisa, la propuesta de Galtung (1990) resulta útil para la aproximación a los procesos sociales observados en el trabajo de campo, más allá del hecho de que, para su delimitación conceptual, recurre a otra categoría compleja y muy debatida: la de derechos humanos. La violencia, dice este autor, puede pensarse como una privación de los derechos humanos fundamentales en un amplio sentido, que se extiende desde el derecho a la vida, la felicidad y la prosperidad hasta el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas.

Desde una aproximación fenomenológica, este concepto de violencia propuesto supone una representación triangular a partir de la distinción entre violencia cultural, estructural y directa. La violencia cultural se refiere a la esfera simbólica de la existencia, que puede ser utilizada para

267

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

justificar o legitimar la violencia directa o la violencia estructural. Esta supone un flujo constante a través del tiempo, un sustrato a partir del cual los otros dos pueden nutrirse; y tiene una temporalidad persistente, dada la lentitud con que se producen las transformaciones culturales. La violencia estructural alude a las diversas formas de explotación y tiene la temporalidad de los procesos, con sus altibajos. La violencia directa, en tanto, corresponde a lo episódico, al suceso, a su expresión visible (Galtung, 1990)⁵.

Retomando esta misma conceptualización —aunque con aprehensiones críticas, como veremos más adelante—, Liberona Concha y Piñones Rivera (2020) explican que las privaciones del acceso a los derechos que impone la violencia «forman parte de un proceso social, cultural, económico y político restrictivo, estructurado y estructurante», que «nos recuerda que dichos procesos no son ni externos ni puntuales, pues la violencia estructural funciona incorporando la historia, inscribiéndose doblemente en los cuerpos, como condición social y como experiencia histórica, individual y colectiva» (pp. 46-47). Este constructo que articula sustratos y temporalidades para definir la violencia, a la vez que precisa los contornos de aquello que se procura aludir, tiene la virtud de ofrecer la versatilidad suficiente para permitir una aproximación a diversas expresiones del fenómeno, evidentemente conectadas.

Para entender la violencia sexo-genérica —a partir de la definición de dispositivo sexo-género reseñada al comienzo—, recuperamos las ideas de Rita Segato (2003) en torno a su propuesta sobre las estructuras elementales de la violencia de género. La autora habla de una economía violenta propia de la estructura de género y señala que

una de las estructuras elementales de la violencia reside en la tensión constitutiva e irreductible entre el sistema de estatus [el de la «moral tradicional»] y el sistema de contrato [el de la ciudadanía, que establece una igualdad jurídica entre los sujetos]. Ambos correlativos y coetáneos en el último tramo de la larga prehistoria patriarcal de la humanidad (p. 144).

Según explica Segato (2003):

La falta de correspondencia entre las posiciones y las subjetividades [en los sistemas de estatus y de contrato] dentro de ese sistema articulado pero no enteramente consistente produce y reproduce un mundo violento. Ese efecto violento resulta del mandato moral y moralizador de reducir y aprisionar a la mujer en su posición subordinada, por todos los medios posibles, recurriendo a la violencia sexual, psicológica y física,

5 Para graficarlo con un ejemplo: desde esta perspectiva, el femicidio puede entenderse como una forma de violencia directa que es expresión episódica de las violencias estructurales y culturales asociadas al régimen heterocisnormativo y patriarcal que lo habilita.

o manteniendo la violencia estructural del orden social y económico (p. 145).

Es desde estas propuestas conceptuales que, en el análisis que se propone, se piensa la violencia en general y la sexo-genérica en particular.

Elena (46 años), mujer boliviana que reside en un campamento en Antofagasta, empezó su trayectoria migratoria a los 12 años, cuando partió desde una zona rural donde vivía con su mamá y dos hermanos menores para «pasar» mercadería para «los negociantes» en la frontera entre Argentina y Bolivia⁶:

salí muy chica de la casa a empezar a buscar la vida... como la gente decía [que] en Argentina se gana mucha plata, entonces yo a los 12 años decía «Si soy grande, puedo ir a la Argentina a trabajar y ganar mucha plata y traer para mis hermanos», decía [...] todo era para generar dinero para mis hermanos, para que puedan estudiar [...] yo quería que mis hermanos comieran lo que comen los otros niños que tenían plata (Elena, entrevista, noviembre de 2019).

En esta escena biográfica están presentes varias materializaciones de la violencia sexo-genérica resultante de su posición desigual en el dispositivo sexo-género y la de su madre: un hogar monoparental en el que la subsistencia depende solamente del trabajo agrícola de autoconsumo que realiza la mamá; una niña que, en su rol de hermana mayor y en una subjetivación sexo-genérica que le asigna un mandato de cuidado, debe abandonar su escolarización para «buscarse la vida» en un contexto de pobreza rural.

En esas primeras experiencias migratorias de niña, además, Elena experimentó formas de violencia directa —que pueden ser consideradas expresiones de tortura— de parte de un gendarme que la detuvo en la frontera en una de sus incursiones por el riacho que separa las ciudades de La Quiaca (Argentina) y Villazón (Bolivia):

me dijo uno de esos caballeros [los negociantes]: «Bueno, hoy día como no hay nada de mercancía... solamente hay harina», me dice, entonces yo le digo «Bueno», como cada quince kilos de harina podía pasar, yo me cargué los quince kilos, y no, ese día me agarró el gendarme, me agarró el gendarme, me dio dos patadas, me rompió la harina, me pinchó con las agujas que traía, acá me pinchó, y así me tiró al suelo... como era yo niña chica me puse a llorar, dije «Nunca más, nunca más voy a hacer pasar esto», y la verdad me dio mucha pena, y lo recuerdo con dolor

6 En el territorio al que alude Elena, se suele llamar «paseros» a las personas —generalmente bolivianas— que cruzan mercadería a cuenta de terceros por la frontera entre Argentina y Bolivia, habitualmente de manera informal y por muy poco dinero. Muchos son niñas y niños; de hecho, esta es considerada una forma de trabajo infantil por organismos internacionales. Véase, por ejemplo, Infobae (2007).

(solloza)... ha sido muy fuerte ese dolor para mí (Elena, entrevista, noviembre de 2019).

Su trayectoria continuó por varios años en Argentina, entre las provincias de Jujuy, en el norte, y Córdoba, en el centro, hasta que regresó a Bolivia, donde se casó muy joven y tuvo tres hijas. Luego, decidió separarse ante situaciones de violencia de pareja y se marchó con sus hijas a Cochabamba para, un tiempo después, volver a migrar, esta vez sola, a Antofagasta en Chile, dejando a sus hijas al cuidado de su madre porque «afrentar mi vida diaria con mis hijas era muy duro allá en Bolivia, muy duro, muy duro. El sueldo que ganaba no alcanzaba para mis hijas, y más encima mamá joven, con un bebé de un mes» (Elena, entrevista, noviembre de 2019), lo que da cuenta de violencias experimentadas como trabajadora con un salario por debajo de los niveles de sobrevivencia. La decisión de migrar a Chile obedeció, dice, a la necesidad de «darle una buena economía a mis hijas, no hacerle sufrirle económicamente a ellas, y pagarles los estudios, para que ellas sean profesionales». Cuenta orgullosa que sus hijas se han graduado ya, pero se le anuda la garganta cuando nos dice que «ellas se criaron sin cariño de madre». Un dolor que resulta de una migración que, según su relato, se emprende otra vez —como la que inició cuando niña— por el mandato de la crianza y el cuidado. Dicho mandato que se inscribe, por su parte, en la obligación de la copresencialidad, lo que genera culpa cuando se instala la distancia física en ese vínculo maternal.

En el caso de Estela (43 años), mujer cis peruana que reside en una habitación en un cité de la comuna de Santiago de Chile con sus tres hijas, la trayectoria migratoria se inició por razones semejantes y, por ende, la violencia sexo-genérica ha jugado un papel igual de relevante. Su madre fue víctima de un femicidio cometido por su padre, que luego se suicidó, por lo que ella, como la mayor de seis hermanos, asumió la responsabilidad de la crianza y emigró a Chile para generar los recursos necesarios para ello:

era difícil, entonces yo pude haberlos dejado botados, pero igual, o sea, igual era joven todavía, entonces yo atiné a cuidar a mis hermanos... mi otro hermano me seguía por un año, pero no, como que no atinaba, o sea, él vivía por su cuenta y no estaba ni ahí con los demás chicos. Entonces yo, yo fui papá y mamá para mis hermanos. Entonces, por eso, me vi obligada a venir y ya, lo logré; o sea, no tanto; o sea, yo pude haber querido que tengan una profesión, pero, o sea, no, no pude más; pero por lo menos han terminado de estudiar, no, no están metidos ni en el alcohol ni en la droga, gracias a Dios. Trabajan, acá estamos tres y están tres allá, en Perú [...] Yo, con la plata que ganaba acá, contraté a una señora que me les pudiera cocinar y lavar sus ropas, porque igual eran pequeños. Y así salí adelante. Ya cuando yo pude, me los traje a los más

pequeños porque los más grandes ya podían trabajar (Estela, entrevista, octubre y noviembre de 2019)⁷.

Estas dos escenas biográficas, representativas de los relatos de vida con los que se trabajó, ilustran el carácter estructurante del género y la sexualidad en los procesos migratorios (Ariza, 2000; Luibheid, 2005; Manalansan IV, 2006; Cantú, 2009; González López, 2009), un vínculo establecido ya con bastante solidez en este ámbito de estudio, como anunciábamos al comienzo del apartado. A partir de este punto establecido, queremos avanzar en la línea argumental del artículo a partir de una sugestiva propuesta de lectura que realiza Gregorio Gil (2012), reflexionando desde la etnografía y la crítica feminista sobre algunas tensiones conceptuales en la relación entre géneros y migraciones. La autora propone la politización de algunas categorías centrales en este subcampo de los estudios migratorios: las de maternidad transnacional y cadenas globales de cuidados. Nos parece fundamental citar sus palabras al respecto para, desde la intertextualidad, tomar esa hebra y proponer una politización de la violencia sexo-genérica en relación con los procesos migratorios.

Cuando habla de politizar la categoría de maternidad transnacional, Gregorio Gil (2012) propone situarla

en el entramado específico de relaciones de poder en el que se inscriben las prácticas, los significados, las imágenes y los sentimientos, social y culturalmente producidos, incorporando los usos políticos de la misma desde las subjetividades y las identidades que reproducen la noción cultural hegemónica de la maternidad, pero también la resisten (p. 575).

Politizar los cuidados, en el marco de lo que se ha llamado las «cadenas globales de cuidado», implica para ella sacarlos

del espacio 'privado' del hogar y de su contenido naturalizado en su asociación con lo femenino, para situarlos en el centro de procesos políticos e históricos que construyen cuerpos generizados, sexualizados, racializados, etnizados y desterritorializados en su relación con el cuidado [...], tratando de evitar, con ello, la definición de las mujeres como seres afectivos y asistenciales desde la asunción de su presunta relación con la procreación y la crianza (Gregorio Gil, 2012, p. 577).

7 La extensión de algunos de los fragmentos de los relatos de vida, como este, obedece a la necesidad de contrarrestar, en la medida de lo posible, la fragmentación de las tramas narrativas biográficas a la que empuja la escritura en el registro de un artículo académico, además de preservar las marcas de la oralidad. Por otra parte, somos conscientes del riesgo de caer en una suerte de demagogia académica al seleccionar estos fragmentos de los relatos que cuentan escenas dolorosas o traumáticas; de todos modos, pensamos que la necesidad urgente de darle voz a estas violencias merece (y hasta exige) correr ese riesgo.

Politizar la violencia sexo-genérica, siguiendo esta lógica, supone visibilizar las relaciones de poder que la hacen posible, así como los procesos históricos que han conducido a la construcción de cuerpos y vidas «violentables» a partir de ese entramado que interseca el género y la sexualidad como dimensiones centrales en estos casos, junto con la extranjería, la etnia, la «raza» y la clase, entre otras. Asimismo, implica visualizar los intereses a los que tributan esas vidas migrantes violentadas (y violentables) a partir de violencias directas (como las que experimentan mujeres o personas LGTBI+ migrantes abusadas o violadas en sus travesías de desplazamiento), estructurales (como las mujeres, niñas y personas LGTBI+ migrantes tratadas en el comercio sexual o explotadas en el mercado etnizado del trabajo doméstico) y culturales (como las que vivencian cuando se naturaliza su responsabilidad respecto de un mandato de cuidado y crianza asociado a una supuesta feminidad instintiva). Pero politizar la violencia sexo-genérica en relación con los procesos migratorios implica también considerar las formas en que esas violencias se resisten, se contestan, se resignifican. Implica también preguntarnos cómo es posible esta politización, qué habilita el giro en las experiencias de estas mujeres, cuál es su alcance y en qué medida abre una eventual vía de transformación. Procurando alejarnos de aproximaciones victimizantes o, por el contrario, épicas a estos procesos sociales, ese es el camino que proponemos en el siguiente apartado.

IV. «DE AHÍ NACE EL SENTIMIENTO DE SER LÍDER»: DOLORES QUE SE HACEN LUCHAS

Tomando entonces esta hebra de la politización de la violencia sexo-genérica, el trabajo de campo desarrollado durante los últimos tres años nos ha permitido advertir, en algunas de las mujeres migrantes con participación social activa con las que hemos trabajado, una coagulación de sentidos en torno a una resignificación de esas violencias sexo-genéricas como motores de organización social, resistencia o lucha que se canalizan en parte importante desde lo que se suele referir como «cuidados comunitarios»⁸. En este apartado procuramos mostrar cómo se establece ese vínculo, qué actores y procesos inciden en esa ligazón, y de qué forma lo hacen.

8 Nos referimos, entre otras cosas, a la organización de ollas comunitarias y el reparto de alimentos a personas en situación de calle. Durante la pandemia, a la sanitización de viviendas y espacios comunitarios, las visitas casa por casa para explicar medidas sanitarias frente al COVID-19, el apoyo a vecinas y vecinos enfermos, el cuidado de niñas y niños (refuerzo escolar, merienda fuera del horario de colegio), la limpieza y «embellecimiento» de espacios comunes y la gestión de ayudas ante organismos del Estado (canastas de alimentos, test COVID, condones), entre otras labores. Se trata de actividades que se desarrollan en el marco de organizaciones no necesariamente constituidas para esos fines: comités de vivienda, juntas de vecinos, sindicato de trabajadoras de casa particular y sindicato de trabajadoras sexuales trans, en estos casos.

La noción de cuidados ha generado un amplio debate en las ciencias sociales (Magliano & Perissinotti, 2021), principalmente a partir de la crítica feminista, que ha introducido un hito en esta discusión al conceptualizarlos como trabajo (Zibecchi, 2014) y poner el acento en las desigualdades que atraviesan esas labores. En general, la idea alude a «un espacio bastante indefinido de actividades, servicios, bienes, relaciones y afectos dirigidos a asegurar la reproducción social y la subsistencia de la vida» (Sanchís, 2020, p. 10). En esa línea, y en el marco de este análisis, cuando se alude a cuidados se está pensando en

todas aquellas tareas necesarias para el sostenimiento de la vida cotidiana y de su reproducción intergeneracional [...] en el marco de dos dimensiones centrales: las disposiciones y motivaciones ético-afectivas y las tareas concretas de la vida diaria, que pueden ser remuneradas o no (Magliano & Perissinotti, 2021, p. 3).

El adjetivo de «comunitario» que se agrega a los cuidados pone en escena otra importante línea de abordaje en este campo temático, que tiene como trasfondo una comunitarización de tareas necesarias para la subsistencia, con aristas asociadas tanto a respuestas frente a la precarización de amplios sectores de la población en nuestras formaciones sociales latinoamericanas como a formas de organización social en resistencia y lucha. En este trabajo, y siguiendo también en este aspecto a Magliano y Perissinotti (2021), entendemos lo comunitario

como la disposición para poner en ejercicio ‘la capacidad práctica que tienen las poblaciones para cooperar entre ellas’ [...] en base a relaciones sociales de compartencia que operan coordinada y/o cooperativamente de forma más o menos estable en el tiempo con objetivos múltiples, buscando la satisfacción de necesidades básicas de la existencia social y por tanto individual (p. 3).

El hilo argumental que proponemos desarrollar en este apartado sostiene que, en las tramas narrativas biográficas que relatan estas trayectorias migratorias que estamos analizando, las diversas formas de violencia sexo-genérica experimentadas se resignifican como razón o fundamento de una implicación en procesos de organización social en torno a los cuidados comunitarios con diversas intensidades (desde participaciones no dirigenciales hasta situaciones de politización). Ello, por una parte, deriva en una creciente generización de tareas sociales que es preciso asumir ante la ausencia involuntaria o deliberada del Estado (o una presencia focalizada y asistencial que no responde a las necesidades de la población); pero, por otra, también deviene, en algunos casos, en confluencias de actores/actrices y circunstancias que permiten la gestación de espacios de resistencia de diferentes alcances.

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

Como está ampliamente documentado, las mujeres latinoamericanas de sectores populares y territorios empobrecidos han jugado un papel protagónico en los cuidados comunitarios (Rosas & Gil Araujo, 2021), y esa participación «ha sido una de las fuentes de organización popular de mujeres» (Fournier, 2020, p. 67), generando transformaciones tanto biográficas como colectivas, potencialidades que —por supuesto— conviven con tensiones y contradicciones. Probablemente, una de esas contradicciones más importantes reside en el hecho de que estas resistencias y procesos de politización se construyen, en parte, con base en cuidados comunitarios desigualmente distribuidos en términos de género. *Prima facie*, resulta contradictorio si pensamos la subjetivación política como la propone Rancière (2006), es decir, como la demanda de una igualdad en la construcción de *un-sí-con-otros*, pues las tareas de cuidado comunitario no son precisamente un espacio de igualdad. Ahora, si bien esta es una afirmación difícil de contradecir, en estos casos parece necesario cuestionar lo obvio y sacudir el sentido común. En ese sentido, uno de los aspectos específicos en estos casos que puede contribuir a ese cuestionamiento es que se trata de mujeres migrantes; en otras palabras, el proceso de construcción de subjetividades resistentes se interseca con la dimensión de extranjería⁹, lo que le confiere particularidades que nos interesa explorar y que están ligadas a la liminaridad del extranjero respecto del reconocimiento de derechos por parte del Estado donde reside (Fassin, 2018). Avanzaremos en esa línea en el apartado final.

Migdalis (42 años), mujer colombiana que reside en otro campamento de Antofagasta, nos compartió una escena biográfica brutal en uno de nuestros encuentros sin tono de drama, pues bastó la simple descripción de los hechos para proveer el dramatismo necesario. Tenía alrededor de 10 años cuando, una noche en la que estaba sola en su casa al cuidado de sus hermanos menores, fue víctima de una violación por parte de un vendedor ambulante —de esos que iban pueblo por pueblo en la ruralidad del valle del Cauca— que se metió en la vivienda:

Yo fui a salir a correr y pegué la carrera y cuando salí él, ipá!, me pescó la mano y chao, hasta ahí fui... entonces, afuera me tiró ahí, había un espacio, un piso, pero como... nunca me olvidé... un espacio así como todo roñoso, ahí me tiró. Yo no me quería dejar y el tipo me *sangonó*, y cuando no quería [me dijo] «¡Quédate quieta!»; y yo le dije «Y no, y no», y saltaba yo, tenía un cuchillo... él, muy puntudo... me puso un cuchillo por aquí [señala el cuello] y me dijo «Tírate al piso y acuéstate

9 Noción que «enlaza de manera compleja [...] dos dimensiones: la jurídica, referida a las formas y categorías de acceso a cierto estatus legal (o su denegación), asentada a su vez sobre la distinción básica entre nacional-ciudadano / extranjero-no ciudadano, y la social, estrechamente relacionada con aquella, pero centrada principalmente en procesos de alterización racial y étnico-nacionales, que en América Latina se encuentran, a su vez, atravesados por la pertenencia de clase» (Stang *et al.*, 2022). Es preciso agregar a esta definición el extrañamiento que genera la experiencia de vida en al menos dos configuraciones culturales nacionales (Lara & Stang, 2021).

ahí, si no te acuestas, te entierro este cuchillo; y ustedes, si no se callan [refiriéndose a los hermanos], la mato acá». Entonces siente uno que ha tenido... la muerte cerca... Luego ahí, bueno, pasó lo que pasó, luego me hizo entrar hacia el cuarto, ahí estaban mis hermanos... yo me sentí, la verdad, me sentí mal, me sentí feo... pero... *me sentía como una líder, una héroa*, yo creo que *de ahí nace el sentimiento de ser líder* (Migdalís, entrevista, diciembre de 2019)¹⁰.

La cita es una materialización de la relevancia que ha adquirido, en el relato de estas mujeres migrantes dirigentes o participantes activas de organizaciones sociales, el nexo que establecen entre la superación de sus experiencias de violencia sexo-genérica y su trabajo comunitario, que en algunos casos ha derivado en procesos de politización. Sin duda, el relato de Migdalís recurre a un punto nodal instituido en el magma de significaciones imaginarias sociales¹¹ (Castoriadis, 1988): la imagen sacrificial del rol de cuidadora *de* la mujer; es decir, uno que *naturalmente* le corresponde y «le nace», ya sea respecto de los hijos, los hermanos e, incluso, las parejas, y que es una expresión de violencia cultural, en términos de Galtung (1990). Pero más allá de este hecho hartó probado, si se lee desde la propuesta politizadora de Gregorio Gil (2012), resulta interesante observar cómo es que esos hechos y situaciones de violencia llegan a ser contruidos como fundamentos de acciones dirigenciales que, aunque giran en torno a acciones que eventualmente pueden considerarse una comunitarización de esas labores y responsabilidades de cuidado asignadas *por naturaleza*, derivan también, en ciertas circunstancias, en acciones de resistencia y hasta en estrategias de lucha. Esta deriva se amplifica más aún cuando están protagonizadas por mujeres que, *de jure*, no son consideradas ciudadanas del Estado en el que residen; esto es, no son consideradas legítimas interlocutoras de ese Estado al que plantean sus demandas de lucha.

Julia (52 años), mujer peruana que reside en un campamento de Antofagasta (distinto al de Elena y Migdalís), habló en uno de los encuentros para la construcción de su relato de vida de una escena biográfica muy significativa, que representó para ella un quiebre en la situación de violencia que estaba experimentando de parte de su pareja:

10 Énfasis añadido. Cabe indicar que el relato de vida de Migdalís está plagado de escenas de violencia sexo-genérica en las que confluyen de diversas formas, y con distintas fuerzas, un régimen heterocisnormativo y patriarcal *situado* —en el sentido de ubicado en, pero sobre todo de territorial y temporalmente constituido y materializado— en una zona de la ruralidad colombiana que es escenario principal de procesos sociales relacionados con la narcoviencia, la violencia paramilitar y de las guerrillas, y las derivas de lo que en la historiografía de Colombia se ha denominado la fase de «La Violencia» (Palacios, 2003).

11 Definido como «urdimbre inmensamente compleja de significaciones que empapan, orientan y dirigen toda la actividad de la sociedad considerada y a los individuos concretos que corporalmente la constituyen» (Castoriadis, 1988, p. 68).

me separé tres veces [de esa pareja] y en la última vez que me... la última vez que me separé ya le dije «Va a ser definitivo», y fue definitivo porque yo lo decidí. Y a mí algo que me motivó, y por eso yo tengo mucho cariño a las organizaciones de mujeres, es que justo estaba caminando por la calle, así que venía... estaba trabajando de auxiliar de párvulos acá en un colegio, y estaba pasando por la calle XX y había una intervención de mujeres, de eso como hacen los artistas que bailan callejero, todo eso, y yo me acerqué a mirar así, a mirar así. También estaba súper angustiada con lo que me pasaba, con mi decisión que yo tomaba, porque de partida ya me estaba vulnerando, no tenía plata, muchas cosas, todo lo que conlleva la separación; y vi una intervención artística de mujeres, todas vestidas de negro, donde todas luchaban por querer ser libres y querer ser más, y en medio de eso, un muñeco gigante que era el hombre, que lo movían como títere que no las dejaba, y ellas quemaron ese muñeco y lograron vencer su libertad. Yo no paraba de llorar, te cuento, así que lloraba... lloraba, lloraba y lloraba, y decía «Y si ellas pueden hacerlo, ¿por qué yo no?». Y te estoy hablando de eso hace cuatro años... y por eso, yo siempre, cuando hay una intervención de mujeres, voy por dos razones: una, porque siento que es una sanación para mí importante; y, otra, porque, de repente, quién sabe si con mi ánimo estaré animando a otra que está pasando por ahí a decir que «Ya basta», ¿cachai? [¿entiendes?] (Julia, entrevista, diciembre de 2019).

Julia también deriva de esta escena una razón para su labor de dirigente, pues «empoderar» a sus compañeras y ayudarlas a superar situaciones de violencia intrafamiliar son propósitos centrales que emergen profusamente en su trama narrativa. En mayo de 2020, en un conversatorio al que fue invitada a exponer, decía que una de sus consignas es:

hacer que la vulnerabilidad se convierta en dignidad. Y por qué digo eso, porque cada día, cada día que nosotros vivimos acá en el [campamento], comunidad de 75 % de migrantes, y se podría decir que el 55% de esos migrantes son mujeres, mujeres que han dejado sus historias, sus casas, sus vidas, y que han sido violentadas desde miles y millones de maneras; pero, sin embargo, tienen la posibilidad de encontrar en este Chile próspero y neoliberalista un nuevo sistema para cambiarlo... Entonces comienzas a descubrir que tu mundo no es una burbuja, que tu mundo no es una... no es un cascarón de huevo y que tienes que romper para poder mirar más allá. Entonces, en ese proceso que yo iba viviendo de romper el cascarón, me encuentro conmigo misma, me encuentro con mis compañeras y comenzamos a armar una organización (Julia, entrevista, mayo de 2020).

La ruptura del cascarón, la salida de una burbuja, son metáforas muy decidoras para entender cómo se van construyendo estos sentidos

que ligan la superación de situaciones de violencia sexo-genérica con trayectorias de participación social. También aparece la significación de esta implicación social como posibilidad de terapia y de cura. Julia lo explica de este modo:

Lo mío fue como... ¿cómo te digo?, o sea, este espacio de entretención para mí en... en cómo se llama este... el proceso de liderazgo que tuve fue como para... *una catarsis*, para poder salir... para no morirme de depresión. Entonces, siendo así, ya conociendo aquí, conociendo allá, sin pensar me quedé envuelta en muchas cosas; por ejemplo, como coordinadora local [de una red nacional de organizaciones migrantes] (Julia, entrevista, noviembre de 2019)¹².

Graciela (35 años), mujer colombiana que reside en el mismo campamento de Julia, también relaciona su labor dirigencial con una posibilidad de salir de la situación de violencia intrafamiliar en la que estaba envuelta:

Por lo menos en lo personal, para mí, el ser dirigente y el trabajar con la comunidad ha sido también *como una terapia*, porque deja uno de pensar en los propios problemas de uno y empieza a ver que hay problemas muchísimo más grandes que son los del entorno, de la comunidad; entonces empiezas a ver que tú sirves como puente de red de apoyo para otros. Entonces yo empiezo a hacer cursos, capacitaciones de lideresa, de líderes, aprender de derechos humanos, aprender de igualdad, equidad... después de unos años [una universidad regional] empieza a expandirse sobre todo el territorio del campamento y ahí, en ese entonces, yo era dirigente, y tomo la opción de quererme preparar... Entonces ahí es donde yo me preparo ya con argumentos ya más validos sobre la historia de las mujeres, y empiezo también... a conocer el tema del feminismo, sobre la historia, sobre todos estos temas de la actualidad que está ahora (Graciela, entrevista, noviembre de 2019)¹³.

La escena de la *performance* de mujeres con la que se cruza Julia o el testimonio de Graciela traen, además, al primer plano un elemento fundamental para entender estos procesos: el rol protagónico que ha jugado el movimiento feminista en la escena sociopolítica nacional de las últimas décadas y que ha tenido como acontecimientos-hito recientes las tomas universitarias feministas de mayo de 2018, las últimas marchas del 8M y el rol decisivo del movimiento en el llamado «estallido social» chileno (Ibáñez & Stang, 2021), un hecho que atravesó los inicios del trabajo de campo cuyos resultados se analizan en este artículo. De hecho, la revuelta popular del último trimestre de 2019 es uno de los acontecimientos sociales que, al menos, han potenciado procesos de

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

¹² Énfasis añadido.

¹³ Énfasis añadido.

subjetivación política de algunas de estas dirigentes que por supuesto, se habían iniciado de manera previa a estos sucesos.

Elena es uno de esos casos. Cuando nos encontramos por primera vez, estaba por viajar a Santiago como representante de su comité de vivienda como invitada a un encuentro del Tribunal Internacional de Desalojos, que se realizó en Chile en diciembre de 2019. Se trata de un tribunal popular y de opinión, establecido en 2011 por la Alianza Internacional de Habitantes (AIH) y otras organizaciones sociales, que tiene por finalidad «analizar y cuestionar de manera práctica e interactiva casos de desalojos forzados que tienen lugar en distintas partes del mundo» (International Tribunal on Evictions, s.f.) desde un rol de abogacía, principalmente. Elena me contaba que iría para defender el derecho a la radicación de su campamento frente a la permanente amenaza de desalojo en la que viven. En un encuentro posterior me relató la experiencia de haber participado en la Plaza de la Dignidad, centro neurálgico de las protestas del estallido social en Santiago de Chile, en sus días de estancia en la capital. Estaba muy emocionada por esa vivencia:

esos muchachos gritan, el grito que hicieron, nosotros cuando llegamos ahí, con nuestros volantines así, nosotros como inmigrantes extranjeros, ¿no [es] cierto?, indígenas, llegamos ahí justamente. Me sacaba fotos, me parece que me vieron y me gritaron, un solo grito que dan ellos es: «Extranjero, únete a la lucha»... ¡que te parte el corazón ahí! Y cómo esperar entonces, tenís [tienes] que unirte... Y agarramos nosotros y nos unimos ahí, estuvimos como dos horas ahí con ellos (Elena, entrevista, diciembre de 2019).

Como señalábamos, un conjunto de actores individuales, colectivos e institucionales —entre ellos el Estado—, trayectorias biográficas con ciertas particularidades, contingencias sociales, situaciones relacionadas con procesos estructurales y especificidades territoriales se han ido ensamblando para contribuir con la emergencia de estas trayectorias de participación social activa y de dirigencia, relacionadas fundamentalmente con tareas de cuidado comunitario en un amplio espectro, dándoles forma y sentido. Se trata de ensamblajes que la categoría de «entramado», propuesta por Perissinotti (2019) a partir del trabajo con mujeres peruanas en territorios de relegación urbana de la ciudad de Córdoba (Argentina), ilumina de manera muy precisa, mostrando además conexiones de procesos sociopolíticos en el Cono Sur que ameritan estudios multisituados. Retomando esa categoría en un trabajo conjunto, Magliano y Perissinotti (2021) hablan de ese entramado

de vínculos y relaciones que despliegan [estas mujeres], no sin tensiones, con vecinos/as, organizaciones sociales y agentes estatales con el fin de

asegurar la reproducción de la vida desde un lugar ‘común’ de solidaridad y resistencia en los confines de las ciudades (p. 13).

La metáfora del tejido, el entramado, el ensamblaje, tiene una potencialidad icónica que la vuelve muy ilustrativa de lo que se pretende mostrar y que, sin duda, remite en sus antecedentes a la idea de tejido social. Leyla Méndez Caro (2021), en un trabajo sobre este mismo territorio en el que habitan Julia, Elena y Migdalis, recurre a la idea de la «cadenita», surgida de una expresión usada por sus entrevistadas al hablar del tejido, para cuestionar la noción de «cadenas globales de cuidados» (Hochschild, 2000) que referíamos antes y para proponer una relectura desde su trabajo de campo:

Estas ‘cadenitas’ son conceptualizadas desde sus propias experiencias. Son, entonces, ‘cadenitas’ que se agencian y transforman, no cadenas que se padecen. En este sentido, van más allá de las teorías modernas de cuidados, pues se sustentan en prácticas precoloniales o de inteligencia de sobrevivencia de quienes mantienen el recuerdo de vivir de otro modo. Son encadenamientos de corporalidades, esta vez en un buen sentido, ‘cadenitas’ de cuidados y reciprocidad con tu gente (Méndez Caro, 2021, pp. 177-178).

La propuesta de Méndez Caro trae además a escena la huella ancestral en estas cadenitas, conectando el concepto con un pasado fracturado por el trauma colonial latinoamericano. Son nociones emparentadas, como la de experiencias reticulares de solidaridad, que utilizamos en otro trabajo —en el que empezamos a aproximarnos al análisis de los resultados iniciales del trabajo de campo— y que definimos como una

articulación de actores y actrices provenientes de ámbitos diversos, tanto nacionales como migrantes, que se van entramando en red en torno a propósitos de acompañamiento y apoyo, y que van proveyendo, según sus posibilidades, diferentes recursos materiales y simbólicos para sortear situaciones de precariedad, contingentes o (y) estructurales (Stang, 2021, p. 55).

Se trata de nociones cuyas escenas fundantes ha venido a poner en primer plano la pandemia causada por el COVID-19. Son categorías, sin embargo, que corren el riesgo de romantizar estrategias de subsistencia frente a una precarización de la vida que tiene bases estructurales y actores responsables; y también de armonizar las relaciones sociales que se tejen en esas resistencias, permanentemente atravesadas por conflictos y tensiones, como observan certeramente Liberona Concha y Piñones Rivera (2020) en su libro *Violencia en la toma*. Los autores señalan, por una parte, que no debe perderse de vista que la violencia estructural que está en la base de estas situaciones tiene responsables, y

279

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

de allí su aproximación crítica a la noción de violencia estructural, que encierra para ellos una paradoja:

mientras saca la comprensión de las trampas individualizantes, legitimando la indignación frente a la estructura de la opresión, el mismo carácter estructural produce la ilusión de que, en concreto, este orden de cosas no es atribuible a nadie en concreto. Para nosotros [...] el Estado es el principal actor de la violencia estructural (p. 48).

Por otra parte, también muestran que esas tramas de organización y resistencia están atravesadas por tensiones y disputas relacionadas, por ejemplo, a situaciones de caudillismo generadas por algunos dirigentes (Liberona Concha & Piñones Rivera, 2020, p. 141). Además, es preciso desromantizar (y politizar) la imagen sacrificial que también prima en torno a estos cuidados comunitarios que asumen las mujeres, que tienden a concebirse como actos de amor y de entrega totalmente desinteresados, invisibilizando los costos que tienen para ellas, silenciando la genuina demanda de algunas por obtener una remuneración por esa labor y desoyendo otros intereses que se juegan en estas participaciones, entre ellos:

el reconocimiento a las organizaciones que otorgan a estas mujeres un lugar, la búsqueda de valorización de la tarea efectuada —a partir de la capitalización de la experiencia—, las expectativas de profesionalización y la necesidad de un ingreso urgente que les permita sobrevivir (Zibecchi, 2014, p. 142).

Son elementos que una mirada compleja de los procesos sociales nos exige no perder de vista.

El rol del Estado es una arista importante a considerar como elemento de análisis de estas resignificaciones de violencias sexo-genéricas en procesos de organización en torno a cuidados comunitarios. Como señalábamos antes, además de la gestación de espacios de resistencia que ocurre en algunos casos, esos entramados de cuidados también responden a una generización de las acciones colectivas de subsistencia ante la precarización de la vida. Además, esa generización se relaciona, por una parte, con lo que podría considerarse una feminización de los programas de apoyo social y, por la otra, con un avance de la institucionalización de la perspectiva de género en políticas y programas estatales.

En efecto, las políticas sociales de «gestión de la precariedad» descansan en una medida importante en las mujeres¹⁴; y, específicamente, una

¹⁴ Se trata de una línea tendencial, al menos en los países latinoamericanos. Como muestran Rosas y Gil Araujo (2021) en un análisis a partir de una política pública de Argentina, tanto en ese país como en otros «las políticas sociales [enmarcadas en las racionalidades neoliberales] comenzaron

parte considerable de los programas sociales de gobierno (a escala nacional y local) se canalizan a partir de su rol maternal. Eso hace que la tenencia de hijos se transforme en una puerta de entrada a un vínculo con el Estado, en algunas ocasiones asistencial, que abarca desde el seguimiento del embarazo hasta la provisión de útiles escolares, pasando por el control del niño sano, entre otros procesos. El Registro Social de Hogares (RSH, s.f.), por otra parte, «un sistema de información cuyo fin es apoyar los procesos de selección de beneficiarios de un conjunto amplio de subsidios y programas sociales», puntúa favorablemente los hogares monoparentales encabezados por mujeres.

Esto no significa necesariamente un cuestionamiento a estos criterios —lo que exigiría un análisis específico, que no es el propósito de este trabajo—, sino el señalamiento de elementos que han llevado a la construcción de un cierto vínculo entre precariedad, género y Estado. Por otra parte, como decíamos, desde el primer gobierno de la presidenta Michele Bachelet (2006-2010), el género se incorporó al lenguaje del Estado a través del entonces Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género (Sernameg), iniciándose una creciente institucionalización de esa perspectiva en la política pública, acompañada de un desperfilamiento crítico (Richard, 2008) —como suele ocurrir con estos procesos de institucionalización (Esguerra & Bello, 2014)—. Sin embargo, la incorporación de esta mirada a cursos de diverso tipo que se ofrecen sobre todo a una población femenina, muchas veces como condición para acceder a subsidios y beneficios, masificó este lenguaje y, de paso, habilitó también resignificaciones y reapropiaciones que, en algunos casos, contribuyeron a la construcción de argumentos de lucha. Las mujeres migrantes valoran esa fuente de lo que consideran su «empoderamiento»:

acá tú te sientes libre porque acá te dan el empoderamiento, y algo que yo agradezco tanto aquí a Chile es estas charlas del Sernameg, porque algunas mujeres dicen que no sirven, que no... de pronto una ha llegado al fondo, donde ya hay que ir, ¿no?, o que hay algunas que esperan que den más plata, o otras charlas más este, pero yo siento que si tú la recibes de la mejor manera, esto ayuda a empoderar mucho a una mujer y le da las salidas, le da el... te quita el temor (Migdalís, entrevista, noviembre de 2019).

El Estado, de todas maneras, no es la única fuente desde la que se accede a estas nociones. Julia y Graciela, por ejemplo, a partir de herramientas de afrontamiento ante las situaciones de violencia intrafamiliar que les tocó

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

a ser comandadas por el dogma del emprendedurismo y la tercerización, como herramientas para la construcción de comunidades e individuos participativos, activos y responsables». En ese escenario, se identificó a las mujeres como «actoras relevantes del desarrollo», lo que ha implicado efectos perversos para ellas, «en especial las pobres y racializadas, las migrantes, las precarizadas» (p. 5).

vivir, provistas por organizaciones no gubernamentales y de educación superior que trabajan en el campamento, han ido construyendo un discurso que se alimenta de estas nociones como «empoderamiento», tanto desde variantes funcionales del enfoque de género como desde concepciones provenientes de un feminismo más radical, que les llega desde organizaciones territoriales. Ese bagaje las ha puesto en un camino de creciente implicación con el trabajo de organización comunitaria, que ciertamente adquiere forma en tareas de cuidado, pero particularmente en su lucha por la vivienda. Esa lucha es, justamente, otro elemento que explica sus procesos de politización en la medida que la causa de la vivienda es una muy politizada en el país, y provee a sus actores y actrices un lenguaje y un imaginario político específico (Angelcos, 2012) a través de las organizaciones y dirigencias que lideran esa causa.

Varios de los territorios precarizados en los que residen estas mujeres son espacios sociales muy intervenidos, tanto directamente por el Estado como por organizaciones sociales que, muchas veces, son vehículo de tercerización de la política pública, pasando por instituciones eclesiales, algunas de beneficencia y académicas —a partir de estudios e intervenciones apoyadas en diferentes dispositivos—, y organizaciones de base. El carácter y perfil de las organizaciones que realizan este trabajo comunitario incide notoriamente en las formas que toma la participación en las organizaciones sociales de estas mujeres migrantes y en las derivas de sus eventuales procesos de subjetivación política¹⁵. La incidencia de algunos de esos perfiles de las organizaciones con las que se trabaja en los espacios de la cotidianidad, en confluencia con territorios que tienen tejidos sociales con historias combativas, sumada a memorias familiares de participación y de lucha en los países de origen, y a caracteres personales con determinados rasgos, lleva a estas mujeres, que han experimentado situaciones de violencia sexo-genérica como las descritas, a pasar del registro de la compasión (que individualiza) al de la razón de lucha, aun en tiempos en que el Estado demanda implícitamente performativizar las calamidades de las vidas precarizadas para otorgar beneficios (no derechos) (Fassin, 2018).

V. RECAPITULACIONES, REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

El análisis presentado en este trabajo nos ha permitido visibilizar una arista importante del carácter estructural que tienen el género y la sexualidad en los procesos migratorios: la de la violencia sexo-genérica, que además de motivar muchos de los procesos migratorios de mujeres, da forma y sentido a sus trayectorias. Su materialización adquiere las múltiples caras en que se expresa la violencia sexo-genérica en general: desde la

15 Para un análisis más detallado de este aspecto (los procesos de subjetivación política) a partir de lo observado en el trabajo de campo, véase Stang (2021).

violencia intrafamiliar que han padecido o los mandatos encarnados de cuidados que están en la base de las decisiones migratorias, hasta la explotación laboral en nichos de trabajo generizados, sexualizados, etnizados y racializados en los países de destino como expresión de violencia estructural, pasando por abusos, torturas y violaciones en los trayectos.

Sopesando de manera realista ese marco de violencias, también pudimos observar instancias de organización social —aunque fundamentalmente en torno a un ámbito desigual, sexo-genéricamente jerarquizado, como el de los cuidados comunitarios— e, incluso formas de resistencia y de lucha construidas desde esas instancias, que en algunos casos siguen caminos de creciente politización cuando confluyen ciertos actores y procesos que lo habilitan y posibilitan. Esas vías de participación social surgen en algunos casos de la resignificación de las violencias experimentadas. Cabe preguntarse, entonces, cuáles son los alcances de esa resignificación y qué potencial transformador de esas violencias reside en estos caminos de implicación en la organización social.

En principio, el alcance parece limitado: se refiere, por ejemplo, a una posibilidad de elaboración acompañada de ese dolor (la participación como terapia, como catarsis, como instancia sanadora), o de visualización y alejamiento de situaciones de violencia intradoméstica; es decir, el alcance parece ser fundamentalmente individual, aunque conocimos también casos, eventualmente excepcionales —lo que no les quita su capacidad iluminadora para el análisis de los procesos sociales— en los que ese dolor se reapropió como fundamento de una lucha social que contempla, entre otras causas, la de la igualdad sexo-genérica. Como lo muestran esos casos, avanzar hacia resistencias frente a esas formas de violencia que experimentan las mujeres requiere de otros recursos, de nuevos apoyos y, fundamentalmente, de la generación y potenciación de procesos de visibilización y asunción, o de politización (en sentido de historización), para decirlo en los términos que retomamos de Gregorio Gil.

En esa misma línea, este trabajo nos permitió evidenciar la importancia de considerar esa conjunción de múltiples elementos que inciden en estos procesos: esa visibilización y asunción de las situaciones de violencia que experimentan las mujeres es fundamental, pero requiere de un acompañamiento y de una articulación con otros actores, ya sean institucionales u organizacionales.

De todos modos, como ya sugerimos en algunos pasajes de este artículo, la intersección de las dimensiones del género y la sexualidad con la extranjería permite sugerir otra vía transformadora que surge de estos procesos de implicación en la participación social o, derechamente, de politización. Hay, por una parte, una experiencia singular relacionada

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

con la situación de extranjería que estas mujeres expresan y que puede leudar estos «empoderamientos» sociales, por utilizar categorías nativas: se trata de esa sensación de fortaleza que dicen experimentar al emprender estas migraciones, afrontarlas y superar las múltiples desigualdades que implican. He ahí un frente de esta transformación a escala individual. Pero, a escala agregada, las prácticas que llevan a cabo en la cotidianeidad de sus actividades organizacionales van socavando día a día esa frontera que divide al «ciudadano» (*de jure*) del extranjero; o, para ponerlo en los términos de Fassín (2018), esa liminaridad del extranjero frente al reconocimiento de derechos que «pone a prueba la línea divisoria moral del mundo occidental», la que define dónde situarlo «en la escala de valores de la vida humana»: si del lado de «los próximos, a los cuales se otorga protección», o del lado de «los lejanos, a quienes esta no puede garantizarse» (pp. 162-163).

En las luchas en que se implican estas mujeres con sus organizaciones, demandando derechos a ese Estado que las coloca del lado de «los lejanos» (esos derechos de los que la violencia las priva); o, más bien, en las acciones concretas en que esas luchas se expresan, en sus haceres y prácticas, van horadando de manera silenciosa y a largo plazo, incluso sin saberlo, ese constructo de la ciudadanía, aun a pesar de que en sus representaciones sigan imaginando a la ciudadanía en los modos convencionales en los que la educación formal nos enseñó a pensarla.

En concreto, la noción convencional de ciudadanía se compone de dos elementos fundamentales: adscripción de derechos y deberes, y pertenencia a una comunidad política (Durán Migliardi & Thayer Correa, 2020). En ese sentido, una primera sistematización sobre las representaciones en torno a la idea de ciudadanía que prima en estas mujeres muestra tres condensaciones de sentido principales:

- La asociación con derechos y deberes es la que más densidad adquiere con sus variantes: adscripción acotada de derechos («nos corresponden menos derechos que a los nacionales») o adscripción amplia, y otra variante que podemos denominar «pragmático-económico», según la cual se tiene derechos a pesar de ser extranjero porque se aporta al Estado en el que se vive, sobre todo mediante el pago de impuestos.
- Una segunda condensación de sentido asocia la ciudadanía a la nacionalidad al sostener la migrante que se considera una ciudadana del Estado en que reside porque *se siente* chilena.
- Y una tercera que alude al vínculo con la comunidad política mediante la participación y el voto. Esas entrevistadas dicen sentirse ciudadanas del Estado en que residen porque participan y votan.

Algunas, sin embargo, aunque menos, plantean que se debe escindir el vínculo entre ciudadanía y nacionalidad, y también sostienen la necesidad de establecer una igualdad de derechos entre nacionales y migrantes: «no me voy a nacionalizar, me tienen que aceptar como soy, peruana residente chilena, con los mismos derechos e igualdad de condiciones», decía Julia en un encuentro en noviembre de 2019. Dicen saberse «sujetas de derechos», y accionan desde esa prefiguración de sí mismas en su interlocución con actores y entidades estatales: luchando por una vivienda, por la radicación de su campamento, pidiendo la entrega de canastas de alimentos y solicitando becas para sus hijos con ascendencia indígena, entre otras acciones en las que performatizan la ciudadanía como una relación con una comunidad política en sentido amplio, no atada al lugar de nacimiento o al «derecho de sangre» que liga a un territorio desde la distancia. Aunque es preciso desarrollar y complejizar estas ideas, que no fueron el eje central de este artículo, al menos podemos decir preliminarmente que en estos procesos parece estar contenida, en germen, una transformación del constructo de ciudadanía al menos en este aspecto, bastante determinante de los alcances de esta noción.

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

REFERENCIAS

Angelcos, N. (2012). Lucha por la vivienda y politización de las trayectorias individuales. *Polis, Revista Latinoamericana*, 11(31), 17-38.

Arfuch, L. (2002). *El espacio biográfico. Dilemas de la subjetividad contemporánea*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Arfuch, L. (2016). Subjetividad, memoria y narrativas: Una reflexión teórica y política en el campo de la educación. *Magis, Revista Internacional de Investigación en Educación*, 9(18).

Argüello, O. (s.f.). *Delimitación del concepto «estrategias de supervivencia» y sus vínculos con la investigación socio-demográfica*. Programa de investigaciones sociales sobre población en América Latina (Pispa).

Ariza, M. (2000). *Ya no soy la que dejé atrás ... Mujeres migrantes en República Dominicana*. México, D. F.: Plaza & Valdés.

Bertaux, D. (2005). *Los relatos de vida. Perspectiva etnosociológica*. Barcelona: Bellaterra.

Blair Castillo, E. (2009). Aproximación teórica al concepto de violencia: Avatares de una definición. *Política y Cultura*, 32, 9-33.

Briones, C. (2007). Teorías performativas de la identidad y performatividad de las teorías. *Tabula Rasa*, 006, 55-83.

Cantú, L. Jr. (2009). *The Sexuality of Migration: Border Crossing and Mexican Immigrant Men*. Nueva York: New York University Press.

Castoriadis, C. (1988). *Los dominios del hombre: Las encrucijadas del laberinto*. Barcelona: Gedisa.

Centro Investigación Social Techo (CIS). (2018). *Actualización del catastro nacional de campamentos 2018. Informe final*. Santiago de Chile: Techo Chile.

Durán Migliardi, C., & Thayer Correa, E. (2020). Ciudadanía precaria: Hacia una definición conceptual para la caracterización de los procesos migratorios contemporáneos. *Revista Republicana*, 28, 97-117.

Esguerra, C., & Bello, J. (2014). Interseccionalidad y políticas públicas LGBTI en Colombia: Usos y desplazamientos de una noción crítica. *Revista de Estudios Sociales*, 49, art. 49.

Fassin, D. (2018). *Por una repolitización del mundo. Las vidas descartables como desafío del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Fournier, M. (2020). Cuando lo que importa es la vida en común: Intersecciones entre Economía Social, cuidados comunitarios y feminismo. En N. Sanchís (ed.), *El cuidado comunitario en tiempos de pandemia... y más allá* (pp. 22-42). Asociación Lola Mora, Red de Género y Comercio.

Galtung, J. (1990). Cultural Violence. *Journal of Peace Research*, 27(3), 291-305. <https://doi.org/10.1177/0022343390027003005>

González López, G. (2009). *Travesías eróticas. La vida sexual de mujeres y hombres migrantes de México*. México, D. F.: Instituto Nacional de Migración, Miguel Ángel Porrúa.

Gregorio Gil, C. (2012). Tensiones conceptuales en la relación entre género y migraciones. Reflexiones desde la etnografía y la crítica feminista. *Papers*, 97(3), 569-590.

Gutiérrez Aguilar, R. (2018). Producir lo común: Entramados comunitarios y formas de lo político. En R. Gutiérrez Aguilar (ed.), *Comunalidad, tramas comunitarias y producción de lo común. Debates contemporáneos desde América Latina* (pp. 51-72). Oaxaca: Colectivo Editorial Pez en el Arbol, Casa de las Preguntas.

Gutiérrez Aguilar, R., & Salazar Lohman, H. (2015). Reproducción comunitaria de la vida. Pensando la transformación social en el presente. *El Apantle. Revista de Estudios Comunitarios*, 1, 15-50.

Hochschild, A. R. (2000). Global Care Chains and Emotional Surplus Value. En A. Giddens y W. Hutton (eds.), *On the Edge: Globalization and the New Millennium* (pp. 130-146). Londres: Sage Publishers.

Ibáñez, F., & Stang, F. (2021). *La emergencia del movimiento feminista en el estallido social chileno*. *Punto Género*, (16), 194-218.

Infobae (2007, 27 de noviembre). *El drama de los "paseros" de la frontera con Bolivia*. <https://www.infobae.com/2007/11/27/351161-el-drama-los-paseros-la-frontera-bolivia/>

Instituto Nacional de Estadística (INE), & Departamento de Extranjería y Migración (DEM). (2021). *Estimación de personas extranjeras residentes habituales*

en Chile al 31 de diciembre de 2020. Informe de resultados: Desagregación regional y comunal. Santiago de Chile: INE, DEM.

International Tribunal on Evictions (s.f.). *¿Qué es el Tribunal Internacional de Desalojos?* <https://esp.tribunal-evictions.org/>

Lara, A., & Stang, F. (2021). Experiencia de extrañamiento en los desplazamientos migratorios: La migración como trayecto de subjetivación. *Papers*, 106(4), 555-582.

Liberona Concha, N. P., & Piñones Rivera, C. (2020). *Violencia en la Toma. Segregación residencial, injusticia ambiental y abandono de pobladores inmigrantes en La Pampa, Alto Hospicio*. Santiago de Chile: RIL, Universidad Arturo Prat.

Luibheid, E. (2005). Introduction. Queering Migration and Citizenship. En E. Luibheid & Cantú (eds.), *Queer Migrations, Sexuality, U.S. Citizenship, and Border Crossings* (pp. ix-xlvi). Minneapolis: University of Minnesota.

Magliano, M. J., & Perissinotti, M. V. (2021). La gestión de lo común como nuevas formas de ciudadanía. El caso de las cuidadoras comunitarias migrantes en Córdoba, Argentina. *Revista Española de Sociología*, 30(2). <https://doi.org/10.22325/fes/res.2021.33>

Manalansan IV, M. F. (2006). Queer Intersections: Sexuality and Gender in Migration Studies. *International Migration Review*, 40(1), 224-249.

Martínez-Salgado, C. (2012). El muestreo en investigación cualitativa. Principios básicos y algunas controversias. *Ciência & Saúde Coletiva*, 17(3), 612-619.

Meccia, E. (2016). *El tiempo no para. Los últimos homosexuales cuentan la historia*. Santa Fe: Eudeba, Ediciones UNL.

Méndez Caro, L. (2021). Mujeres migrantes sudamericanas y redes descolonizadoras en campamentos de Antofagasta, Chile. *Perífrasis. Revista de Literatura, Teoría y Crítica*, 12(24), 164-184.

Palacios, M. (2003). *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia, 1875-1994*. Bogotá: Norma.

Perissinotti, M. V. (2019). *La política como lugar. Trabajadores, migrantes y luchas por la ciudad en Córdoba, Argentina*. Buenos Aires: Antropofagia.

Rancière, J. (2006). *Política, policía, democracia*. Santiago de Chile: Lom.

Registro Social de Hogares (RSH). (s.f.). *¿Qué es el Registro?* <https://www.registrosocial.gob.cl>

Richard, N. (2008). El repliegue del feminismo en los años de la transición y el escenario Bachelet. En *Feminismo, género y diferencia(s)* (pp. 67-86). Santiago de Chile: Palinodia.

Rosas, C. (2010). *Implicaciones mutuas entre el género y la migración mujeres y varones peruanos arribados a Buenos Aires entre 1990 y 2003*. Buenos Aires: Eudeba.

POLITIZAR LA
VIOLENCIA:
MIGRACIÓN,
VIOLENCIA
SEXO-GENÉRICA
Y CUIDADOS
COMUNITARIOS

POLITICIZING
VIOLENCE:
MIGRATION, SEX-
GENDER VIOLENCE
AND COMMUNITY
CARE

Rosas, C., & Gil Araujo, S. (2021). Cuidado comunitario, políticas públicas y racionalidades políticas. El Estado y las trabajadoras vecinales de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. *Revista Española de Sociología*, 30(1), 1-16.

Sanchís, N. (2020). *El cuidado comunitario en tiempos de pandemia... y más allá*. Buenos Aires: Asociación Lola Mora, Red de Género y Comercio.

Segato, R. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

Stang, F. (2019). La frontera como hito biográfico. Migración, diversidad sexual y extrañamiento en procesos migratorios Sur-Sur. *Ensamble*, 5(10), 18-35.

Stang, F. (2021). De experiencias de solidaridad a la politización en la precariedad: Mujeres migrantes y organización social en tiempos de “estallido” y pandemia. *Polis, Revista Latinoamericana*, 20(60), 47-67. <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2021-N60-1655>

Stang, F., Riedemann, A., Soto, D., & Abarca, C. (2022). Extranjería, neoliberalismo y subsidiariedad: El problema de acceso a la vivienda de migrantes en las Región Metropolitana y de Antofagasta, Chile. *Población & Sociedad*, 1(29), 227-255.

Velasco, L., & Gianturco, G. (2012). Migración internacional y biografías multiespaciales: Una reflexión metodológica. En M. Ariza y L. Velasco (eds.), *Métodos cualitativos y su aplicación empírica. Por los caminos de la investigación sobre migración internacional* (pp. 115-150). México, D. F.: Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, Colegio de la Frontera Norte.

Viveros Vigoya, M., & Gregorio Gil, C. (2014). Presentación. *Revista de Estudios Sociales*, 49, 9-17. <http://dx.doi.org/10.7440/res49.2014.01>

Zibecchi, C. (2014). Cuidadoras del ámbito comunitario: Entre las expectativas de profesionalización y el ‘altruismo’. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 50, 129-145.

Recibido: 04/05/2022

Aprobado: 31/10/2022

MISCELÁNEA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO



Ruptura entre promesas, voluntad y autonomía: ¿qué justifica la fuerza obligatoria del contrato?*

Rupture Between Promises, Will and Autonomy: What Justifies the Binding Force of the Contract?

ESTEBAN PEREIRA FREDES**

Universidad Adolfo Ibáñez (Chile)

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo mostrar que la fuerza obligatoria del contrato se encuentra justificada en el respeto por la autonomía personal de los contratantes. Para ello, se efectúa un contraste entre las nociones de voluntad, promesas y autonomía que han protagonizado los esfuerzos para justificar el efecto vinculante del contrato en los estudios dogmáticos y de filosofía del derecho de contratos. Por último, se indican algunas ventajas de la autonomía personal sobre los otros parámetros en competencia, reforzando su pertinencia para fundar el principio de *pacta sunt servanda*.

Palabras clave: Fuerza obligatoria del contrato, voluntad, promesas, autonomía personal

Abstract: This paper aims to show that the binding force of the contract is justified in respect for the personal autonomy of the contracting parties. To do this, a contrast is made between the notions of will, promises and autonomy that have led the efforts to justify the binding effect of the contract in dogmatic and philosophical studies of contract law. Finally, some advantages of personal autonomy over other competing parameters are indicated, reinforcing its relevance to support the principle *pacta sunt servanda*.

Key words: Binding force of the contract, will, promises, personal autonomy

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. FUNDAMENTACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD CONTRACTUAL.- III. VOLUNTAD Y AUTONOMÍA.- IV. PROMESAS Y AUTONOMÍA.- V. LA AUTONOMÍA PERSONAL Y SUS VENTAJAS.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La fuerza obligatoria del contrato ocupa un lugar central en el derecho de contratos. Su posicionamiento como uno de los principios fundamentales de la contratación ha capturado persistentemente la

* Agradezco las valiosas observaciones y sugerencias efectuadas por los dos árbitros anónimos que evaluaron este trabajo.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Girona (España), y profesor de Teoría del Derecho y Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile).
Código ORCID: 0000-0002-1471-6590. Correo electrónico: esteban.pereira@uai.cl

atención de los estudios sobre esta parcela de lo jurídico. De ahí que los sistemas jurídicos privados suelen reconocer expresamente el *pacta sunt servanda* en el marco de sus regulaciones¹. De acuerdo con este principio, los contratos obligan a quienes los celebran de manera incondicionada y sin excepciones. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho privado, es una cuestión de primera importancia develar sobre la base de qué criterio normativo se justifica la vigencia del efecto vinculante de los contratos². En este contexto, las nociones de promesas, voluntad y autonomía han cobrado un papel protagónico.

El presente trabajo tiene por objetivo mostrar que la fuerza obligatoria del contrato se justifica con cargo al respeto de la autonomía personal de los contratantes. Para tal propósito se efectúa un deslindamiento entre las promesas, la voluntad y la autonomía, a pesar de la confluencia con que suelen emplearse para desempeñar esta tarea justificativa. Como se sostendrá más adelante, la autonomía personal constituye el valor en el cual se funda el efecto vinculante de la relación contractual. Por ello, la atención debe redirigirse a su fuerza apelativa en lugar de a la voluntad y las promesas esgrimidas por las partes del contrato.

El trabajo se encuentra estructurado en cuatro secciones. En la segunda sección se presenta el problema de la fundamentación de la obligatoriedad del vínculo contractual. En la tercera sección, la relación entre voluntad y autonomía es tematizada. En la cuarta sección, en tanto, se analiza el vínculo entre las promesas y la autonomía. En la quinta sección, por último, se indican algunas ventajas que presenta el respeto por la autonomía personal de las partes como esquema de legitimación de la obligatoriedad del contrato.

1 Esta regla jurídica puede hallarse, por ejemplo, en los artículos 1545 del Código Civil chileno, 1602 del Código Civil colombiano, 1361 del Código Civil peruano, 959 del Código Civil y Comercial argentino, 1091 del Código Civil español y 1103 del Código Civil francés. También se encuentra presente en instrumentos de armonización contractual, como ocurre con el artículo 6 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos y el II.-1:103 del Marco Común de Referencia. En el marco del primer texto de armonización, se ha indicado que el efecto vinculante constituye «un pilar de la contratación, pero no debe escabullirse el control al cual queda sometida esa obligatoriedad, a través de determinadas reglas que permiten extraer la noción de contrato. El derecho de los contratos no puede entenderse sin afirmar la libertad de las partes para modelar su contenido, decidir su celebración y escoger al contratante; lo mismo ocurre con la fuerza obligatoria y el principio de la buena fe, que si bien estos últimos pueden entrar en colisión a propósito del cumplimiento específico o la revisión por circunstancias sobrevinientes, es necesario que la palabra dada sea temperada, y en general, el derecho de los contratos, se equilibra con el principio de la buena fe» (Pizarro, 2017, pp. 23-24). Tal consideración muestra la manera en que el principio de buena fe ofrece un desafío a la obligatoriedad del contrato. Puede encontrarse una revisión sobre la actual regla legal francesa en Taisne (2019, pp. 41-56).

2 Sobre la filosofía del derecho privado, véase Pereira (2017, pp. 193-261). Para la relevancia de la cuestión normativa en la justificación de las obligaciones contractuales y el análisis de diversas estrategias para encararla, puede consultarse Smith (2004, pp. 106-163).

II. FUNDAMENTACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD CONTRACTUAL

El problema de la fuerza vinculante del contrato busca dar cuenta de las razones acerca de por qué la relación contractual deviene obligatoria para quienes la contraen, volviendo necesario el cumplimiento de sus estipulaciones³. Desde luego, el examen teórico de la regla contractual no solo puede efectuarse mediante un esquema normativo que justifique su presencia en un sistema jurídico privado, sino que también puede encararse echando mano a un modelo descriptivo que simplemente atienda a la explicación de la operatividad de la regla, sin dar luces sobre las razones que abonan su aceptabilidad⁴. En lo que sigue, la cuestión filosófica sobre la regla que establece el *pacta sunt servanda* en el derecho de contratos será abordada desde el primer punto de vista y, para ello, se acude a tres nociones normativas que ofrecen respuestas al interrogante sobre la fundamentación de la obligatoriedad contractual. La indagación acerca de por qué los contratos obligan a quienes los celebran supone un reto más exigente que constatar la regla jurídica que así lo prescribe⁵.

Sostener que el vínculo contractual goza de fuerza vinculante no solo implica reconocer la vigencia de uno de los principios básicos de la contratación, erigido así por los estudios dogmáticos; sino también que, luego de ponerse a prueba la justificación normativa del efecto obligatorio, se ha determinado una de las distintas aproximaciones disponibles como satisfactoria y que, bajo tal consideración, la fuerza vinculante de la institución contractual se encuentra debidamente fundada. A diferencia de lo que cotidianamente puede intuirse, los contratos no solo obligan porque las legislaciones así lo establecen; es más, hay razones de otro orden que justifican que ello opere de esta manera y que revelan el sentido de su carácter institucional⁶. Antes de este examen más profundo, el reduccionismo a la legislación solo

293

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

3 El efecto paradigmático de la fuerza obligatoria del contrato se expresa en su intangibilidad, que excede la órbita de los contratantes. Al respecto, se ha declarado en la jurisdicción chilena que «El principio de la fuerza obligatoria se expresa en el aforismo 'pacta sunt servanda'; los pactos deben observarse, cumplirse estrictamente, la obligatoriedad del contrato se traduce en su intangibilidad. Vale decir, que el válidamente celebrado no puede ser alterado o modificado ni por el legislador ni por el juez, pues, al igual que las partes, deben respetar las estipulaciones convenidas» (*Comercial Amaya Limitada con Redtec Sociedad Anónima*, 2018). Con todo, cabe hacer presente que los textos de armonización del derecho de contratos reconocen el cambio de circunstancias por excesiva onerosidad sobreviniente, lo cual pone en entredicho la vigencia del efecto vinculante. Ello se encuentra presente, por ejemplo, en los artículos 84 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, 6:111 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, III.-1:110 del Marco Común de Referencia, y 6.2.1 y siguientes de los Principios Unidroit.

4 Respecto de los modelos de comprensión de la fuerza obligatoria del contrato, entre esquemas normativos y no normativos, véase Pereira (2016, pp. 27 y ss.).

5 También se ha pensado como una posible estrategia emparentar ambas dimensiones de análisis. Al cuestionarse dónde se encuentra el fundamento de la obligatoriedad contractual, Oliver Soro (2016) observa lo siguiente: «En primer lugar, en el hecho [de] que las partes tienen la *obligación moral* de cumplir con lo prometido. Y en segundo lugar, en que la ley las *obliga formalmente* a respetarlo. Dicho de otro modo, el contrato implica, en primer lugar, el respeto a la palabra dada (a). En segundo lugar, el contrato obliga porque tiene carácter de ley entre las partes (b)» (p. 109).

6 El contrato reviste una innegable imagen institucional que se acentúa desde una aproximación moderna del fenómeno jurídico al notar que el instituto contractual sirve para que las personas

puede brindar una razón parcial para cumplir una relación contractual, aun cuando existan razones meritorias para defraudar tal imposición, sencillamente porque dichas consideraciones se han desplazado en virtud de la existencia de la regla jurídica contractual⁷. Podría decirse que el contrato debe cumplirse ya que la ley así lo prescribe; no obstante, tal estrategia traiciona el carácter normativo del fenómeno jurídico en general y la institución contractual en particular, cuyas regulaciones responden a propósitos, funciones convencionalmente atribuidas y expectativas sociales⁸.

En estas coordenadas de análisis, nociones como las de voluntad, promesas y autonomía han protagonizado los esfuerzos teóricos por encarar en términos normativos la cuestión acerca de cómo se justifica la obligatoriedad de la relación contractual⁹. La autonomía de la voluntad está erigida como la piedra angular a partir de la cual se construye la teoría general de las obligaciones y los contratos en los estudios dogmáticos. Las promesas, por su parte, constituyen la contribución más relevante efectuada por la filosofía del derecho contractual contemporánea para abordar la fundamentación del efecto vinculante del contrato sobre la base del trabajo de Fried¹⁰. De ese modo, la pertinencia de formular una propuesta de justificación de la obligatoriedad contractual depende de deslindar entre tres nociones en juego, a saber: promesas, voluntad y autonomía. Una vez realizado este trabajo, corresponde reforzar el valor justificativo de una de ellas para desempeñar exitosamente el mencionado rol, adaptando sus exigencias al actual derecho de contratos, cuyas variantes o peculiaridades lo diferencian de su imagen clásica. Si bien se trata de un derecho contractual cuyo contraste no es de manera alguna radical en relación con el vigente hasta comienzos del siglo XX, su complejidad interna, la aparición de nuevas formas de contratación y la intervención del legislador en las relaciones contractuales ponen a prueba cualquier propuesta de fundamentación del *pacta sunt servanda* o, directamente, su vigencia.

alcancen cooperativamente estados de cosas deseados. Su rol como institución se encuentra resaltado en McCormick (2011, pp. 285-290) y Messineo (2007, pp. 61-62).

7 Tal examen respondería a un razonamiento exclusionario de la regla jurídica contractual. En este sentido, ver Raz (1991, pp. 17-54).

8 Esta corresponde a la lectura hermenéutica de Hart (1961, pp. 99-123).

9 John Cartwright (2019) ha observado que la comprensión del contrato en el derecho inglés está afianzada en el valor de la certeza en las relaciones contractuales y esta es, naturalmente, una idea subyacente a la obligatoriedad del contrato. Siguiendo a Cartwright, «La certidumbre es un valor importante que debe respetarse, y esto generalmente significa mantener a las partes en el contrato según lo acordado, sin permitir que el contrato cese en su eficacia con demasiada facilidad» (p. 121).

10 Como es sabido, el esfuerzo de Charles Fried (1996) perseguía mostrar la conexión que media entre el contrato —en tanto la institución jurídica compleja— y los principios morales que informan su estructura. Según el autor, su trabajo —originalmente publicado en 1981— buscó, «a nivel de teoría, aportar evidencia que demuestre que el derecho de contratos tiene una estructura que lo sostiene, lo unifica, y en el ámbito de la exposición doctrinaria, argumentar cómo esa estructura puede estar referida a principios morales» (p. 9). Por supuesto, la empresa excede con creces la justificación normativa de la fuerza obligatoria del contrato puesto que permite delinear una atractiva teoría del contrato con base en fundamentos morales. Al entender el contrato como promesa, su propuesta brindó una respuesta unitaria acerca de por qué los contratos obligan a quienes los celebran.

La estrategia consistirá, en primer lugar, en diferenciar entre la voluntad y la autonomía, desafiando la idea que es comúnmente conjugada en la dogmática civil bajo la etiqueta de «autonomía de la voluntad»; y, en segundo lugar, en separar la autonomía y las promesas en el ámbito de la justificación de la fuerza obligatoria del contrato. Esta última cuestión exige mostrar cómo, pese a sus evidentes similitudes, existen diferencias cruciales entre las promesas y los contratos que promueven pesquisar el fundamento del efecto vinculante en la autonomía y no así en el valor de las promesas. La apuesta de justificación normativa, como podrá sospecharse, será por la autonomía personal.

III. VOLUNTAD Y AUTONOMÍA

Comencemos, entonces, con la separación entre los términos «voluntad» y «autonomía». Es un recurso habitual indicar que la autonomía de la voluntad constituye el fundamento de un sinnúmero de instituciones en el derecho privado¹¹. A pesar de que es posible hallar áreas en que no es del todo claro que ocupe un lugar derechamente privilegiado, *i. e.*, el derecho de familia o el derecho de sucesiones, la autonomía de la voluntad está cómodamente asentada en el derecho de contratos. Ello es así aun cuando el contexto contractual contemporáneo parezca *prima facie* establecer más vallas para su ideal desenvolvimiento en las relaciones contractuales cotidianas. En este ámbito del derecho privado, la autonomía de la voluntad es considerada un principio de la contratación que sirve para organizar otros subprincipios, como la libertad contractual y el consensualismo, que son en realidad consecuencias o aplicaciones específicas de la autonomía de la voluntad en las dimensiones de generación y organización de los vínculos contractuales¹².

Debido al tratamiento dogmático desarrollado por los estudios clásicos, la voluntad pasó a tener mayor importancia que la autonomía. Esto es una consecuencia de que el primer término fuera sistemáticamente considerado como uno de los elementos esenciales y de existencia de todo negocio jurídico, siendo el contrato el principal de estos. Sin que concurra la voluntad de los individuos, no puede haber vínculo contractual que les una. Precisamente, uno de los postulados centrales de la comprensión tradicional del contrato reside en que este es, en algún sentido importante, el acuerdo de las voluntades de quienes contratan¹³. El contrato refleja cuál fue su voluntad respecto de si

295

RUPTURA EN-
TRE PROMESAS,
VOLUNTAD Y
AUTONOMÍA: ¿QUÉ
JUSTIFICA LA FUER-
ZA OBLIGATORIA
DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN
PROMISES, WILL
AND AUTONOMY:
WHAT JUSTIFIES
THE BINDING
FORCE OF THE
CONTRACT?

11 Según Luis Díez-Picazo (2007), «El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad» (p. 143). Respecto del artículo 1091 del Código Civil español, que consagra —según se indicó— la eficacia vinculante del contrato, se ha observado que esta regla legal constituye «una plasmación, tal vez la más genuina, del dogma de la autonomía de la voluntad y del principio 'pacta sunt servanda'» (Sánchez, 2021, p. 1395).

12 Sobre el diseño de los principios, véase Alessandri (2009, pp. 10 y ss.), y López y Elorriaga (2017, pp. 247 y ss.).

13 Acerca de estos postulados, puede consultarse Pereira (2019, pp. 272 y ss.).

obligarse o no, con quién pactar y bajo qué términos hacerlo durante el tiempo que hayan definido de común acuerdo. No obstante, uno de los factores que permiten poner en entredicho que se trata *del mismo* derecho contractual, configurado bajo el influjo iluminista y explicitado por la codificación, es la pérdida de terreno que ha sufrido la voluntad¹⁴, en particular por la progresiva intervención del órgano legislativo en la constitución y el desarrollo del contrato¹⁵.

El impacto de la voluntad en el derecho de contratos está naturalmente determinado por su rendimiento explicativo de las prácticas contractuales. Tal cuestión es especialmente sensible con la evolución y las modalidades en que se desarrollan las prácticas contractuales. Por eso, al existir una mayor presencia del legislador en la contratación, esto inmediatamente afecta la tesis según la cual el contrato responde al concurso de voluntades de las partes. Evidentemente, la voluntad no es una condición suficiente para que exista la relación contractual, pero sí es un elemento necesario del cual no es posible prescindir, al menos bajo la mirada tradicional del derecho de contratos. Del mismo modo, su valor justificativo para abordar el *pacta sunt servanda* irremediablemente decrece si la participación de la voluntad de los contratantes no es una conclusión indubitada en las relaciones contractuales. Las partes en ocasiones se obligan a prestaciones cuyo origen no descansa en su voluntad e, incluso, se les impone la celebración de contratos sin que eso sea una decisión voluntaria¹⁶. A pesar de la ingenuidad con que fue preliminarmente asumido el dogma de la voluntad, es relativamente sencillo cerciorarse de que hoy en día la voluntad de las partes no juega en materia contractual un papel análogo al que desarrollaba con anterioridad al siglo XX¹⁷.

De ahí que resulta un camino arriesgado insistir con la voluntad para legitimar la fuerza obligatoria del contrato. Los estudios dogmáticos tradicionales sobre el derecho de contratos posicionaron la manifestación de voluntad de las partes como el nacimiento de las relaciones contractuales y, al mismo tiempo, aceptaron que tal voluntad pudiera determinar el carácter vinculante del contrato. El contrato goza de fuerza obligatoria para quienes lo celebraron porque dicho convenio es, precisamente, la expresión inequívoca de la voluntad de ambos. Sin embargo, si bien esta intuición puede parecer consistente, presenta la dificultad de que confunde dos cuestiones distintas: la formación del contrato con su obligatoriedad. El contrato —como todo negocio jurídico— necesita de al menos un destello de voluntad que

14 En relación con este fenómeno, véase Alpa (2015, pp. 446-359).

15 El anterior estado de cosas correspondería a la llamada «vieja ortodoxia» del derecho contractual. Al respecto, ver Scheinman (2000, p. 206).

16 Sobre el particular, véase López y Elorriaga (2017, pp. 174-188). En relación con la incidencia de las nuevas formas de contratación, revisar Corral (1997, pp. 59-71).

17 Sobre el declive del dogma de la voluntad, véase Bianca (2007, pp. 45 y ss.).

sea manifestada por las partes para que, junto con el cumplimiento de otros requisitos, nazca a la vida jurídica; no obstante, de ello no se sigue que necesariamente la voluntad sea idónea para la fundamentación del efecto vinculante del contrato. Se trata de dos preguntas distintas que conviene deslindar. Mientras que la primera indaga cómo se formula un vínculo contractual para que tenga reconocimiento jurídico, la segunda busca desentrañar cuál es la razón normativa de por qué los contratos obligan a quienes contratan de forma incondicionada. Desde luego, el carácter primordial de la voluntad en el ámbito de la formación del contrato fue extrapolado a su obligatoriedad, pese a que allí no tiene por qué poseer un protagonismo similar.

Más allá de esta observación hay una cuestión sustantiva que suele pasar desapercibida para las investigaciones tradicionales en derecho contractual. Esta se encuentra asociada con el tipo de valor que es necesario esgrimir para dar cuenta de la fuerza obligatoria de los contratos. Cuando nos preguntamos por qué estos obligan se inquiere la identificación de un ideal normativo que es considerado valioso por los individuos, justificando que quienes concurrieron a la celebración del vínculo contractual queden concluyentemente obligados por lo que han pactado. Pues bien, ¿la voluntad de los contratantes satisface estas dimensiones? Desde mi modo de ver las cosas, ello no es así. Una de las razones de la negativa tiene que ver con el uso que se hace de la voluntad por parte de los estudios de derecho contractual.

El tratamiento tradicional de la voluntad se encuentra restringido a la generación del vínculo contractual, exigiéndola como requisito de la existencia del negocio jurídico y condición de validez de este en la medida en que aquella esté exenta de vicio. Dicha perspectiva está perfilada en la teoría del negocio jurídico y es replicada en la teoría general del contrato, dando cuenta de las condiciones de operatividad de las figuras contractuales previstas en el sistema jurídico privado¹⁸. Esto se encuentra completamente despojado de cuestiones sustantivas acerca de *por qué*, cuando la voluntad es manifestada sin adolecer de vicios —y de acuerdo con los términos formales exigidos por el derecho—, da lugar a relaciones obligatorias entre quienes la expresaron. Por ello, la confusión de planos que antes fue anotada, es decir, entre el momento de constitución y el de fundamentación del efecto vinculante, se transparenta y ofrece más dificultades de sistematización.

Una peculiaridad del análisis dogmático efectuado respecto de la voluntad tiene que ver con que, si bien esta permite la existencia del contrato gracias a la formación del consentimiento entre las partes, al momento de fundar la fuerza obligatoria del contrato la mirada de

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

18 Para este punto de vista, véase Galgano (1992, pp. 65-68).

los estudios se traslada al principio de autonomía de la voluntad¹⁹. Por supuesto, existe una relación entre la voluntad y la autonomía de la voluntad, pero no es claro cuál es el tránsito teórico específico que desarrollan los estudios para identificar ambas nociones, lo cual lleva a que en ocasiones estas sean utilizadas indistintamente²⁰. El problema que es posible apreciar en este punto es que el movimiento formulado entre la voluntad y la autonomía de la voluntad enfatiza la relevancia de esta última noción y, a su vez, descuida el potencial justificativo de la idea de autonomía.

Tal consideración enfrenta problemas en la construcción del principio de autonomía de la voluntad que articulan los estudios en derecho privado. Normalmente, estos acuden a la obra de Kant como una fuente intelectual básica de esta directriz que permea el grueso del derecho de contratos (Hattenhauer, 1987, p. 69), mas pierden de vista que en la obra del filósofo prusiano la voluntad por sí misma no tiene mérito moral y, en realidad, es la autonomía la cuestión central que permite que una acción posea valor normativo y obligue según los términos autoimpuestos por los agentes. Si se trata de justificar el efecto obligatorio de una relación contractual, es menester apelar a un valor normativo que pueda efectivamente desempeñar ese rol justificativo. A la vigencia de una regla jurídica que consagra el *pacta sunt servanda* subyace un cierto ideal regulativo que es considerado valioso en la relación contractual, y este únicamente puede ser cubierto de forma adecuada por la autonomía y no así por la voluntad²¹.

¿Por qué la voluntad no parece ser una candidata idónea para fundar la obligatoriedad del contrato? Pese a su relevancia dogmáticamente exacerbada en la etapa de formación del acuerdo, su incapacidad para cumplir esta tarea justificativa se desprende del contraste que existe entre voluntad y autonomía en la filosofía kantiana. Desde Kant (2013)

19 Carrasco (2021) advierte que «el principio de autonomía impone una consecuencia de autorresponsabilidad personal, que viene expresada en el brocardo universalmente admitido de *pacta sunt servanda*. Autonomía contractual y vinculatoriedad de los pactos se explican y fundamentan recíprocamente» (p. 79).

20 Luigi Ferri (2001, p. 5) ha observado que tampoco media una relación de sinonimia entre los términos «autonomía de la voluntad» y «autonomía privada». Mientras que la primera se conjuga con la relevancia de la voluntad real de las personas para generar efectos jurídicos, la segunda versa sobre el fundamento del poder reconocido a los particulares para la creación de reglas jurídicas. Desde luego, la dimensión de la autonomía que es relevante en la fundamentación de la obligatoriedad del contrato es distinta de la denominada «autonomía conflictual», que versa sobre la posibilidad que tienen las partes de elegir la ley que regirá la relación contractual y cuya relevancia se manifiesta en el ámbito del derecho internacional privado. La cuestión acerca de cómo justificar el *pacta sunt servanda* en el derecho de contratos se expresa en el respeto por el valor de la autonomía que se despliega en las relaciones contractuales, haciéndolas vinculantes para las partes. Así, en la dogmática civil italiana se ha resaltado el vínculo existente entre las reglas que consagran la autonomía contractual —1322, inciso 1— y la fuerza obligatoria del contrato —1372— en el Código Civil italiano de 1942, evidenciando que la primera sirve a los particulares para crear reglas y generar un vínculo representado por el efecto obligatorio de la relación. De este modo, «con la autonomía contractual se ejerce este 'poder creativo' de las partes: estos, con el acuerdo, determinan un sistema vinculante de sus propios intereses» (Capobianco, 2017, p. 184).

21 Esta apuesta se encuentra desarrollada en Pereira (2016, pp. 87-123).

la voluntad no constituye por sí misma, como pudiere pensarse, un valor normativo. Solo se admite como tal en la medida que sea autónomamente determinada por parte del agente racional. En sus términos, «la voluntad libre tiene que ser determinable al margen de cualesquiera condiciones empíricas (o sea, pertenecientes al mundo de los sentidos), entonces una voluntad ha de encontrar en la ley, pese a todo, un fundamento determinante al margen de la materia de la ley» (§ A 52, p. 113). De ahí que la distinción central para fundar válidamente o no la formulación de obligaciones no es la presencia o ausencia de la voluntad del agente, sino que ella descansa en la diferenciación entre autonomía y heteronomía (2012, § A 74, p. 145; 2013, § A 74, p. 138). Ambos términos pueden actuar sobre nuestra voluntad, pero sus conclusiones son radicalmente distintas. Únicamente cuando la voluntad es determinada de manera autónoma, tiene sentido predicar obligaciones del agente y su evaluación como agente libre. Aun cuando se trate de una libertad no experimentable en el mundo de los fenómenos, sí es al menos teóricamente pensable (2012, § A 120, pp. 186 y ss.; 2013, § A 84, p. 147; Pereira, 2016, p. 104).

Mientras que la voluntad que se encuentra determinada por factores empíricos carece de mérito moral por dejarse gobernar por inclinaciones y sensaciones ajenas a la razón, la voluntad determinada por la razón pura práctica goza de un genuino valor moral (Kant, 2013, § A 114, p. 176). De manera tal que la primera voluntad deviene heterónoma, mas la segunda corresponde a una voluntad propiamente autónoma. Como es sabido, el principio de la moralidad en Kant es, en efecto, la autonomía de la voluntad, pero la dogmática civil clásica pudo fácilmente encandilarse con la visión decimonónica de la voluntad, desplazando la autonomía que se exigía para generar verdaderas obligaciones normativas. En forma correcta, esta visión realizó una fractura entre las nociones de autonomía y voluntad, pero erróneamente perdió de vista lo central del principio de autonomía de la voluntad; esto es, que solo la presencia de autonomía hace de la voluntad un estándar normativo válido para obligarnos (Pereira, 2016, pp. 104-105; Kant, 2013, § A 127, p. 188).

La voluntad puede transparentar dimensiones de heteronomía bajo las cuales un contrato puede presentar dificultades al momento de formular deberes de comportamiento a sus contratantes. Pero si tal vínculo contractual derivó de una voluntad determinada por nuestra autonomía racional, entonces se trata de una relación contractual necesariamente obligatoria porque precisamente responde al ideal de la autonomía personal, que será reflejado por el imperativo de tratar a todos los seres racionales en tanto fines en sí. Al desatender esta clase de consideraciones que emanan del pensamiento kantiano —el cual es reconocido como la filosofía que inspira buena parte del derecho contractual moderno—, se sobreestima la relevancia de la voluntad,

RUPTURA EN-
TRE PROMESAS,
VOLUNTAD Y
AUTONOMÍA: ¿QUÉ
JUSTIFICA LA FUER-
ZA OBLIGATORIA
DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN
PROMISES, WILL
AND AUTONOMY:
WHAT JUSTIFIES
THE BINDING
FORCE OF THE
CONTRACT?

extendiendo su operatividad desde el nacimiento de las relaciones contractuales hasta su obligatoriedad. Así concebida la conexión entre la voluntad y la autonomía de la voluntad, parece existir una continuidad entre ambas nociones y que el matiz entre estas es que simplemente son aplicadas en niveles distintos; esto es, en la formación y fuerza obligatoria del contrato, respectivamente. El contraste entre voluntad y autonomía de la voluntad es, no obstante, sustantivo²².

Si la voluntad por sí misma no puede fundar obligaciones, mal podría constituir la fuente normativa a partir de la cual es posible sustentar el efecto obligatorio del vínculo contractual. La arista que es necesario notar radica en que la fuente intelectual que es continuamente autorizada como tal en las investigaciones tradicionales del derecho de contratos niega la relevancia de la voluntad y, por el contrario, pone su acento en la intervención de la autonomía en la voluntad del individuo. Solo cuando la voluntad ha sido autónomamente determinada corresponde hablar, en rigor, de relaciones obligatorias entre los agentes. Esta lectura, por lo demás, acarrea mayores obstáculos para que la voluntad sea admitida como justificación del vínculo obligatorio contractual. Ello tiene relación con el hecho de que la voluntad, como es evidente, expresa mayor sensibilidad con las modificaciones generales de las relaciones contractuales y, en especial, con la pérdida de protagonismo que ha sufrido frente a la mayor presencia de intervención legislativa en la contratación contemporánea²³.

Difícilmente podría sostenerse que las nuevas formas de contratación no han afectado de manera alguna la participación privilegiada de la voluntad en las relaciones contractuales²⁴. Su menor presencia pone en aprietos a los esfuerzos dogmáticos para sostenerla en el ámbito de la formación del contrato y, más aún, en su rol de fundamentación de la fuerza vinculante, pues si ya no posee el lugar que aparentemente tuvo hasta inicios del siglo XX, disminuye la plausibilidad de preservarla como fundamento del *pacta sunt servanda*. Este último, por el contrario, mantiene su relevancia y constituye uno de los principios fundamentales del derecho de contratos; es decir, no ha resultado afectado por el cambio en ciertas condiciones de contratación. Al intentar explicar

22 Hay estudios que, sin embargo, advierten las confusiones que existen en el tratamiento de la autonomía de la voluntad. Sobre este punto, ha sido señalado que «La autonomía es un poder de la persona como realidad eminente. Conviene en este punto observar que cuando se habla, como es usual entre nosotros, de 'autonomía de la voluntad', no deja de incurrirse en algún equívoco. *Porque el sujeto de la autonomía no es la voluntad*, sino la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo —función de la voluntad— sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que ha de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias» (Díez-Picazo & Gullón, 2012, p. 367). Énfasis añadido.

23 Se ha entendido que la llamada *crisis* del contrato es, en verdad, la crisis de la autonomía de la voluntad. En esa línea, consultar Alterini y López (1989, p. 14).

24 Sobre el impacto de estas modalidades de contratación en la teoría tradicional del contrato, véase Radin (2017, pp. 503-533).

por qué se verifica este panorama dual entre el declive de la voluntad en materia contractual y la conservación de la fuerza obligatoria del contrato, se devela que la voluntad ocasiona más dificultades que posibilidades para asentar la obligatoriedad. Tales obstáculos han sido identificados en confundir, por una parte, el rol de la voluntad en la generación del contrato con su pertinencia para servir de sustento de la fuerza obligatoria y en asumir erróneamente, por otra, que la voluntad puede constituir el fundamento de obligaciones contractuales a pesar de que, sin una determinación autónoma, no hay obligación moral alguna.

La cuestión reside en determinar si acaso la autonomía ha sufrido en verdad un debilitamiento similar, pudiendo incluso sugerirse su total anulación, como podría ser eventualmente el caso respecto de la voluntad. Sin embargo, no necesariamente la menor influencia de la voluntad implica la disminución de la autonomía del contratante, ni mucho menos que este ha sido desprovisto de aquella. Al desacoplar el último término del primero, la autonomía personal recupera su importancia en la formulación de obligaciones que gozan de un genuino mérito moral. A diferencia de la voluntad, la autonomía constituye un valor normativo fuerte que está altamente consolidado en las reflexiones de filosofía moral y es, en realidad, el centro de la filosofía kantiana sobre la cual los estudios dogmáticos reposan sus alegaciones. El principio de autonomía de la voluntad debe interpretarse de acuerdo con los términos en que fue formulado como el centro de la moralidad por Kant (2012, § A 97, p. 166; 2013, § A 58, p. 121). Allí la voluntad solo puede fundar obligaciones contractuales cuando ha sido autónoma, pese a que el sistema jurídico privado exija que observe dimensiones formales; es decir, que sea manifestada y se encuentre libre de vicios que afecten el consentimiento. Si bien esta manera de entender la voluntad se encuentra más expuesta a la intervención del legislador, introduciendo esferas de heteronomía en las relaciones contractuales, el valor de la autonomía personal que es desplegado en estas relaciones puede mantenerse plenamente resguardado. La intervención en el derecho de contratos no siempre socava la autonomía, sino que es posible justificarla, por el contrario, en el respeto y fomento de esta.

Puede ensayarse, por último, otra estrategia para afianzar la diferenciación entre la voluntad y la autonomía. La tensión que existe en el derecho de contratos entre las consideraciones de forma y sustancia constituye una de las dimensiones que reflejan con mayor nitidez la complejidad del derecho contractual²⁵. Su presencia abona la negativa frente a una supuesta uniformidad en el tipo de razones que son relevantes en el derecho contractual. A pesar de que esta parcela del derecho es usualmente caracterizada por su constitución formal, hay

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

25 Sobre esta distinción, véase Atiyah (1986, pp. 93-120).

un conjunto de consideraciones sustantivas que son válidas y resultan progresivamente más atendidas por los órganos jurisdiccionales para resolver los conflictos jurídicos sometidos a su decisión²⁶. Desde este punto de vista, la distinción entre la voluntad y la autonomía puede interpretarse en términos del debate entre forma y sustancia en la filosofía del derecho de contratos²⁷.

Como es sabido, el derecho contractual realiza exigencias ostensiblemente formales de la voluntad, admitiéndolas como una razón para la atribución de consecuencias jurídicas y estados de cosas. Para que haya contrato, por ejemplo, se requiere, entre otros elementos, la manifestación de la voluntad de los contratantes y que esta se encuentre exenta de vicios que puedan invalidar el consentimiento alcanzado. Dicho examen claramente responde a consideraciones de forma exigidas para la existencia y validez de las figuras contractuales, desplazando las cuestiones sustantivas que pueden ahí abrirse. La autonomía personal, por el contrario, no importa un asunto de forma, sino que constituye una de las observaciones de sustancia de mayor transcendencia en el derecho de contratos. En el control de los requisitos de existencia y validez relativos a la voluntad y ausencia de vicios no es, en rigor, evaluado si el contratante efectivamente actuó de manera autónoma. Para que el acuerdo nazca, basta que lo haga en virtud de una exteriorización de voluntad y que no esté afecta a los vicios que amenazan su producción regular de efectos. Así, es una cuestión de voluntad y no propiamente de autonomía.

El problema radica, entonces, en que la fundamentación normativa del efecto vinculante apela a cuestiones sustantivas de la relación contractual, que no se logran capturar *solo* con el examen formal esgrimido por la dogmática en torno a la manifestación de voluntad y en que esta se encuentre exenta de vicio. La fuerza vinculante del contrato requiere una razón de sustancia para darse por legitimada. De ahí que no sea adecuado acudir a la voluntad de los individuos, sino al valor sustantivo que está en juego al obligarse contractualmente; esto es, la autonomía personal que han ejercitado y que sirve como razón de sustancia para imponerles el cumplimiento de las prestaciones estipuladas. Ello explicaría, en parte, el porqué de la persistencia de los estudios dogmáticos en centrar su mirada en la voluntad y no así en la

26 Por ejemplo, puede pensarse en institutos como la teoría de la imprevisión, la ventaja injusta, la lesión subjetiva-objetiva o el abuso del derecho que apelan a cuestiones indudablemente sustantivas. La tensión que media entre alegaciones individualistas y altruistas que moldea la operatividad de tales figuras se encuentra presentada en Kennedy (1976, pp. 1685-1778).

27 Robert Summers ha indicado que la implementación de esta distinción en la teoría jurídica no está necesariamente comprometida con la idea de razones de forma y razones de sustancia del modo en que el contraste fue introducido de manera preliminar en la filosofía del derecho contractual. Dicha intuición está aquí asumida al proyectar la relación entre forma y sustancia sobre el vínculo entre voluntad y autonomía. En relación con la utilización del contraste en la teoría del derecho, véase Summers (2006, pp. 61-63).

autonomía: como toda consideración de forma —la voluntad—, desplaza del escrutinio crítico la alegación de sustancia —la autonomía— que yace ahí latente. Y no siempre es el caso de que el análisis dogmático esté dispuesto a *abrir* el contrato y desentrañar el ideal regulativo allí vigente (Atiyah, 1986, p. 116).

IV. PROMESAS Y AUTONOMÍA

Si fuera pertinente sostener la demarcación entre voluntad y autonomía en materia contractual, e inclinar la balanza a favor de la segunda noción para justificar el efecto obligatorio del contrato, corresponde entonces enfrentar otro rival de envergadura para cumplir dicho rol; a saber, la noción de promesa. Los diversos aspectos en los cuales los contratos y las promesas convergen alientan a reconocer en la promesa el fundamento de la obligatoriedad de la relación contractual. Tal consideración se encuentra respaldada por la influyente tesis del *contrato como promesa*²⁸. De acuerdo con el prisma de Fried, el vínculo contractual constituye una promesa formulada entre el promitente y su destinatario (1996, p. 18)²⁹. Así, el primero se compromete a realizar una acción futura a favor del segundo con cargo a la confianza que este último deposita en el otro. Por consiguiente, el cumplimiento de lo pactado significa honrar la promesa formulada por el contratante e incumplirlo, por el contrario, importa romper su promesa, defraudando la confianza en la palabra de quien se comprometió a hacer o dar algo en favor de otro. En estos términos, el valor normativo de la promesa puede establecerse como la justificación de la fuerza vinculante del contrato³⁰. Esta fue, en efecto, la visión que célebremente instaló Fried en la filosofía del derecho contractual³¹.

Sin embargo, hay dos órdenes de observaciones que es posible formular para poner a prueba la pertinencia teórica de las promesas en materia de contratos. En primer lugar, no resulta indubitada la conexión entre los contratos y las promesas³². Y, en segundo lugar, no es del todo claro si las promesas fundamentan, en definitiva, el efecto obligatorio del

303

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

28 Según Fried (2014), la principal ambición de su proyecto fue «conectar una serie de destacadas doctrinas del derecho contractual con —de hecho, derivarlas de— un principio moral y doctrinal organizador central: el principio de promesa» (p. 17).

29 Esto es entendido por el autor en términos de la «concepción del contrato como promesa».

30 Esta visión conjuga una tesis conceptual y otra normativa. Dado que el contrato *constituye* una promesa, *obliga* a los contratantes en los términos en que lo hace la promesa a quienes prometen.

31 Fried (2012) observó que su obra buscaba «afirmar la coherencia de la doctrina estándar del contrato como proveedor de la estructura mediante el cual los actores podrían determinar por sí mismos los términos de sus interacciones y cooperación, ya sea en las relaciones comerciales o personales» (p. 962). Sobre la filosofía del derecho de contratos, véase Kraus (2004, pp. 687-751), Lucy (2004, pp. 75-108), Markovits y Emdin (2021), y Pereira (2021, pp. 207-237).

32 Respecto de las posibles relaciones que median entre los contratos y las promesas, puede resultar de utilidad revisar los esquemas que se encuentran disponibles en Sheinman (2011, pp. 30-35). Una posición por la afirmativa respecto de la conexión entre contrato y promesa se encuentra en Holmes (2020) al sostener que «El elemento común a *todos* los contratos podría decirse que es una promesa» (p. 249). Énfasis añadido.

contrato. Para Fried (1996), en cambio, existe una amalgama entre ambos asuntos: «puesto que el contrato es una promesa antes que ninguna otra cosa, debe cumplirse del mismo modo» (p. 31). Invocar una promesa y luego romperla es incorrecto y, por ende, en palabras del estadounidense, «Si hago a usted una promesa, debo actuar como prometí; y si dejo de cumplirla, es justo que sea obligado a entregar el equivalente de la prestación prometida» (p. 31). Vamos, entonces, a la primera cuestión. A pesar del fuerte influjo de la doctrina del contrato como promesa, en la reflexión filosófica sobre el contrato la asimilación no es pacíficamente aceptada. En este sentido, se pueden traer a colación dos enfoques críticos que acentúan la divergencia entre la promesa y el contrato con posiciones que develan una distinta intensidad en el contraste. Mientras que Shiffrin niega que el contrato sea genuinamente una promesa, Kimel apunta que, más allá de sus similitudes, la promesa y el contrato desempeñan funciones intrínsecas que los diferencian entre sí.

El prisma de Shiffrin está basado en un conjunto de discrepancias que, desde el punto de vista moral, son observables entre las promesas y los contratos. Antes de ello, es necesario tener presente que la gran variedad de vínculos contractuales constituye una dificultad inicial para afirmar que *el* contrato es una promesa. Una tesis exageradamente fuerte podría sostener que *todo* contrato es una promesa y que *todas* las promesas son formuladas a la luz de relaciones contractuales. Por supuesto, no hay necesidad de comprometerse con ese punto de vista. Puede señalarse que es correcta la primera y no así la segunda afirmación. En efecto, «todo contrato es, al menos en lo fundamental, una promesa. Ciertamente, es inconcebible que alguien pueda contratar sin a la vez prometer, es decir, sin asumir voluntariamente una obligación por el mero hecho de garantizar a la otra parte un curso de acción futuro» (Papayannis & Pereira, 2018, p. 16). Sin embargo, esto no tiene por qué comunicarse en el sentido inverso. Es evidente que las obligaciones promisorias no siempre están constituidas en términos de contratos³³. Tal como es posible que una persona prometa a otra fidelidad absoluta durante su noviazgo, un estudiante puede prometer a sus padres obtener las calificaciones más altas del respectivo periodo académico, mas en ninguno de estos supuestos de promesas corresponde hablar de contratos. Tampoco su incumplimiento despierta, por cierto, el interés del ámbito jurídico.

Sobre la primera cuestión, hay un elenco de argumentos que han buscado desafiarla. Sheinman (2011, pp. 29-30), por ejemplo, los ha posicionado en tres clases. En primer lugar, las obligaciones promisorias

³³ Según Searle (1997), el carácter de hecho institucional del contrato determina que su conexión con la promesa dependerá del cumplimiento de la regla constitutiva respectiva, la cual dispondrá que «una determinada clase de promesa como X puede contar como un contrato Y, pero ser una promesa es ya tener una función de *status* Y a un nivel inferior» (p. 94).

son voluntarias o autoimpuestas por las personas, pero las obligaciones contractuales no necesariamente lo son. Algunas de estas son impuestas por el sistema jurídico a los contratantes y, en otras ocasiones, una parte del vínculo es quien se las impone a la otra. En segundo lugar, la lectura que posiciona los contratos en términos de promesas lo hace apartándose del caso central de la promesa puesto que constituyen supuestos de promesas *defectuosas* o *imperfectas*. El contexto en que se efectúan idealmente las promesas es de carácter relacional, personal y cercano, pero los contratos están arraigados en contextos discretos, impersonales y lejanos. El grueso de la contratación se ajusta más bien a una imagen transaccional antes que en una de índole relacional. De ahí que lo que parece ser un contrato perfecto y que genera sus obligaciones propias puede importar, a la vez, una promesa defectuosa o imperfecta. Ahora bien, esto no imposibilita categóricamente que en ese tipo de contratos haya promesas, pero sí es claro que no se está en presencia del caso central de la institución promisoria. Hay contratos que son ejecutados de forma instantánea en que la relación jurídica nace y se extingue casi de forma simultánea. De hecho, la mayor parte de nuestras experiencias contractuales se ajustan cotidianamente a este tipo de transacciones. Aquí es difícil definir con exactitud el lugar de la promesa —en relación con su caso central— y, aun cuando esta estuviera vigente, es discutible si lo está en los términos que se requieren para que funde la obligatoriedad de estos contratos «discretos»³⁴. No resulta equivalente fundar el efecto vinculante de los contratos relacionales que el de los discretos en la promesa de actuación de quienes contraen el vínculo, pese a que ambos pudieren describirse a la luz de la idea de promesa en la medida que la segunda sería defectuosa o imperfecta.

En tercer lugar, la divergencia entre el contrato y la promesa ha sido sostenida por Shiffrin (2012, pp. 250-256), quien nota ciertos argumentos normativos que auxilian la división entre ambas figuras. Entre otras cuestiones, se pregunta por las siguientes: ¿es el contrato como promesa muy exigente moralmente? ¿El contrato como promesa diluye la importancia moral de las promesas? (pp. 250-252). En relación con el primer punto, este es correctamente despejado por la autora, ya que la asimilación común entre ambas nociones no conlleva que todos los deberes contractuales sean transformados en deberes sustantivos más exigentes y característicos de las obligaciones que surgen de relaciones íntimas. Si bien es cierto que el derecho contractual podría tomar medidas que hagan más riguroso el cumplimiento de lo pactado, ello no es equivalente a establecer que los promitentes contratantes muestren necesariamente una mayor preocupación y cuidado por el otro. Esto sería únicamente predicable de las relaciones promisorias, aun cuando

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

34 La incidencia de esta tipología de contratos en la configuración del derecho contractual se manifiesta en la teoría relacional del contrato. Al respecto, véase Macneil (1974, pp. 691-816).

puede discutirse si resulta pertinente en el derecho de contratos el ideal regulativo del altruismo moderado³⁵.

Respecto del segundo interrogante, Shiffrin considera que esta preocupación es más seria, aun cuando no es determinante y está expresada en dos vertientes. De un lado, el marco de consideraciones contractuales puede afectar las motivaciones de los promitentes de maneras no deseables. De otro, los requisitos mínimos de los contratos pueden sustituir las normas de las promesas, haciendo parecer que es moralmente suficiente cumplir los requisitos contractuales básicos y diluyendo así las demandas que son estimadas como más valiosas en el contexto moral. Esta última es una objeción más interesante, ya que al volver análoga la promesa con el contrato, la lógica de este último puede nublar la fidelidad promisoria. Su identificación puede generar razones para sospechar que el promitente cumple sus compromisos promisorios, en realidad, por temor a las consecuencias jurídicas previstas por el derecho de contratos y no por el valor de la promesa. La asimilación entre ambos institutos debilita la promesa puesto que afianza la posibilidad de que las partes promitentes efectúen las actuaciones prometidas *por* el contexto impositivo contractual. Sin embargo, la evaluación de este efecto requiere tener en cuenta elementos empíricos relativos a las motivaciones que consideran las partes para observar sus obligaciones y que no están claramente determinados. Del mismo modo, hay que advertir que no necesariamente eso constituye una debilidad, sino que puede interpretarse como una fortaleza de la relación contractual, ya que las funciones intrínsecas de cada figura únicamente pueden desempeñarse *gracias* al manto de opacidad que establece el contrato³⁶.

Dichas observaciones podrían considerarse poco concluyentes para abonar la fisura entre el contrato y la promesa. Shiffrin, en efecto, matiza el impacto de las repercusiones de esta clase de argumentos. Por ello, la demarcación entre ambas nociones puede abordarse desde una óptica distinta que atiende a las funciones intrínsecas que cumplen el contrato y la promesa. Al respecto, Kimel (2018) ha llamado la atención sobre el hecho de que, si bien existen innegables semejanzas entre ambas figuras, el contraste definitorio está en la función que a cada una le corresponde desarrollar en las relaciones sociales. La promesa es intrínsecamente valiosa en términos de constituir «un ejercicio en el despliegue de la confianza y el respeto en el marco de una relación entre el promitente y el destinatario de la promesa» (p. 94). Tal función únicamente puede ser satisfecha cuando la confianza y el respeto de hecho existen o, al menos, se espera que existan detrás de las actuaciones y reacciones de quienes

35 El esfuerzo de posicionamiento del altruismo moderado en la estructura de fundamentación del derecho contractual está presente en Pereira (2018, pp. 139-168).

36 Esta es la posición que precisamente defiende Kimel en la demarcación que arguye entre el contrato y la promesa.

participan en la práctica. De ahí que la función distintiva de las promesas es realzar los lazos y las relaciones personales. Los contratos, por su parte, son aptos para cumplir una función intrínseca diametralmente opuesta. A juicio de Kimel, esta función es «la de facilitar el distanciamiento personal» (p. 176). Así, los contratantes participan con otros en prácticas de interacción que no dependen de sus relaciones personales. A partir del vínculo contractual, los individuos se relacionan con otros manteniendo, al mismo tiempo, su distancia si ellos así lo quieren. Gracias al contrato, los participantes interactúan entre sí sin que ello dependa de relaciones personales preexistentes, y tampoco se comprometen a crear y mantener relaciones en el porvenir. Su valor intrínseco se expresa, entonces, en una dirección contraria al fomentado por las relaciones promisorias.

Mientras que las promesas contribuyen a afianzar las relaciones personales, los contratos operan como una forma de evitar dicha vinculación. La práctica contractual permite a las personas hacer cosas con otras sin tener la necesidad de involucrarse personalmente. El distanciamiento personal que facilita el contrato es, piensa Kimel (2018), valioso «como opción, no un predicamento, y como tal es valioso como una alternativa a la dependencia de relaciones personales (preexistentes, futuras)» (p. 153). Por ello, la estrategia que emparenta el contrato y la promesa ofrece una imagen excesivamente simplificada, según la cual el derecho puede replicar instituciones morales y exigir las obligaciones que de estas provienen sin ocasionar modificaciones en tales institutos o en las funciones que realizan. De esa manera, si bien el contrato y la promesa pueden desempeñar instrumentalmente funciones semejantes, su funcionalidad intrínseca es irremediabilmente distinta. El contrato opera cuando no hay promesa *porque* los contratantes han descartado su vigencia. Según Kimel: «Pongámoslo así, el contrato emerge no como una *promesa*, sino como un *sustituto* de una promesa» (p. 153)³⁷.

Sea como fuere, lo anterior arroja luz acerca de las profundas dificultades para deslindar entre el contrato y la promesa, de manera tal que podemos trasladar el examen a si en las promesas radica o no la justificación de la fuerza obligatoria del contrato. Aquí, de nuevo, enfrentamos el problema de asimilar o separar el vínculo contractual y el promisorio. Pero frente a las complicaciones antes apuntadas, una alternativa posible es indagar la cuestión justificativa de la fuerza vinculante del contrato respecto de las dos visiones en competencia: una, que es la visión canónica y que sostiene la idea del contrato *como* promesa; y la otra posición, que aboga, por el contrario, por su diferenciación. Esta estrategia, en mi modo de ver las cosas, es la más provechosa para que el problema

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

37 Una evaluación crítica acerca de la teoría del derecho contractual de Kimel se encuentra en Papayannis y Pereira (2018, pp. 13-50).

de la fundamentación de obligatoriedad contractual no dependa de la discusión acerca de la relación entre ambas entidades. De este modo, es posible encarar la justificación normativa del *pacta sunt servanda* sin necesidad de tomar partido por la distinción entre contrato y promesa ni asumir que el contrato es una promesa.

El enfoque más decisivo sobre la tesis del *contrato como promesa* se encuentra, desde luego, en Fried, cuya visión de las relaciones contractuales sitúa a las promesas en un lugar de privilegio. Sin embargo, existen pasajes en que este explicita que la justificación última de por qué los contratos obligan incondicionadamente debe hallarse —como es posible sospechar— en otro sitio: en la autonomía de los individuos. Cuando una persona formula una promesa, comprometiéndose a realizar en el futuro una determinada acción a favor de otra, y luego la rompe, naturalmente menoscaba la confianza que en ella depositó el destinatario de la promesa. Existen expectativas de cumplimiento y, al no hacer aquello que había prometido efectuar, el promitente abusa de la confianza que libremente invitó a depositar en él al acudir a la figura promisoria. Sin embargo, desde la mirada del contrato como promesa, ¿cuál es la justificación de por qué el promitente debe cumplir su promesa? De acuerdo con Fried (1996), «La obligación de mantener una promesa no se funda en argumentos de utilidad, sino en el respeto a la autonomía individual y en la confianza» (p. 30)³⁸.

Esta consideración es de especial relevancia para abordar el problema de la justificación del efecto obligatorio de los contratos. Si el contrato es antes que nada una promesa y debe cumplirse del mismo modo, puede pensarse que la razón que justifica ambos deberes es la misma. En tal pasaje, el autor recurre al valor de la autonomía junto con el de la confianza como fundamentos de la obligación promisoria. No resulta claro establecer cuál es el estatus de la autonomía y la confianza, en el sentido de determinar si una está basada en la otra o bien si acaso se trata de valores sustantivos totalmente independientes entre sí. En otros momentos, en tanto, Fried (1996, p. 31) olvida la declaración expresa de la autonomía, e invoca los principios de confianza y respeto como fuentes de la obligatoriedad de las promesas y, por tanto, de los contratos.

Pese a ello, la alusión que este realiza a la autonomía tampoco puede solo estimarse como algo que Fried haya indicado al pasar³⁹. Puede ser que la promesa por sí misma constituya, en ciertas ocasiones, una fuente normativa suficiente para respaldar incondicionalmente el cumplimiento de lo prometido; o que, al menos, sea posible rastrear en la promesa una

38 Énfasis añadido.

39 Con posterioridad, Fried (2012) reiteró la relevancia de la autonomía al clarificar que su tesis fue «abiertamente moralizante. Se basaba en una moral de la autonomía, el respeto por las personas y la confianza» (p. 962).

cierta fuerza obligatoria intrínseca en virtud de la cual la *sola* formulación de la promesa genera el deber de observarla. Pero no hay que olvidar el hecho de que se trata de pesquisar el fundamento del efecto vinculante del contrato y no solo de las promesas —deslizando que tampoco puede haber una relación de absoluta identidad entre ambas entidades—; y, de ahí, que dicha justificación debe abarcar las dimensiones generales del contrato. En supuestos en los cuales el contrato no parece describirse adecuadamente en términos de la figura promisoria, por ejemplo, la idea de promesa puede resultar insuficiente. Por tanto, es menester identificar un fundamento general del *pacta sunt servanda* contractual que no conviene hacer descansar en la promesa, si es que no resulta del todo pacífico que el contrato sea *un* caso de promesa.

Debido a lo anterior, y con independencia de la efectiva relación conceptual existente entre el contrato y la promesa, quizá puede articularse la intuición según la cual *no toda* la fuerza vinculante de la obligación contractual puede encontrarse en la promesa que los contratantes efectúan respecto de sus actuaciones futuras. Sin embargo, sí es al menos plausible afirmar que la obligatoriedad *general* del contrato proviene del respeto de la autonomía personal. La posición de esta última es, lógicamente, anterior y la aplicación de sus exigencias es, en tanto, normativamente más general que las promesas. Sería precipitado despojar de toda relevancia normativa a la promesa moral forjada al momento en que un contratante se compromete a actuar de una determinada manera a favor de otro, mas no resulta conveniente reducir la totalidad de la obligatoriedad de la relación contractual a *esa* promesa. En el respeto de la autonomía personal desplegada por las partes para contratar, en cambio, sí puede hallarse efectivamente la fundamentación general de la fuerza vinculante de *ese* contrato. El valor de la autonomía precede al impacto de la promesa en una relación contractual y, de hecho, la fuerza normativa de la segunda es extraída del primero⁴⁰.

Ello explica que, en cuanto criterio de justificación de la obligatoriedad del contrato, las promesas y la autonomía se encuentran, en verdad, en niveles distintos. Mientras que las primeras *pueden* dar cuenta —aunque no de forma pacífica— de una parte importante de los contratos, parece insostenible asegurar que la segunda no se encuentra presente —al menos en un grado básico— en la generalidad de los vínculos contractuales. El posicionamiento de la autonomía personal diverge del de la promesa en la relación contractual porque el último depende, en buenas cuentas, del primero. La promesa encuentra normativamente su apoyo en la autonomía personal del contratante quien la ha formulado

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

40 Desde este punto de vista puede interpretarse la siguiente afirmación de Fried (1996): «La fuerza moral que está detrás del contrato como promesa es la autonomía: las partes están obligadas por su contrato porque así lo han elegido» (p. 87).

y no al revés. Del mismo modo, las exigencias derivadas del respeto a la autonomía personal gozan de mayor generalidad que aquellas fundadas directamente en la promesa de comportamiento que un contratante en específico esgrime a favor del otro. Así, los deberes secundarios de conducta encuentran —con ciertas observaciones— su encaje más natural en el amparo de la autonomía de los contratantes y no en la promesa efectuada por uno de estos de hacer algo a favor del otro, porque tales deberes pueden no coincidir con lo que explícitamente se ha prometido efectuar⁴¹.

Esto se encuentra afianzado tanto a nivel dogmático como filosófico. Desde el punto de vista dogmático, la autonomía juega un papel crucial en la sistematización general del derecho de las obligaciones y los contratos. Los estudios dogmáticos difícilmente podrían prescindir de esta para organizar el estudio de los vínculos y las obligaciones; y, a su vez, el impacto que tiene el principio de autonomía de la voluntad en la justificación de la fuerza obligatoria del contrato es prácticamente irrenunciable. Cuando este principio de la contratación es bien entendido, poniendo el acento en el valor de la autonomía y no así en la noción de voluntad, no hay razones fuertes para despojar al contrato de sus alcances, sustituyéndolo por las promesas como un parámetro justificativo alternativo. Por lo demás, el rendimiento de las promesas presupone en distintos sentidos la vigencia de la autonomía de los contratantes. La sugerencia de instalar el valor normativo de las promesas como *la* fundamentación de la fuerza vinculante del contrato en lugar de la autonomía generaría, con toda probabilidad, una mayor hostilidad por parte de los estudios dogmáticos acerca del derecho de los contratos.

Desde la óptica filosófica, en tanto, conviene cuestionarse si acaso una persona puede o no formular una promesa y comprometerse a cumplirla sin hacer ejercicio de su autonomía. Ya fue advertido que Fried (1996) explícitamente señala que la obligación de observar la promesa se funda en el respeto a la autonomía personal y confianza depositada, y en otras ocasiones acude directamente a la confianza para desempeñar esa tarea justificativa, omitiendo el rol de la autonomía. Dicha tensión está presente en el siguiente párrafo de su trabajo: «el partidario de la moral del deber, ve en la promesa un instrumento *modelado por individuos morales libres que se apoya en la premisa de la confianza mutua*, y que obtiene su fuerza moral precisamente de esta premisa» (p. 31)⁴². En este lugar, el autor entrelaza la confianza recíproca que existe entre los individuos y su

41 Los deberes secundarios de comportamiento derivados de la buena fe de las partes ofrecen dificultades porque no responden a lo expresamente acordado y, a su vez, algunos de estos están orientados a actuar positivamente en favor del otro contratante, distanciándose de la versión negativa de los deberes contractuales (Pereira, 2020, pp. 111-142).

42 Énfasis añadido.

estatus de agentes morales libres para fundar las obligaciones promisorias. Pero lo que de allí se desprende es que la relación de confianza sobre la cual se basa la fuerza obligatoria del contrato solo puede tener lugar entre individuos libres. De esta manera, el sustento normativo último que es condición de posibilidad de la confianza mutua entre los contratantes es su calidad de agentes morales libres. Por supuesto, no cabe realizar una conexión conceptual entre la libertad y la autonomía, pero se trata de términos estrechamente relacionados y ello se agudiza desde una perspectiva filosófica que atiende a los fundamentos de una determinada cuestión, como ocurre con la filosofía del contrato. Y, en el marco de la reflexión en filosofía moral, en particular, la autonomía lleva la delantera para establecerla como fundamento de las obligaciones morales. Por consiguiente, si la confianza entre los contratantes supone que sus estipulaciones han sido autónomamente convenidas, este último valor sirve de justificación de su obligatoriedad⁴³.

Por lo demás, la lectura kantiana que Fried articula adolece de sobreestimar la idea de confianza y solo deslizar tímidamente la presencia de la autonomía del individuo. Al apuntar a los principios kantianos en los cuales está basada su propuesta, esto es, la confianza y el respeto, termina desplazando el valor de la autonomía de los agentes en la relación contractual. Pero no resulta evidente si, por una parte, puede haber confianza en obligaciones contractuales contraídas de manera no autónoma y, si la hubiere, tampoco es claro que la confianza allí presente lo está en una medida suficiente para fundamentar el efecto obligatorio de la relación contractual. Por otra parte, tampoco resulta claro si cuando es propuesto el respeto como un fundamento de la fuerza vinculante, no es sino el respeto a la autonomía de quienes se han obligado acudiendo a la institución promisorio lo que determina la incorrección de romper lo pactado.

Cuando Fried (1996) se refiere al trabajo de Atiyah, recoge una interpretación más fiel a la letra del prusiano: «El principio de promesa fue acogido como expresión del principio de libertad —*dicho en términos kantianos, la voluntad obligándose a sí misma más que constreñida por las normas de la colectividad*— y la condena a pagar una indemnización por las expectativas siguió como la consecuencia natural del principio de promesa» (p. 34)⁴⁴. Allí está expresado, precisamente, el ideal regulativo que subyace al cumplimiento de una promesa y cuya infracción desata la consecuencia indemnizatoria; a saber, que la voluntad del contratante se ha obligado a sí misma —hay, por tanto, autonomía— sin influencia

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

43 En sintonía con lo anterior, Messineo (2007) advierte que la obligatoriedad del contrato surge «del hecho de que las partes han *aceptado libremente* (y muy a menudo, elegido y concordado) el contenido del mismo, aceptando así *también la limitación de las respectivas voluntades* que de él deriva; y surge, además, de la *confianza* suscitada por cada contratante en el otro con la promesa que le ha hecho» (p. 79).

44 Énfasis añadido.

de cuestiones externas a ella que sean rastros de heteronomía, validando así su genuina obligatoriedad. Como antes fue sugerido, *solo* cuando la voluntad es autónomamente determinada tiene sentido hablar de una obligación moral. De ahí que la cuestión central en la obligatoriedad de los contratos es que, aun cuando se recurra a las promesas efectuadas por las partes para describir el contrato, el fundamento último de por qué es apropiado sostener que estas son vinculantes de manera incondicionada —como lo exige el *pacta sunt servanda*— es que son desplegadas en virtud de la autonomía de los contratantes. Por el contrario, las promesas heterónomamente establecidas no generan, en estos términos, obligación con mérito moral alguno⁴⁵.

Veamos, entonces, si el diagnóstico es divergente respecto de una posición que remarca el contraste entre las funciones distintivas de las promesas y los contratos, rechazando su posible conexión analítica. De acuerdo con Kimel (2018), según fue advertido, ambas instituciones cumplen funciones intrínsecas contrapuestas entre sí. Mientras que las promesas contribuyen a reforzar las relaciones personales, los contratos fomentan el distanciamiento personal por el tiempo en que las partes así lo decidan. Bajo su prisma, la confianza juega un papel crucial en la justificación de la obligatoriedad de las promesas, y ello está en consonancia con el *tipo* de relación que suponen y promueven las promesas; es decir, una relación de carácter personal. Los contratos, en cambio, generalmente no dependen

de la confianza personal en el mismo sentido y en la misma medida que las relaciones que surgen de una promesa, y celebrar un contrato no supone necesariamente invocar la confianza personal de la misma manera que típicamente lo hace la formulación de una promesa (p. 179).

Por lo tanto, la justificación de la fuerza vinculante de ambas instituciones no puede efectuarse en términos similares. Dado que las relaciones contractuales alientan el distanciamiento personal entre los contratantes mientras ellos así lo quieran, el fundamento de su obligatoriedad debe hallarse en esa función intrínseca. Allí aparece, de nuevo, el respeto de la autonomía personal de los contratantes como un aspecto fundamental. Este se conjuga con el distanciamiento personal, cuyo valor descansa en constituir una alternativa a la dependencia de relaciones personales, sean estas preexistentes o futuras. Su valor es, precisamente, constituir una opción a las relaciones personales. El contrato es una alternativa a la promesa y, en este sentido, Kimel (2018) piensa que «el contrato puede servir como un sustituto genuino de una promesa» (p. 224). El valor clave

45 Richard Craswell (1989), por cierto, interpreta en estas coordenadas la teoría de Fried al mostrar su insuficiencia para dar cuenta de las reglas supletorias contractuales. Refiriéndose a Fried y Atiyah, denuncia que «las teorías que justifican la fuerza vinculante de las promesas sobre la base de la obligación de decir la verdad, o sobre consideraciones de libertad y autonomía individual no son de ninguna ayuda en tal empresa» (p. 511).

que está ostensiblemente defendido en la teoría del derecho contractual de Kimel es en definitiva la autonomía personal. Así, el ejercicio de la opción a entablar relaciones personales que implica el vínculo contractual constituye un indicador de la importancia que posee la determinación autónoma de los contratantes. El distanciamiento que logran las partes gracias al instituto contractual indudablemente refuerza su autonomía.

Y, por la misma razón, el valor normativo de la autonomía personal justifica que lo pactado sea obligatorio para quienes han decidido por esta vía, manteniéndose de este modo durante el tiempo que estimen conveniente. Lo anterior está ilustrado en la interpretación que perfila Kimel (2018) acerca del presupuesto compartido por las tesis de Fried y Atiyah. En sus palabras,

El presupuesto radica en que permitir que las personas voluntariamente asuman obligaciones y reconocer la fuerza obligatoria de dichas obligaciones (y, en lo que a los contratos se refiere, exigir su cumplimiento cuando ello se tome necesario) es mostrar respeto por la autonomía de las personas, mientras que impedir que las personas voluntariamente asuman obligaciones o no reconocer la fuerza obligatoria de dichas obligaciones es demostrar una falta de respeto por su autonomía (p. 206)⁴⁶.

Si lo anterior fuese correcto, al desmarcar el valor de la autonomía de las nociones de voluntad y promesa se obtienen considerables ganancias teóricas. Respecto de la primera, es posible clarificar por qué los estudios dogmáticos en derecho contractual perdieron erróneamente de vista el potencial justificativo de la autonomía al centrarse en la voluntad de los contratantes, tanto en el ámbito de la constitución como de la obligatoriedad del contrato. Ello permite develar el sentido de la expresión «autonomía de la voluntad» en la fundamentación de las obligaciones morales, a la luz de la fuente intelectual de la cual la dogmática civil reconoce que aquel principio proviene. Y, en relación con la segunda, más allá de la amplia discusión acerca de la conexión entre el contrato y la promesa, es posible argumentar en el sentido de que, tanto desde una posición que aboga por la identidad entre el contrato y la promesa como de otra que aboga por la demarcación entre ambas instituciones, se desprende que, en última instancia, el valor en juego es el respeto por la autonomía de los contratantes.

V. LA AUTONOMÍA PERSONAL Y SUS VENTAJAS

Cuando se trata de desentrañar cómo se justifica la obligatoriedad de la relación contractual, resulta indispensable prestar atención a la autonomía personal. En efecto, en sus alcances puede asentarse un

RUPTURA EN-
TRE PROMESAS,
VOLUNTAD Y
AUTONOMÍA: ¿QUÉ
JUSTIFICA LA FUER-
ZA OBLIGATORIA
DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN
PROMISES, WILL
AND AUTONOMY:
WHAT JUSTIFIES
THE BINDING
FORCE OF THE
CONTRACT?

⁴⁶ Énfasis añadido.

eventual punto de conciliación entre las teorías que asimilan y aquellas que divorcian al contrato y la promesa. Esta consideración puede apuntarse como una significativa ventaja de la autonomía al mantener su vigencia frente a ambas posiciones. En esta sección añadiré dos adicionales que inclinan la balanza a favor de la autonomía personal. En primer lugar, la autonomía encaja con las variaciones experimentadas por las prácticas contractuales, que muestran una mayor participación de la intervención legislativa en la configuración de contratos y, a su vez, un debilitamiento del ejercicio de la voluntad de los contratantes. La voluntad y las promesas son especialmente sensibles con la mayor presencia de mecanismos de intervención legislativa en el derecho de contratos. Este fenómeno incide de distintas maneras en cada uno de los parámetros que hemos revisado, impactando fuertemente en la voluntad y las promesas, pero resultando compatible con el ideal de la autonomía personal en el ámbito contractual. El reto que logra sortear este último valor reside en que su demanda por el autogobierno y el aliento por extender las dimensiones de la autonomía del agente se refuerzan al develar el sentido de las intervenciones en materia contractual.

Ni la voluntad ni la promesa moral podrían fortalecerse mediante la implementación de las categorías contractuales que se entienden celebradas o exigen suscribirse bajo ciertos términos unilateralmente establecidos y en una clara posición de asimetría⁴⁷. La presencia de la voluntad y las promesas, naturalmente, se resiente en un marco de la contratación que no se ajusta a los paradigmas tradicionales, mas la pérdida de protagonismo de la voluntad y las promesas no se reproduce en la autonomía personal de los agentes. De ahí que lo que parece forzado para los primeros criterios no es necesariamente así para el último. Una noción de autonomía personal que se encuentre formulada como una cuestión de grado, apartándola de la operatividad en términos de *todo o nada*, conserva su solvencia frente al desafío constituido por hallar un fundamento de la fuerza obligatoria del contrato que resulte pertinente a las distintas formas de contratación y que, a su vez, no pierda fuerza frente a la mayor intervención del legislador en las relaciones contractuales⁴⁸.

¿Por qué el respeto por la autonomía personal de las partes preserva su vigencia a pesar de la variación en las condiciones de contratación? Una observación que contribuye a develar tal cuestión radica en que las intervenciones que resienten la presencia y la fuerza con que se

47 En relación con las limitaciones que rondan el derecho de contratos contemporáneo, se ha sostenido que «No se trata tanto de limitar la voluntad por razones de interés general como de proteger a los individuos de los abusos que derivan de la desigualdad, del ejercicio abusivo de una superioridad económica o estructural, tanto en las relaciones personales y familiares como en las relaciones contractuales y patrimoniales» (Parra, 2018, p. 61).

48 Acerca de la noción de autonomía esgrimida en estos términos, véase Kimel (2018, p. 206) y Raz (1986, p. 224).

expresan la voluntad y las promesas de los contratantes responden a un determinado sentido, y este involucra sustantivamente demandas de respeto por la autonomía personal de ciertos contratantes. Frente a situaciones en que son contrariados los postulados de la comprensión tradicional del contrato —como la imagen preeminente de la voluntad de las partes y su posición simétrica— y tienen lugar nuevas formas de contratación o intervenciones legislativas en la generación de los vínculos, estos dispositivos procuran hacerse cargo de quienes específicamente no cuentan con condiciones o medios suficientes para ejercer autónomamente su agencia individual.

Dado que hay personas situadas en contextos de desequilibrio, protagonizando situaciones particulares, y que sus acuerdos pueden resultar lesivos *porque* su autonomía no se encauza en condiciones adecuadas, conviene intervenir en resguardo de ese valor⁴⁹. De ahí que la protección de la especificidad de la autonomía personal es la cautela del efectivo despliegue de su agencia individual. En lugar de desafiar la pertinencia de la autonomía personal, la intervención del legislador es precisamente exigida para honrar la autonomía de ciertos contratantes. La cuestión crucial, entonces, no es la presencia de las intervenciones legislativas en el derecho de contratos, sino el sentido que las justifica y el valor normativo que persiguen amparar. Se trata de una reacción institucional frente a situaciones de desequilibrio contractual. Su compromiso descansa en el resguardo del valor de la autonomía de los *distintos* contratantes, cuestión que se ve agudizada cuando se trata de personas situadas en posiciones asimétricas y apartadas de la pretendida paridad contractual⁵⁰. Por ello es que mientras la voluntad y las promesas del contratante inevitablemente se debilitan en este contexto, el valor de la autonomía personal se robustece (Pereira, 2016, p. 110).

En segundo lugar, la autonomía personal resguarda la demanda que alberga el respeto por las promesas; a saber, el valor de la sociabilidad. Si bien los estudios dogmáticos han hecho hincapié en el rol de la voluntad para la fundamentación del efecto vinculante del contrato, la filosofía del derecho de contratos ha centrado su atención en las promesas, ya sea afianzado o bien cuestionando su posición. De ahí que pueda haber *algo* que filosóficamente se pierde cuando la obligatoriedad del contrato no se funda en ellas, sino en la autonomía personal. ¿Qué es, en definitiva, lo valioso de las promesas? Por supuesto, no hay solo una respuesta a este interrogante, pero podemos echar mano de las consideraciones de Hannah Arendt sobre las promesas para ofrecer una

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

49 Por ejemplo, Kimel (2018, p. 210).

50 El canon de igualdad formal entre los participantes de las relaciones de derecho privado se encuentra enfatizado en el esquema de comprensión de Ernest J. Weinrib (2017), engarzando el vínculo de derechos y deberes correlativos con las demandas de la justicia correcta, la cual honra el trato igualitario que debe brindarse a ambas partes (pp. 109-115, 145 y ss.).

aproximación y evaluar si ello irremediablemente se pierde al apostar por la autonomía personal.

Arendt ha entendido la moralidad como algo más que una suma de *mores*, costumbres y modelos de comportamiento que se consolidan y validan en el ámbito de los acuerdos. Los preceptos de la moralidad, señala, están basados en la buena voluntad de las personas en aras de preservarlos. Según Arendt (2005), los modelos cambiantes de la conducta humana no tienen, «al menos políticamente, más soporte que la *buena voluntad* para oponerse a los enormes riesgos de la acción mediante la aptitud de perdonar y ser perdonado, *de hacer promesas y mantenerlas*» (pp. 264-265)⁵¹. Esta clase de demandas tiene la peculiaridad, pensó Arendt, de no aplicarse a la acción humana desde una fuente exterior a la persona o que exceda los alcances de la acción. Se trata, por el contrario, de exigencias que provienen inmediatamente de la persona que las observa, de manera tal que «*surgen directamente de la voluntad de vivir junto a otros la manera de actuar y de hablar*, y son así como mecanismos de control contruidos en la propia facultad para comenzar nuevos e interminables procesos» (p. 265)⁵².

Las promesas se insertan en el complejo de acciones y discursos gracias al cual los seres humanos pueden deshacer lo efectuado y controlar, al menos parcialmente, los procesos que han desencadenado. De lo contrario, las personas estarían sometidas al inexorable dominio de la causalidad y las leyes de la física. Esta aptitud es, ciertamente, parte de lo que Arendt entendió como la condición de lo humano. Un aspecto de crucial importancia que caracteriza a las promesas radica en su compromiso con la sociabilidad y su fuerza apelativa de actuar en forma conjunta a la luz de un objetivo común, manteniendo el grupo social unido. Arendt (2005) remarcó este rasgo distintivo de los seres humanos y consideró que la capacidad de disponer para el futuro como si se tratara del presente —i. e., nuestra aptitud de prometer— permite deslindar la vida humana de la animal. Los seres humanos no se mantienen unidos por una cierta voluntad mágica, sino que lo hacen en virtud de «un acordado propósito para el que sólo son válidas y vinculantes las promesas» (p. 264). Esto brinda una soberanía superior que la libertad que importa actuar sin sujeción a ninguna promesa y careciendo de un propósito. Así, las promesas constituyen aquella clase de cosas que los seres humanos solo pueden efectuar recurriendo a los otros. Al efectuarlas, las personas se reúnen y actúan de común acuerdo, asegurando tal actuación conjunta precisamente mediante el efecto obligatorio de lo acordado. Como observa Arendt, «La fuerza que las mantiene unidas [...] es la fuerza del contrato o de la mutua promesa» (p. 264)⁵³.

51 Énfasis añadido.

52 Énfasis añadido.

53 Énfasis añadido.

De acuerdo con lo anterior, entonces, las promesas develan una dimensión propiamente humana de hacer cosas con los demás, efectuando compromisos recíprocos de comportamiento en el porvenir para alcanzar propósitos comunes. Al situar la fundamentación del efecto obligatorio del contrato en la autonomía personal y no en las promesas, ¿se extravía esta función de sociabilidad? Desde mi modo de ver, ese no es el caso. La relación contractual surge gracias a la opción autónoma de los contratantes de vincularse recíprocamente. Es cierto que no toda expresión de la autonomía personal está necesariamente dirigida a las demás personas, pero una versión robusta de esta, articulada para fundar la obligatoriedad del contrato, presenta el compromiso sustantivo de actuar de forma conjunta con otros. Al justificar el *pacta sunt servanda* contractual en la autonomía personal, se reafirma esta dimensión de sociabilidad que, según Arendt, las promesas capturan.

Un contratante debe observar lo pactado *porque* autónomamente se ha vinculado con otro en aras de una finalidad compartida. La fuerza obligatoria de lo acordado se sustenta en la autonomía personal de la parte, quien ha decantado su decisión atendiendo a otra persona para realizar algo en conjunto con ella. La autonomía personal que funda la relación contractual devela esta soberanía humana de hacer cosas con los demás. En el ámbito contractual, en particular, se trata de un despliegue autónomo de vincularse con los demás, comprometiéndose a observar las prestaciones respectivas para alcanzar los fines compartidos. Ello únicamente puede efectuarlo el contratante con otra persona, con quien se mantiene unido gracias al contrato, sin poder concebir su ejercicio de manera aislada. Por consiguiente, siguiendo a Arendt (2005), la soberanía en la esfera de la acción y los asuntos humanos está de manifiesto en la autonomía personal de los contratantes. El efecto obligatorio de su vinculación con otro responde a esta potestad humana y denota algo —celebrar un contrato y obligarse a cumplirlo— que «sólo puede realizarse por muchos unidos» (p. 264). Así, el contrato revela conspicuamente la decisión autónoma de vivir junto a otros la *manera de actuar y de hablar*.

Si lo anterior es correcto, el respeto por la autonomía personal de las partes constituye un criterio idóneo para justificar la fuerza obligatoria del contrato y, al detenerse en la demarcación entre esta noción y la voluntad y las promesas, es posible observar las ventajas que ofrece la autonomía sobre aquellas candidatas a desempeñar la tarea de fundamentación. La apuesta por la autonomía refuerza la fuerza apelativa de la autodeterminación en nuestras relaciones contractuales, conservando su pertinencia en un panorama contractual caracterizado por la intervención legislativa y, además, evitando perder de vista lo valioso de vincularse con otras personas para efectuar cosas de manera conjunta.

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

VI. CONCLUSIONES

La cuestión de la justificación normativa del efecto vinculante del contrato constituye una preocupación de primera importancia tanto para tratamientos dogmáticos como filosóficos sobre el derecho de contratos. En estas coordenadas, las nociones de voluntad, promesas y autonomía se encuentran en disputa para posicionarse como el criterio común de fundamentación de la obligatoriedad de la relación contractual. No obstante, se trata de nociones que pueden distinguirse entre sí y cuyo rendimiento justificativo es diferenciado, develando que el respeto de la autonomía personal de los contratantes ofrece un promisorio parámetro para fundar el *pacta sunt servanda*.

Su potencial puede reflejarse frente a la voluntad sobre la cual han concentrado su interés los estudios tradicionales de derecho contractual y, del mismo modo, sobre las promesas que capturan la atención de la filosofía del derecho de contratos. En relación con la voluntad, es indispensable diferenciar entre la constitución de la relación contractual y su obligatoriedad. Respecto de las promesas, y pese al debate que media acerca de la identidad entre contrato y promesa, la autonomía presenta una operatividad mayor y más general que las promesas y, en verdad, la fuerza vinculante de estas descansa en la autonomía que despliega quien las formula. Por último, la autonomía presenta al menos dos ventajas sobre la voluntad y las promesas. A diferencia de estas, que resultan debilitadas por el contexto contractual, en que ha cobrado protagonismo la intervención legislativa en la formulación de relaciones contractuales, el valor de la autonomía personal resulta fortalecido, demandando precisamente la intervención en aras de resguardarlo. Asimismo, conserva el ideal de sociabilidad que promueven las promesas para actuar cooperativamente con los demás y hacer cosas con otras personas.

A pesar de que puede advertirse un uso indistinto de estas nociones para efectos de justificar la obligatoriedad del contrato, conviene deslindarlas y situar el problema en el marco del respeto por la autonomía personal de quien contrata. Los contratos obligan a los contratantes a cumplir sus prestaciones para resguardar la actuación autónoma de quienes acuden a este instituto como mecanismo de cooperación y colaboración. De este modo, la fuerza vinculante de la relación contractual honra la autonomía personal y la ruptura que se ha formulado entre las nociones en competencia abona su pertinencia como criterio general de fundamentación.

¿Por qué debería importarnos la identificación del criterio de justificación de la obligatoriedad de los contratos? Si bien se trata de un principio básico de la contratación que es reconocido en los sistemas jurídicos privados, el análisis acerca de por qué obligan los contratos no ha sido

una cuestión debidamente desentrañada y su tematización acarrea cubrir dimensiones dogmáticas y filosóficas sobre el derecho de contratos. Precisamente, la contribución de esta empresa es agudizar nuestra comprensión del instituto contractual y las exigencias normativas a las cuales responde su efecto vinculante. Al determinar qué justifica la fuerza obligatoria del contrato se logra develar qué se encuentra en juego en el cumplimiento de las prestaciones por parte de los contratantes. La autonomía personal ofrece una atractiva respuesta a ese interrogante y, a su vez, delinea un prometedor campo de reflexión tanto para los estudios dogmáticos enfocados en la voluntad de las partes como para la filosofía del derecho contractual comprometida con el rendimiento justificativo de las promesas.

REFERENCIAS

- Alessandri, A. (2009). *De los contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alpa, G. (2015). *El contrato en general. Principios y problemas* (J. Retamozo Escobar, trad.). Breña: Instituto Pacífico.
- Alterini, A. A., & López, R. M. (1989). *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Arendt, H. (2005). *La condición humana* (R. Gil Novales, trad.). Barcelona: Paidós.
- Atiyah, P. S. (1986). Form and Substance in Contract Law. *Essays on Contract* (pp. 93-120). Oxford: Clarendon Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198254447.001.0001>
- Bianca, C. M. (2007). *Derecho civil. 3. El contrato* (F. Hinestrosa y É. Cortés, trads.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Capobianco, E. (2017). *Lecciones sobre el contrato* (C. E. Moreno More, trad.). Puno: Zela.
- Carrasco, Á. (2021). *Derecho de contratos* (3.ª ed.). Cizur Menor, Navarra: Civitas, Thomson Reuters.
- Cartwright, J. (2019). *Introducción al derecho inglés de los contratos* (J. P. Murga Fernández, trad.). Cizur Menor, Navarra: Civitas, Thomson Reuters.
- Corral, H. (1997). Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado. *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, LXV(201), 59-71.
- Craswell, R. (1989). Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising. *Michigan Law Review*, 88(3), 489-529. <https://doi.org/10.2307/1289110>
- De la Maza, I., Pizarro, C., & Vidal, Á. (eds. y coords.) (2017). *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

319

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato* (6.ª ed., vol. I). Cizur Menor, Navarra: Civitas, Thomson Reuters.

Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2012). *Sistema de derecho civil* (12.ª ed., vol. I). Madrid: Tecnos.

Ferri, L. (2001). *La autonomía privada* (L. Sancho Mendizábal, trad.). Granada: Comares.

Fried, C. (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa* (P Ruiz-Tagle, trad.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Fried, C. (2012). Contract as Promise Thirty Years On. *Suffolk University Law Review*, 45(3), 961-978.

Fried, C. (2014). The Ambitions of Contract as Promise. En G. Klass, G. Letsas y P. Saprai (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law* (pp. 17-41). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198713012.003.0002>

Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico* (F. de P. Blasco Gascó y L. Prats Albentosa, trads.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática* (G. Hernández, trad.). Barcelona: Ariel.

Holmes, O. W. (2020). *The Common Law* (F. N. Barrancos y Vedia, trads.). Granada: Comares.

Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (2.ª ed.; R. R. Aramayo, trad.). Madrid: Alianza.

Kant, I. (2013). *Crítica de la razón práctica* (2.ª ed.; R. R. Aramayo, trad.). Madrid: Alianza.

Kennedy, D. (1976). Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, 89(8), 1685-1778. <https://doi.org/10.2307/1340104>

Kimel, D. (2018). *De la promesa al contrato: Hacia una teoría liberal del contrato* (M. Parga, trad.). Madrid y Barcelona: Marcial Pons.

Kraus, J. S. (2004). Philosophy of Contract Law. En J. L. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 687-751). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0018>

López, J. & Elorriaga, F. (2017). *Los contratos. Parte general* (6.ª ed. actualizada). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Lucy, W. (2004). Philosophy and Contract Law. *University of Toronto Law Journal*, 54(1), 75-108. <https://doi.org/10.1353/tlj.2004.0003>

MacCormick, N. (2011). *Instituciones del derecho* (F. Atria y S. Tschorne, trads.). Madrid y Barcelona: Marcial Pons.

Markovits, D., & Emad, A. (2021). Philosophy of Contract Law. En E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de invierno). <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/contract-law/>

Macneil, I. R. (1974). The Many Futures of Contracts. *Southwestern California Law Review*, 47, 691-816.

Messineo, F. (2007). *Doctrina general del contrato* (R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, trads.). Lima: Ara.

Papayannis, D. M., & Pereira, E. (2018). Estudio introductorio y análisis crítico de la teoría contractual de Dori Kimel. En Dori Kimel, *De la promesa al contrato: hacia una teoría liberal del contrato* (pp. 13-50). Madrid y Barcelona: Marcial Pons.

Parra, M. Á. (2018). *La autonomía privada en el derecho civil*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.

Pereira, E. (2016). *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Pereira, E. (2017). ¿Filosofía del derecho privado? En J. C. Marín y A. Schopf (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (pp. 193-261). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Pereira, E. (2018). Altruismo y derecho contractual. En D. M. Papayannis y E. Pereira (eds.), *Filosofía del derecho privado* (pp. 139-168). Madrid y Barcelona: Marcial Pons.

Pereira, E. (2019). Muerte del contrato. En E. Pereira (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno* (pp. 261-306). Santiago de Chile: Rubicón.

Pereira, E. (2020). La buena fe y sus fundamentos normativos. *Latin American Legal Studies*, 7, 111-142. <https://doi.org/10.15691/0719-9112vol7a5>

Pereira, E. (2021). La teoría del derecho de contratos como desafío. *Discusiones*, 27(2), 207-237. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2021.2991>

Pizarro, C. (2017). Presentación. En I. de la Maza, C. Pizarro y Á. Vidal (eds. y coords.), *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos* (pp. 15-26). Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Radin, M. J. (2017). The Deformation of Contract in the Information Society. *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 503-533. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqx001>

Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/0198248075.001.0001>

Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas* (J. Ruiz Manero, trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA: ¿QUÉ JUSTIFICA LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN PROMISES, WILL AND AUTONOMY: WHAT JUSTIFIES THE BINDING FORCE OF THE CONTRACT?

Sánchez, R. (2021). Artículo 1091. En R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil* (5.ª ed., pp. 1394-1396). Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.

Scheinman, H. (2000). Contractual Liability and Voluntary Undertakings. *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(2), 205-220. <https://doi.org/10.1093/ojls/20.2.205>

Sheinman, H. (2011). Introduction: Promises and Agreements. En H. Sheinman (ed.), *Promises and Agreements. Philosophical Essays*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195377958.003.0001>

Shiffrin, S. V. (2012). Is a Contract a Promise? En A. Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (pp. 241-257). Nueva York y Londres: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203124352.ch16>

Searle, J. R. (1997). *La construcción de la realidad social* (A. Domènech, trad.). Barcelona: Paidós.

Smith, S. A. (2004). *Contract Theory*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198765615.001.0001>

Soro, O. (2016). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Madrid: Reus.

Summers, R. S. (2006). *Form and Function in a Legal System: A General Study*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511511066>

Taisne, J.-J. (2019). La fuerza obligatoria del contrato en el nuevo derecho de obligaciones francés. En J. Ataz y C. L. García (coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (pp. 41-56). Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi.

Weinrib, E. J. (2017). *La idea de derecho privado* (E. Paez, trad.). Madrid y Barcelona: Marcial Pons.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
Código Civil chileno (1855).

Código Civil colombiano (1887).

Código Civil español (1889).

Código Civil francés (1804).

Código Civil italiano (1942).

Código Civil peruano (1984).

Código Civil y Comercial argentino (2015).

Comercial Amaya Limitada con Redtec Sociedad Anónima, Rol 16691-2017 (Corte Suprema [Chile], 19 de noviembre de 2018).

Marco Común de Referencia.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Recibido: 17/03/2022
Aprobado: 24/05/2022

323

RUPTURA EN-
TRE PROMESAS,
VOLUNTAD Y
AUTONOMÍA: ¿QUÉ
JUSTIFICA LA FUER-
ZA OBLIGATORIA
DEL CONTRATO?

RUPTURE BETWEEN
PROMISES, WILL
AND AUTONOMY:
WHAT JUSTIFIES
THE BINDING
FORCE OF THE
CONTRACT?

Autoría mediata por aparatos organizados de poder y coautoría en el ámbito empresarial: ¿solución frente a las limitaciones del derecho chileno para castigar como autores a los órganos directivos de las empresas?*

Indirect Perpetration Through Organized Power Structures and Co-Perpetration in the Corporate Sphere: A Solution to the Limitations of Chilean Law to Punish the Management Bodies of Companies as Authors?

LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH**

Universidad de Chile (Chile)

ÁLVARO CASTRO MORALES***

Universidad de Chile (Chile)

Resumen: En el derecho chileno, se presentan dificultades a la hora de imputar responsabilidad penal como autores a los órganos directivos empresariales que imparten órdenes a sus subalternos para que cometan delitos dolosos de dominio, lo que se explica por un entramado de razones dogmáticas y de derecho positivo. Así, conforme al «modelo de imputación penal individual», es autor directo de un delito quien lleva a cabo la conducta típica personalmente. Como en el ámbito empresarial existe una escisión entre las actividades de ejecución y la toma de decisiones, los órganos directivos no acostumbran realizar ellos mismos la respectiva conducta típica y, consiguientemente, no responden como autores directos. Tampoco será frecuente que realicen contribuciones de coautoría en el sentido del artículo 15, numerales 1 y 3 del Código Penal chileno. Por otra parte, será inusual que utilicen instrumentos no plenamente responsables para la comisión de un delito, quedando fuera de consideración una autoría mediata, razón por la que los órganos directivos empresariales solo podrán responder como inductores. Adicionalmente, el planteamiento de la jurisprudencia alemana, según el cual es posible extender al campo empresarial la figura del dominio de organización para así castigar como autores mediatos a los órganos superiores que dictan instrucciones antijurídicas, no puede acogerse en el derecho chileno. Por último, las propuestas doctrinarias para hacer responsables como coautores a los directivos que ordenan a sus subordinados la comisión de delitos tampoco pueden aceptarse.

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1210463, «Hacia una superación de las limitaciones del Derecho penal chileno para hacer responsables como autores a los órganos superiores de las empresas».

** Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Chile) y doctor en Derecho por la Albert-Ludwigs-Universität (Alemania).
Código ORCID: 0000-0002-9488-9976. Correo electrónico: lcontreras@derecho.uchile.cl

*** Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y doctor en Derecho por la Universidad Ernst-Moritz-Arndt Universität Greifswald (Alemania).
Código ORCID: 0000-0002-9571-7172. Correo electrónico: acastro@derecho.uchile.cl

Palabras clave: Derecho penal de la empresa, intervención delictiva en la empresa, inducción, modelo de imputación penal individual, autoría mediata por aparatos organizados de poder, coautoría en el ámbito empresarial

Abstract: In Chilean law, difficulties arise when it comes to ascribing criminal responsibility to corporate management bodies that give orders to their subordinates to commit intentional crimes of domination, which is explained by a variety of reasons, both dogmatic and of positive law. According to the “individual ascription of legal responsibility model”, the direct perpetrator of a crime is the person who carries out both the actus reus and means reus of an offence, without grounds for justificatory or excusatory defenses of guilt. Due to the existing division between making decisions and taking action in the corporate sphere, management bodies do not typically carry out the respective criminal conduct and, consequently, cannot be perceived as principal perpetrators. Moreover, they will often avoid making co-perpetration contributions, as described in article 15, Nos 1 and 3 of the Chilean Criminal Code. On the other hand, it is uncommon for them to use instruments that are not fully responsible for the perpetration of a crime, and thus cannot be considered as principal perpetrators by proxy. Therefore, corporate management bodies may only be held liable as instigators. Furthermore, the approach of German jurisprudence, according to which it is possible to extend the concept of organizational control to the corporate field, and thus punish the superior bodies that issue unlawful instructions as perpetrators by proxy, cannot be accepted in Chilean law; nor can the doctrinal proposal to make managers who order their subordinates to commit crimes liable as co-perpetrators be accepted.

Key words: Corporate criminal law, criminal intervention in business, induction, individual ascription of legal responsibility model, indirect perpetration through organized power structures, co-perpetration in the corporate sphere

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO PENAL TRADICIONAL HACIA LA MICROCRIMINALIDAD Y EL MODELO DE IMPUTACIÓN PENAL INDIVIDUAL.- III. MICROCRIMINALIDAD Y TIPOS DE AUTORÍA INMEDIATA. LAS NORMAS DE SANCIÓN COMPLEMENTARIAS DE LOS ARTÍCULOS 15 Y 16 DEL CP.- IV. LA ESCISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD PENAL A TÍTULO DE AUTORÍA Y PODER DE CONFIGURACIÓN EN LA MESOCRIMINALIDAD.- V. LA AUTORÍA MEDIATA COMO HERRAMIENTA PARA HACER FRENTE A LA ESCISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD A TÍTULO DE AUTORÍA Y PODER DE CONFIGURACIÓN EN LA MESOCRIMINALIDAD.- V.1. EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA CASTIGAR A SUJETOS QUE OCUPAN POSICIONES DE PODER EN CASOS DE MACROCRIMINALIDAD (ROXIN).- V.2. LA EXTENSIÓN DEL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN A LA MESOCRIMINALIDAD (JURISPRUDENCIA ALEMANA).- V.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EXTENSIÓN DEL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN A LA MESOCRIMINALIDAD.- VI. LA COAUTORÍA COMO HERRAMIENTA PARA HACER FRENTE A LA ESCISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD A TÍTULO DE AUTORÍA Y PODER DE CONFIGURACIÓN EN LA MESOCRIMINALIDAD.- VI.1. EL DOMINIO

FUNCIONAL DEL HECHO EN LA FASE PREPARATORIA (MUÑOZ CONDE).- VI.2. COAUTORÍA VERTICAL CON BASE EN UNA COMPETENCIA PREFERENTE COMPARTIDA (FEIJOO).- VI.3. COAUTORÍA VERTICAL EN VIRTUD DE UN ESQUEMA COMÚN DE INTERPRETACIÓN (MAÑALICH).- VI.4. REVISIÓN CRÍTICA DE LA COAUTORÍA COMO MECANISMO PARA HACER FRENTE A LA ESCISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD Y PODER DE CONFIGURACIÓN EN LA MESOCRIMINALIDAD.- VI.4.1. CRÍTICA A LA SOLUCIÓN DEL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO EN LA FASE PREPARATORIA.- VI.4.2. CRÍTICA A LA COAUTORÍA VERTICAL EN BASE A UNA COMPETENCIA PREFERENTE COMPARTIDA.- VI.4.3. CRÍTICA A LA COAUTORÍA VERTICAL EN VIRTUD DE UN ESQUEMA COMÚN DE INTERPRETACIÓN.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El papel decisivo que desempeñan actualmente las grandes organizaciones empresariales en la vida social y económica tiene consecuencias que son axiomáticas para el orden sancionatorio penal. Ciertamente, en nuestros días es posible reconocer que no solo la conducta de sujetos aislados, sino también la acción u omisión de personas coordinadas entre sí con ocasión del trabajo que desempeñan en organizaciones empresariales, son capaces de poner en tela de juicio la vigencia de normas de conducta protectoras de bienes jurídicos esenciales. De este modo lo demuestran una serie de casos penales que han suscitado especial interés en la doctrina chilena y que han provocado un impacto notorio en la opinión pública de nuestro país, como las muertes y lesiones causadas por la puesta en el mercado de un producto alimenticio defectuoso (Piña & Cox, 2013), el grave daño medioambiental al Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter (Muñoz & Fernández, 2010), etc. Casos como estos colocan al derecho penal frente a importantes desafíos.

En la actualidad, uno de los desafíos más relevantes es el de la intervención delictiva en los delitos dolosos de dominio cometidos en el seno de una empresa. En efecto, las reglas de autoría y participación aplicables a esta clase de ilícitos representan modelos de imputación concebidos originalmente para hechos punibles realizados por un solo sujeto o por individuos que forman parte de organizaciones simples, pero no por personas que actúan en el seno de colectivos de cierta complejidad (Bülte, 2015, pp. 55-56). De ahí que el derecho penal enfrente dificultades para imputar responsabilidad cuando los ilícitos se cometen en el seno de empresas de mediano o gran tamaño, especialmente si en ellos han estado involucrados sus órganos superiores; esto es, miembros de la organización empresarial que ocupan las posiciones jerárquicas más elevadas y que tienen la facultad de impartir instrucciones a los empleados de los niveles inferiores¹. Ciertamente, mientras mayores

327

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

¹ Para efectos del presente trabajo, entenderemos por «órganos superiores» u «órganos directivos» de una empresa no solo a aquellas personas que ocupan posiciones gerenciales —esto es, que están

sean las dimensiones y la complejidad de la unidad empresarial, menos probable será que dichos órganos ejecuten directamente la acción prevista en el correspondiente tipo penal doloso de dominio; es decir, que intervengan en calidad de autores inmediatos del delito (Bosch, 2002, pp. 1-2). Su responsabilidad tendrá que fundamentarse, en la gran mayoría de los casos, en el hecho de haber ordenado a uno o más subalternos que ejecuten «de propia mano» el respectivo hecho punible, o bien en no evitar que estos delinca². De esta suerte, su intervención consistirá en la realización de un comportamiento activo o, por el contrario, en la omisión de un comportamiento, procediendo la aplicación en este último caso de determinados tipos de omisión impropia³.

En el derecho chileno, los tipos de comisión por omisión cuya aplicación se consideraría en el supuesto de que un órgano directivo empresarial no evite que el subordinado cometa un ilícito son únicamente las normas de sanción de homicidio simple (Código Penal chileno⁴, art. 391, núm. 2) o lesiones menos graves (art. 399)⁵. En efecto, al no existir una cláusula de equivalencia aplicable a todos los delitos de resultado, como la prevista en el artículo 11 del Código Penal español o en el párrafo 13 del Strafgesetzbuch alemán, la posibilidad de castigar la omisión impropia se reduce solo a algunos delitos contra las personas del título VIII del libro II del CP (cfr. CP, art. 492, inc. 1)⁶. Aunque estos delitos permitirían sancionar a los órganos directivos por no haber evitado las muertes o

en la cúspide de la organización—, sino también a aquellas consideradas como mandos medios. Y es que unas y otras tienen la potestad de impartir órdenes que tienen que ser acatadas por los subordinados.

- 2 Es cierto que la responsabilidad penal de los directivos también podría fundarse en conductas de cooperación en favor de los subordinados, *v. gr.*, facilitar los medios materiales con que estos cometen de propia mano el delito, entregar información que es utilizada por los subalternos para la ejecución del hecho, etc. Con todo, en este trabajo no se analizarán en detalle tales conductas, ya que no son una manifestación evidente del abuso de la posición de poder con que cuentan los órganos directivos empresariales y que les faculta para influir en el comportamiento de los subalternos; más todavía, se trata de comportamientos de cooperación que podría realizar un subordinado cualquiera. Por otra parte, son comportamientos que no permiten un castigo de los órganos directivos a título de autoría, que es la forma de intervención objeto de especial análisis en el presente trabajo. La (sola) facilitación de medios, la (mera) entrega de información, al subordinado, etc., podrían ser en muchos casos incluso atípicas (conductas neutrales no punibles) cuando, conforme a su sentido y naturaleza, no estén referidas ni se adapten a la actuación delictiva del subalterno, no formando parte, entonces, del suceso delictivo que este despliega. Si, en cambio, se muestran exclusivamente dirigidas a cooperar con el comportamiento antijurídico del subalterno-autor, estaremos frente a conductas constitutivas de complicidad (I), punibles según el artículo 16 del Código Penal. El artículo 15, numeral 3 del Código Penal no resulta aplicable en estos casos pues, como veremos en *infra* III, tal precepto debe ser interpretado como una norma de sanción complementaria que castiga casos de genuina coautoría.
- 3 Sobre la intervención de los órganos empresariales en el delito consistente en ordenar a uno o más subalternos que lo ejecuten, o en no evitar que estos delinca, como las conductas más relevantes que permiten fundar la responsabilidad penal de tales órganos, véase Bülte (2015, pp. 100-240), así como Frisch (2018).
- 4 En adelante, «CP».
- 5 Sobre el castigo del homicidio simple por omisión, véase Politoff *et al.* (1993, p. 55). Respecto de la punibilidad de las lesiones menos graves por omisión y la imposibilidad de sancionar los demás tipos de lesiones previstos en el CP a título omisivo, véase Politoff *et al.* (1993, p. 209).
- 6 Al respecto, véase Hernández (2011a, p. 24), con ulteriores referencias.

(algunas) lesiones atribuibles a conductas de sus subalternos —en casos, *v. gr.*, de responsabilidad por el producto o de accidentes laborales—, un muy amplio abanico de infracciones a mandatos de evitación de resultados se muestra atípico a la luz de la legislación penal chilena⁷.

Pues bien, como frecuentemente el no impedir la comisión de delitos por parte de subordinados de una empresa no podrá ser sancionado de manera penal por la vía de la omisión impropia, el comportamiento activo de los directivos consistente en ordenar que sus subalternos cometan ilícitos desempeñará en Chile un papel muy relevante, haciéndose necesario un análisis detallado sobre el punto.

El mecanismo que naturalmente entra en consideración para sancionar a los órganos directivos empresariales que han ordenado la realización de delitos dolosos de dominio es la aplicación de la figura de la inducción. En efecto, ya desde el siglo XIX nuestra tradición jurídico-penal considera que la impartición de una orden representa una de las formas de inducción por antonomasia (*v. gr.*, Pacheco, 1888, p. 261), permitiendo así sancionar supuestos de provocación de la decisión a cometer un delito en el contexto de relaciones de dependencia como las que existen en el ámbito laboral.

Ahora bien, aunque la orden antijurídica que hayan impartido los órganos superiores empresariales a uno o más subalternos pueda ser calificada como instigación, se debe reconocer que su ámbito de punibilidad es notablemente más limitado que el de la autoría. Es cierto que la inducción se sanciona solo en la medida que acceda a una conducta principal, típica y antijurídica realizada por un autor. Además, la instigación no es punible cuando está tentada o frustrada; es decir, es atípica bajo las formas imperfectas de ejecución del artículo 7 del CP (Couso, 2013, p. 623). A lo anterior cabe agregar que, en muchos casos, no concurrirá el requisito básico que exige expresamente el artículo 15, numeral 2 del CP. En efecto, esta norma presupone que la inducción sea «directa», por lo que se excluye la punibilidad de la instigación en cadena o sucesiva⁸, la que se presenta con frecuencia en el ámbito de la criminalidad empresarial (Díaz & García, 2007, p. 126). Por último, se sostiene que una declaración de culpabilidad del órgano superior de una empresa a título de inducción no sería capaz de expresar cabalmente el injusto cometido por aquel (Frisch, 2018, p. 125; Silva, 1995, p. 369); y, más concretamente, que la instigación no captaría el desvalor que

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

7 Piénsese, *v. gr.*, en obligaciones de evitación de resultados consistentes en daños al medio ambiente o al patrimonio (causados por engaño), cuya infracción en Chile no está castigada por ninguna ley penal en la actualidad.

8 Véase Hernández (2011b, pp. 409-410). Con todo, el inductor del inductor sí podría ser castigado como cómplice (aunque con una pena considerablemente menor que la que corresponde a un autor), puesto que con su conducta «coopera a la ejecución del hecho» (*cfr.* Gómez, 1995, pp. 128-129; Gimbernat, 1966, pp. 331-332).

supone en este tipo de casos el abuso de la posición jerárquica que ocupan los directivos de la organización y que les faculta para influir en el comportamiento de los subordinados, impartiendo las órdenes correspondientes (Bülte, 2015, p. 84).

Las dificultades que existen en los delitos dolosos de dominio para castigar las conductas de los órganos superiores de la empresa a título de autoría no se presentan en los delitos de infracción de deber, ni tampoco en los tipos culposos, debido al concepto amplio de autor que opera en estas dos últimas categorías de ilícitos (cfr. Robles, 2020, p. 146; Roxin, 2003, § 25, nm. 268).

Sentado lo anterior, tenemos que plantearnos dos preguntas fundamentales. Primero: ¿cuáles son las razones de fondo que explican las dificultades que tiene el derecho penal chileno para imputar responsabilidad como autores a los órganos directivos que imparten instrucciones antijurídicas por delitos dolosos de dominio? Aquí se tratará de establecer si son razones dogmáticas, de derecho positivo o de ambos tipos. Segundo: ¿cuáles han sido y cómo deben valorarse los principales intentos de la doctrina —nacional y comparada— y de la jurisprudencia —comparada— por sortear los obstáculos para responsabilizar a los directivos empresariales como autores? Como se verá, un sector de la doctrina chilena, española y alemana, así como la jurisprudencia germana, han intentado reformular la autoría mediata y la coautoría, ajustándolas a la realidad de la delincuencia empresarial para así captar el injusto que representa la dictación de órdenes antijurídicas por parte de los órganos directivos empresariales. Respecto de la segunda pregunta, no se trata solo de revisar las propuestas en torno a la autoría mediata y la coautoría desde el punto de vista dogmático, sino también desde una perspectiva de *lege lata*; es decir, procurando esclarecer si estamos frente a planteamientos compatibles con la regulación de la intervención delictiva prevista en el artículo 15 del CP.

Este trabajo busca responder las preguntas anteriores, que han sido escasamente tratadas en nuestro medio. Para lograr esta finalidad, se explicará primeramente el denominado «modelo de imputación penal individual» que el derecho penal tradicional ha construido en torno a hipótesis fácticas propias de la «microcriminalidad»; es decir, aquella criminalidad clásica en la cual participa un solo autor o un número reducido de intervinientes. Seguidamente, se mostrará cómo la orientación del derecho penal hacia la microcriminalidad se ve reflejada en la formulación de los tipos penales de la Parte Especial y en las normas de intervención delictiva de la Parte General (*infra* III). A continuación, se explicará que tales tipos y normas de intervención giran en torno al «eje central» de la ejecución material del delito, la que normalmente solo podrá atribuirse a las personas que ocupan posiciones

inferiores en la empresa (*infra* IV). Posteriormente, en la parte medular del trabajo, se analizarán con detalle las propuestas doctrinarias que han intentado, mediante la reformulación de las figuras de la autoría mediata y la coautoría, hacer responsables como autores a los órganos de dirección empresarial (*infra* V y VI). Finalmente, se expondrán las conclusiones (*infra* VII).

II. LA ORIENTACIÓN DEL DERECHO PENAL TRADICIONAL HACIA LA MICROCRIMINALIDAD Y EL MODELO DE IMPUTACIÓN PENAL INDIVIDUAL

El derecho penal-positivo y su dogmática fueron concebidos para abordar hipótesis fácticas pertenecientes a la denominada «microcriminalidad»; esto es, a casos donde el autor A daña a la víctima V, o donde A y B dañan conjuntamente a V, o donde el autor A utiliza a C para dañar a V (Bülte, 2015, pp. 55-56; Noll, 1972, p. M.20). En el centro de la dogmática desarrollada para tratar los casos propios de la microcriminalidad se encuentra el «modelo de imputación penal individual» (Krämer, 2015, p. 68; Rotsch, 1998, p. 71), construido principalmente a partir de los delitos clásicos de resultado dolosos. Este modelo busca atribuir una determinada modificación del mundo exterior al comportamiento penalmente relevante de un individuo concreto. Así, se responsabiliza a un sujeto determinado por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se materializó en el resultado lesivo.

El punto de partida de la aplicación del modelo de imputación individual siempre es la comprobación de la existencia de una acción significativa para el derecho penal. La acción se erige como un elemento irremplazable de atribución, puesto que permite conectar un resultado concreto del mundo exterior al comportamiento de una persona en particular (Krämer, 2015, p. 71), así como enlazar las categorías del delito de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad (Roxin & Greco, 2020, § 8, nm. 2).

En el modelo de imputación individual, el autor del delito es quien lleva a cabo la conducta típica respectiva a través de su propio cuerpo, sin que concurren causas de justificación ni motivos que excluyan la reprochabilidad. Este modelo descansa en la idea de una única figura central, que es capaz de realizar por sí misma (!) todos y cada uno de los presupuestos del tipo, y que se decide autorresponsablemente en favor del injusto (Bosch, 2002, p. 10; Heine, 1995, p. 29).

En caso de que en el hecho típico participe más de un sujeto, normalmente cada uno de los intervinientes no realizará la totalidad de los correspondientes requisitos típicos, por lo que el modelo de imputación individual contempla reglas especiales para decidir acerca

331

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

de la declaración de culpabilidad y sanción de aquellos. El objetivo de estas reglas es «aislar» los respectivos aportes al suceso delictivo común y establecer de este modo las responsabilidades penales individuales (Krämer, 2015, p. 96). En todo caso, se trata de reglas concebidas para formas de intervención conjunta simples (*v. gr.*, aquella realizada por una banda de ladrones compuesta por un puñado de sujetos) en las cuales el aporte de cada individuo tiene una importancia simétrica o se entrega con una finalidad de cooperación; es decir, para alcanzar una meta compartida. No son reglas que hayan sido desarrolladas para operar al interior de estructuras jerárquicas de decisión, ni menos aún pretenden castigar el injusto que supone el abuso de la posición de autoridad que ocupan los directivos de organizaciones empresariales (Bülte, 2015, p. 84).

III. MICROCRIMINALIDAD Y TIPOS DE AUTORÍA INMEDIATA. LAS NORMAS DE SANCIÓN COMPLEMENTARIAS DE LOS ARTÍCULOS 15 Y 16 DEL CP

La orientación del derecho penal hacia la microcriminalidad se ve reflejada en la formulación de los tipos de la Parte Especial, que en su gran mayoría comienzan con la locución «el que». Estos tipos tienen su foco en un individuo que realiza de propia mano todos sus presupuestos (Cury, 2005, p. 597; Kühl, 2017, § 20, nm. 4; en contra, Van Weezel, 2012) y representan normas de sanción de autoría inmediata (Couso, 2012, p. 123)⁹. Si un sujeto no ejecuta directa e íntegramente dichos presupuestos, no puede responder como autor inmediato. Una interpretación contraria que, *v. gr.*, permitiera sancionar bajo esa forma de autoría a quien no realiza de propia mano la respectiva conducta típica, pero contribuye causalmente al hecho, implicaría una dilución de los tipos de la Parte Especial, desatendiendo el tenor literal de la ley e infringiendo con ello el principio de legalidad (*cfr.* Jescheck & Weigend, 1996, p. 651). Así, pues, quien sujeta a la víctima mientras otro le asesta violentos puñetazos en la cara no «golpea» en el sentido del artículo 397 del CP, aunque contribuya causalmente al hecho; y, por consiguiente, no puede ser castigado como autor directo de lesiones graves.

Ahora bien, el legislador, naturalmente, no se ha limitado a castigar a los autores inmediatos de los delitos por medio de los respectivos tipos de la Parte Especial, y ha previsto normas expresas en los artículos 15 y 16

⁹ Cabe precisar que el artículo 15, numeral 1 del CP no recoge la autoría inmediata. En efecto, «tomar parte» presupone que exista un todo y que en la ejecución de este intervenga más de un individuo —en relación con el artículo 14.1 del antiguo Código Penal español, véase Gimbernát (1966, pp. 92-93)—. Por consiguiente, el artículo 15, numeral 1 exige que los (co)autores no realicen personalmente todos y cada uno de los elementos de la figura de la Parte Especial correspondiente, sino que ejecuten el delito conjuntamente (*cfr.* Rodríguez, 1972, p. 827). Luego, para sancionar al autor directo, no es posible recurrir a las normas previstas en el artículo 15 del CP, que solo están destinadas a regular los casos de pluralidad de intervinientes (Cury, 2005, p. 597; Matus & Ramírez, 2021, p. 489).

del CP que permiten extender la punibilidad a sujetos que intervienen dolosamente en un ilícito, pero que no realizan el tipo de propia mano e íntegramente. Así como la punibilidad de la tentativa y de la frustración extiende la responsabilidad penal a fases previas a la consumación del delito, el castigo de intervinientes que no han realizado personalmente todos y cada uno de los presupuestos del tipo permite ampliar la responsabilidad más allá de la participación en el ilícito a título de autoría inmediata (Matus & Ramírez, 2021, p. 489). Los artículos 15 y 16 del CP contienen, por tanto, normas de sanción complementarias de coautoría, autoría mediata, inducción y complicidad en relación con los correspondientes tipos penales de la Parte Especial (*cfr.* Cury, 2005, pp. 583-584).

En efecto, el artículo 15, numeral 1 del CP, en relación con los tipos respectivos de la Parte Especial, permite sancionar a título de coautoría a los intervinientes que han entregado aportes de relevancia ejecutiva para la comisión del hecho punible cuando ninguno de ellos ha realizado por separado todos y cada uno de los presupuestos del tipo (Bascur, 2015, p. 198). Para ello, es indispensable que los coautores hayan actuado en división del trabajo según un plan común, aportando cada uno de ellos una contribución independiente y esencial para la ejecución del delito, cuya no prestación conduce a la frustración del plan (dominio funcional)¹⁰. Las contribuciones ejecutivas de los coautores pueden consistir en la realización de la respectiva acción típica, como el caso en que entre varios golpean a la víctima; o de comportamientos conectados íntimamente con la acción típica, como ocurre con quien sujeta con fuerza a la víctima para que otro la apuñale y mate (Hernández, 2011b, p. 405; Yáñez, 1975, pp. 56-57).

Por su parte, el artículo 15, numeral 2 del CP sanciona tanto la instigación en sentido estricto, como las diferentes formas de autoría mediata. Así, la disposición permite sancionar al tercero que hace nacer en el autor la resolución delictiva y que no practica personalmente la correspondiente ejecución. La norma también extiende la punibilidad a aquellos que se sirven de un instrumento y que no cometen de propia mano el delito¹¹. En efecto, la opinión dominante en Chile entiende

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

10 Sobre el dominio funcional del hecho, característico de la coautoría, véanse, entre otros, Bottke (1992, pp. 88, 90 y 91), Murmann (2021, nm. 37-45), Pérez (2020, pp. 202-288) y Roxin (2003, § 25, nm. 188-242).

11 La tesis conforme a la cual la autoría mediata estaría recogida en los propios tipos de la Parte Especial, al igual que la autoría directa (por todos, Freund & Rostalski, 2019, § 10, nm. 3; Kreuzberg, 2019, p. 404; Mañalich, 2011, p. 285 y nota 20), no puede ser aceptada. En el fondo, este planteamiento es una expresión del viejo concepto extensivo de autor (Bülte, 2015, p. 75). Conforme a este, las normas de sanción de la Parte Especial abarcaban toda clase de intervenciones causales en el hecho, de modo tal que las normas de participación delictiva representaban una limitación de la punibilidad. Dicho concepto tiene que rechazarse, puesto que conduce a una infracción al principio de legalidad, interpretando las palabras de la ley más allá del uso común del lenguaje. En efecto, el artículo 397 del CP castiga al que «hiera, golpee o maltrate de obra a otro», y no al que «convenza a un inimputable de que hiera, golpee o maltrate de obra a otro»; el artículo 391, numeral 1 del CP sanciona al que

que la locución «los que fuerzan [...] directamente a otro a ejecutarlo [el hecho]» se refiere a los casos de autoría mediata por coacción, concibiendo la fuerza como *vis compulsiva* (v. gr., Couso, 2012, p. 123; Cury, 2005, pp. 600-601; Yáñez, 1975, p. 62). La expresión «los que inducen», por su parte, alude a la instigación propiamente tal, pero también a las distintas formas de autoría mediata no fundadas en la coacción (cfr. Cury, 1997, p. 238; Etcheberry, 1997, pp. 91-92; Yáñez, 1975, p. 62). Esta última interpretación descansa en que el concepto «inducen», previsto en el artículo 15, numeral 2, fue introducido en el CP con criterios que suponían un alcance más amplio que la situación en que una persona determinaba dolosamente a otra a cometer un delito, abarcando también hipótesis de auténtica autoría mediata (Politoff, 2001, pp. 1261-1262)¹². De este modo, el concepto «inducir» debe entenderse a partir de su sentido natural y obvio; es decir, como «mover a alguien a algo o darle motivo para ello»¹³.

Por otra parte, el artículo 15, numeral 3 del CP castiga a los coautores que contribuyen con determinados aportes no ejecutivos a la realización del correspondiente tipo de la Parte Especial (Hernández, 2011b, pp. 402-408; Soto, 1986, pp. 49-51; Yáñez, 1975, pp. 58-61)¹⁴. Esos aportes (solo) pueden consistir en la facilitación de los medios con que se lleva a efecto el hecho o en la presencia de estos sin tomar parte inmediata en aquel. Ahora bien, como debe existir un dominio de carácter funcional para castigar a un sujeto en calidad de coautor, tiene que tratarse de un medio o de una presencia que pueda calificarse de indispensable para la realización del plan querido en división del trabajo y a través del cual se haga posible el control del conjunto del acontecimiento (cfr. Hernández, 2011b, p. 406).

«mate» a otro y no al que «mediante coacción instrumentalice a un tercero para que este mate a otro»; etc. De allí que en estos casos sea necesaria la norma de extensión de la punibilidad del artículo 15, numeral 2 del CP, que sancione la instrumentalización del ejecutor directo.

12 En efecto, en la sesión N° 10 de la Comisión Redactora del CP, celebrada el 24 de mayo de 1870, se dejó constancia de que la inducción podía realizarse de alguna de las formas que preveía el entonces inciso 4 del artículo 66 del Código belga; esto es, a través de «regalos, promesas, amenazas, abuso de autoridad o poder, maquinaciones o por [medio de] cualquier otro artificio culpable». Al respecto, véase el CP de la República de Chile (1974, p. 262); además, a esta interpretación de la Comisión adhiere expresamente Del Río (1935, p. 251). Esta comprensión amplia del término «inducen», prevista en el artículo 15, numeral 2 del CP, que abarca genuinos casos de autoría mediata, puede encontrarse también en las obras de los primeros comentaristas de nuestro CP (Fuensalida, 1883, pp. 138 y ss.; Fernández, 1899, p. 127).

13 Véase la primera acepción de la voz «inducir» que aparece en el *Diccionario de la Real Academia Española*.

14 El artículo 15, numeral 3 del CP tiene que ser interpretado como un caso de genuina autoría y no como uno de mera complicidad sancionado con la pena de la autoría. Esto no solo coincide con un entendimiento de la norma propio de un concepto restrictivo de autor —en este sentido, correctamente, ver Hernández (2011b, p. 402)—. Además, tiene suficientemente en cuenta que la declaración de culpabilidad a título de autoría —con independencia del injusto que el autor haya cometido— corresponde a la reacción más grave frente a la infracción de normas de conducta con que cuenta el Estado y, por consiguiente, tiene que reservarse para aquellos casos donde el sujeto ha tenido efectivamente el papel de figura central y clave de los sucesos de actuación que se muestran como realizadores del tipo. La condena a título de autor de una persona que ha tenido un papel marginal o secundario en la realización del delito deteriora la fuerza simbólica que debe tener una condena estatal a título de autoría para el restablecimiento de la vigencia del derecho.

Un medio de naturaleza intelectual que reúne las características anteriores consiste en la planificación y organización detallada de un delito ejecutado por varios (Matus & Ramírez, 2021, p. 526). Aun cuando se trate de un aporte brindado en el estadio preparatorio del delito, resulta fundamental para predeterminar el comportamiento de los demás coautores en la etapa de ejecución y definir sus roles individuales, haciendo por eso intervenir al aportante en el dominio del suceso mismo (Stratenwerth & Kuhlen, 2011, § 12, nm. 94). En cambio, la simple entrega de los instrumentos necesarios para cometer el delito, el proporcionar información útil para ejecutarlo (*v. gr.*, los planos del lugar en que se quiere cometer un robo), etc., no son aportes constitutivos de coautoría puesto que, aunque aquellos puedan estimarse como «medios» en los términos literales del artículo 15, numeral 3 del CP (incluso de relevancia para el éxito de la ejecución típica), faltarán generalmente en estos casos una voluntad de correalizar el delito en división del trabajo¹⁵.

A su turno, una presencia indispensable para el éxito del plan común consistirá, *v. gr.*, en la vigilancia durante un robo, cuando esta cumple una función independiente y esencial en la realización del delito (Pérez, 2020, pp. 201 y 231-232).

Finalmente, el artículo 16 del CP, que contempla la norma de sanción complementaria de complicidad, castiga la cooperación a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos que no estén comprendidos en el artículo 15 del CP.

Habiéndonos referido a los tipos de autoría inmediata y a las normas de sanción complementarias de los artículos 15 y 16 del CP, corresponde mostrar ahora las dificultades que se presentan para recoger adecuadamente a través de dichos tipos y normas el injusto que supone el ejercicio abusivo del poder de mando al interior de una empresa por parte de sus órganos superiores; es decir, la dictación de órdenes antijurídicas. Como veremos, en los casos de «mesocriminalidad» —aquella criminalidad que tiene lugar en el seno de organizaciones empresariales (Alwart, 2011, p. 178)— se suele producir una disociación entre responsabilidad penal a título de autoría y poder para determinar fácticamente la conducta de los trabajadores (a través de instrucciones).

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

15 Expresado de otra forma: tratándose de estos casos, faltarán en quien entrega el instrumento, proporciona la información, etc., la voluntad de realizar el hecho delictivo utilizando la ayuda de otro u otros, lo que constituye un elemento irrenunciable de la coautoría (Frisch, 2022, § 6, nm. 133). Es cierto que la interpretación que aquí se favorece del artículo 15, numeral 3 del CP, en la parte que alude a «medios», es muy restrictiva; sin embargo, esta es una consecuencia forzosa si no se quiere que la declaración de culpabilidad a título de autoría (!) vea deteriorada su fuerza simbólica. Como ya se dijo, una declaración de culpabilidad en calidad de autor tiene que reservarse únicamente para aquellos casos en que el interviniente ha desempeñado el papel de «figura central o principal» en el acontecer delictivo.

IV. LA ESCISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD PENAL A TÍTULO DE AUTORÍA Y PODER DE CONFIGURACIÓN EN LA MESOCRIMINALIDAD

Como ya se adelantó, será poco habitual que los órganos superiores de una empresa (medianamente compleja) intervengan como autores inmediatos en los delitos cometidos en su seno. Ello se explica por las estructuras jerárquicas de los sistemas empresariales, caracterizados por una escisión entre la actividad de realización y el poder de toma de decisiones (Krämer, 2015, p. 276; Martínez-Buján, 2016, p. 515; Morozinis, 2010, p. 336). Ciertamente, la fluida operación de estos sistemas hace necesaria la existencia de jefaturas, así como el reparto de tareas y competencias, conforme a las cuales los sujetos que deciden el sí y el cómo de las actividades al interior de la organización no son los mismos que aquellos que las ejecutan. De este modo, un número reducido de individuos, dotados de poder de configuración organizacional y que ocupan posiciones de poder, deben decidir qué actuaciones son necesarias para alcanzar los fines que persigue la empresa y cómo aquellas deben ser ejecutadas, impartiendo para ello las instrucciones correspondientes (Bülte, 2015, p. 83). Estas son cumplidas por el personal subalterno, que realiza materialmente las respectivas actuaciones. Ahora bien, como los tipos de autoría inmediata sancionan precisamente la realización de propia mano de la acción típica, será únicamente el personal subordinado quien responderá a título de autoría directa cuando dichas actuaciones reúnan los presupuestos de un tipo de la Parte Especial, a diferencia de los órganos superiores de la empresa, quienes solo responderán como inductores si han dictado la correspondiente orden antijurídica. Y ello a pesar de que los órganos superiores hayan decidido qué actuación delictiva debía realizarse, así como determinado el comportamiento del subalterno, abusando de su poder de configuración.

Las dificultades para castigar a los órganos superiores de la empresa, en virtud de un título de intervención penal que exprese cabalmente el peso de su injusto, muestran que las reglas de autoría y participación del CP no están concebidas para casos donde un sujeto contribuye de manera determinante a la realización típica desde la cúspide de organizaciones estructuradas jerárquicamente. Así, estas reglas no contemplan ninguna figura de autoría que castigue el ejercicio del poder para decidir y controlar la realización de actividades delictivas en el seno de empresas. Conforme al modelo de imputación penal individual propio de la microcriminalidad, los tipos de autoría inmediata giran en torno a la ejecución material de una determinada acción, mientras que las normas de sanción complementarias de coautoría y autoría mediata, aun cuando extienden la punibilidad, nunca pierden de vista el «eje central» de la ejecución material. En efecto, la coautoría se concibe principalmente como ejecución material conjunta, puesto

que la posibilidad de sancionar los aportes no ejecutivos de dicha forma de intervención es muy limitada (*cfr.* CP, art. 15, núm. 3); y la autoría mediata se entiende, principalmente, como ejecución material realizada a través de un instrumento no plenamente responsable (*cfr.* Matus & Ramírez, 2021, p. 506). Como los órganos superiores no suelen aportar al hecho contribuciones ejecutivas de coautoría, y dado que los trabajadores suelen actuar de manera plenamente responsable, los órganos superiores de la empresa que imparten órdenes antijurídicas son sancionados, en el mejor de los casos, como partícipes. De este modo, las reglas y los principios clásicos que gobiernan el concurso de personas en el delito «se estrellan contra las rocas» de la división del trabajo empresarial (*cfr.* Luhmann, 1995, p. 185), produciéndose en la mesocriminalidad una disociación entre responsabilidad penal a título de autoría y poder de configuración del suceso (*cfr.* Schünemann, 1982, p. 42; De Vicente, 2014, p. 19).

Cabe destacar que las dificultades de la legislación para responsabilizar como autores a los órganos directivos empresariales que imparten órdenes antijurídicas a sus subordinados no solo están presentes en el Ordenamiento chileno, sino también en el comparado (Bülte, 2015, pp. 83-84, 98-101 y 237-239).

Ahora bien, con la finalidad de superar las limitaciones que muestran las reglas de intervención delictiva para recoger adecuadamente el injusto que representa el abuso del poder de mando empresarial, un sector de la doctrina española y chilena, así como la jurisprudencia alemana, han desplegado esfuerzos por reformular la autoría mediata y la coautoría, ajustándolas a la «realidad» de la delincuencia cometida en el seno de organizaciones económicas. En las páginas siguientes, revisaremos los intentos para reinterpretar dichas formas de autoría a fin de castigar adecuadamente a los órganos directivos (a continuación, V y VI).

V. LA AUTORÍA MEDIATA COMO HERRAMIENTA PARA HACER FRENTE A LA ESCISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD A TÍTULO DE AUTORÍA Y PODER DE CONFIGURACIÓN EN LA MESOCRIMINALIDAD

Lo característico de la autoría mediata es que el autor (la «persona de atrás») no realiza el tipo de propia mano, sino que utiliza conscientemente a un tercero como instrumento para ejecutar el hecho. En virtud de tal utilización, el autor mediato puede ser juzgado como si él hubiera realizado el delito personalmente.

Por regla general, la autoría mediata solo se acepta cuando la «persona de atrás» instrumentaliza consciente y voluntariamente a un ejecutor material que actúa de forma no completamente típica, no antijurídica o

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

no completamente responsable. La excepción a tal regla se presenta en los casos del «autor detrás del autor» (Wessels *et al.*, 2021, nm. 851-855), uno de los cuales corresponde a la figura de los aparatos organizados de poder.

La figura de los aparatos organizados de poder o de dominio de organización resulta aplicable a delitos cometidos en el seno de estructuras jerárquicas con determinadas características, y fue desarrollada por Roxin en la segunda mitad del siglo XX (1963). Como esa figura permite imputar al jefe de una organización jerárquica lo ejecutado directamente por los subordinados como actuación propia, no resulta extraño que la jurisprudencia alemana haya recurrido a ella para intentar fundar la responsabilidad a título de autoría de los órganos directivos empresariales, que no suelen intervenir en el hecho como autores inmediatos.

El punto de partida de la recepción jurisprudencial del dominio de organización en el ámbito empresarial lo estableció el fallo de la Sala Quinta en lo Penal del Tribunal Supremo Federal alemán, pronunciado el 26 de julio de 1994, que condenó a varios miembros del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana por las muertes dolosas de personas que querían huir hacia la República Federal. En dicha sentencia, el Tribunal señaló que la figura de los aparatos organizados de poder no solo resultaba aplicable a los casos (originalmente planteados por Roxin) de abuso de potestades de mando existentes al interior de estructuras estatales o de redes terroristas, por ejemplo, sino también a los delitos cometidos en el seno de empresas, permitiendo así imputar la realización del ilícito al empleado o subordinado que lo ejecuta de propia mano, como también a los órganos directivos que han fomentado o dado ocasión al hecho (*cfr.* BGHSt 40, 218, 236).

A partir de la sentencia mencionada, la jurisprudencia alemana ha aludido reiteradamente a la figura del dominio de organización para fundar la responsabilidad a título de autoría de los órganos directivos de empresas¹⁶. Junto con el reconocimiento de una autoría mediata por omisión, la jurisprudencia ha instaurado un mecanismo que permite hacer responsables como autores a aquellos miembros de las estructuras jerárquicas que no han realizado de propia mano el delito, pero que ocupan posiciones de jefatura en ellas y que, de una u otra forma, han promovido el hecho (*cfr.* Renzikowski, 2014, nm. 67).

No se puede descartar por completo que en el futuro la extensión a contextos empresariales del campo de aplicación de la figura de los

¹⁶ Véanse, *v. gr.*, las siguientes sentencias: BGHSt 40, 257; 43, 219; BGH NSStZ 98, 568; JR 04, 245; BGHSt 48, 331; 49, 147. Detallados comentarios a algunos o todos estos fallos pueden encontrarse en Bülte (2015, pp. 110-114), Morozinis (2010, pp. 361-392) y Orozco (2018, pp. 21-31).

aparatos organizados se produzca también en Chile, considerando que ya se ha recurrido a esta figura en numerosos procesos de crímenes contra la humanidad cometidos durante la dictadura de Pinochet¹⁷ y que representa una de las pocas herramientas disponibles para castigar como autores a los directivos empresariales. Por consiguiente, es necesario detenemos en la jurisprudencia alemana en cuestión, no sin antes revisar la concepción original de la idea de dominio de organización.

V.1. El dominio de organización como instrumento para castigar a sujetos que ocupan posiciones de poder en casos de macrocriminalidad (Roxin)

Como se indicó, fue Roxin quien planteó por primera vez la figura del dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder en un artículo publicado en 1963. Así, junto al dominio por coacción y al dominio por error, esta figura se convirtió en una tercera modalidad de autoría mediata y fue concebida para hacer frente al enjuiciamiento de «autores o delincuentes de escritorio» que habían intervenido en homicidios masivos planeados burocráticamente y ejecutados durante la dictadura nacionalsocialista; esto es, en ilícitos propios de la macrocriminalidad¹⁸. A través de esta nueva modalidad de autoría mediata, era posible responsabilizar como autores —y no como simples inductores— a funcionarios de rango alto o medio que no habían realizado de propia mano la acción típica de homicidio, pero que sí habían impartido la orden de asesinar a un sinnúmero de víctimas.

Según Roxin, el dominio de la voluntad de los «autores o delincuentes de escritorio» se funda en la posición superior que estos ocupan dentro de un «aparato de poder». Este consiste en una organización jerárquica que opera con independencia de los sujetos que la integran; esto es, sin que importe la persona del ejecutor concreto, funcionando entonces de manera «automática» (Roxin, 1963, p. 200; 2015, p. 245)¹⁹. Así, en el aparato de poder, la dictación de la orden respectiva desencadena «procesos regulares» (*regelmäßige Abläufe*) que terminan indefectiblemente en la ejecución de esta (Weißer, 2012, p. 246), ya que si un determinado

339

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

17 Véanse referencias jurisprudenciales en Hernández (2011b, pp. 393 y ss.) y, más recientemente, los fallos de la Corte Suprema, Rol N° 8.647-2018, de 24 de febrero de 2020, considerando 9; y de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 538-2019, de 31 de diciembre de 2020, considerando 5. Asimismo, debe destacarse en la jurisprudencia chilena el fallo de la Corte Suprema que acogió la solicitud de extradición del Estado peruano respecto del ex presidente de dicho país, Alberto Fujimori (Rol N° 3.744-2007, 21 de septiembre de 2007), en el que también se aplicó la figura de los aparatos organizados de poder.

18 El concepto de macrocriminalidad alude a comportamientos delictivos políticamente condicionados que se presentan en situaciones excepcionales en las cuales la estructura estatal se ha descompuesto y transformado en una verdadera mafia delictual (Jäger, 1998, pp. 122-123).

19 En el caso de Chile, la jurisprudencia ha considerado que la Dirección de Inteligencia Nacional (policía secreta de la dictadura de Pinochet) representó precisamente un «aparato de poder» que permitió fundar una responsabilidad penal de sus mandos a título de autoría mediata (véase, *v. gr.*, Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia Rol N° 3.218-2020, 31 de mayo de 2021, considerando 16).

subordinado no puede o no quiere cumplir la orden, otro estará siempre dispuesto a hacerlo en su lugar. De este modo, los subordinados pasan a ser componentes fungibles; en otras palabras, piezas o ruedecillas intercambiables y anónimas en el engranaje del aparato jerarquizado de poder (Roxin, 2003, § 25, nm. 107)²⁰.

En los casos de dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder, el «autor o delincuente de escritorio» cuenta con el dominio de organización al controlar la realización del hecho punible a través del desencadenamiento de procesos regulares (Roxin, 2015, p. 245; 2007, pp. 9-10); mientras que el componente fungible del sistema que acata la orden —es decir, el subalterno— tiene dominio de la acción al realizar el tipo penal mediante su propio cuerpo.

El carácter fungible o intercambiable del subalterno-ejecutor directo explica por qué Roxin (2015) limita la figura de los aparatos organizados de poder exclusivamente a los crímenes de Estado, a los delitos terroristas o a la criminalidad organizada; esto es, a ilícitos cometidos en el seno de aparatos que operan desvinculados del derecho. Ciertamente, solo respecto de estos existe una elevada disposición de los subordinados a obedecer las instrucciones antijurídicas que se les impartan, pudiendo presumirse, entonces, que la decisión del superior se va a ejecutar en todo caso (pp. 249-250)²¹.

En los últimos artículos científicos que Roxin (2017) ha dedicado al dominio de organización, el profesor muniqués ha destacado que el fundamento de esta figura debe hallarse en la «elevada seguridad del resultado que proporciona el aparato de poder» (p. 15). Según sus palabras:

El dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede producir el resultado con mayor certeza a través del aparato a su disposición que mediante el dominio por coacción o error, que se reconocen casi unánimemente como casos de autoría mediata (p. 11).

Por otra parte, Roxin ha indicado cuáles son los presupuestos fácticos que deben estar presentes para encontrarnos frente a un dominio de organización: poder de mando del superior, desvinculación del

²⁰ Como indicó el fallo de la Corte Suprema de Chile que acogió la solicitud de extradición del Estado peruano respecto del ex presidente de dicho país, Alberto Fujimori Fujimori: «Lo característico [de la autoría mediata] es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual, sino como un engranaje mecánico. [Al] autor mediato le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar sin que se perjudique la realización del plan total» (Rol N° 3.744-2007, 21 de septiembre de 2007, considerando 97).

²¹ Admitiendo la autoría mediata por aparatos organizados de poder, tratándose de estructuras estatales, paramilitares o mafiosas, véase Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 1.070-2016, 31 de enero de 2020, considerando 21).

ordenamiento jurídico y fungibilidad del ejecutor inmediato (2009, p. 567; 2012, p. 396; 2015, pp. 739-740)²².

V.2. La extensión del dominio de organización a la mesocriminalidad (jurisprudencia alemana)

Como se adelantó, la sentencia de julio de 1994, dictada contra los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática alemana, estableció que la figura de los aparatos organizados de poder resulta aplicable no solo a ilícitos propios de la macrocriminalidad, sino también a hechos punibles de la mesocriminalidad; esto es, delitos cometidos en el seno de estructuras empresariales. Para este tribunal, la «persona de atrás» por regla general no es autor mediato si el ejecutor actúa libre de error y es plenamente imputable. Sin embargo, esto no opera

en los grupos de casos en los cuales, a pesar de la responsabilidad ilimitada del instrumento, el aporte del hombre de atrás conduce de manera casi automática a la realización del tipo que busca. Este puede ser el caso del hombre de atrás que se aprovecha de ciertas condiciones marco, determinadas a través de estructuras organizativas dentro de las cuales su contribución al hecho desencadena procesos regulares (BGHSt 40, 218, 236).

En esta resolución, el Bundesgerichtshof agregó que dichas condiciones marco se pueden encontrar especialmente en estructuras organizativas empresariales. Por consiguiente, una autoría mediata basada en estas consideraciones puede resolver la cuestión de la responsabilidad penal en el seno de empresas mercantiles (BGHSt 40, 218, 237). Por otra parte, el tribunal indicó que para afirmar la autoría mediata en estos casos resulta decisivo, además, que la «persona de atrás» quiera el resultado típico como consecuencia de su actuar (BGHSt 40, 218, 236).

Desde el punto de vista objetivo, la figura de los aparatos de poder aplicada por el Tribunal Supremo Federal al ámbito empresarial exige una cadena jerárquica, así como la competencia de la «persona de atrás» para desencadenar procesos regulares que conduzcan de manera automática a la realización del tipo, con independencia de la responsabilidad del ejecutor inmediato (Weißer, 2011, pp. 282-283). En el plano subjetivo, dicha figura presupone una voluntad de autor, lo que representa ciertamente un retorno a las teorías subjetivistas de la autoría (Roxin, 2003, § 25, nm. 135).

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

²² La elevada disponibilidad al hecho del ejecutor no es considerada actualmente por Roxin (2015) como un presupuesto fáctico autónomo del dominio de organización, sino como un elemento que es consecuencia del poder de mando, de la desvinculación del Ordenamiento y de la fungibilidad (p. 740). Una detallada crítica a la figura de los aparatos organizados de poder desarrollada por Roxin para la macrocriminalidad puede encontrarse en Reyes (2018).

En el fallo de julio de 1994, el tribunal alemán renunció a la desvinculación del derecho como presupuesto del dominio de organización. Del mismo modo, no hizo alusión al requisito de la fungibilidad del ejecutor inmediato. De esta forma, se eliminan los obstáculos para aplicar la figura de los aparatos de poder a organizaciones que se mantienen generalmente dentro de la ley, como ocurre con las empresas, y para recurrir a ella tratándose de delitos cometidos en organizaciones de tamaño mediano o pequeño, donde es muy poco frecuente que se dé el elemento de la intercambiabilidad de los ejecutores (Morozinis, 2010, p. 357; Weißer, 2011, p. 283). La autoría por dominio de organización se convierte, de este modo, en la forma básica de imputación de responsabilidad de las jefaturas dentro de estructuras organizativas empresariales o societarias.

Aproximadamente tres años después de que el Bundesgerichtshof planteara en la sentencia dictada contra los miembros del Consejo de Defensa Nacional que la idea del dominio de organización también resulta aplicable a casos de mesocriminalidad, el tribunal pronunció un fallo donde se condenó como autores mediatos a los acusados por un delito medioambiental, quienes no habían ejecutado de propia mano la acción típica. Así, en sentencia del 6 de junio de 1997 (*Caso de la eliminación de residuos*, BGHSt 43, 219), el Tribunal Supremo Federal castigó a los gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada como autores mediatos de un delito de eliminación de residuos peligrosos para el medioambiente al haber entregado determinados materiales de desecho a clientes que no estaban en condiciones de eliminarlos adecuadamente. En su razonamiento, el tribunal señaló:

Los acusados realizaron la eliminación de residuos punible como autores mediatos, al no haber depositado ellos mismos dichos elementos [...] La voluntad de autoría y el dominio del hecho no pueden ponerse en duda [...] Como directivos, tenían que asegurarse de que los residuos fueran eliminados [...]. Ellos eran responsables de garantizar que estos elementos no se entregaran a clientes que carecieran de las posibilidades de eliminarlos adecuadamente. Los acusados abrieron y trazaron el camino para que los residuos fueran desechos de manera ilegal (BGHSt 43, 219, 231-232).

Otro caso en que se aplicó la figura de los aparatos de poder al ámbito empresarial fue el que involucró al dueño de una clínica veterinaria donde trabajaban como empleados doce veterinarios, junto con personal no médico (*Caso de la clínica veterinaria*, BGH JR 2004, 245). Al dueño se le reprochó haber organizado su clínica de modo tal de maximizar la venta ilegal de medicamentos. De acuerdo con sus instrucciones, determinadas medicinas veterinarias fabricadas en su clínica y sujetas a prescripción médica fueron vendidas a terceros y entregadas luego a

343

dueños de animales sin cumplir con la reglamentación respectiva. Además, otros medicamentos sujetos a prescripción —algunos de ellos con una denominación falsa— fueron distribuidos, no estando autorizado su uso para fines veterinarios. El dueño de la clínica fue condenado por distintos delitos previstos en la Ley de medicamentos alemana. Para fundar su decisión, el Bundesgerichtshof señaló:

El acusado creó las condiciones marco para la venta de medicamentos a través de la organización estrictamente jerárquica, del cambio de nombre de los medicamentos y de las instrucciones que impartía a los veterinarios subordinados para dar a estos medicamentos un determinado uso [...] Frente a los veterinarios, el acusado tenía desde un punto de vista valorativo dominio del hecho, puesto que como consecuencia de su posición como empleador aquellos estaban vinculados fácticamente a sus instrucciones y dependían del retiro de medicamentos de la farmacia [con que contaba la clínica] (BGH JR 2004, 245, 246).

Por su parte, en el denominado *Caso FSGB*, el Tribunal Supremo Federal alemán conoció un recurso de nulidad deducido en contra de una sentencia que había condenado por estafa a tres socios de una sociedad mercantil. Estos pretendían hacer negocios en el sector inmobiliario y, con el objeto de reunir el capital necesario, ofrecieron a pequeños inversionistas la compra de acciones de su sociedad sin derecho a voto. Las acciones eran ofrecidas a través de agentes comerciales independientes, quienes habían sido capacitados por los acusados. La Oficina Federal de Supervisión Bancaria estimó que tales compraventas representaban operaciones bancarias no autorizadas y ordenó la disolución de la sociedad. El respectivo tribunal de instancia condenó a los socios como coautores de estafa (BGHSt 48, 331, 331-332).

El Tribunal Supremo Federal estimó que el tribunal de instancia había cometido un error de derecho al considerar como coautores a los socios, puesto que estos no habían establecido ningún contacto personal con los inversionistas (que provocara un error en estos). Por el contrario, la venta de las acciones se había realizado a través de agentes comerciales que actuaron de buena fe (BGHSt 48, 331, 341-342). El razonamiento del Bundesgerichtshof fue el siguiente:

En esta configuración de hechos solo entra en consideración una autoría mediata por dominio de organización. Esta autoría concurre cuando el hecho es dirigido por un «hombre de atrás». Este «hombre de atrás» posee dominio del hecho cuando influye de manera decisiva en el suceso delictivo con las condiciones marco creadas a través de la estructura organizativa (BGHSt 48, 331, 342).

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

El poder con que debe contar el autor mediato por dominio de organización fue denominado por el tribunal como «poder de dirección» (*Leitungsmacht*). En el *Caso FSGB*, tal poder se plasmó en las capacitaciones a los agentes comerciales que actuaron de buena fe:

Aquí el poder de dirección de los acusados se mediatizó a través de las capacitaciones realizadas por el acusado N. A través de estas capacitaciones, él fijó no solo los datos marco de los contratos que debían suscribirse, sino que por medio de ellas dio forma a la conducta de venta y al modo de tratar con los clientes (BGHSt 48, 331, 342).

Por último, en un fallo de noviembre de 2007, recaído en otro caso, el Tribunal Supremo Federal empleó la expresión «delitos de organización» para referirse a aquellos ilícitos donde el autor cuenta precisamente con dominio de organización. Así, se señaló:

La jurisprudencia ha abarcado determinadas formas de autoría mediatizada bajo el término «delito de organización». En estos casos, el hombre de atrás se aprovecha de estructuras organizativas [...] empresariales o relativas a negocios dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena procesos regulares. Si el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, se aprovecha de la disposición incondicional del ejecutor directo para realizar el tipo y quiere el resultado como producto de su actuación, entonces tiene dominio del hecho y es autor mediato (BGH NSStZ 2008, 89, 90).

Si uno se detiene en el pasaje anterior, que resume de manera clara la postura del Bundesgerichtshof respecto del dominio de organización en el ámbito empresarial, se advierte que el único elemento de la figura de los aparatos organizados de poder desarrollada por Roxin que rescata la jurisprudencia alemana es el de los «procesos regulares». Por ello, puede sostenerse que la postura del tribunal alemán constituye un planteamiento independiente o paralelo al desarrollado por el profesor muniqués (entre otros, Bock, 2013, p. 303; Orozco, 2018, p. 13), y representa, más bien, un intento por arropar dogmáticamente un mecanismo para hacer frente a la necesidad político-criminal de castigar como autores a los directivos de empresas por los delitos que se cometen en su seno.

Adicionalmente, es necesario indicar que un sector (minoritario) de la doctrina extranjera ha aceptado la extensión del dominio de organización al campo de la delincuencia empresarial (Hefendehl, 2004; Knauer, 2001, pp. 79 y 216; Kuhlen, 2000, pp. 81-83; Ransiek, 1996, pp. 46-49).

V.3. Análisis crítico de la extensión del dominio de organización a la mesocriminalidad

En nuestra opinión, y adhiriéndonos a lo que sostiene en este punto la doctrina mayoritaria (entre otros, Heine & Weißer, 2019, nm. 30; Kaspar, 2017, nm. 38-54; Radde, 2018, pp. 1223-1224; Roxin, 2007, pp. 17-23; Weißer, 2011, pp. 293-294), el concepto de dominio de organización no es capaz de fundar la autoría de los órganos empresariales que promueven la comisión de delitos por parte de trabajadores, y ello por cuatro tipos de argumentos.

En primer lugar, dadas las características de la inmensa mayoría de las organizaciones empresariales, no puede sostenerse que estas representen sistemas que aseguren a sus órganos directivos la comisión de hechos punibles en caso de que estos impartan instrucciones antijurídicas. La razón de ello es que ninguno de los presupuestos fácticos del dominio de organización concurre en el ámbito empresarial. Así, aunque los ejecutivos de las empresas cuenten con poder de mando, este se sustenta en la posición de subordinación en que se encuentran los empleados, reconocida por el derecho laboral, y en ningún caso abarca la dictación de órdenes para que estos cometan delitos. Por otra parte, la inmensa mayoría de los sistemas empresariales no actúan desvinculados del derecho; esto es, su funcionamiento no está orientado a la comisión de determinados ilícitos penales. Consiguientemente, tratándose de estas estructuras organizativas, no se puede esperar que las órdenes ilegales de los superiores desencadenen «procesos regulares» que terminen inevitablemente en la ejecución de delitos (Weißer, 2011, p. 292). Muy por el contrario, lo normal será que dichas órdenes no sean acatadas, especialmente en la actual «era del *compliance*», donde en el ámbito empresarial se incentiva que las instrucciones dirigidas a la comisión de ilícitos no se cumplan e incluso se denuncien penalmente (Kaspar, 2017, nm. 51). Como puede esperarse que los subordinados actuarán conforme a derecho y como, además, existen empresas con pocos trabajadores o con trabajadores altamente calificados, falta también en el ámbito empresarial el presupuesto de la fungibilidad. Ciertamente, el correspondiente órgano directivo no dispone de muchos potenciales ejecutores de sus órdenes antijurídicas, lo que impide que, en caso de negativa a (o imposibilidad de) cumplir la instrucción por parte de algún subordinado, la realización del tipo esté asegurada (Corell, 2007, p. 95; Heine & Weißer, 2019, nm. 30; Radde, 2018, p. 1223; Roxin, 2007, p. 20). En conclusión, las estructuras organizativas donde el poder de mando solo permite la dictación de instrucciones legítimas, que se mueven dentro de los límites que impone el Ordenamiento y donde no existe una intercambiabilidad de potenciales ejecutores de órdenes antijurídicas, no pueden ser instrumentalizadas como aparatos de poder

345

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

para ejecutar hechos punibles; es decir, no permiten fundar un dominio de organización (cfr. Weißer, 2011, p. 292).

En segundo lugar, la tesis de la jurisprudencia alemana sobre el dominio de organización en el ámbito empresarial representa un planteamiento con contornos poco claros. Así, los requisitos o las características de las «estructuras organizativas» de las cuales se aprovecharían las jefaturas de la empresa, y que permitirían fundar un dominio de organización, no han sido definidos por la jurisprudencia ni siquiera en sus aspectos más gruesos (Eidam, 2015, p. 165). ¿Cómo deben estar configuradas tales estructuras? ¿Implican estas que debería existir un determinado organigrama dentro de la empresa? Si es así, ¿qué lugares exactamente deben ocupar en él la «persona de atrás» y el ejecutor? Por otra parte, tampoco está claro el alcance que deberían tener los «procesos regulares» que serían desencadenados por la «persona de atrás». Lo anterior muestra que la figura del dominio de la organización aplicada al ámbito empresarial adolece de una vaguedad considerable (Bülte, 2015, pp. 113-114; Orozco, 2018, pp. 15 y 28; Wittig, 2020, § 6, nm. 112); por ello, no resulta recomendable su recepción en el derecho chileno. De producirse tal recepción, nuestros tribunales carecerían de directrices para decidir cuándo un órgano empresarial debería responder como autor por dominio de organización, menoscabándose seriamente la seguridad jurídica. Además, no se contaría con pautas que permitieran comprobar por la vía recursiva la conformidad a derecho de los fallos que se pronuncien en esta materia.

La tercera crítica que se puede formular a la extensión que realiza la jurisprudencia alemana del dominio de organización al ámbito empresarial es la siguiente: se trata de un planteamiento que hace desaparecer los límites entre la autoría mediata por aparatos organizados de poder y otras formas de intervención delictiva, abriendo la puerta a una afectación importante a la coherencia interna que debe revestir el sistema de autoría y participación. Con ello se afecta el valor cognoscitivo y la significación didáctica de una teoría del delito dotada de consistencia intrasistémica. Ciertamente, tal planteamiento califica como autoría mediata por dominio de organización a constelaciones fácticas que, sin duda, son de autoría mediata por causación o aprovechamiento de un error. Así, *u. gr.*, pareciera evidente que en el *Caso FSGB*, mencionado más arriba, los acusados cometieron estafas utilizando «instrumentos» (los agentes comerciales independientes), que habían actuado de «buena fe» frente a los inversores (Morozinis, 2010, pp. 386 y 409-411; Orozco, 2018, pp. 27 y 31). A pesar de ello, el Tribunal Supremo Federal alemán basó la condena de aquellos en la figura de los aparatos organizados de poder.

347

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán sobre el dominio de organización en el campo empresarial pareciera abandonar un derecho penal de acto, es decir, un derecho penal fundado en la realización u omisión de un determinado comportamiento antijurídico castigado con pena; y adentrarse en un nuevo paradigma, donde la posición del sujeto dentro de la organización o las competencias de este resultan elementos suficientes para fundar la responsabilidad penal a título de autoría (cfr. Heine & Weißer, 2019, nm. 30). Así queda de manifiesto en el *Caso de la clínica veterinaria*, donde el Bundesgerichtshof señaló que el acusado tenía dominio del hecho «puesto que, como consecuencia de su posición como empleador, aquellos [los médicos y el personal de la clínica] estaban vinculados [...] a sus instrucciones» (BGH JR 2004, 245, 246). También se evidencia en el *Caso de la eliminación de residuos*, en que el tribunal afirmó que los condenados, en tanto directivos, «eran responsables de garantizar que [los desechos] no se entregaran a clientes que carecieran de las posibilidades de eliminarlos adecuadamente» (BGHSt 43, 219, 232). El problema que tiene fundamentar en Chile la autoría mediata en la posición o en las competencias del directivo empresarial, sin considerar el concreto comportamiento desplegado, radica en que el artículo 15, numeral 2 del CP funda tal autoría en determinadas conductas —«forzar» e «inducir»—, y no en el (mero) estatus o en las (simples) responsabilidades del autor. Por lo tanto, la forma en que ha interpretado el Tribunal Supremo Federal alemán el dominio de organización en la empresa pareciera no ser compatible con la regulación de la autoría mediata en el derecho positivo chileno.

VI. LA COAUTORÍA COMO HERRAMIENTA PARA HACER FRENTE A LA ESCISIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD A TÍTULO DE AUTORÍA Y PODER DE CONFIGURACIÓN EN LA MESOCRIMINALIDAD

Las críticas que se formulan a la solución del dominio de organización para hacer responsables como autores a los órganos directivos que ordenan a sus subalternos la comisión de delitos han conducido a un sector de la doctrina a recurrir con ese fin a la coautoría.

Para la solución basada en la coautoría se han proporcionado fundamentos de diverso tipo. Uno de ellos se apoya en la teoría del dominio del hecho (VI.1), mientras que otros lo hacen en teorías alternativas sobre la (co)autoría (VI.2 y VI.3). A continuación, explicaremos estos diferentes fundamentos y luego pasaremos a revisarlos críticamente.

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

VI.1. El dominio funcional del hecho en la fase preparatoria (Muñoz Conde)

Sin abandonar la teoría del dominio del hecho, Muñoz Conde (2002) lleva a cabo una revisión del concepto de coautoría, adaptándolo a la realidad fenomenológica de la delincuencia empresarial. A juicio del catedrático español, la tesis asumida por Roxin (2003, § 25, nm. 198-210) de que resulta indispensable que el coautor intervenga en la fase de ejecución del hecho no puede aceptarse en el campo de la criminalidad empresarial del mismo modo que en el de los delitos tradicionales (Muñoz Conde, 2002, p. 82). En estos, la ejecución de la acción típica —«matar», «golpear», «apropiarse», etc.— constituye el comportamiento más grave en comparación a otras conductas no estrictamente ejecutivas —de ayuda, favorecimiento o inducción— y, por consiguiente, es el que permite fundar una autoría directa (p. 75). En cambio, en el contexto empresarial, la acción ejecutiva realizada por un subalterno no es más que la puesta en práctica de la instrucción adoptada por un órgano superior, que es el que verdaderamente decide, organiza y domina la realización del delito. Las funciones decisorias, organizativas y de control que llevan a cabo los directivos de una empresa serían social y jurídicamente mucho más importantes que las ejecutivas (p. 77). Por ello, cuando un directivo toma una decisión que constituye la base para la realización posterior de determinados hechos punibles, estaría ya dominando funcionalmente el delito en la fase preparatoria. Según Muñoz Conde, en el contexto de la delincuencia empresarial, la coautoría no puede entenderse como coejecución, sino como una forma de intervención delictiva en la que los aportes individuales deben calificarse como un todo en una evaluación global del suceso. Así, es perfectamente posible imputar a título de (co)autor a una persona que, sin realizar acciones ejecutivas, ha decidido previamente y con todos los detalles el actuar contrario a derecho del otro interviniente (pp. 82-83).

VI.2. Coautoría vertical con base en una competencia preferente compartida (Feijoo)

A diferencia de Muñoz Conde, Feijoo (2008) rechaza la teoría del dominio del hecho como mecanismo para fundar la (co)autoría de los órganos directivos empresariales. Para este último autor, dicha teoría no permite alcanzar resultados satisfactorios porque, conforme a ella, solo pueden responder penalmente los últimos eslabones de la organización; esto es, quienes tienen el control objetivo-causal del hecho (p. 193). Según Feijoo, si la dogmática quiere aportar soluciones adecuadas a las condiciones sociales que hoy existen y al nuevo fenómeno de la criminalidad proveniente de organizaciones empresariales complejas, debe rediseñar las estructuras clásicas de imputación de responsabilidad (pp. 191-192).

A juicio del autor citado, la atribución de responsabilidad individual por delitos cometidos en el seno de una empresa exige un proceso de imputación en dos niveles (Feijoo, 2007, p. 179). En un primer nivel, es necesario imputar objetivamente el hecho punible al ámbito de organización «empresa». En un segundo nivel, y una vez constatado que el hecho es objetivamente imputable a una organización defectuosa del colectivo «empresa», hay que determinar qué personas físicas dentro del entramado corporativo son competentes de ese hecho como autores o partícipes. Según Feijoo, «cada nivel de la empresa detenta competencias diferentes que generan fundamentos distintos de [...] responsabilidad penal» (p. 206).

Lo anterior mostraría que la autoría no tiene que ver con un señorío objetivo-causal del hecho, sino con un dominio normativo; esto es, con un dominio de carácter competencial del suceso típico (Feijoo, 2008, 211). Luego, la teoría del dominio del hecho debería abandonarse y dar paso a una teoría de la competencia (2007, p. 212). Según esta, autor es la persona competente preferentemente por el riesgo empresarial; es decir, el sujeto a quien se le imputa de un modo directo el riesgo (pp. 218-219 y nota 387). Este sujeto integrará normalmente las posiciones más elevadas en la jerarquía empresarial y, a diferencia de los operarios subordinados, que solo tienen un dominio psicofísico del hecho, estará legitimado para configurar un determinado ámbito de organización con exclusión de otras personas (2008, p. 194). Feijoo no ve inconveniente en considerar como coautor al órgano superior de una empresa que imparte una instrucción antijurídica a un subalterno que la cumple. En este caso, habría una «coautoría vertical» que consistiría fenomenológicamente no en un supuesto de «autor al lado del autor», sino en uno de «autor detrás del autor»²³, puesto que tanto el órgano superior como el subordinado serían responsables. Así, ambos poseerían una competencia compartida por el mismo hecho, aunque sobre la base de razones normativas distintas (2007, p. 222).

VI.3. Coautoría vertical en virtud de un esquema común de interpretación (Mañalich)

En Chile, uno de los pocos autores que se ha referido al tratamiento jurídico-penal de los casos en que intervienen en un delito varios sujetos que son parte integrante de una organización jerárquica ha sido Mañalich (2011, 2017). Si bien sus reflexiones no se refieren

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

²³ Aquí Feijoo no emplea el concepto de «autor detrás del autor» para referirse a los casos de autoría mediata donde el instrumento es penalmente responsable, tal como lo hace la doctrina mayoritaria, sino a un supuesto de coautoría. Según Feijoo (2007), dicho concepto sería mucho más apropiado para referirse a la coautoría vertical, donde no existe instrumentalización de un sujeto sobre otro, sino dos personas responsables de un mismo hecho (p. 222).

específicamente al ámbito de la delincuencia empresarial, son —como veremos— plenamente aplicables a este.

A juicio de Mañalich, no sería correcto recurrir a la figura de la autoría mediata para fundamentar la responsabilidad de quienes intervienen en un delito como jefes y subordinados en el seno de una organización jerarquizada. Y ello porque esta modalidad de autoría descansaría en el principio de responsabilidad, por lo que solo sería aplicable en aquellos casos en que la «persona de adelante» tiene un déficit de responsabilidad jurídico-penal, cuestión que no ocurre en las hipótesis de dominio de organización (2011, p. 284; 2017, p. 45). Luego, tratándose de los hechos punibles cometidos por varios sujetos que forman parte de una organización jerarquizada, debe preferirse la figura de la «coautoría vertical».

Siguiendo los planteamientos de Kindhäuser (2003; 2011, pp. 50-51) y Haas (2007, pp. 534-537), Mañalich (2011, p. 286; 2017, pp. 35 y 46) funda la coautoría en el «principio de representación recíproca», conforme al cual cada coautor realiza su contribución al hecho tanto para sí —en nombre propio— como para los demás —en nombre ajeno—, lo que da lugar a un «patrón de agencia recíprocamente vinculante» que permite imputar el comportamiento de los coautores entre sí. Con todo, el aporte de cada coautor tiene necesariamente que alcanzar un grado de relevancia para el «esquema común de interpretación»; es decir, para el plan conjunto reconocido recíprocamente como vinculante (cfr. Mañalich, 2011, p. 286). Según Mañalich, las contribuciones ejecutivas de los coautores quedarían comprendidas en el artículo 15, numeral 1 del CP, mientras que las no ejecutivas lo estarían en el numeral 3, siempre que sean «representativas» a la realización del tipo (2011, p. 286; 2017, p. 46). Como la dictación de una orden antijurídica por parte del superior de una organización jerarquizada no puede calificarse como un aporte ejecutivo, estaríamos frente a un comportamiento —de seguirse el planteamiento de este autor— que solo podría subsumirse en dicho artículo 15, numeral 3.

Habiéndonos referido a las diferentes propuestas para hacer responsables como coautores a los órganos directivos empresariales que imparten órdenes antijurídicas a sus subalternos, corresponde a continuación analizarlas críticamente.

VI.4. Revisión crítica de la coautoría como mecanismo para hacer frente a la escisión entre responsabilidad y poder de configuración en la mesocriminalidad

Creemos que ninguno de los planteamientos que intenta fundar en la coautoría la responsabilidad penal del órgano superior de una empresa que imparte una orden antijurídica a un subordinado es correcto.

Para fundar la aseveración anterior es necesario detenemos por separado en las propuestas de Muñoz Conde, Feijoo y Mañalich.

VI.4.1. Crítica a la solución del dominio funcional del hecho en la fase preparatoria

Respecto de las críticas que se pueden formular a la tesis de Muñoz Conde, según la cual el órgano superior de una empresa que dicta una orden antijurídica dominaría funcionalmente el hecho en la fase preparatoria, es indispensable realizar dos puntualizaciones previas.

En primer lugar, y como ya vimos en *supra* III, la posibilidad de que la contribución de un coautor se preste en la fase de preparación del hecho está reconocida en nuestra legislación, concretamente en el artículo 15, numeral 3 del CP, que sanciona a título de coautoría determinados comportamientos en forma de aportes no ejecutivos al hecho punible. También vimos que la organización y planificación de un delito cometido por varios pueden ser consideradas como la facilitación de un medio (de carácter intelectual) con que se lleva a efecto el hecho; esto es, como uno de los aportes no ejecutivos a que alude la primera parte del numeral 3 ya señalado. Con todo, para que dicha organización y planificación previa al hecho —normalmente llevada a cabo por el «jefe» de los intervinientes— represente un comportamiento de coautoría es fundamental que sea detallada; es decir, que el superior haya determinado suficientemente qué personas ejecutarán el delito, cuál será el objeto de la acción típica, cuáles serán los medios para afectar el respectivo bien jurídico, qué magnitud alcanzará su lesión, así como toda otra clase de circunstancias típicas relevantes, de tal modo que las personas que realicen materialmente el hecho tengan que decidir únicamente «si» lo cometen, pero no «cómo» cometerlo (Bosch, 2002, p. 271). Solo cuando la planificación y organización del hecho reúna esas características, el sujeto que las haya diseñado predeterminará la conducta que los demás intervinientes desplieguen en el estadio de la ejecución material, asignará con detalle los respectivos roles en división del trabajo y (co)dominará, entonces, el delito (Stratenwert & Kuhlen, 2011, § 12, nm. 94). En tal caso, el *minus* de intervención en la etapa de ejecución material se compensará por el *plus* de planificación configuradora del delito (Wessels *et al.*, 2021, nm. 822).

El planteamiento anterior en torno a las características que deben revestir la organización y planificación previa del delito no solo es conciliable con la teoría del dominio del hecho²⁴, sino que además es el único compatible con el tenor literal de la norma de sanción, que permite

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

24 Existen importantes defensores de la teoría del dominio del hecho para los cuales la sola intervención en la fase preparatoria podría, bajo ciertas circunstancias, fundar una coautoría. En este sentido, véase Heine y Weißer (2019, nm. 67-69), Murmann (2021, nm. 43), Stratenwerth y Kuhlen (2011, § 12, nm. 93-94), y Welzel (1970, p. 159). En un sentido contrario dentro de la teoría del dominio del hecho, véase, por todos, Roxin (2003, § 25, nm. 198-210).

castigar aportes de coautoría no ejecutivos; es decir, con el artículo 15, numeral 3 (primera parte) del CP. Ciertamente, (solo) en la medida que la planificación y organización previas sean detalladas y tengan, por tanto, las particularidades ya aludidas, estaremos verdaderamente frente a un designio que permite ejecutar el delito; esto es, frente a un «medio» (intelectual) a que alude el numeral citado. La simple orden de cometer el ilícito, que no vaya de la mano de una ideación detallada acerca de las condiciones y modalidades de la ejecución, solo puede ser calificada como un comportamiento de inducción.

En segundo lugar, es necesario tener presente que la coautoría está conformada no solo por un elemento objetivo —es decir, por aportes que representan la realización conjunta del respectivo tipo penal—, sino también por un elemento subjetivo; esto es, por un acuerdo o coincidencia de voluntades de los coautores. Los intervinientes deben tener la voluntad de correalizar el delito en división del trabajo y comunicarse esto recíprocamente (aunque sea de un modo tácito), no bastando que un sujeto decida de manera unilateral ajustarse a la realización del hecho que lleva a cabo otro, quien desconoce contar con su apoyo (Pérez, 2020, pp. 283-288). Este elemento subjetivo deriva del carácter colectivo que reviste la comisión del delito en coautoría, y sirve de fundamento y límite a la imputación entre los coautores (Murmman, 2021, nm. 37). En efecto, el acuerdo o coincidencia de voluntades permite convertir en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones y opera, también, como frontera de responsabilidad, ya que esta solo alcanza hasta donde llegue la decisión adoptada conjuntamente por los intervinientes (Mir Puig, 2015, p. 401; Pérez, 2020, p. 266). En otras palabras, si uno de los coautores se excede por su cuenta de tal decisión sin que los demás lo acepten, el exceso no puede atribuirse a estos (Haas, 2020, nm. 70; Murmman, 2021, nm. 37). El acuerdo o coincidencia de voluntades es una exigencia tanto de la coautoría no ejecutiva del artículo 15, numeral 3 del CP (que contiene la expresión «concertados para su ejecución») como de la coautoría del artículo 15, numeral 1, aunque esta última norma no lo disponga expresamente (Hernández, 2011b, p. 404).

Habiendo efectuado las puntualizaciones anteriores, estamos en condiciones de analizar la postura de Muñoz Conde. Pues bien, creemos que este autor está en lo cierto cuando afirma que no es indispensable que todos los coautores intervengan en la etapa de ejecución, tal como ha quedado demostrado a través de las consideraciones expuestas anteriormente. Sin embargo, no es suficiente —como parece inferirse del planteamiento de Muñoz Conde— con que el órgano superior adopte previamente una decisión que constituya la base para la comisión de un delito, o que lo «organice» con anticipación (*¿en qué términos?*), sino que es indispensable —en el marco del derecho chileno— que

haya concebido de manera detallada las condiciones y modalidades de la ejecución. De lo contrario, no estaremos frente a un «medio» (intelectual) en el sentido del artículo 15, numeral 3 del CP, ni tampoco podremos afirmar la existencia de un (co)dominio del hecho.

Por otra parte, en la tesis del profesor español no hay mención al elemento subjetivo que la coautoría exige. Con ello se podría entender que, para estar frente a esta forma de intervención, sería suficiente con que el órgano superior de la empresa y el subordinado fueran conscientes de la ejecución del respectivo delito en base a la orden antijurídica que el primero ha impartido. Sin embargo, no basta con esa consciencia, que sería más bien característica de la inducción, pues tiene que existir adicionalmente una voluntad de correalizar el hecho punible en división del trabajo. La concurrencia de este componente subjetivo tiene que ser verificada con detención en los casos de criminalidad empresarial, puesto que en estos será frecuente que a los órganos directivos les resulte indiferente qué trabajador ejecuta el plan concebido por ellos de manera detallada (Bosch, 2002, p. 273). Los trabajadores, por su parte, muchas veces no sabrán qué directivo o directivos han elaborado el plan y solo lo conocerán luego de que uno o más mandos medios lo hayan «transmitido» a los niveles jerárquicos inferiores. En un escenario semejante, difícilmente puede hablarse de una acción comunicativa entre órganos superiores y subalternos que se traduzca en una voluntad de resolución conjunta al hecho y fije la participación de cada uno en la ejecución de un plan común. La simple relación existente entre los órganos directivos y el personal subordinado, basada en la pertenencia a una misma organización empresarial, no puede reemplazar el elemento subjetivo de la coautoría (Kaspar, 2017, nm. 65). Es indispensable que el órgano superior que ha planificado detalladamente el hecho se comunique con los trabajadores que lo ejecutarán y entregue un aporte esencial en forma de indicaciones precisas sobre qué rol asumirá cada uno, cuál será el objeto de la acción típica, cuáles serán los medios para lesionar el bien jurídico, etc. (nm. 66). Solo así podrá sancionarse al órgano directivo en calidad de coautor.

VI.4.2. Crítica a la coautoría vertical en base a una competencia preferente compartida

En lo que respecta a la tesis de Feijoo, cabe indicar lo siguiente: parece del todo correcto afirmar que los competentes preferentes por los riesgos empresariales son aquellos miembros de la organización que ocupan las posiciones jerárquicas superiores. En la medida que estos miembros tienen la facultad de configurar los procesos productivos, financieros, de contratación de personal, etc., de la respectiva organización, y de adoptar decisiones en estas materias de modo autónomo y excluyendo la intromisión de terceros, es enteramente legítimo que el derecho les obligue, como contrapartida a esas potestades, a que su ejercicio no

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

genere peligros desaprobados (Frisch, 2018, pp. 133-135). Ahora bien, la cuestión relativa a quién es el competente para la evitación de ciertos cursos dañosos para bienes jurídicos representa un problema propio del orden primario de conducta (cfr. 2012, pp. 68-69). En efecto, a través de la imposición de prohibiciones y mandatos, el orden primario considera competentes o responsables a determinados sujetos de que no acaezcan ciertos estados peligrosos para dichos bienes.

Ahora bien, aunque la idea de Feijoo de la competencia preferente permita identificar correctamente quién es el responsable primario de que no surjan *outputs* lesivos desde la organización empresarial, no es capaz de resolver la cuestión relativa a quién tiene que responder por un delito en calidad de autor. Ser competente para la evitación de cursos dañosos para bienes jurídicos y no cumplir esta tarea conforme a las exigencias que impone el derecho —es decir, infringir un deber de conducta— es un requisito irremplazable, pero no suficiente, para declarar la culpabilidad de un sujeto e imponerle una pena. Es necesario, además, que este haya realizado la acción típica prevista expresamente en una norma de sanción de autoría inmediata, de coautoría o de autoría mediata (*nullum crimen sine lege scripta*). La realización de la acción descrita en el correspondiente tipo legal es una exigencia básica para estar frente a un injusto personal culpable (Bülte, 2015, p. 57). La acción típica en los tipos de autoría directa coincide con el verbo rector utilizado por los respectivos delitos de la Parte Especial. La acción en los tipos de coautoría (CP, art. 15, num. 1 y 3) consiste en la realización en división del trabajo de una acción ejecutiva o de determinadas acciones no ejecutivas del tipo de injusto correspondiente. A su turno, la acción en los tipos de autoría mediata (num. 2) estriba en un comportamiento que instrumentaliza al ejecutor del respectivo delito. El concepto de «competencia preferente» defendido por Feijoo para fundamentar la autoría en el ámbito empresarial alude a una noción que no puede subsumirse en ninguna de las acciones de los tipos de autoría inmediata, coautoría o autoría mediata, y conlleva el riesgo de ampliar la punibilidad sin un sustento legal. El principio de legalidad también debe regir en materia de intervención delictiva (cfr. Kirsch, 2014, pp. 237-261). Nada se obtiene con asegurar el principio de legalidad en relación con el objeto material del delito, con las circunstancias temporales, espaciales y sociales de la tipicidad, con los requisitos propios de la imputación subjetiva, etc., si al final los tipos terminan desmantelándose a través del dispositivo de la autoría (Bustos, 1967, p. 57)²⁵.

²⁵ La única forma de acoger el planteamiento de Feijoo en nuestro Ordenamiento respetando el principio de legalidad sería entender que la teoría de la competencia preferente, al igual que la del dominio del hecho, permite sostener un concepto material de autor cuya función es la de limitar (!) el campo de aplicación de los tipos de autoría a un espacio menor al que sus referencias semánticas alcanzan.

VI.4.3. Crítica a la coautoría vertical en virtud de un esquema común de interpretación

Respecto de la postura de Mañalich, cabe realizar las siguientes observaciones. En primer lugar, la tesis de la coautoría basada en una representación recíproca a la que se adhiere es problemática. En efecto, se trata de un intento por fundar la responsabilidad de los coautores basado en una figura del derecho privado que entra en contradicción con el principio de culpabilidad (*cf.* Puppe, 2013, p. 522; Schünemann & Greco, 2021, nm. 182). Por cierto, en virtud de este, no es legítimo hacer penalmente responsable a un sujeto por el hecho de un tercero. Luego, no sería aceptable fundar la imposición de la pena al coautor en la circunstancia de que el otro o los otros coautores hayan actuado en interés ajeno. Por otra parte, y como recientemente lo ha destacado Kreuzberg (2019), la tesis de la coautoría basada en una representación recíproca no permite distinguir con claridad entre la coautoría y la participación, pues también puede sostenerse que entre el autor principal y el inductor existe un esquema de interpretación concordante conforme al cual el autor principal realiza el hecho no solo en nombre propio, sino también en representación del inductor (p. 507). Por ello, no resulta comprensible por qué un esquema de interpretación colectivo permitiría describir los supuestos de (co)autoría y no, en cambio, los casos de inducción²⁶. Por otra parte, «representación recíproca» no parece ser algo distinto que «división del trabajo», y esta también puede darse entre personas que entregan aportes de distinto peso; luego, el cómplice también aporta una parte del trabajo ejecutado de propia mano por el autor directo (*cf.* Jakobs, 2011, pp. 554-555). Por ello, el principio de representación recíproca no está en condiciones de explicar la diferencia cualitativa existente entre las formas de intervención colectiva de (co)autoría y aquellas de participación accesoria.

Pero el aspecto más problemático de la postura de Mañalich dice relación con la idoneidad del artículo 15, numeral 3 del CP para sancionar a título de coautoría la conducta consistente en impartir una orden antijurídica a un subalterno. Coincidimos con su aseveración de que dicha norma permite castigar contribuciones no ejecutivas de coautoría. Sin embargo, y a diferencia de lo que puede inferirse de su planteamiento, dicha norma no abarca cualquier tipo de aporte no ejecutivo, sino solo aquel consistente en facilitar los medios para que se lleve a efecto el hecho o en presenciarlo sin tomar parte inmediata en el mismo. Entender que la dictación de una orden representa una facilitación de medios o un acto de presencia del hecho implicaría interpretar las palabras de la ley de espaldas al uso común del lenguaje.

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

26 De allí que el propio Haas (2007) reconozca que la idea de la representación también permite fundar la inducción, la que es concebida, sin embargo, como una forma de autoría mediata (pp. 537-542). Para una postura crítica, véase Orozco (2018, pp. 217-219).

VII. CONCLUSIONES

En relación con la primera pregunta que nos planteamos al comienzo de este artículo, a saber, «¿cuáles son las razones que explican las dificultades para imputar responsabilidad como autores a los órganos directivos empresariales que imparten instrucciones antijurídicas por delitos dolosos de dominio?», cabe señalar que se trata de un entramado de razones dogmáticas y de derecho positivo. Efectivamente, conforme al «modelo de imputación penal individual» construido a partir de los delitos de resultado doloso «clásicos», autor directo de un delito es quien lleva a cabo la conducta típica personalmente, sin que concurran causas de justificación ni motivos que excluyan su culpabilidad. Como en el ámbito empresarial existe una escisión entre las actividades de ejecución y la adopción de decisiones, los órganos directivos no acostumbran realizar de propia mano la respectiva conducta típica y, por consiguiente, no podrán responder como autores directos. Tampoco será frecuente que realicen aportes ejecutivos de coautoría (CP, art. 15, num. 1) o los específicos aportes no ejecutivos de coautoría que menciona la ley (num. 3). Por otra parte, será inusual que utilicen a instrumentos no plenamente responsables para la comisión de un delito (num. 2), quedando así fuera de consideración una autoría mediata.

Respecto de la segunda pregunta que planteamos al comienzo de este trabajo, esto es, «¿cuáles han sido y cómo deben valorarse los principales intentos de la doctrina —nacional y comparada— y de la jurisprudencia —comparada— por sortear los obstáculos para hacer responsables a los directivos empresariales (que imparten instrucciones antijurídicas) como autores?», podemos señalar lo siguiente. La jurisprudencia alemana ha intentado extender al campo empresarial la figura del dominio de organización para así castigar como autores mediatos a los órganos superiores que dictan instrucciones antijurídicas. Este planteamiento no puede acogerse en nuestro derecho, pues se trata de una postura indeterminada que no logra explicar el dominio de la acción ejecutiva por parte de esos órganos, que confunde la autoría mediata con otras formas de intervención y que, además, pone el acento en elementos (la «competencia» y la «posición» del directivo) que no están contemplados en la ley chilena para definir la autoría. Por otra parte, vimos a lo largo del trabajo que un sector de la doctrina chilena y española ha intentado recurrir a la coautoría para hacer responsables como autores a los directivos que ordenan a sus subordinados la comisión de delitos; no obstante, estos planteamientos tampoco pueden aceptarse. Así, la tesis de Muñoz Conde no tiene suficientemente en cuenta el elemento subjetivo de la coautoría. En relación con la propuesta de Feijoo, este destaca un elemento para fundar la correalización (la «competencia preferente») que no puede subsumirse en ninguna de las acciones típicas previstas en el artículo 15, numerales 1 y 3 del CP. Por último, la tesis de

Mañalich funda la coautoría en la idea de la «representación recíproca», que entra en contradicción con el principio de culpabilidad; además, su tesis busca subsumir la conducta consistente en dictar una orden en lo dispuesto en el artículo 15, numeral 3 del CP, desatendiendo el tenor de la ley.

Si los órganos directivos empresariales que imparten órdenes antijurídicas a sus subordinados no pueden responder como autores mediatos ni como coautores, ¿de qué manera puede hacerse responsables? De *lege lata*, la respuesta solo puede ser la siguiente: como inductores. La dictación de una orden directa que hace nacer en un subalterno responsable la decisión de cometer un delito cumple plenamente con las exigencias típicas previstas en el artículo 15, numeral 2 (segunda parte) del CP («inducen»). Deben reconocerse, sin embargo, las limitaciones que esta forma de participación tiene en Chile (imposibilidad de sancionar la inducción «en cadena», atipicidad de las formas imperfectas de ejecución de la instigación, etc.). Para superarlas, posiblemente sea conveniente introducir en la Parte General de nuestro CP una norma especial de imputación que permitiera sancionar adecuadamente a quienes abusan de su poder de decisión en el seno de organizaciones empresariales, tal como se ha propuesto en el derecho comparado (Bülte, 2015, pp. 921-976; De Vicente, 2014; Roxin, 2007, pp. 21-23).

REFERENCIAS

- Alwart, H. (2011). Sanktion und Verantwortung. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (3), 173-179.
- Bascur, G. (2015). Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, (23), 175-226. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2015.38980>
- Bock, D. (2013). *Criminal Compliance* (2.ª ed.). Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845230412>
- Bosch, N. (2002). *Organisationsverschulden in Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos.
- Bottke, W. (1992). *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Bülte, J. (2015). *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845257969>
- Bustos, J. (1967). Recensión a “Autor y cómplice en Derecho Penal”. *Revista de Ciencias Penales*, XXVI(1), 53-57.
- Corell, C. (2007). *Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Mitwirkung an Kollegialentscheidungen auf der Leistungsebene von Wirtschaftsunternehmen bei vorsätzlichen Begehungsdelikten*. Colonia: Carl Heymanns Verlag.

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

Couso, J. (2012). Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno - En memoria del profesor Mario Garrido Montt. *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, I, 91-134.

Couso, J. (2013). Sobre el concepto material de autor. Consideraciones dogmáticas y metodológicas. En A. van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (pp. 619-657). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Cury, E. (1997). *Derecho penal. Parte General. Tomo II* (2ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Cury, E. (2005). *Derecho penal. Parte General* (8.ª ed.). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

De Vicente, J. (2014). Omisión del deber de vigilancia en la empresa: comisión por omisión y tipificación expresa del favorecimiento omisivo de delitos. En E. Gimbernat, L. Gracia, E. Peñaranda, M. Á. Rueda, C. Suárez y J. Urquiza (eds.), *Dogmática del Derecho Penal material y procesal y Política criminal contemporáneas* (vol. II, pp. 7-40). Lima: Gaceta Penal.

Del Río, R. (1935). *Derecho penal. Legislación penal. Parte General* (vol. II). Santiago de Chile: Nascimento.

Díaz y García, M. (2007). Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos. *Nuevo Foro Penal*, (71), 115-144.

Eidam, L. (2015). *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*. Tubinga: Mohr Siebeck. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-153820-9>

Etcheberry, A. (1997). *Derecho penal. Parte General* (3.ª ed., vol. II). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Feijoo, B. (2007). *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus.

Feijoo, B. (2008). Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. En M. Bajo (dir.), S. Bacigalupo y C. Gómez-Jara (coords.), *Gobierno corporativo y Derecho Penal* (pp. 191-217). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Fernández, P. (1899). *Código Penal de la República de Chile. Explicado i concordado* (2.ª ed.). Santiago de Chile: Imprenta Litografía i Encuadernación Barcelona.

Freund, G., & Rostalski, F. (2019). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre* (3.ª ed.). Berlín: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-59030-0>

Frisch, W. (2012). *Estudios sobre imputación objetiva*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Frisch, W. (2018). Zur Verantwortlichkeit von Unternehmen und Unternehmensorganen für Straftaten ihrer Mitarbeiter. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Täterschaft. En U. Stein, L. Greco, C. Jäger y J. Wolter (eds.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall* (pp. 121-146). Berlín: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-55257-3>

Frisch, W. (2022). *Strafrecht. Examenswissen. Examenstraining*. München: Vahlen.

Fuensalida, A. (1883). *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno* (vol. I). Lima: Imprenta Comercial.

Gimbernat, E. (1966). *Autor y cómplice en Derecho penal*. Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

Gómez, M. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Haas, V. (2007). Kritik der Tatherrschaftslehre. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 119(3), 519-546. <https://doi.org/10.1515/zstw.2007.019>

Haas, V. (2020). § 25 Täterschaft. En H. Matt y J. Renzikowski (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar* (2.ª ed., nm. 1-105). München: Vahlen.

Hefendehl, R. (2004). Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 575-586.

Heine, G. (1995). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden: Nomos.

Heine, G., & Weißer, B. (2019). § 25 Täterschaft. En Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (30.ª ed., pp. 517-538). München: C.H.Beck.

Hernández, H. (2011a). Art. 1°. En J. Couso y H. Hernández (dirs.), *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia* (pp. 7-105). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Hernández, H. (2011b). Art. 15°. En J. Couso y H. Hernández (dirs.), *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia* (pp. 382-413). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

Jäger, H. (1998). Ist Politik kriminalisierbar? En K. Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band III: Makrodelinquenz* (pp. 121-138). Baden-Baden: Nomos.

Jakobs, G. (2011). Mittäterschaft als Beteiligung. En H. -U. Paeffgen, M. Böse, U. Kindhäuser, S. Stübinger, T. Verrel y R. Zaczek (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (pp. 547-562). Berlin: Duncker & Humblot.

Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5.ª ed.). Berlin: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-48348-8>

Kaspar, J. (2017). § 25 StGB. En W. Leitner y H. Rosenau (eds.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (pp. 1112-1126). Baden-Baden: Nomos.

Kindhäuser, U. (2003). Cuestiones fundamentales de la coautoría. *Revista Penal*, (11), 53-70.

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

Kindhäuser, U. (2011). Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 41-53. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2011.28552>

Kirsch, F. (2014). *Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs*. Berlín: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-54462-2>

Knauer, C. (2001). *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*. Múnich: C.H.Beck.

Krämer, K. (2015). *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*. Tubinga: Mohr Siebeck. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-154573-3>

Kreuzberg, B. (2019). *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*. Berlín: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-55602-1>

Kühl, K. (2017). *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (8.ª ed.). Múnich: Vahlen. <https://doi.org/10.15358/9783800655748>

Kuhlen, L. (2000). Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sogenannten Betriebsbeauftragten. En K. Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft* (pp. 71-94). Sinzheim, Baden-Wurtemberg: Pro Universitate Verlag.

Luhmann, N. (1995). *Funktionen und Folgen formaler Organisationen* (4.ª ed.). Berlín: Duncker & Humblot.

Mañalich, J. P. (2011). Organización delictiva - Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), 279-310. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372011000200005>

Mañalich, J. P. (2017). Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador. En J. Couso y G. Werle (dirs.), *Intervención delictiva en contextos organizados* (pp. 23-50). Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez-Buján C. (2016). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General* (5.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Matus, J. P., & Ramírez, M. C. (2021). *Manual de Derecho penal chileno. Parte General* (2.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Mir, S. (2015). *Derecho penal. Parte General* (9.ª ed.). Buenos Aires: B de F.

Morozinis, I. (2010). *Dogmatik der Organisationsdelikte. Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*. Berlín: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-53325-1>

Muñoz Conde, F. (2002). Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que sin

realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial. *Revista Penal*, (9), 59-98.

Muñoz, J., & Fernández, J. A. (2010). Estudio dogmático penal de los artículos 291 del Código penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura: a propósito del caso del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter. *Política Criminal*, 5(10), 410-454. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992010000200004>

Murmann, U. (2021). § 25 Täterschaft. En H. Satzger y W. Schluckebier (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (pp. 278-291). Hürth: Carl Heymanns Verlag.

Noll, P. (1972). Referat beim Deutschen Juristentag. *Deutscher Juristentag*, 49, M.20-M.33.

Orozco, H. (2018). *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten. Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortung*. Tubinga: Mohr Siebeck. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-155891-7>

Pacheco, J. (1888). *El Código Penal concordado y comentado* (6.ª, vol. I). Madrid: Imprenta de Manuel Tello.

Pérez, E. (2020). *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*. Buenos Aires: B de F.

Piña, J. I., & Cox, F. (2013). Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa. En J. Silva y F. Miró (eds.), *La teoría del delito en la práctica penal económica* (pp. 183-213). Madrid: La Ley.

Politoff, S. (2001). “Cometer” y “hacer cometer”: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata - El “autor detrás del autor”. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En L. Arroyo y I. Berdugo (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (vol. I, pp. 1231-1284). Salamanca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca.

Politoff, S., Grisolia, F., & Bustos, J. (1993). *Derecho penal chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (2.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Puppe, I. (2013). Die Architektur der Beteiligungsformen. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 514-536.

Radde, L. (2018). Von Mauerschützen und Schreibtischtätern - Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft und ihre Anwendung auf Wirtschaftsunternehmen de lege lata. *Juristische Ausbildung*, (12), 1210-1224. <https://doi.org/10.1515/jura-2018-0252>

Ransiek, A. (1996). *Unternehmensstrafrecht - Strafrecht - Verfassungsrecht - Regelungsalternativen*. Heidelberg: C.F. Müller.

Renzikowski, J. (2014). § 48 Mittelbare Täterschaft. En *Maurach/Gössel/Zipf Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2 Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat* (8.ª ed., pp. 439-484). Heidelberg: C.F. Müller.

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

Reyes, Í. (2018). Contra la autoría mediata por dominio de la organización: Una breve aproximación desde la doctrina alemana. *Revista de Estudios de la Justicia*, (28), 109-141. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2018.50373>

Robles, R. (2020). Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo. En J. Silva (dir.) y R. Robles (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial* (pp. 121-165). Barcelona: Atelier.

Rodríguez, G. (1972). Artículo 14. En J. Córdoba y G. Rodríguez (eds.), *Comentarios al Código Penal Tomo I (Artículos 1-22)* (pp. 800-882). Barcelona: Ariel.

Rotsch, T. (1998). *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos.

Roxin, C. (1963). Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 193-207.

Roxin, C. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 2. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H.Beck.

Roxin, C. (2007). Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 125, 1-23.

Roxin, C. (2009). Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 565-568.

Roxin, C. (2012). Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 395-415.

Roxin, C. (2015). *Täterschaft und Tatherrschaft* (9.^a ed.). Berlín y Boston: De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110366594>

Roxin, C., & Greco, L. (2020). *Strafrecht. Allgemeiner Teil Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5.^a ed.). München: C.H.Beck. <https://doi.org/10.17104/9783406758010>

Schünemann, B. (1982). Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität. *Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Steuerstrafrecht*, (1), 41-50.

Schünemann, B., & Greco, L. (2021). § 25 Täterschaft. En G. Cirener, H. Radtke, R. Rissing-van Saan, T. Rönau y W. Schluckebier (eds.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar Zweiter Band § 19 bis 31* (13.^a ed., pp. 706-838). Berlín y Boston: De Gruyter.

Silva, J. (1995). Responsabilidad penal de la empresa y de sus órganos en Derecho español. En J. Silva (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin* (pp. 357-379). Barcelona: Bosch.

Soto, M. (1986). La noción de autor en el Código Penal chileno. *Gaceta Jurídica*, (68), 13-54.

Stratenwerth, G., & Kuhlen, L. (2011). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat* (6.ª ed.). München: Vahlen.

Van Weezel, A. (2012). Autorresponsabilidad y autonomía en la intervención delictiva. Comentario a la ponencia de Jaime Couso. *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, I, 143-161.

Weißer, B. (2012). Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft. Über den werdegang einer Rechtsfigur vom "Ausnahmeinstrument zur Allzweckwaffe". *Ad Legendum*, (4), 244-250.

Weißer, B. (2011). *Täterschaft in Europa*. Tübinga: Mohr Siebeck.

Welzel, H. (1970). *Derecho penal alemán. Parte General* (J. Bustos y S. Yáñez, trads., 11.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2021). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau* (51.ª ed.). Heidelberg: C.F Müller.

Wittig, P. (2020). *Wirtschaftsstrafrecht* (5.ª ed.). München: C.H.Beck. <https://doi.org/10.17104/9783406757501>

Yáñez, S. (1975). Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno. *Revista de Ciencias Penales*, XXX(1), 49-64.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acusados A. y B., *Neue Zeitschrift für Strafrecht* - NStZ 2008, 89 (Sala Segunda en lo Penal del Tribunal Supremo Federal [Alemania], 2 de noviembre de 2007).

Acusados H. y Sm., *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* - BGHSt 49, 147 (Sala Quinta en lo Penal del Tribunal Supremo Federal [Alemania], 13 de mayo de 2004).

Acusados K., S. y A., *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* - BGHSt 40, 218 (Sala Quinta en lo Penal del Tribunal Supremo Federal [Alemania], 26 de julio de 1994).

Acusados T. y S., *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* - BGHSt 40, 257 (Sala Primera en lo Penal del Tribunal Supremo Federal [Alemania], 13 de septiembre de 1994).

Acusados R. y J., *Neue Zeitschrift für Strafrecht* - NStZ 98, 568 (Sala Cuarta en lo Penal del Tribunal Supremo Federal [Alemania], 11 de diciembre de 1997).

Caso de la clínica veterinaria. Acusado X., *Juristische Rundschau* - JR 2004, 245 (Sala Primera en lo Penal del Tribunal Supremo Federal [Alemania], 3 de julio de 2003).

Caso de la eliminación de residuos. Acusados sin individualizar, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* - BGHSt 43, 219 (Sala Segunda en lo Penal del Tribunal Supremo Federal [Alemania], 6 de junio de 1997).

AUTORÍA MEDIATA
POR APARATOS
ORGANIZADOS
DE PODER Y
COAUTORÍA
EN EL ÁMBITO
EMPRESARIAL:
¿SOLUCIÓN
FRENTE A LAS
LIMITACIONES
DEL DERECHO
CHILENO PARA
CASTIGAR COMO
AUTORES A
LOS ÓRGANOS
DIRECTIVOS DE
LAS EMPRESAS?

INDIRECT
PERPETRATION
THROUGH
ORGANIZED
POWER
STRUCTURES
AND CO-
PERPETRATION IN
THE CORPORATE
SPHERE: A
SOLUTION TO
THE LIMITATIONS
OF CHILEAN LAW
TO PUNISH THE
MANAGEMENT
BODIES OF
COMPANIES AS
AUTHORS?

Caso FSGB. Acusados N., B. y S., Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen - BGHSt 48, 331 (Sala Quinta en lo Penal del Tribunal Supremo Federal [Alemania], 26 de agosto de 2003).

Código Penal alemán (1871).

Código Penal belga (1867).

Código Penal chileno (1874).

Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora con un estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1974).

Códigos penales españoles (1848 y 1995).

Contra A.F.F., Rol N° 3.744-2007 (Segunda Sala de la Corte Suprema [Chile], 21 de septiembre de 2007).

Contra C.M.B. y otros, Rol N° 1.070-2016 (Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 31 de enero de 2020).

Contra L.M.B., Rol N° 8.647-2018 (Segunda Sala de la Corte Suprema [Chile], 24 de febrero de 2020).

Contra M.K.M. y otros, Rol N° 538-2019 (Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago [Chile], 31 de diciembre de 2020).

Contra P.E.B. y otros, Rol N° 3.218-2020 (Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel [Chile], 31 de mayo de 2020).

Ley de Medicamentos alemana (1976).

Recibido: 25/04/2022
Aprobado: 22/08/2022

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

367

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho¹PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Eméritos

Fernández Arce, César Ernesto
Llerena Quevedo, José Rogelio
Montoya Anguerry, Carlos Luis
Revoredo Marsano, Delia
Zusman Tinman, Shoschana
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo
Abugattas Giadalah, Gattas Elías
Alvites Alvites, Elena Cecilia
Arce Ortiz, Elmer Guillermo
Avendaño Arana, Francisco Javier
Boza Dibós, Ana Beatriz
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cabello Matamala, Carmen Julia
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordoñez, Jorge Elías
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor
Forno Florez, Hugo Alfieri
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Landa Arroyo, César Rodrigo
León Hilario, Leysser Luggi

¹ Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de noviembre de 2022.

Lovatón Palacios, Miguel David
 Marciani Burgos, Betzabé Xenia
 Meini Méndez, Iván Fabio
 Méndez Chang, Elvira Victoria
 Monteagudo Valdez, Manuel
 Montoya Vivanco, Yvan Fidel
 Morales Luna, Félix Francisco
 Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
 Ortiz Caballero, René Elmer Martín
 Pazos Hayashida, Javier Mihail
 Peña Jumpa, Antonio Alfonso
 Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
 Priori Posada, Giovanni Francezco
 Quiroga León, Anibal Gonzalo Raúl
 Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
 Rubio Correa, Marcial Antonio
 Ruda Santolaria, Juan José
 Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
 Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
 San Martín Castro, César Eugenio
 Siles Vallejos, Abraham Santiago
 Sotelo Castañeda, Eduardo José
 Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
 Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
 Urteaga Crovetto, Patricia
 Villanueva Flores, María del Rocío
 Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
 Zegarra Valdivia, Diego Hernando

Asociados

Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
 Ardito Vega, Wilfredo Jesús
 Ariano Deho, Eugenia Silvia María
 Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
 Becerra Palomino, Carlos Enrique
 Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth

369

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Burneo Labrín, José Antonio
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Cairo Roldán, José Omar
Canessa Montejo, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
De La Lama Eggersted, Miguel Guillermo José
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
Gamio Aita, Pedro Fernando
Hernández Gazzo, Juan Luis
Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huerta Guerrero, Luis Alberto
La Rosa Calle, Javier Antonio
Ledesma Narváez, Marianella Leonor
León Vásquez, Jorge Luis
Luna-Victoria León, César Alfonso
Matheus López, Carlos Alberto
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Monroy Gálvez, Juan Federico Doroteo
Morales Hervias, Rómulo Martín

Ortiz Sánchez, John Iván
 Palacios Pareja, Enrique Augusto
 Pariona Arana, Raúl Belealdo
 Patrón Salinas, Carlos Alberto
 Quiñones Infante, Sergio Arturo
 Revilla Vergara, Ana Teresa
 Saco Chung, Víctor Augusto
 Sevillano Chávez, Sandra Mariela
 Solórzano Solórzano, Raúl Roy
 Soria Luján, Daniel
 Tabra Ochoa, Edison Paul
 Ulloa Millares, Daniel Augusto
 Valencia Vargas, Areli Seraya
 Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
 Villagra Cayamana, Renée Antonieta
 Vinatea Recoba, Luis Manuel

Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
 Alfaro Valverde, Luis Genaro
 Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
 Apolín Meza, Dante Ludwig
 Barboza Beraun, Eduardo
 Barletta Villarán, María Consuelo
 Benavides Torres, Eduardo Armando
 Bermúdez Valdivia, Violeta
 Blanco Vizarreta, Cristina María del Carmen
 Campos Bernal, Heber Joel
 Candela Sánchez, César Lincoln
 Castro Otero, José Ignacio
 Cavani Brain, Renzo Ivo
 Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
 Cubas Villanueva, Víctor Manuel
 De La Haza Barrantes, Antonio Humberto
 De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos

371

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

De Urioste Samanamud, Roberto Ricardo
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Delgado Silva, Angel Guillermo
Díaz Castillo, Ingrid Romina
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Gago Prialé, Horacio
Garcés Peralta, Patricia Carolina Rosa
García Chávarri, Magno Abraham
García-Cobán Castro, Erika
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guimaray Mori, Erick Vladimir
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Higa Silva, César Augusto
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Mantilla Falcón, Julissa
Martin Tirado, Richard James
Mejía Madrid, Renato
Mendoza del Maestro, Gilberto
Montoya Stahl, Alfonso
Morón Urbina, Juan Carlos
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Reyes Milk, Michelle Elisa
Reyes Tagle, Yovana Janet
Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Santander, Róger Rafael

Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Sánchez-Málaga Carrillo, Armando
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel
Villa García Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Villegas Vega, Paul Nicolás
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia
Zambrano Chávez, Gustavo Arturo
Zas-Friz Burga, Jhonny

INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos y originales, los cuales son revisados por pares externos que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética de la publicación académica durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista actuará conforme a las normas internacionales de ética de la publicación y tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario, tener la condición de inédito y ser original. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- Tema central (o especial temático).
- Miscelánea.
- Interdisciplinaria.

Las tres secciones están sujetas a la revisión por pares (sistema doble ciego).

III.2. Documentación obligatoria

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

III.3. Características de los artículos

III.3.1. Primera página

Debe incluir:

- EL TÍTULO: en el idioma del artículo y en inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico y código ORCID.
- RESUMEN (*abstract*): texto breve en el idioma del artículo y en inglés, en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (entre 200 y 400 palabras).

- CONTENIDO: se consignará en el idioma del artículo y en inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- PALABRAS CLAVE (*key words*): en el idioma del artículo y en inglés (mínimo 5 palabras, máximo, 10).
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la cita correspondiente.

III.3.2. Textos interiores

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto deberá oscilar entre las 7000 a 15 000 palabras, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general.
- Consignar las notas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas.
- Las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto y se ordenarán correlativamente según su aparición.

III.3.3. Referencias bibliográficas

Las referencias bibliográficas que se hagan en el artículo deben estar actualizadas, ser relevantes y elaborarse con la información necesaria. No deben omitirse referencias importantes para el estudio y se debe cumplir estrictamente con las normas de la ética académica.

Dichas referencias deben realizarse conforme a las normas del estilo APA (American Psychological Association) recogidas en la séptima edición del *Manual de Publicaciones APA*.

Por ello, las citas bibliográficas deben realizarse en el texto, indicando entre paréntesis el apellido del autor o institución, el año de la publicación y la(s) página(s) correspondiente(s); por ejemplo: (Rubio, 1999, p. 120).

También deben citarse en el cuerpo del texto las normas jurídicas, las resoluciones de toda clase de organización y las sentencias judiciales, colocando entre paréntesis las referencias correspondientes del modo en que se indica más abajo. Las referencias parentéticas en el cuerpo del texto deben remitir a la lista de referencias situada al final del documento. En dicha lista deberá aparecer la información completa de cada fuente citada.

Para mayor información, pueden revisarse las normas para autores a través del siguiente enlace: www.pucp.edu.pe/EduKtv

GUIDELINES TO THE AUTHORS OF ARTICLES FOR *DERECHO PUCP*

I. Aim and policy of *Derecho PUCP*

Derecho PUCP publishes legal or interdisciplinary unpublished and original research articles, which are revised by external peers who have previously published similar researches. The evaluations are made anonymously and are about the quality and the validity of the arguments showed on the articles.

II. Ethics publication

In case of being detected a fault against the ethics academic publication during or after the process of revision of the publication of the article, the journal will behave according to the correspondent ethics publication international regulations and will take the corresponding legal action to penalize the author of the fraud.

III. Form and Preparation of the articles

III.1. General regulations

All the articles given to *Derecho PUCP* have to be about legal or interdisciplinary subjects. They have to be unpublished and original. The journal has the following categories or usual sections:

- Main subject (or specialized subject)
- Miscellaneous
- Interdisciplinary

The three sections are under double-blind peer review.

III.2. Necessary documents

- Affidavit of authorship and authorization for publication. It must be signed by all the authors and sent with the applicant article.

III.3. Characteristics of the articles

III.3.1. First page

It has to include:

- TITLE: in the original language of the article and in English, a short title no more than 60 characters.
- AUTHOR'S NAME (or authors): On a footnote has to be included the institutional affiliation, the city and the country, the profession and the academic degree, and also the e-mail, and the ORCID code.
- ABSTRACT: short text in the original language of the article and in English where are showed the most important research ideas (among 200 and 400 words).

- **CONTENT:** It is recorded in the original language of the article and in English. The summary of the chapters and sub-chapters that are part of the article.
- **KEY WORDS:** in the original language of the article and in English (minimum 5 words, maximum 10).
- If the study has been presented as a summary to a congress or as a part of a thesis, it has to be specified with the corresponding citation.

III.3.2. Paper format

Some aspects have to be taken into account:

- The text must fluctuate among 7000 to 15 000 words, size 12, Arial, one-spaced lines, A4 format, with 3 cms margins. The exceptions to this regulation have to be properly justified and be previously authorized by the general editor.
- Record the footnotes in size 12, Arial; double-spaced lines.
- Use Word program to write the texts.
- Graphics and tables can be used.
- The bibliographic references will only be those mentioned in the text and will be correlatively organized in order of appearance.

III.3.3. Bibliographic references

The bibliographic references have to be updated, important, elaborated with the necessary information, without omitting any relevant reference to the study and fulfilling all the regulations of the academic ethics.

These references must be according to the APA Style (The American Psychological Association) gathered on the 7th edition of the *APA Publication Manual*.

That's why the bibliographic references have to be made in the text, indicating between parentheses the author's last name, or institution, the year of publication, and the corresponding page(es); for example: (Rubio, 1999, p. 120).

And also it has to be quoted in the body text the legal regulations, the resolutions of all kind of organizations and the legal sentences, putting in parentheses the corresponding references as it is indicated below. The parenthetical references on the body text have to send us to the list of references located at the end of the document. In that list has to appear the complete information of each source quoted.

To have more information, you can visit the author's guidelines link: www.pucp.edu.pe/EduKtv

