

MINUTA DE SEGUIMIENTO MOVILIDAD HUMANA Y NUEVA CONSTITUCIÓN III



MOVILIDAD HUMANA EN EL PROCESO CONSTITUYENTE:

**LIBERTAD AMBULATORIA
Y DE CIRCULACIÓN**



Elaborado por Marcel Didier y Mabel Cobos
Observatorio Ciudadano

Proyecto CRISOL: Movilidad Humana y Derechos
Consortio integrado por INCAMI, Fundación Avina y Observatorio Ciudadano.

Ilustración portada: Alejandra Espinoza
Diseño portada y diagramación: Claudia Pool

Financiado por la Unión Europea

“Este documento se ha realizado con la ayuda financiera de la Unión Europea. El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva del Observatorio Ciudadano y en modo alguno debe considerarse que refleja la posición de la Unión Europea”.

Agosto 2022

PRESENTACIÓN

El Observatorio Ciudadano junto a Fundación Avina y el Instituto Católico Chileno de Migración (INCAMI) en el marco del proyecto CRISOL: Movilidad humana y Derechos, destinado al fortalecimiento de las organizaciones migrantes y promigrantes para la participación política e incidencia pública en Chile, ponen a disposición la siguiente minuta de seguimiento sobre los derechos de las personas en movilidad humana en Chile durante el proceso de debate constitucional en curso.

En particular, esta entrega da cuenta de los derechos a la libertad ambulatoria y de circulación incorporados en el proyecto de nueva Constitución, y que dicen relación a los derechos de las personas en movilidad humana.

¿QUÉ ES LA LIBERTAD AMBULATORIA Y LA LIBRE CIRCULACIÓN?

“Es la libertad física, de movimiento y de actividad. En su expresión jurídica se la denomina libertad de movilización, locomoción o ambulatoria, y se traduce en la posibilidad de permanecer en un lugar o desplazarse de un punto a otro, dentro o fuera del país, sin ninguna traba salvo las limitaciones legales establecidas en tutela de sus intereses colectivos o particulares”.

Verdugo, M.; Pfefer, E. y Noguera, H. (1997)



DERECHO A LA LIBRE MOVILIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Actualmente en materia de movilidad humana y circulación de personas existen derechos que se encuentran consolidados en el Derecho Internacional. Por ejemplo, se reconoce a toda persona los derechos a circular libremente en el país en el que reside legalmente, salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

El derecho a la libre movilidad está reconocido y protegido en los principales instrumentos internacionales, los cuales establecen que los Estados tienen soberanía para regular la entrada y salida de personas extranjeras o no nacionales en sus fronteras internacionales, pero que esa facultad no debe ejercerse de forma arbitraria, y por tanto, no es ilimitada.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)

Artículo 8

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención.
2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.

Cabe destacar que el **Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General Número 15**, sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sostuvo que:

“5. El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, **en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia.** derechos establecidos en el Pacto”.

De forma posterior, el mismo Comité realizó la **Observación General Número 27**, relativa al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Allí determinó que:

“En la redacción del párrafo 4 del artículo 12 no se hace diferencia entre nacionales y extranjeros (“nadie”). Así pues, los titulares de ese derecho sólo pueden determinarse interpretando las palabras “su propio país”. El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero (...)” (párr. 20).

Además, la **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)**, asegura a los trabajadores migratorios y sus familiares, que tendrán derecho a la libertad y la seguridad personales (art. 16.1).

El derecho a la libertad de circulación también se encuentra recogido en el **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. En particular, la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)** reconoce este derecho a los nacionales de cada Estado indicando que “[t]oda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad” (art. VIII).

Por su parte, la **Convención Americana de Derechos Humanos (1969)**, en su artículo 22, ahonda en el contenido del derecho e incluye como titulares del mismo a quienes se encuentren legalmente en el territorio de un Estado. Con ello, **la libertad de circulación abarca el derecho de transitar, elegir el lugar de residencia, permanecer y salir libremente de cualquier Estado, incluido el propio**.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (Corte IDH) ha señalado que el disfrute del **derecho a la libertad ambulatoria “[...] no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”¹**.

Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1) puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 115.

2

PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

Por otro lado, en el Derecho Internacional, otros derechos de particular relevancia para las personas en movilidad humana son los relativos a los procedimientos de expulsión, que incluye entre otros asuntos, la garantía de prohibición de expulsiones masivas y la no devolución.

¿En qué consiste el principio de no devolución?

El principio de no devolución o non refoulement, es un principio del derecho internacional consuetudinario, que implica que ningún Estado “podrá expulsar ni devolver de manera alguna a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opinión política” (art. 33.1, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)).

De esta manera, el principio de no devolución cubre cualquier medida atribuible al Estado que pueda tener el efecto de devolver a un solicitante de asilo o refugiado a las fronteras de territorios donde su vida o libertad pueden verse amenazadas, o donde él o ella corra riesgo de persecución, incluyendo su interceptación, rechazo en la frontera, o devolución indirecta. Este principio se aplica independientemente de la situación migratoria, regular o irregular.

Otra de las normas relevantes en cuanto a la protección frente a la devolución, es la **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)** establece que los Estados Parte no procederán “[...] a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura” (art. 3.1).

Conforme a la interpretación llevada a cabo por el **Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares** en la **Observación General Número 2**, sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, bajo el principio de no devolución debe protegerse a los migrantes y sus familiares en los casos en que la expulsión suponga una injerencia arbitraria en el derecho a la familia y a la vida privada y, también, cuando la expulsión esté dirigida a quienes estén en situación irregular y requieran protección internacional (párr. 50).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el principio de no devolución se encuentra establecido en el **art. 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos**, que dispone que “[...] en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

3 NORMAS SOBRE LIBERTAD AMBULATORIA Y DE CIRCULACIÓN CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN

El **texto constitucional** propuesto por la Convención Constitucional **reconoce a toda persona, sin distinción alguna, los derechos a la libertad ambulatoria y a la libre circulación**, estableciendo además que una ley deberá regular el ejercicio de tales derechos. El contenido del proyecto es bastante similar al de los principales tratados internacionales en la materia.

La propuesta normativa tiene ciertas diferencias con la Constitución Política de 1980 y sus posteriores reformas, ya que no reconoce ni establece de forma expresa el derecho a la libertad ambulatoria y de libre circulación, si no que se derivan indirectamente de la interpretación del contenido del artículo 19 N° 7 de la Carta vigente, relativo al derecho a la libertad personal y la seguridad individual².

Según la doctrina nacional, la libertad ambulatoria se encontraría contenida en el actual literal a) del citado artículo 19 N° 7, siendo esta la única referencia en la Constitución Política³. El hecho de mezclar ambos conceptos y no otorgar un trato diferenciado a cada uno de ellos, impide lograr su adecuada comprensión y garantía. Ciertamente tienen una conexión al igual que gran parte de los derechos fundamentales. Sin embargo, estos derechos no son sinónimos, y pueden ser amenazados o vulnerados individualmente, y por tanto, de manera separada, no dependen necesariamente un derecho del otro.

Efectivamente, puede ocurrir que a una persona a quien se le dicta una orden de expulsión administrativa, no se vea vulnerada necesariamente en cuanto a su libertad personal si la asociamos a una eventual prisión por una sanción penal (la cual no existe). En concreto, se verá afectada en su derecho a la libertad ambulatoria, toda vez que al poseer una expulsión vigente en su contra, se configura un verdadero obstáculo para su libre desarrollo en el territorio nacional, ya que no se le permitirá desplazarse libremente de un lugar a otro, o entrar y salir del país. De esta manera no necesariamente debemos asociar la libertad ambulatoria a la privación de libertad por una sanción penal, y por ello es necesario reconocerlos y otorgarles tratamientos diferenciados.

Lo anterior da cuenta que **la norma constitucional vigente no es suficiente para proteger el derecho a la libertad ambulatoria**, repercutiendo y afectando los derechos de las personas en movilidad humana. Por ello, es preferible una mayor garantía y protección de tal derecho, que sea a su vez de rango constitucional y legal, lo que asegura un debate plural y democrático, respecto a las limitaciones y regulaciones que pueden existir al respecto.

² Artículo 19 N° 7, Constitución Política de 1980: "Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros".

³ Al respecto, los profesores Verdugo, Pfefer, y Nogueira han sostenido que "[...] el encabezamiento del artículo 19 N° 7 establece un derecho genérico a la libertad personal más amplio que la libertad de movilización o ambulatoria establecido en el literal a) de la misma disposición constitucional, ya que se constituye en la base de la situación jurídica general de las personas y su posibilidad de desarrollo individual, siendo la condición básica de la libre actuación de las personas". Verdugo, Mario; Pfefer, Emilia y Nogueira, Humberto (1997). Derecho Constitucional Tomo I. Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición: Santiago, p. 235.

Para evitar tales confusiones de aplicación del derecho, es que **los principales instrumentos internacionales revisados le otorgan un tratamiento distinto, en artículos separados, tal como lo recoge el proyecto de nueva Constitución.** Efectivamente, la propuesta ofrece reforzar el derecho a la libertad ambulatoria, otorgándole un espacio autónomo como derecho fundamental, separándolo definitivamente de la libertad personal y seguridad individual.

La propuesta constitucional respecto a este derecho quedó de la forma que sigue: Por su parte, el proyecto de nueva Constitución, en lo relativo al asilo y refugio, reconoció e incorporó el principio de no devolución, el cual dice relación a su vez a los derechos de las personas que se encuentran sometidas a un procedimiento de expulsión.

Artículo 69

Toda persona tiene derecho a la libertad ambulatoria y a la libre circulación, a residir, permanecer y trasladarse en cualquier lugar del territorio nacional, así como a entrar y salir de él. La ley regulará el ejercicio de este derecho.

Por lo anteriormente expuesto es posible señalar que la propuesta de nueva Constitución recoge los estándares internacionales en la materia, y avanza hacia la armonización de la legislación nacional con los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

Artículo 71

1. Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo y refugio. Una ley regulará el procedimiento de solicitud y reconocimiento de la condición de refugiado, así como las garantías y protecciones específicas que se establezcan en favor de las personas solicitantes de asilo o refugiadas.
2. Ninguna persona solicitante de asilo o refugiada será regresada por la fuerza al Estado donde corra riesgo de persecución, de graves violaciones de derechos humanos, o su vida o libertad puedan verse amenazadas.

BIBLIOGRAFIA

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General Número 15.
Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf>

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General Número 27.
Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1400.pdf>

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General Número 2.

Disponible en:

<https://www.mre.gov.py/simoreplus/Adjuntos/Informes/CMW%20N%C2%BA%202.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111. Fondo, Reparaciones y Costas.

Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_272_esp.pdf

Verdugo, Mario; Pfefer, Emilia y Nogueira, Humberto (1997). Derecho Constitucional Tomo I. Ed. Jurídica de Chile, 2º edición: Santiago.



CRISOL

Movilidad Humana y Derechos

Este proyecto es una iniciativa de:



Financiado por
la Unión Europea