

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 30 de septiembre de 2013 – Sesión 174

### **Antecedentes**

1. El Estado de Chile ha realizado esfuerzos en los últimos años por adecuar su legislación y sus políticas públicas en materia migratoria a través de decretos, amnistías y procesos de regularización de la condición migratoria irregular, y disposiciones sectoriales (en salud y educación). Son avances la adopción de la Ley N° 20.430 sobre la protección de los/as refugiados/as (2010) y su reglamento (2011), y de la Ley 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal (2011). El INDH destaca igualmente la suscripción del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile en 2002, y la ratificación, en abril de 2005, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM).

2. Lo realizado ha resultado insuficiente para establecer una política migratoria de acuerdo a los estándares de derechos humanos con los cuales el Estado se ha comprometido, y para responder a la realidad actual de la movilidad humana en el país. En septiembre de 2011, ante el Comité de la Convención de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, el Estado informó sobre la preparación de un proyecto de ley para establecer una nueva legislación migratoria. El Comité recomendó que “se asegure de que el proyecto de ley sobre migración sea adoptado en un futuro cercano y que sea plenamente conforme con las normas internacionales de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares y, en particular, con las disposiciones de la Convención”.

3. En respuesta a una solicitud hecha por el Ministerio del Interior, el INDH realizó en 2012 observaciones al borrador del proyecto de ley elaborado por el Ejecutivo. Varias de las preocupaciones expresadas por el Instituto fueron consideradas en la formulación final del proyecto presentado al Congreso Nacional. En particular, el INDH valora que el proyecto de ley en discusión incorpore de forma explícita los derechos de la población migrante, con lo cual se subsana un importante déficit de la norma migratoria adoptada en 1975. De igual modo, son destacables las disposiciones sobre reunificación familiar y el reconocimiento de la condición de conviviente en el otorgamiento de visas, entre otras materias abordadas.

4. Al mismo tiempo, el INDH considera que se mantienen en el proyecto de ley disposiciones que es necesario reconsiderar o precisar para el pleno reconocimiento de los

derechos humanos de las personas migrantes. En la presente minuta se revisan los estándares en derechos humanos en la materia, y se identifican y desarrollan los aspectos que el INDH considera necesario modificar en el proyecto de ley.

### **Estándares de derechos humanos**

5. La migración constituye una característica del escenario global contemporáneo. De acuerdo a cifras de la Organización Mundial para las Migraciones (OIM), la población migrante es de 214 millones de personas, es decir, una de cada 33 personas es un o una migrante. A la magnitud que ha alcanzado los procesos de movilidad humana, se debe agregar la complejidad que los caracteriza –al punto que los paradigmas respecto de países de origen y destino han debido ser modificados para dar cuenta de las múltiples posiciones que un país puede tener en el circuito migratorio- y los cambios que provoca en las sociedades que expulsan y/o atraen población. De ser coyuntural o periférica, la migración “ha pasado a convertirse en el emblema mismo del mundo globalizado”<sup>1</sup>.

6. De quienes migran, no todos lo hacen con las mismas garantías. La migración voluntaria, legal y protegida por los Estados no es una realidad para todas las personas. Los informes elaborados por los relatores de Naciones Unidas y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como estudios de ACNUR y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), muestran que las personas migrantes se encuentran expuestas a una serie de atropellos, como la explotación, el trabajo forzoso, los arrestos arbitrarios, la ausencia del debido proceso, las deportaciones masivas, las condiciones de detención contrarias a la dignidad de las personas, por mencionar algunas situaciones<sup>2</sup>.

7. La regulación de los flujos migratorios es una tarea necesaria y hacerlo en el marco de los tratados internacionales vigentes constituye una obligación de los Estados. Si bien se reconoce que, en el ejercicio de su soberanía, los Estados gozan de la potestad de diseñar sus políticas migratorias, existen límites a esta potestad soberana, particularmente los que imponen la protección de los derechos humanos de las personas migrantes. En consonancia con los tratados de derechos humanos, el INDH ha indicado que la igualdad y no discriminación hacia las personas migrantes, así como el reconocimiento de su calidad de sujetos de derechos, sea cual sea su situación migratoria, son imperativos para el abordaje del fenómeno migratorio en el ámbito normativo nacional<sup>3</sup>.

8. La Asamblea General de Naciones Unidas<sup>4</sup>, los órganos que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos<sup>5</sup> y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos

---

<sup>1</sup> De Lucas, Javier. Derechos de los inmigrantes y políticas migratorias: La experiencia histórica, los desafíos. Conferencia realizada el 12 de diciembre de 2012 en el Seminario “Legislación migratoria y derechos humanos en Chile”, Universidad Central de Chile, pág. 9.

<sup>2</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU). Informes del Relator Especial para los derechos humanos de los migrantes. Informe Anual 2007, A/HRC/7/12. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/rapporteur/annual.htm>. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias, año 2002, disponible en: [www.cidh.oas.org/Migrantes/2001sp.htm](http://www.cidh.oas.org/Migrantes/2001sp.htm).

<sup>3</sup> INDH, Informes 2010, 2011 y 2012.

<sup>4</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los

reconocen la particular situación en la que se puede encontrar la población migrante. En la Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH indicó que “[g]eneralmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”<sup>6</sup>. Por ello la comunidad internacional en forma explícita incluye la igualdad y la prohibición de discriminación por nacionalidad en los instrumentos de derechos humanos, y se ha promulgado tratados específicos que protegen los derechos de las personas migrantes.

9. Los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile aplicables a la protección de las personas migrantes son la Declaración Universal de Derechos Humanos y los siete tratados del Sistema Universal, denominados tratados de derechos humanos básicos: los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales; las convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y contra la mujer; el convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; y la Convención Internacional sobre los derechos del niño. A nivel regional, se incluyen la Declaración y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará)<sup>7</sup>. En razón del carácter universal e inalienable de los derechos humanos consagrados en los instrumentos referidos, el hecho de no ser nacional de un Estado no justifica la negación o el trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales.

10. De manera específica, los instrumentos internacionales referidos a los derechos de las personas migrantes<sup>8</sup> ratificados y vigentes en Chile son la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985), la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y Familias (1990), y el Convenio de la ONU de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y su protocolo de 1967. Se

---

migrantes” de 24 de febrero de 2000.

<sup>5</sup> Ente otros, ver la Observación General N°20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales del Comité DESC.; y la Observación general N° 30 (2004) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, sobre los derechos de los no ciudadanos.

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 18/03. La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Septiembre de 2003, párr. 112.

<sup>7</sup> El listado refiere los instrumentos universales y regionales ratificados y vigentes en Chile. Existen otros, como el protocolo de San Salvador y el protocolo al Pacto DESC que no se incluyen porque, aunque aplicables a la protección de los derechos de las personas migrantes, no han sido ratificados por el Estado.

<sup>8</sup> No se mencionan en el texto la Convención para reducir los casos de Apatridia (1961) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) porque no han sido ratificadas por Chile. Existen asimismo instrumentos específicos de la OIT que no han sido suscritos por el país: El Convenio 97 sobre “Los trabajadores migrantes” de 1949, y el Convenio 143 sobre “Las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes” de 1975.

agregan los protocolos sobre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (ambos de 2002). Inciden sobre las materias reguladas por el proyecto la Convención de la Habana sobre Asilo (1928), y las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y Relaciones Consulares (1963).

11. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que “[l]os Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 7). La Convención reconoce un amplio catálogo de derechos, con independencia de la condición migratoria de las personas, entre los que se incluyen la libertad de tránsito (art. 8), derecho a la vida (art. 9), no ser objeto de torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), no ser objeto de esclavitud, servidumbre ni trabajos forzados (art. 11), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12), opinión y libertad de expresión (art. 13), vida privada (art. 14), a la libertad y seguridad personal y a la protección efectiva del Estado (art. 16), acceso a la justicia (art. 18), educación (art. 30), trabajo y derechos laborales (arts. 25 y 26), seguridad social (art. 27) y salud (art. 28), entre otros.

12. Sobre el abordaje del fenómeno migratorio, la misma convención establece las condiciones que los Estados deben cumplir a los fines de abordar adecuadamente la movilidad humana con apego a los derechos humanos. En particular, promover condiciones equitativas y dignas para la migración<sup>9</sup>; abordar integralmente de las necesidades de las personas migrantes (entre estas, las sociales, económicas y culturales)<sup>10</sup>; y la generación de servicios apropiados para la migración, entre estos, la formulación de políticas, la colaboración entre Estados, y el suministro de información y asistencia apropiadas a la población migrante<sup>11</sup>. Por su parte, la Corte IDH en la Opinión Consultiva antes referida

---

<sup>9</sup> “los Estados Partes interesados se consultarán y colaborarán entre sí, según sea apropiado, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares” (art. 64.1).

<sup>10</sup> “A ese respecto, se tendrán debidamente en cuenta no sólo las necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo de los trabajadores migratorios y sus familiares, así como las consecuencias de tal migración para las comunidades de que se trate” (art. 64.2).

<sup>11</sup> “Los Estados Partes mantendrán servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares. Sus funciones serán, entre otras: a) La formulación y la ejecución de políticas relativas a esa clase de migración; b) El intercambio de información, las consultas y la cooperación con las autoridades competentes de otros Estados Partes interesados en esa clase de migración; c) El suministro de información apropiada, en particular a empleadores, trabajadores y sus organizaciones, acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración y el empleo, los acuerdos sobre migración concertados con otros Estados y otros temas pertinentes; d) El suministro de información y asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares en lo relativo a las autorizaciones y formalidades y arreglos requeridos para la partida, el viaje, la llegada, la estancia, las actividades remuneradas, la salida y el regreso, así como en lo relativo a las condiciones de trabajo y de vida en el Estado de empleo, las normas

señala que “[l]os objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló (supra párrs. 84, 89, 105 y 119), las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonable”<sup>12</sup>.

13. Respecto de la población en situación migratoria irregular, la Corte INDH indica que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral” (párr. 134). Señala, igualmente, que “sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos” (párr. 119).

14. En el caso de ocurrir situaciones de expulsión, la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios establece que éstas no podrán ser colectivas (art. 22.1) ni definidas por otra entidad que no sea la autoridad competente de acuerdo a la norma nacional (art. 22.2). Además, la decisión debe ser comunicada previamente a la expulsión, en un idioma comprensible y exponiendo las razones de la resolución (art. 22.3). Por último, las personas migrantes “tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión” (art. 22.4).

## **OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY**

### **Generales**

15. El Mensaje del proyecto de ley indica que los objetivos de la ley son “aprovechar las potenciales ventajas de la migración internacional en beneficio del país”; la legislación que se adopte se concibe como una “herramienta capaz de atraer talento y fuerza laboral en sectores y lugares determinados”. Para ello se propone la integración como eje de la reforma, la cual se promueve con incentivos a la regularidad migratoria y haciendo difícil la estancia en condiciones de irregularidad. Adicionalmente, “[l]a migración regular permite también asegurar un adecuado control, manteniendo la seguridad nacional como un criterio informador de toda la legislación migratoria” (pág. 15). El proyecto de ley tiene un fuerte énfasis en la migración de carácter laboral, especialmente aquella relacionada con la

---

aduaneras, monetarias y tributarias y otras leyes y reglamentos pertinentes” (art. 65.1). Asimismo, “[l]os Estados Partes facilitarán, según corresponda, la provisión de servicios consulares adecuados y otros servicios que sean necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los trabajadores migratorios y sus familiares” (art. 65.2).

<sup>12</sup> Corte IDH, op. cit., párr. 168. En el párrafo 84, la Corte establece la diferencia entre distinción y discriminación; en el párrafo 89, la Corte se refiere a las consecuencias del trato diferenciado; en el párrafo 105 indica que los Estados solo pueden establecer distinciones objetivas y razonables; en el párrafo 119, la Corte establece que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes.

inserción formal en el mercado del trabajo y en aquellos nichos en que el Estado busca incentivar la recepción de personas extranjeras. Sin desconocer la potestad estatal de definir el sentido y propósitos de la política migratoria, el INDH considera que la magnitud y complejidad de la movilidad humana hoy en Chile requiere que la legislación prevea los distintos escenarios en que esta ocurre, así como las diversas motivaciones asociadas a ella. La ausencia de esta perspectiva puede conllevar el riesgo de excluir de la regulación a quienes no cumplen las características deseadas por el Estado, y con ello incentivar la migración irregular que es precisamente lo que se quiere evitar.

16. El proyecto de ley indica que la integración total se logra con el deber que le cabe a los/as migrantes de cumplir a cabalidad con la legislación nacional, y el reconocimiento de la igualdad de trato y la no discriminación por parte del Estado. Este reconocimiento, si bien valorable, no es suficiente para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. Se requiere la acción proactiva del Estado para, entre otros aspectos, erradicar la xenofobia y las actitudes discriminatorias que se producen en las sociedades, comportamientos presentes también en Chile. El propio proyecto de ley utiliza un lenguaje poco adecuado a los afanes de integración que se busca alcanzar: el migrante es siempre extranjero y pertenece a una cultura foránea. Para el INDH resulta de suma importancia que se incluyan disposiciones dirigidas a los distintos estamentos y servicios públicos en función de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación<sup>13</sup>.

17. El proyecto propone fortalecer la institucionalidad vigente que atiende los asuntos migratorios y la configuración del Consejo de Política Migratoria con la función de suscribir la política y asesorar al Presidente en su formulación. El Consejo está integrado por los Ministros de Interior, Relaciones Exteriores y Hacienda. El INDH valora el mejoramiento de la institucionalidad migratoria, hoy en día superada por la realidad de la movilidad humana en el país<sup>14</sup>. Al mismo tiempo, hace notar que los ámbitos donde se produce gran parte de los problemas de derechos humanos son educación, salud, vivienda y trabajo, así como en los discursos y prácticas que reiteran prejuicios y reproducen comportamientos xenófobos y discriminatorios. El Instituto recomienda que se exprese la necesidad de tomar en cuenta estas situaciones y que se establezca un mecanismo para que las organizaciones de migrantes y de la sociedad civil que defienden sus derechos puedan presentar al Consejo los problemas que esperan que la política migratoria atienda.

## **De los principios**

18. El INDH celebra que la promoción de derechos sea un principio inspirador del proyecto de ley de migración y extranjería. Al mismo tiempo, se permite observar que la promoción

---

<sup>13</sup> En la misión a Iquique y Colchane, al INDH fueron presentadas denuncias de trato denigrante por parte de los/as funcionarios/as hacia la población migrante y solicitante de refugio. De igual manera, en los Informes sobre la Situación de Derechos Humanos 2011 y 2012, el Instituto da cuenta de situaciones y prácticas discriminatorias y recomendó al Estado actuar en pos de su erradicación.

<sup>14</sup> La realidad migratoria en el país ha cambiado en sus características y magnitud. La institucionalidad actual fue concebida para otra migración, de los años setenta, y otro escenario político. Se agrega que los medios de comunicación han registrado el gran número de personas que acuden a las gobernaciones para resolver asuntos de migración, y en muchos casos se reporta de largas colas desde el día anterior para garantizar ser atendidos/as.

de derechos es solo uno de los componentes de la obligación de garantía que le cabe al Estado respecto de los derechos humanos. En efecto, junto con la obligación de respeto -es decir, la abstención de parte del Estado de acciones que puedan vulnerar los derechos- existe la obligación de garantía que supone la realización de acciones positivas para su cumplimiento, incluidas las de prevenir, investigar, sancionar y reparar su afectación. La Corte IDH señala que existe “un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”<sup>15</sup>, y agrega que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, incluidas las de carácter migratorio”<sup>16</sup>. En tal sentido, el Instituto recomienda que el artículo 9 que establece “la igualdad de derechos y obligaciones” haga mención expresa a los tratados internacionales ratificados y vigentes en el país. Su contenido actual refiere las obligaciones consagradas en la Constitución y las leyes, y las disposiciones de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Sin desmerecer la importancia de esta ley, el INDH hizo ver en su oportunidad las limitaciones de la norma en materia de prevención de la discriminación así como las dificultades que entraña “el conflicto entre derechos que plantea la norma al considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental...”<sup>17</sup>.

19. El INDH recomienda incluir el interés superior del/la niño/a y la reunificación familiar entre los principios orientadores del proyecto de ley. En la revisión de la situación de las personas migrantes y producto de las misiones de observación, el Instituto ha podido constatar que muchas veces se da prelación a una dificultad administrativa (un sello consular) por sobre los derechos de niños y niñas a no estar separados de sus padres/madres. La propia Corte Suprema ha acogido recursos que apelan procesos de expulsión en casos en que las personas afectadas tienen niños/as de nacionalidad chilena, precisamente en consideración a las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño<sup>18</sup>. El ejercicio discrecional de la autoridad migratoria bien entendido debiera permitir solventar este tipo de situaciones y evitar que los niños y las niñas queden desprotegidos/as y en situaciones de vulnerabilidad. Dicha convención establece: “De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares” (art. 10, 1).

---

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 18/03, op. cit., párr. 85.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 101.

<sup>17</sup> INDH, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos 2012.

<sup>18</sup> Rol 3057-13. En este caso, la Corte Suprema argumentó que de manera que “de ejecutarse la expulsión ciertamente transgrede el interés superior de la menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.

## **De los derechos**

20. El INDH celebra la inclusión de los derechos humanos en el proyecto de ley de migración y extranjería. Se reconocen de manera específica la igualdad de derechos y obligaciones; derechos laborales; acceso a la salud; acceso a la seguridad social y beneficios de cargo; acceso a la educación; reunificación familiar; y envío y recepción de remesas. Al mismo tiempo, el Instituto expresa su preocupación por la gradación propuesta en el articulado que distingue entre derechos de extranjeros y de extranjeros residentes, y asocia el goce de prerrogativas al grado de arraigo logrado –a partir de su propio esfuerzo y capacidad- por la persona misma. Los estándares de derechos humanos reconocen al Estado la posibilidad de diferenciación siempre y cuando esta sea razonable, objetiva, proporcional y no lesione derechos humanos.

21. En efecto, preocupa al INDH que el proyecto otorgue acceso a prestaciones de salud y seguridad social de cargo enteramente fiscal únicamente a residentes que hayan permanecido en el país por dos años en forma continua. Este plazo no está fundamentado y por tanto puede resultar arbitrario e injustificado negar a una residente legal los beneficios del pre y post natal o el acceso al beneficio de la asignación familiar a una familia migrante que tiene residencia legal y vive en condiciones de extrema pobreza sobre la base del número de años de residencia.

22. En materia de salud, a quienes tengan permanencia transitoria o irregular, el proyecto de ley garantiza acceso únicamente a atención de emergencia, mujeres embarazadas y niñas/os menores de dos años. El INDH ha podido constatar que en algunos hospitales se exige el pago de la atención en salud<sup>19</sup>, aun cuando las personas no tengan los medios para ello; se hace homologación a una consulta privada y no a una atención a persona indigente como sería el caso de un/a nacional sin recursos económicos. La distinción, en estos casos, lesiona los derechos humanos de las personas afectadas. El INDH hace presente que deben cumplirse las obligaciones que, respecto de los usuarios del sistema público de salud, establecen las leyes 18.469 (especialmente sus arts. 2º y 17) y 20.584 (art. 2º).

## **Respecto de la Trata de personas y tráfico de migrantes**

23. El acceso a la salud de las víctimas de Trata no ha sido debidamente resuelto (en la actualidad se aplican las mismas disposiciones que para las personas en permanencia transitoria o en condición migratoria irregular). Tal y como lo señalan los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, el Estado debe “cerciorarse, en asociación con las organizaciones no gubernamentales, de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a atención primaria de salud y a atención psicológica”. El INDH considera que sería altamente recomendable incorporar al proyecto de ley una norma que garantice a las víctimas de trata, independientemente de su colaboración en los procesos criminales, el acceso a programas de salud física y psicológica.

---

<sup>19</sup> Los casos conocidos por el INDH en Iquique y Colchane dan cuenta que mujeres migrantes irregulares y/o en situaciones de pobreza se han visto obligadas a firmar pagares para acceder a la atención y a la documentación que emite el centro hospitalario para la inscripción del bebe nacido.



24. Si bien el proyecto de ley otorga un permiso de residencia temporal por un mínimo de 6 meses a las víctimas de trata o solicitar residencia definitiva en casos en que estén en grave peligro su integridad física o psíquica en sus países de origen debido a las circunstancias del delito, resulta indispensable que se incorpore, como en muchos otros países, el derecho a reunificación familiar a quienes decidan permanecer en Chile.

### **Respecto de refugiados/as y solicitantes de refugio**

25. El INDH considera que la definición de refugiado contenida en el art. 1 del proyecto de ley debería ser reemplazada por la que establece la ley N° 20.430 sobre protección de refugiados (2010), pues cumple con los estándares internacionales contenidos en los instrumentos ratificados por el país. El Instituto consideró un hecho valioso la adopción de tal definición que recoge tanto la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 como la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. A efectos de garantizar la complementariedad entre las normas, y haciendo uso del principio pro persona en su interpretación, el Instituto recomienda utilizar la definición contenida en la legislación específica vigente.

26. En las definiciones que propone el proyecto de ley no se incluye a quién solicita refugio en Chile. La mayoría de las personas que lo solicitan expresan esta petición al momento de llegar al país. El INDH ha conocido varias situaciones en que personas solicitantes de refugio han sido rechazadas en frontera, con lo cual se vulnera el principio de no devolución, piedra angular de la protección que disponen los instrumentos internacionales y la propia legislación nacional. En consecuencia, el Instituto considera importante incluir al solicitante de refugio que es titular de igual protección que el refugiado mientras se tramita su petición.

27. Dada la particular situación de los/as solicitantes de refugio, el INDH considera que se deben hacer las correspondientes excepciones a las condiciones de ingreso y egreso, prohibición de ingreso e ingreso condicionado que establece el proyecto de ley, así como de aquellas disposiciones que regulan la expulsión de personas extranjeras. Es importante reiterar que los estándares de protección que rigen en Chile en razón de la ratificación de la Convención de 1951 y su Protocolo, y la propia legislación interna prohíben la denegación de ingreso a quién haya expresado su intención de solicitar refugio en el país, y que respecto del ingreso o residencia irregular, la ley 20.430 contiene disposiciones específicas a esta población.

28. El proyecto de ley establece el otorgamiento de “Residencia temporal” a los/as solicitantes de asilo (artículo 61 numeral 7., y artículo 169). Sin embargo, no especifica los plazos de esa residencia temporal, y tampoco es explícita la autorización para trabajar que ese permiso en el caso de los solicitantes de asilo conlleva. El INDH considera que el proyecto de ley debe recoger las disposiciones ya contenidas en la Ley 20.430 que establecen que mientras se da trámite a la solicitud de refugio, al o la peticionante y su familia acompañante se otorgará “una visación de residente temporario, por el plazo de ocho meses, prorrogables por períodos iguales, en la forma que determine el reglamento de la presente ley” (art. 32). Asimismo, cabe incluir que esta residencia “le permite desarrollar

cualquier labor remunerada de carácter lícito, ya sea de manera independiente o sujeto a un vínculo de dependencia”, como señala la Dirección del Trabajo.

### **Derecho a nacionalidad de los niños/as de padres/madres en situación migratoria irregular**

29. El proyecto de ley establece que el hijo/a de un extranjero transeúnte nacido en Chile que no tenga derecho a nacionalidad alguna podrá optar a la nacionalidad chilena (art. 166). A los efectos, el proyecto define como “a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición migratoria irregular”. El INDH estima que esta disposición tiene la naturaleza de una ley interpretativa de la Constitución y que, por lo mismo, su aprobación debe cumplir con el quórum requerido por la Carta fundamental.

30. El derecho a la nacionalidad forma parte de los derechos reconocidos por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 24), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 20) y de la Convención de los Derechos del Niño (art. 7), entre otros. El INDH ve con preocupación que el proyecto de ley pueda establecer una diferencia injustificada y desproporcionada entre los hijos/as de los/as extranjeros nacidos en Chile en razón de su condición migratoria. En efecto, a quienes son hijos/as de padres en condición irregular, el proyecto permite optar por la nacionalidad chilena a condición que no tenga derecho a nacionalidad alguna (art. 166, 2do párr.). Los/as hijos/as de migrantes regulares pueden optar por la nacionalidad chilena sin tener que acreditar que pueden o no acceder a otra. El INDH considera que la norma interpretativa debe ajustarse, en todo caso, al significado natural y obvio de la palabra transeúnte y al principio según, si la persona no tiene derecho a nacionalidad alguna, ella debe acceder a la nacionalidad chilena.

### **Respecto de las prohibiciones de ingreso**

31. El proyecto de ley distingue entre prohibiciones imperativas y facultativas (arts. 26 y 27). Entre las primeras se incluye a “quienes posean antecedentes acreditados de conformidad con la legislación de sus respectivos países o de la Organización Internacional de Policía Criminal...” (num. 1); y “Padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria ha determinado que constituyen causal de impedimento de ingreso a Chile” (num. 2). Entre las facultativas, “[r]ealicen o hayan realizado actos que puedan alterar las relaciones bilaterales...” (num 1); “...Hayan sido condenados en los últimos 5 años por actos que la ley chilena califique de simple delito...” (num. 2); “Registren antecedentes policiales negativos en los archivos o registros de la autoridad policial...” (num. 3). Las condiciones aquí destacadas, por imprecisión o desproporcionalidad, dejan un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad a efectos de determinar la autorización o negación del ingreso al país.

32. Entre las prohibiciones imperativas, el proyecto establece la prohibición de ingreso a los extranjeros que “[h]ayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas” (art. 26.6). Esta norma reconoce efecto inmediato a estas resoluciones. Hasta ahora se ejecutan a través decretos supremos que se publican en el Diario. Oficial. Estas sanciones muchas

veces son vulneratorias de derechos. En otras latitudes se estima que, precisamente por eso, pueden controlarse (p. ej. TJUE, caso Kadi).

### **Respecto de las medidas de expulsión**

33. El proyecto de ley establece como causales para la expulsión de personas con permanencia transitoria y residentes, e incluye varias consideraciones que la Subsecretaría del Interior tendrá en cuenta al momento de resolverlas. Entre estas, tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile (art 120 num. 5), e hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva (num. 6). Estas disposiciones constituyen un aporte a la ponderación caso a caso de las resoluciones de expulsión, tal como ha recomendado el INDH, y están en línea con sentencias de la Corte Suprema que ha revocado órdenes en tal sentido en razón de los vínculos con el país de las personas afectadas.

34. Al mismo tiempo, el INDH considera oportuno revisar las disposiciones respecto de los recursos judiciales a los que pueden acceder las personas afectadas por órdenes de expulsión. Se establece que la reclamación la podrá hacer “el afectado por dicha medida por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas contado desde la notificación de la resolución respectiva” (art. 134). La Corte fallará breve y sumariamente, en única instancia, dentro de un plazo de cinco días. La interposición del recurso suspenderá la orden de expulsión “y durante su tramitación, se mantendrá vigente la medida de privación de libertad en los casos en que hubiere sido decretada, conforme a lo dispuesto en el artículo 126” (inciso segundo). Aun cuando es positivo que los recursos estén alojados en un tribunal superior, el hecho que se trate de una instancia única sin apelación limita las posibilidades de las personas afectadas en la reclamación de la medida. En segundo lugar, el proyecto de ley no establece la obligación de poner a disposición del reclamante apoyo letrado para la interposición del recurso, aun cuando el proyecto de ley establece que este debe ser fundado. La Corte IDH ha indicado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, entendiendo que tal proceso existe cuando “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables [...] El desarrollo histórico del proceso, consecuentemente con la protección del individuo y la realización de la justicia, han traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de un abogado, que hoy figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados”<sup>20</sup>. Agrega la Corte IDH que “el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”<sup>21</sup>.

35. Preocupa además la vigencia de la privación de libertad dada la disposición propuesta: “En todo caso, el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejado en libertad, si la expulsión no se materializa, una vez transcurridos cinco días desde el inicio de la privación de

---

<sup>20</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, op. cit., párr. 121.

<sup>21</sup> Ibidem, párr. 124.

libertad. Posteriormente, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión en un plazo máximo de 48 horas” (art. 126). Aun cuando no se trata de un delito, se faculta a la autoridad administrativa la privación de libertad por un periodo de 5 días, sin poner a la personas a disposición del juez, en circunstancias que para el delito flagrante el estándar es de 48 horas máximo. No existe norma legal alguna que permita, en este caso, a las fuerzas de orden y seguridad pública o a la policía de control migratorio (según se establece en el proyecto de ley), mantener detenida a una persona por más de 24 horas sin control judicial. El artículo propuesto no se ajusta completamente a las disposiciones constitucionales sobre el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (art. 19.7 CPR), especialmente en lo que se refiere a los lugares de detención. Sobre el particular, la Corte IDH ha establecido: “[...]la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. De igual forma, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que “[t]odo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad”<sup>22</sup>.

36. Respecto de los plazos para impugnar la declaración de expulsión, el INDH estima insuficiente el rango de 48 horas. Se recomienda ampliarlo, basar su cálculo en días y respetando el artículo 25 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

### **Otros aspectos**

37. Respecto de los extranjeros habitantes de la Zona Fronteriza, el proyecto establece que “[p]odrán ingresar en calidad de Habitante de Zona Fronteriza los nacionales y Residentes definitivos de Estados que sean fronterizos con Chile y que tengan domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional, siempre y cuando residan en una zona fronteriza definida por un convenio bilateral acordado por el Ministerio de Relaciones Exteriores previa consulta al Ministerio de Defensa Nacional, y cumplan los requisitos allí establecidos”. Preocupa al INDH que esta norma pueda afectar la circulación de personas que actualmente existe en las regiones fronterizas dado que no queda claro cuáles serán los mecanismos para acreditar la nacionalidad. Se sugiere además que dicha normas se complemente con la obligación que establece el Convenio 169 de la OIT para poblaciones indígenas, en particular el artículo 32 de este tratado internacional: “Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente”.

---

<sup>22</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 107.