



Informe sobre el Proyecto de Ley que Establece una Nueva Ley de Migraciones. Boletín N° 11395-06.

Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 4 de diciembre de 2017 - Sesión Ordinaria N° 400.

I. Resumen Ejecutivo

El Proyecto de ley de Migraciones, Boletín N° 11395-06, declara como objetivos principales regular el ingreso, tránsito, residencia, permanencia y egreso del país de las personas extranjeras, en ejercicio de la soberanía del Estado y en conformidad con la legislación vigente. Declara asimismo establecer las medidas de control de acceso y salida del territorio nacional, y determinar a las autoridades competentes. Finalmente, busca fijar el mecanismo para establecer una política nacional migratoria, promoviendo una migración segura, ordenada y regular. Lo anterior, según señala el Mensaje, bajo el principio rector del respeto de los derechos humanos de todas las personas extranjeras que ingresan a Chile.

La presenta minuta contrasta el proyecto de ley con los estándares internacionales de derechos humanos a los que el Estado de Chile se ha obligado en los últimos 60 años. Se verá que, aún cuando la mayoría de estos estándares están recogidos en el proyecto, no siempre son consistentes con el articulado y los procedimientos de obtención de la residencia, con el acceso y goce de los derechos sociales y con el sistema sancionatorio. Se verá también que el proyecto no introduce cambios significativos en la institucionalidad migratoria ni en los órganos de control fronterizo, manteniendo un modelo administrativo que no está siendo eficiente para enfrentar los nuevos desafíos que presentan los crecientes flujos migratorios.

II. Introducción

El 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes** donde se reconoce “el compromiso de los países de proteger la seguridad, la dignidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual fuere su estatus migratorio, en todo momento”. Con esta declaración se inició un proceso de negociaciones intergubernamentales que culminará con la aprobación de un **Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular** y otro Pacto Mundial sobre Refugiados en septiembre de 2018. Este marco internacional, en el cual se discute una nueva legislación migratoria para Chile, señala con claridad que los derechos y libertades de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas son incondicionales y no dependen, en ningún caso, de su situación migratoria.

En un contexto global en el que crecen los movimientos de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo, Chile se ha convertido en un país de acogida de personas provenientes de América Latina y el Caribe. Si bien al momento de redacción del presente informe no se cuenta con cifras exactas, es probable que los resultados del censo 2017 arrojen que, a abril de dicho año el número de extranjeros en Chile ascendería a más de 600.000¹ personas, siendo los flujos de nacionales venezolanos y haitianos los que más han crecido en los últimos dos años.

Si bien el año 2010 se aprobó la Ley Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados/as, donde el concepto de refugiados/as es incluso más amplio que el establecido en la propia Convención, se han presentado problemas en su aplicación o por las dificultades para pedir refugio como por la falta de conocimiento de los funcionarios públicos de los pasos fronterizos. A esto se suma que Chile cuenta con la legislación migratoria más antigua de América Latina, habiendo sido el DL 1094 de 1975, elaborado bajo la perspectiva de la seguridad interior del Estado.

Hacia finales de su gobierno, el Presidente Piñera ingresó al Congreso un proyecto de ley de migraciones que fue ampliamente criticado por las organizaciones de la sociedad civil, la academia y algunos organismos internacionales por carecer de un enfoque de derechos y enfatizar un enfoque instrumental.

El actual gobierno con fecha de Agosto del 2017 ingresa al parlamento un nuevo proyecto de Ley de Nueva Ley de Migraciones boletín N ° 11395-06 el cual tiene como objetivo, modernizar la normativa migratoria vigente hacia una que promueva una migración segura, ordenada y regular. Se busca regular el ingreso, tránsito, residencia, permanencia y egreso del país de las y los extranjeros, en ejercicio de la soberanía que ejercen el Estado, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por último tiene por objeto establecer un Sistema Nacional Migratorio como un conjunto armónico institucional destinado a la observación del fenómeno migratorio, al diseño de políticas públicas migratorias y a la implementación de las mismas conforme los estándares propios de un estado democrático de derecho.

¹ Contrastando varias fuentes: CASEN 2015, cifras de ingreso y egreso del país que mantiene la Policía de Investigaciones, solicitudes de visas al Departamento de Extranjería y Migración, entre otras.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre derechos de personas migrantes que Chile ha ratificado consagran los estándares que deben estar presentes en el proyecto de ley de migraciones². Esos principios son (1) el derecho al libre tránsito y migración, (2) el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, (3) el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia, (4) el derecho a la reunificación familiar y a la protección de la familia, (5) el derecho a la nacionalidad y a la identidad, (6) el principio del interés superior del niño, (7) el principio de no criminalización de la migración irregular, (8) el respeto del principio de no devolución, (9) el derecho de acceso a la información y (10) el reconocimiento del principio *pro homine*.

Esta minuta está orientada a contrastar tales estándares, principios y derechos con el articulado del proyecto de ley de migraciones para evaluar en qué medida el proyecto cumple con las obligaciones que el Estado de Chile ha adquirido en materia de derechos humanos.

Si bien las garantías y derechos fundamentales aparecen consagradas en el Título I, se perciben algunas contradicciones entre tales principios y el articulado. Así, el enfoque transversal de derechos humanos que debiera informar todo el proyecto se encuentra debilitado en parte significativa de su contenido. Al mismo tiempo, se constatan inconsistencias entre las perspectivas de seguridad, control y soberanía que exhibe el proyecto y el Instructivo Presidencial N° 5 sobre Lineamientos e Instructivos para la Política Nacional Migratoria del 6 de noviembre de 2015 que recoge como ejes de la política migratoria el enfoque transversal de derechos humanos, el enfoque transversal de género, entre otros.

² Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Convención Internacional de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

III. Observaciones al Proyecto de Ley

1. ***Sobre el derecho a migrar.*** El proyecto reconoce el derecho humano a migrar, derecho consagrado en varios de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Chile tales como como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. El artículo 3 del proyecto de ley se refiere al ámbito de aplicación del mismo. Es conveniente que se especifique al utilizarse la expresión “contribución al desarrollo nacional” que se debe tratar del “desarrollo social, económico y cultural del país”, de modo que este sea entendido desde una perspectiva integral, no circunscrita a su variante meramente económica.

Respecto de la invocación a la “soberanía y seguridad del país”, cabe recordar que tal como lo establece el artículo 5 de la Constitución Política de Chile el límite a la soberanía está en el respeto a los derechos de las personas. El artículo 12 del proyecto reconoce el derecho a la libertad de tránsito y migración. Sin embargo, más que un reconocimiento del mismo, parece una limitación, al oponer como límites la seguridad nacional y otros criterios. Una más adecuada definición del derecho a migrar aparece en el artículo 4 de la ley de migraciones de la República Argentina, que versa: “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. No se opone en aquella ley ningún límite a este derecho.

2. ***Sobre el derecho a la nacionalidad³.*** El proyecto no habla del derecho a la nacionalidad. Si bien el principio del *ius solis* está contenido en la Constitución⁴, es opinión del INDH que el proyecto debiera señalar que le será reconocida de oficio la nacionalidad chilena a todas las personas nacidas en su territorio, con total prescindencia de la situación migratoria de sus padres, saldando así la deuda con aquellas personas nacidas en Chile a quienes históricamente les fue negada su nacionalidad en razón de la situación migratoria de sus padres.

El no reconocimiento de la nacionalidad puede configurar apatridia, situando a la persona apátrida en una situación de extrema exclusión social. Una persona apátrida es aquella que no es reconocida como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen el deber de “identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida”⁶.

El Comité de los Derechos del Niño le sugirió al Estado de Chile que “revise y enmiende su legislación para que todos los niños nacidos en su territorio, que de otra manera serían

³ Artículo 20 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

⁴ Cfr. Artículo 10 N°1 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁵ Cfr. Convención 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, Artículo 1. Proyecto de Acuerdo para su aprobación, ingresado a la Cámara de Diputados el pasado 12/9/2017. Boletín N° 11435-10.

⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, párr.94.

apátridas, puedan adquirir la nacionalidad chilena en el momento de su nacimiento, independientemente de la condición de inmigrantes de sus padres”⁷.

3. ***Sobre el respeto del principio de no devolución***⁸. El proyecto de ley de migraciones es explícito en hacer referencia a la supletoriedad que debe tener ésta con la ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre la protección de refugiados. Sin embargo, sería deseable que el proyecto incorpore explícitamente a este principio dentro del Párrafo 1° sobre principios generales. Ello, dado que el principio de no devolución ha ido evolucionando hasta convertirse en un principio general del derecho que regula la migración, recogido en diversas convenciones. Así por ejemplo, el artículo 22 N° 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “en ningún caso un 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”. Es decir, este instrumento amplía el principio de no devolución más allá de las personas solicitantes de asilo o refugiados a cualquier migrante cuya integridad física o psíquica esté amenazada.

Este principio es de suma importancia a considerar al momento en que la administración valore y decida sobre la imposición de una medida de expulsión del territorio, por cuanto si se toma la decisión sin considerar el principio, eventualmente se podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. La concreción del principio de no devolución implica no expulsar sólo al país donde el afectado podría sufrir persecución.

4. ***Sobre la promoción de la regularización migratoria***. El artículo 7 del proyecto de ley señala que el Estado promoverá la regularidad migratoria. Esta declaración puede ser inconsistente con las categorías migratorias establecidas en el Título II. Ello ocurriría si por la vía del Reglamento, una visa por motivos laborales sigue estando supeditada al hecho de obtener un contrato. Porque ello desconocería que el 75%⁹ de las personas que migran a Chile lo hacen para buscar trabajo. Seguir vinculando la regularidad migratoria al hecho de contar con un contrato implica seguir fomentando la irregularidad migratoria estructural, ya que se produce un círculo vicioso. En los hechos, visas que no reconocen la realidad migratoria de un país terminan fomentando vicios como la venta de contratos falsos e impidiendo la regularización migratoria de las personas, condenando a un migrante a trabajar informalmente, arrendar informalmente y sufrir varias otras vulneraciones de sus derechos. Aún cuando el proyecto de ley establece la promoción de la regularización migratoria como principio fundamental, las categorías migratorias –esto es, las visas– son

⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile CRC/C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015 párr. 33.

⁸ El principio de no devolución se encuentra consagrado en el Art. 33.1 (1) de la Convención de Viena sobre el Estatuto de los Refugiados; Art. 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y el Art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes.

⁹ De acuerdo con la CASEN 2015 el 75% de la población migrante en Chile tiene entre 15 y 59 años, es decir, en edad laboral. Ello es frecuentemente interpretado por los especialistas de que se trata de migrantes que vienen a Chile con expectativas laborales. http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/casen_nmigrantes_2015.pdf

demasiados los aspectos regulatorios que se entregan al futuro Reglamento. Preocupa al INDH que las determinaciones finales de los requisitos para obtener una visa de residencia temporal sean fijados por reglamento y no por esta ley, porque tan importante materia que fija los requisitos para el ejercicio de un derecho humano queda supeditada, finalmente, a los vaivenes políticos de los gobiernos de turno. Hoy, en los hechos, el goce efectivo de los derechos de las personas migrantes está supeditado al hecho de tener un contrato y un RUN en el caso de los adultos y de una matrícula en una escuela en el caso de los niños.

El INDH considera de suma importancia el que los extranjeros puedan cambiar en Chile su categoría migratoria, como una manera de crear las condiciones para la regularidad migratoria. En ese sentido, el artículo 39 del proyecto de ley debiese ser más explícito en el reconocimiento de dicha posibilidad, para los titulares de toda clase de permisos.

El artículo 41 reconoce la posibilidad de una visa humanitaria. Es importante que se reconozca que esta visa se puede otorgar a personas que no reúnan los requisitos para optar a la residencia temporal por otra vía y que no puedan ser reconocidos como refugiados.

El artículo 57 establece el procedimiento para solicitar los distintos tipos de residencia. Deben establecerse por ley los requisitos específicos para la obtención de las visas, de modo de evitar la discrecionalidad que permite la ley actual y que de hecho ocurre en los procesos de obtención de visas en Extranjería. Muchos de los abusos y maltratos, así como la duplicación de trámites y las largas filas en el Departamento de Extranjería y Migración – en adelante, DEM - tienen relación con la discrecionalidad con que cuenta dicho servicio para solicitar requisitos no establecidos por la ley.

En el artículo 63 *sobre pago de derechos por solicitudes* de permisos, prórrogas y cambios es necesario señalar que el monto de una visa no puede ser tan gravoso que termine por fomentar la irregularidad migratoria. En el esquema actual, ello se deriva de la estricta aplicación del principio de reciprocidad internacional, lo que en casos calificados debiese ser reemplazado por otra clase de criterios, como por ejemplo, la situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentran los migrantes provenientes de determinados países.

En relación a lo establecido en el artículo 73 *sobre reconducción*, ella queda establecida bajo toda circunstancia como responsabilidad del transportista. Esto presenta problemas cuando una persona no es admitida al territorio del Estado sin razones claramente establecidas en la ley y su reglamento. Las empresas de transportes comienzan a discriminar por nacionalidad, como ha ocurrido con las empresas de taxis que hacen el recorrido Tacna - Arica, que se han negado a llevar nacionales colombianos por temor a tener que devolverlos a Tacna y perder el viaje.

5. ***Sobre el principio de la reunificación familiar.*** El artículo 18 reconoce el principio de la reunificación familiar. Pero solo entre padres, hijos y cónyuges o convivientes. Resulta grave la omisión a la reunificación entre hermanos. Además, tal como lo señaló la Corte

Interamericana en el fallo Atala, se deberá entender a la familia en un sentido amplio.¹⁰ Es decir, además de ascendientes, descendientes y cónyuges o convivientes, se deberá reconocer el derecho a la reunificación familiar de personas del mismo sexo, así como otros vínculos que sean de importancia, con independencia del lazo sanguíneo. Finalmente, la ley debiera consignar la vía específica por la cual se concreta la reunificación. O sea, a través de qué visa.

6. ***Sobre el principio del interés superior del niño:*** El INDH valora que el proyecto elimine cualquier tipo de sanción contra niños, niñas o adolescentes. El proyecto de ley establece procedimientos diferenciados para la protección en frontera de niños, niñas y adolescentes, siendo coherente así con el principio del interés superior del niño. No sucede lo propio, sin embargo, con personas que señalan ser víctimas de alguna vulneración de sus derechos humanos o para las personas que señalan haber sido víctimas de violencia de género. A su vez, el proyecto de ley no considera que los niños, cuando son de alguna manera afectados por una medida de expulsión, deban ser oídos en el procedimiento, contraviniendo así el derecho básico a ser oído que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12¹¹. En las decisiones que se adopten debe primar siempre el interés superior del niño, según el artículo 3 de la misma Convención.¹² Es decir, una medida de expulsión debe ser revocada cuando la persona afectada tiene hijos en Chile.
7. ***Sobre el principio de igualdad ante la ley y el de no discriminación:*** Siendo coherente con tratados internacionales como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, el proyecto de ley debiera reconocer el derecho de las personas migrantes a acceder a la salud, educación, trabajo, seguridad social y vivienda adecuada. Veremos en el análisis de algunos artículos cómo se incumplen algunas de las obligaciones contraídas por el Estado de Chile.

El artículo 13 promueve el derecho a la salud para todas las personas en situación migratoria regular y para las personas en situación irregular en caso de urgencia vital, atención de niñas y niños y en caso de embarazo. Se trata de un artículo regresivo y que implica un retroceso respecto de lo establecido en el Decreto 67 del Ministerio de Salud publicado el 10/03/2016 que modifica el Decreto 110 de 2004¹³ y que señala que una

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 142: “La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

¹² Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

¹³ Ver también el Instructivo Presidencial n°5 sobre Lineamientos e Instructivos para la Política Nacional Migratoria del 6 de noviembre de 2015.

persona migrante en situación irregular que suscribe un documento declarando su carencia de recursos puede afiliarse a Fonasa A y recibir atención gratuita de salud. Este decreto es coherente con el derecho internacional donde se establece que los derechos (fundamentales y sociales) no dependen de la situación migratoria de una persona¹⁴.

El artículo 14 asegura el derecho a la educación. De acuerdo con el Sistema de Información General de Estudiantes (SIGE) del Ministerio del Interior, a marzo de 2017 había en Chile poco más de 76.000 niños migrantes matriculados en las escuelas. De ellos, 32.000 estaban en situación irregular¹⁵. El 26 de julio la Presidenta de la República anunció el plan de creación de una nueva visa gratuita para niños, niñas y adolescentes. Gracias a este plan, a la fecha han sido regularizados 12.311 niños, o sea, el 40%.¹⁶ Si bien este plan constituye un enorme avance, se debe asegurar que cualquier niño, por el solo hecho de serlo y con independencia absoluta de la situación migratoria, económica o judicial de sus padres, debe recibir, al avocindarse en Chile, una visa de renovación automática que le habilite para vivir regularmente en Chile y ejercer y gozar tanto del derecho a la educación como de todos los otros derechos que le corresponden. Es opinión del INDH que una visa de estas características debe estar consagrada en la ley y no sólo en el reglamento y debe ser independiente de la matrícula en una escuela. El programa “Chile te Recibe”, del Plan de Atención a Migrantes del Ministerio del Interior¹⁷, no contempla la regularización migratoria de niños que han ingresado irregularmente al territorio del Estado lo que, a juicio del INDH, constituye una vulneración de los principios del interés superior del niño, de no discriminación y de regularización migratoria.

Los artículos 15 y 16 reconocen el principio de igualdad en materia de derechos laborales y de seguridad social. Cabe recordar que la Observación General N° 2 sobre los “Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y sus familiares”¹⁸, establece que las normas laborales internacionales aprobadas por la OIT son aplicables incluso a los trabajadores en situación irregular. Un trabajador en situación irregular goza del derecho a la huelga, sindicalización, a acudir a la Dirección del Trabajo, etc. Además, se deben elaborar los contratos en el idioma que los trabajadores entiendan. Son todas normas a las que el Estado de Chile se ha obligado al ratificar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

8. ***Sobre el ingreso y egreso del territorio del Estado.*** El artículo 25 del proyecto establece la posibilidad de una visa consular, medida que ya existe en la actual legislación¹⁹. Se alude

¹⁴ Cfr. Convención de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares; Convención de los derechos del niño; Constitución Política de la República de Chile.

¹⁵ <http://www.planmigrantes.gov.cl/noticias/jefa-de-estado-queremos-que-hayan-nacido-en-chile-o-no-todos-los-ninos-y-ninas-tengan-los-mismos-derechos/>

¹⁶ <http://www.planmigrantes.gov.cl/noticias/12311-ninos-ninas-y-adolescentes-extranjeros-ya-regularizaron-su-situacion-migratoria-en-chile/>

¹⁷ “Chile Te Recibe”, Plan de Atención a Migrantes del Ministerio del Interior, disponible en <http://www.planmigrantes.gob.cl/> (accedido por última vez el 29 de noviembre de 2017).

¹⁸ Observación del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares del 28 de agosto de 2013 sobre la Convención del mismo nombre.

http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/GC/CMW-C-GC-2_sp.pdf

¹⁹ En la actual legislación el visto consular se presenta como una excepción al procedimiento de ingreso de la generalidad de los extranjeros al país, reconociéndose diversas fuentes en el origen: (a) Decreto Supremo: el cual tendría que explicar cuáles son las razones de interés nacional y los motivos de reciprocidad internacional que

al “interés nacional”, concepto jurídico indeterminado y vago que puede resultar peligroso porque queda abierto a que el Estado decida imponer una visa a ciudadanos de estados cuya migración se decide limitar, restringiendo el derecho a la libertad de tránsito. La imposición de una visa consular debiese ser el resultado de una intersectorial decisión fundada, en la cual se consideren distintos criterios. Del mismo modo, en cualquier caso el establecimiento de una visa consular debe tener presente la modernización y el aumento de las capacidades de los consulados chilenos en el extranjero, hoy incapaces de tramitar eficazmente los requerimientos de visados. La visa consular, siendo parte de la Política Migratoria, debiera ser aprobada por el Comité de Política Migratoria, además de llevar la firma del Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro del Interior y el Presidente de la República.

El artículo 28 sobre “Habitante de zona fronteriza” debiera considerar alguna habilitación para las personas que vienen a trabajar. Eso reduciría las altas tasas de trabajo informal de nacionales bolivianos en los valles de Azapa y Lluta y en las quebradas de Tarapacá, por ejemplo. Reduciría las altas tasas de trabajo informal de nacionales peruanos en Arica y permitiría el comercio transfronterizo de manera legal en ferias como la de Pisiga - Colchane en el Altiplano²⁰. Se trata de reconocer y formalizar realidades existentes y que, desconocidas por la ley, aumentan la informalidad laboral con las consecuencias negativas que ello tiene para los trabajadores migratorios y para las condiciones laborales y salariales de los trabajadores chilenos.

El artículo 32 señala las *causales imperativas* para prohibir el ingreso al territorio del Estado. En el número 4 se prohíbe el ingreso a personas que se les hubiere impuesto como medida una orden de abandono. Parece una medida excesivamente restrictiva. Hoy, muchos nacionales haitianos y venezolanos han recibido órdenes de abandono por mostrar contratos falsos a la hora de solicitar una visa; muchos de ellos han sido engañados al obtenerlos. Prohibir el ingreso por orden de abandono podría contravenir, en muchos de estos casos, el principio de la reunificación familiar, del interés superior del niño, de la regularización migratoria y de la no criminalización de la migración irregular. Una vez pagada la multa correspondiente, se debe dejar sin efecto la prohibición de ingreso. Por otro lado, en el número 5 del artículo 32 se prohíbe el ingreso personas que tuvieren procesos penales pendientes, contraviniendo con ello el principio de la presunción de inocencia. Además, resulta preocupante la norma del artículo 32 N° 3 del proyecto, ya que fomenta el mejor de los escenarios para que los traficantes de personas realicen su negocio. Actualmente no existe esta prohibición de ingreso, los extranjeros que son rechazados en frontera al no calificar como turistas según PDI, reúnen dinero e intentan ingresar nuevamente al territorio para calificar como turistas. Con la nueva norma del proyecto las personas no van a poder ingresar y su única posibilidad para hacerlo será de manera clandestina, contratando - en la mayoría de los casos- a traficantes de personas. El INDH considera que esta norma debiera ser eliminada, por las verdaderas consecuencias de su

justifican la exigencia de visto consular o registro previo de pasaporte; (b) Acuerdos Internacionales: permiten la imposición de modalidades y requisitos respecto al ingreso de turistas al país; (c) Reglamento de Extranjería: que establece que a los nacionales de países con los cuales no se mantengan relaciones diplomáticas, se exigirá visto consular o registro de pasaportes.

²⁰ Cfr. Rojas, Nicolás; Vicuña, José Tomas. Editores. “Migración y Trabajo. Estudio y propuestas para la inclusión sociolaboral de migrantes en Arica”. Ediciones Universidad Alberto Hurtado. 2014

implementación y por la presión que generará en la frontera la existencia de este tipo de prohibiciones de ingreso. El flujo migratorio resulta imposible de contener con este tipo de normas.

El artículo 33 versa sobre las *causales facultativas* por las cuales puede impedirse el ingreso al territorio del Estado. Las causales deben estar estrictamente enumeradas para evitar arbitrariedades en la frontera. El artículo presenta los siguientes problemas: (a) Es cuestionable negar el ingreso por “registrar antecedentes policiales”, porque se vulnera el principio de inocencia y mantiene el enfoque de seguridad de la actual ley. Además, estos antecedentes pueden consistir en faltas muy menores, como comercio ambulante, con lo cual la prohibición resulta desproporcionada; (b) Si bien se establecen las causas por las cuales se puede denegar el ingreso al territorio del Estado, queda muy abierto el caso de personas que hayan cometido un delito, hayan sido juzgadas y hayan cumplido condena. No parece razonable negar el ingreso a personas que hayan cumplido su condena ya que se vulnera el principio de resocialización de la misma; (c) El número 4 profundiza la discrecionalidad bajo un mecanismo errado como el decreto supremo.

9. ***Sobre el derecho a la información.*** El artículo 6 reconoce el derecho a la información, pero de forma muy general. Las personas extranjeras deberán recibir información sobre sus derechos, obligaciones y sobre las alternativas para regularizar su situación migratoria, en los puntos de ingreso al país y en los servicios públicos correspondientes. Y en un idioma que puedan entender. Es deseable que la norma explicita que la información deberá alcanzar al sistema de recursos que asiste a la persona migrante y la forma de ejercerlos.
10. ***Sobre el principio de no criminalización de la migración irregular.*** El artículo 9 señala que la migración irregular no es en sí misma constitutiva de delito, haciéndose cargo del principio de no criminalización de la migración irregular. Sin embargo, esta declaración es puesta en entredicho por el artículo 103, que establece la expulsión incluso para quien se encuentra en situación irregular por vencimiento del permiso de turismo. Aquí, el enfoque de derechos expresado en la parte declarativa de la ley, no se verifica en la proporcionalidad de la sanción a aplicar.

Además, el proyecto resulta ser regresivo y establece sanciones desproporcionadas respecto a la irregularidad migratoria, ya que actualmente, el artículo 71 del DL 1094 permite frente a la existencia de irregularidad -en el caso de turistas que permanecen en el país más allá de lo que señala su permiso- la imposición desde una multa hasta la expulsión, es decir, la autoridad tiene un margen para actuar y no derechamente -sin criterio de razonabilidad o proporcionalidad- establecer la necesidad de una expulsión del territorio nacional como sanción a la migración irregular

11. ***Sobre la migración segura.*** El artículo 8 promueve la migración segura. No basta sólo con perseguir a los autores de los delitos de trata y tráfico ilícito de personas. El Estado de Chile ha ratificado 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 del año 2000, que establece que las personas traficadas son víctimas - artículo 15 - y sujetos de derechos gravemente vulnerados. A su vez, ese instrumento señala que Estado se compromete a proteger a esas personas, en su artículo 16 sobre medidas de protección y asistencia. Tal protección, en opinión del INDH, implica

facilitar la regularización migratoria de todas las personas víctimas de tráfico de modo de no condenarlas a la irregularidad y la informalidad. Los principios recogidos en este artículo deben concretarse en las categorías migratorias, tal como lo hace el proyecto en su artículo 42, reconociendo la regularización migratoria de las personas víctimas de trata.

12. **Sobre el respeto al debido proceso y las garantías procesales.** El artículo 17 consagra el respeto a las normas del debido proceso. Una ley con enfoque de derechos debe consagrar garantías y mecanismos procesales que aseguren la efectividad de los derechos en caso que sean vulnerados.

Las causales que dan lugar a la expulsión administrativa del país deben estar taxativamente enumeradas en el proyecto de ley, de modo de reducir ámbitos de discrecionalidad y arbitrariedad. Ello ocurre con el artículo 103 N° 3 del proyecto de ley, sin embargo, ello se efectúa de manera demasiado amplia. Por ejemplo, por permanecer en Chile luego de expirado el permiso de turismo. Además de inviable, la sobreestadía no constituye más que una falta administrativa.

El Proyecto de ley cumple con varias de las garantías fundamentales del debido proceso: el procedimiento administrativo prevé una instancia donde la persona afectada puede ser oída, puede oponer pruebas y presentar los motivos por los cuales debe revocarse la medida. Sin embargo, el proceso no hace referencia al derecho de las personas afectadas de expresarse en su idioma, y de contar con interpretes autorizados para estos efectos. Se trata de una situación que dada la demografía de la migración haitiana en particular, resulta fundamental considerar. Además, resulta problemático establecer como última instancia una apelación a las Cortes de Apelaciones respectivas, eliminando el recurso a la Corte Suprema, ya que se afecta con ello la existencia de un control jurisdiccional de segundo grado y con ello, el derecho a recursos efectivos.

El artículo 97 sobre exención de sanción a las víctimas del delito de trata de personas está dentro del Título V sobre Infracciones y Sanciones Migratorias. Como se dijo anteriormente, es opinión del INDH promover que la exención de sanciones a las víctimas de trata se extienda también a las víctimas de tráfico ilícito de personas, dada la vulnerabilidad extrema en que se encuentran, dado que han sido víctimas de un delito y dado que la realidad nacional muestra que el número de personas afectadas por el delito de tráfico es mayor a las afectadas por la trata.

13. **Sobre las expulsiones.** En el artículo 99 del proyecto, sobre la definición de la expulsión, se debe especificar que la devolución se debe hacer al país de origen de la persona. En el artículo 103 se establecen las causales de expulsión. Aparecen como demasiado amplias y con excesivo margen para la discrecionalidad. Además, no hay una distinción entre la gravedad de las causales. Hay situaciones en que la expulsión resulta desproporcionada, como el caso de una expulsión por vencimiento del permiso de turismo o por haber sido sorprendido realizando una actividad remunerada con permiso de turista. En estos casos el INDH considera que la persona debe ser avisada e invitada a regularizar su situación migratoria previo a una expulsión.

El artículo debiera considerar excepciones a la expulsión cuando una persona ha expresado temor de regresar a su país de origen porque su integridad física o psíquica está amenazada, como sería el caso de una persona que podría verse expuesta a tortura en su país de origen. Se trata de incorporar el principio de no devolución contenido en una serie de instrumentos internacionales, como la Convención contra la Tortura²¹, cuyo objetivo principal es la protección de la vida de las personas en movimiento.

El artículo 107 elimina el trámite de toma de razón por parte de la Contraloría. Preocupa esta omisión toda vez que cuando un acto puede afectar garantías constitucionales debe pasar por la toma de razón por parte de la Contraloría de modo de revisar la legalidad de una expulsión.

En el artículo 123 se establece la posibilidad de una reclamación jurisdiccional y se introduce una novedad respecto del procedimiento actual. La Corte de Apelaciones respectiva es la única instancia de reclamación. Si bien es una medida razonable en términos de economía procesal, dada la disparidad de criterios con que suelen fallar las Cortes de Apelaciones se pierde el ejercicio unificador que hace a la fecha la Corte Suprema cuando se recurre de amparo. La Segunda Sala de la Corte Suprema ha venido fallando a favor de migrantes que van a ser expulsados cuando ellos tienen algún vínculo con chileno, tienen hijos o familia en Chile. En ese sentido, los fallos sistemáticos y consistentes de la Corte Suprema en esta materia han venido creando política migratoria en Chile. Recurrir de amparo en segunda instancia a la Corte Suprema sería menos necesario si contáramos con una ley suficientemente garantista que ayude a los jueces a aplicarla de forma correcta.

En otro orden de ideas, el proyecto no consagra el derecho a la información sobre asistencia consular, en el sentido que los extranjeros que se encuentran en este tipo de situaciones, deben ser informados sin demora de su derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su país de origen al momento de la notificación de la expulsión. Lo anterior, de conformidad a lo señalado en la Opinión Consultiva N° 16/99 de la CIDH, sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso²².

Finalmente, el artículo 137 del proyecto establece una serie de medidas administrativas de control que podría adoptar Policía de Investigaciones de Chile en cumplimiento de su función de control migratorio, respecto de personas extranjeras infractores. Si bien el artículo 138 establece la obligación de comunicabilidad de estas medidas a la autoridad migratoria y los antecedentes relacionados con la infracción, resulta necesario, en opinión del INDH, el de sujetar dichas medidas a un control jurisdiccional, tal como lo establece el artículo 110 del proyecto para el caso de la privación o restricción de libertad de las expulsiones que no se concretan dentro del plazo del artículo 109. En este entendido, dado que estas medidas cautelares poseen una naturaleza sui generis, ya que no presentan ribetes

²¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 3.1: “Ningún Estado Parte procederá 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.”

²² Art. 36 sobre Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

penales propiamente tales, quizás lo óptimo sería comenzar, en opinión del INDH, una discusión en torno al establecimiento de una justicia migratoria especializada.

14. ***Sobre la institucionalidad.*** El proyecto de ley mantiene básicamente la misma institucionalidad existente hasta hoy. Hay bastante consenso en organismos de la sociedad civil y en las comunidades de migrantes acerca de la necesidad de mejorar la institucionalidad migratoria. Se requiere de un organismo que, además conducir las tareas de gestión de la residencia que hoy realiza el DEM, sea capaz de llevar adelante una coordinación interministerial, intersectorial y descentralizada de la política migratoria. Que vele por el cumplimiento de la ley de migraciones y por la promoción y la protección de la dignidad y los derechos de las personas que migran a Chile. En el mejor escenario, se trataría de una institución dotada de autonomía, patrimonio propio, con personalidad jurídica propia, desconcentrada territorialmente, descentralizada y directamente subordinada a la Presidencia mediante el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Un Servicio Nacional de Migraciones podría terminar con la desarticulación que existe en el Estado en materia migratoria, poniendo fin a situaciones que no se explican razonablemente, como que los trámites migratorios en regiones dependen de las gobernaciones, las que a su vez dependen del jefe de la División de Gobierno Interior, mientras que los trámites en la Región Metropolitana dependen del DEM. Es decir, dos autoridades responsables de un mismo asunto. Dicho Servicio, además, de conformidad con la Ley 20.500 sobre participación ciudadana, debería considerar una instancia que asegure la participación de sociedad civil y organizaciones de migrantes de modo que esta pueda ser escuchada en la definición de políticas que les conciernen.

Debiera considerarse a su vez la participación de representantes de la sociedad civil en este organismo, de modo de enriquecer y complementar la gobernanza de las migraciones.

15. ***Sobre la autoridad de control migratorio.*** El artículo 135 establece que le corresponderá a la Policía de Investigaciones ejercer el control migratorio de ingreso y egreso al territorio del Estado. Aún cuando en el artículo 136 se señala que sujetará estrictamente su actuar al mandato del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, resulta preocupante que este proyecto de ley vuelva a otorgar ámbitos amplios de discrecionalidad en frontera. Uno de los principales problemas que exhibe el actual DL 1094 radica en la discrecionalidad que otorga a la PDI en frontera. Eso se ha traducido en discriminación y rechazo arbitrario en el ingreso, en particular a nacionales colombianos afrodescendientes según pudo constatar el INDH en su Misión de Observación a la Frontera de Chacalluta, ya referida. A su vez, los rechazos arbitrarios dejan varadas a las personas en frontera, siendo cooptadas por las crecientes redes de tráfico ilícito de personas. Tanto es así, que una comunidad de religiosas mantiene en Pisiga (en la frontera altiplánica de Bolivia con Chile) un albergue para recibir a mujeres colombianas afrodescendientes rechazadas en la frontera chilena.
16. Es opinión del INDH que, para asegurar la promoción y la protección de los derechos de las personas que migran a Chile debiera considerarse una institución distinta a la Policía de Investigaciones a cargo del control fronterizo, de modo de promover un enfoque de derechos en vez de uno policial en frontera. En la institucionalidad comparada, se ha visto que resultan exitosas las experiencias de organismos no policiales a cargo del control fronterizo como es el caso de la Superintendencia de Migraciones del Perú y funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores en Colombia.

17. Seguridad social: En los artículos 15 y 16 se reconoce el principio de igualdad en materia de derechos laborales y de seguridad social, pero no profundiza por ejemplo en los fondos de la AFP de las personas migrantes. Se debiese establecer como parte del respeto al derecho a la seguridad social, que las personas migrantes que dejan el país puedan llevarse sus fondos de pensiones a sus países de origen, independiente de su situación migratoria, su procedencia, título o nacionalidad. En la actualidad, sólo los profesionales, de ciertos países que tienen convenio bilateral pueden llevarse los fondos, y no todos.
18. Mujeres migrantes: El proyecto de ley no hace alusión a la situación de las mujeres migrantes, ni a las necesidades, discriminación y vulneraciones que sufren por su particular situación de vulnerabilidad. Las mujeres migrantes sufren doble discriminación, por ser mujeres y migrantes. Por ello debería consignarse en la ley, más explícitamente, que las mujeres migrantes tengan acceso a todas las instituciones y mecanismos que reguarden su bienestar, así como también que se respeten sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
19. Migrantes chilenos en el exterior. Se estima que existe un millón de chilenos en el exterior. La Ley no se refiere a su realidad y derechos. Podría incorporar un acápite referido a su realidad y a la protección de sus derechos.

IV. Conclusiones

1. El INDH valora que la Presidenta de la República haya presentado al Congreso un proyecto de ley de migraciones que sustituya el DL 1094. Valora también que dicho proyecto recoja parte importante de los estándares contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado de Chile ha ratificado en los últimos 60 años. Sin embargo, le preocupan aquellas inconsistencias entre el enfoque transversal de derechos humanos propuesto en el Título I de la ley y aquellas normas que favorecen la seguridad interior del Estado por sobre los derechos fundamentales de las personas migrantes.
2. En particular preocupa la regresividad en materia de acceso a la salud, la discrecionalidad que mantiene el proyecto respecto del actuar de la Policía de Investigaciones en la Frontera y del DEM en el otorgamiento de visados.
3. Preocupa que no se reconozca explícitamente el derecho a la nacionalidad, especialmente dado que este fue negado por más de 20 años a niños nacidos en Chile hijos de padres en situación migratoria irregular.
4. El proyecto de ley mantiene formas de discrecionalidad que limitan el derecho a migrar, que dificultan y no favorecen la regularización migratoria como criterio rector de una política migratoria. Tal es el caso de dejar al futuro Reglamento una cantidad y diversidad demasiado amplia de asuntos.
5. Preocupa también que se mantengan formas escasamente fundadas para establecer visas consulares, lo que debiese ser de carácter excepcional y fruto de un análisis multisectorial, en el Consejo de Política Migratoria.
6. En opinión del INDH se debe revisar la autoridad de control migratorio de modo de pasar de un régimen policial a uno de enfoque de derechos, disminuyendo así la discrecionalidad y arbitrariedad en el ingreso al territorio del Estado.
7. El proyecto de ley debiera incluir procedimientos claros de protección para los casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados que deseen ingresar al país, de modo tal que se asegure su referencia a los organismos encargados de velar por su protección y cuidado.
8. Las causales que dan lugar a la expulsión parecen demasiado amplias y, como se ha dicho, en algunos casos excesivas y no proporcionales a la falta. Tales causales deben ser taxativa y claramente consignadas en el proyecto de ley de modo de evitar arbitrariedades.
9. Preocupa que la última instancia de reclamación judicial sean las Cortes de Apelaciones y se elimine el recurso a la Corte Suprema. En particular, por la importancia que esta corte ha jugado unificando criterios judiciales que recogen principios fundamentales como la reunificación familiar y el interés superior del niño como estándares superiores a las razones que dan lugar a algunas expulsiones.
10. Se deber reforzar la institucionalidad migratoria, respecto de la cual el proyecto de ley prácticamente no introduce innovaciones significativas al DL 1094. En especial, se

propone la creación de un Servicio Nacional de Migraciones dotado de autonomía, personalidad jurídica propia, desconcentrado territorialmente, descentralizado, cuya Dirección sea nombrada por alta dirección pública y que pueda llevar adelante la Política Migratoria como una política de Estado, de largo plazo, de naturaleza intersectorial, fundada en el promoción y protección de los derechos de todas las personas, sin distinción y que favorezca la articulación de las distintas entidades del Estado.

11. Se recuerda lo recomendado por el Comité que cautela el CEDAW en orden remediar la no adopción de “[...] medidas preventivas para atajar las causas de fondo de la trata ni existen mecanismos de identificación de las víctimas que faciliten la aplicación de la nueva legislación y la rehabilitación, la protección y el ofrecimiento de lugares de acogida temporal de las mujeres y niñas víctimas de la trata. Además, preocupa al Comité la insuficiente información sobre el alcance de la trata de mujeres y niñas, en particular la trata interna de zonas rurales a urbanas, y la falta de información sobre el fenómeno de la explotación de la prostitución” (Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012))
12. El INDH estima que el proyecto de ley debiese establecer que las personas migrantes que dejan el país puedan llevarse sus fondos de pensiones a sus países de origen, independiente de su situación migratoria, su procedencia, título o nacionalidad.
13. La futura ley de migraciones debería consignar explícitamente que las mujeres migrantes tengan acceso a todas las instituciones y mecanismos que reguarden su bienestar, así como también que se respeten sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
14. El INDH estima que la futura ley de migraciones podría incorporar un acápite referido a la realidad y protección de los derechos de los migrantes chilenos en el exterior.
15. El INDH considera que el proyecto de ley debiese incluir un punto en relación a víctimas de violación derechos humanos y de mujeres víctimas de violencia de género, de manera que a través de su regularización migratoria en el país, se les brinde la plena protección del Estado chileno.
16. Preocupa que el proyecto no incorpore acciones de difusión para la población migratoria así como acciones de prevención contra la discriminación arbitraria y capacitación permanente a funcionarios públicos de zonas fronterizas