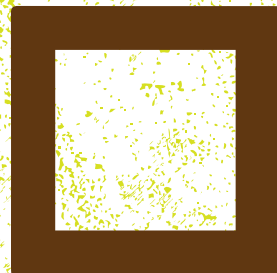
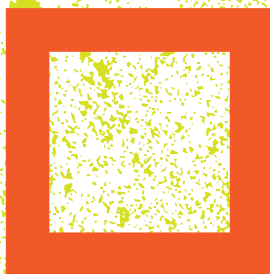
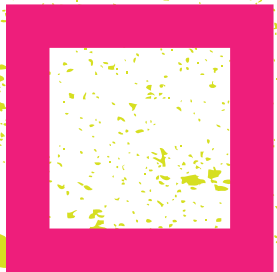


INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2018



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**
FACULTAD DE DERECHO

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2018

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2018, 1ª edición, p. 592, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Lidia Casas
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2018.

Materias:

- Chile. Derechos Humanos.
- Justicia y verdad. Chile.
- Derecho de las mujeres. Chile.
- Derechos de los pueblos indígenas. Chile.
- Derecho a la información y libertad de expresión. Chile.
- Equidad de género. Educación. Chile.
- Derechos laborales. Chile.
- Violencia contra la mujer. Chile.
- Personas con discapacidad mental. Chile.
- Privados de libertad. Chile.
- Empresas, aspectos sociales.
- Derechos del niño. Chile.
- Derecho de las personas LGTBI. Chile.
- Inmigrantes, situación jurídica.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2018

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2018

Primera edición: noviembre de 2018

Inscripción nº 297.868 en el Departamento de Derechos Intelectuales

Universidad Diego Portales

Facultad de Derecho

Av. República 105

Teléfono (56-22) 676 2601

Santiago de Chile

www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Mg Estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

UNA LEY DE MIGRACIONES CON UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS¹

*“Nunca estamos quietos,
somos trashumantes, somos
padres, hijos, nietos y bisnietos de inmigrantes.
Es más mío lo que sueño, que lo que toco;
yo no soy de aquí, pero tú tampoco.
Yo no soy de aquí, pero tú tampoco.
De ningún lado del todo
y de todos lados un poco”.*

“En Movimiento”, Jorge Drexler

1 Capítulo escrito por Francisca Vargas Rivas. Se agradece el apoyo de Camila Huenqueo, Imahue Muñoz y Mariana Sandoval, ayudantes de investigación del presente capítulo. Además, van nuestros agradecimientos a Catalina Martínez por colaborar en la realización de solicitudes de acceso a la información pública.

SÍNTESIS

El presente capítulo pretende realizar un estudio exhaustivo del proyecto de ley de migración y extranjería actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional. Este análisis contrasta las normas del mencionado proyecto de ley con los estándares internacionales en la materia, teniendo en cuenta la normativa actual y la regulación administrativa y práctica existente, recomendando lineamientos en cada punto que permitan tener una ley de migraciones con un verdadero enfoque de derechos humanos.

SENTÈZ

Nan chapit sa nou fe yon etid aprofondi sou kesyon proje lwa migrasyon ak etranje yo ki nan posesis depi anvan kongre nasyonal la. Analiz sa montre ke reg ak lwa ki nan proje sa diferan ak nom estanda entenasyonal la mande sou kesyon sa. Tèni kont sou sou nom aktyel ak kontrol ak Pratik ki egziste nan administrasyon an. Chak pwen yo dwat avek tout verite ki chita sou dwa moun.²

PALABRAS CLAVES: ley de migración, derechos de los migrantes, extranjeros, no discriminación.

2 Agradecemos a Florence Alssaint por su valiosa contribución en la traducción al idioma kreyòl de la síntesis de este capítulo.

INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo globalizado, donde hay más de 244 millones de personas que viven fuera del país del cual son nacionales.³ De este número, actualmente hay alrededor de 28,5 millones que se han desplazado a causa de la persecución, la violencia o la guerra,⁴ siendo solicitantes de asilo o refugiadas. En relación con esto, se ha planteado que debemos redefinir la migración forzada bajo los estándares de los derechos humanos, comprendiendo no solo a los grupos anteriores, sino también a aquellas personas que han salido de su país de nacionalidad o lugar de residencia habitual hacia otro por la vulneración a sus derechos humanos en un sentido más amplio.⁵

Sobre la base de lo anterior, tenemos que entender la migración como un fenómeno natural imparable. No va a detenerse en el mundo ni en Chile, país inmerso en un flujo migratorio conocido como “migración sur-sur”, que consiste en los movimientos de personas desde un país perteneciente al sur global, es decir, subdesarrollado o en vías de desarrollo, hacia otro con las mismas características.⁶ Esta migración se da, además, en un contexto latinoamericano, donde personas de diversos países pertenecientes al sur global elegirán a Chile como destino, al figurar como una nación con una de las economías de mayor crecimiento en Latinoamérica, con una importante reducción de la pobreza⁷ y con un alto índice de desarrollo humano⁸ y de paz social.⁹

3 Documento de Naciones Unidas A/71/L.1, 2016. *Declaración de Nueva York para los migrantes y refugiados*.

4 ACNUR. *Tendencias globales desplazamiento forzado en 2017, 2018*.

5 Susan Gzesh. “Una redefinición de la migración forzada con base en los derechos humanos”. *Migración y Desarrollo*, (10), 2008, Red Internacional de Migración y Desarrollo México, pp. 97-126, Red Internacional de Migración y Desarrollo México.

6 OIM, *La migración sur-sur: asociarse de manera estratégica en pos del desarrollo*, Ginebra, 2014.

7 Índice disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/country/chile/overview>.

8 PNUD, *Informe sobre desarrollo humano*, 2016. Visto en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf

9 Global Peace Index, 2018, *Vision of Humanity*. Visto en: <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2018/06/Global-Peace-Index-2018-2.pdf>

De hecho, en Chile, según los datos del Censo 2017, la cantidad de personas migrantes en el país alcanzaba las 746.465, número que ha aumentado a 1.100.000 personas, según las estimaciones internas del actual gobierno.¹⁰ La cifra del Censo 2017 anteriormente mencionada, da cuenta de que la población migrante en Chile sería de un 4,35%, lo que nos muestra un aumento de la población migrante, pues la cifra de 1992 correspondía solo a un 0,81% de la población total. Al respecto, la CEPAL ha señalado que Chile es el país que presentó una mayor tasa de crecimiento de migración en Latinoamérica entre 2010 y 2015.¹¹

En este contexto, es primordial tener normativas de migraciones que respeten, protejan y promuevan los derechos humanos de las personas migrantes. La elección entre distintas opciones de herramientas de política migratoria, va a tener repercusiones que permitirán –o no– cumplir el fin anteriormente mencionado.

Chile es el país con la normativa migratoria más antigua de toda la región y corresponde al Decreto Ley 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros, y a su reglamento, el Decreto Supremo 597, de 1984. Ambos cuerpos normativos fueron diseñados en época de dictadura. El Decreto Ley 1.094 no contiene un catálogo de derechos humanos y deja un amplio espacio de discrecionalidad para la administración que, sin el control adecuado, puede transformarse, y lo ha hecho, en arbitrariedad. El decreto ley tiene una visión de la migración centrada en la seguridad nacional y ha sido catalogado como inadecuado y retrógrado.¹² En razón de lo anterior, distintas instituciones y organizaciones de la sociedad civil hemos estado instando a los gobiernos de turno, del último tiempo, a presentar, discutir y aprobar un proyecto de ley sobre la materia, que contenga un enfoque de derechos humanos.¹³

En 2013, el gobierno del presidente Sebastián Piñera, durante su primer mandato, presentó un proyecto de ley de migración y extranjería, mediante Boletín 8970-06, una promesa incumplida de la administración inmediatamente anterior de la presidenta Michelle Bachelet. Este proyecto fue blanco de diversas críticas por mantener una mirada economicista y securitista de las migraciones.¹⁴ El proyecto presentó

10 Emol.cl: "Extranjeros en Chile superan el millón 110 mil y el 72% se concentra en dos regiones: Antofagasta y Metropolitana". 9 de abril de 2018.

11 CEPAL/OIT, *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe, la inmigración laboral en América Latina*, 2017.

12 Esto se menciona, por ejemplo, en capítulos sobre derechos humanos de los migrantes y refugiados, en *Informes 2010, 2012 y 2013 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales*.

13 Solo a modo de ejemplo, ver noticias en: La Tercera.cl: "Institucionalidad y ley anticuada son los principales problemas", 24 de mayo de 2017; Diario U. de Chile.cl: "Extranjeros en Chile: urge una nueva ley migratoria", 22 de febrero de 2018.

14 Helena Olea, "Refugiados en Chile: análisis de la Ley 20.430 y su reglamento", en Alberto Coddou (ed.), *Informe 2012*, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 111-130.

movimientos hasta septiembre de 2014, y luego permaneció “dormido” hasta que se le dio un nuevo impulso en marzo del presente año, al ingresar en tramitación ante la Comisión de gobierno interior, nacionalidad, ciudadanía y regionalización. De todas maneras, debemos mencionar que en 2017, a fines del segundo mandato de la presidenta Bachelet, se presentó un nuevo proyecto de ley de migraciones, mediante Boletín 11395-06, el cual tuvo movimientos hasta enero de 2018, y fue también objeto de críticas.¹⁵

El presente capítulo pretende realizar un estudio exhaustivo del proyecto de ley de migración y extranjería actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional. Este análisis contrasta las normas del mencionado proyecto de ley con los estándares internacionales en la materia, teniendo en cuenta la normativa actual y la regulación administrativa y práctica existente, recomendando lineamientos en cada punto que permitan tener una ley de migraciones con un verdadero enfoque de derechos humanos.

1. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS

En esta parte del presente capítulo del *Informe*, analizaremos el proyecto de ley de migración y extranjería (en adelante, “el proyecto de ley”) a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos sobre la materia, según fue explicado precedentemente. Este estudio se hará en relación a seis aspectos, que se precisan a continuación: 1) ingreso al territorio nacional y prohibiciones de ingreso; 2) principio de regularización migratoria y no criminalización de la migración; 3) permisos de residencia; 4) acceso a derechos; 5) debido proceso y expulsiones, y 6) grupos en especial situación de vulnerabilidad.

A efectos del estudio, es importante tener presente que el texto del proyecto de ley analizado es aquel que contempla las indicaciones realizadas al mismo mediante oficio 008-366, del 9 de abril de 2018. Por lo tanto, la numeración de los artículos es aquella que se obtiene luego de incorporar al proyecto de ley las mencionadas indicaciones.

En este capítulo, por motivos de extensión, no realizaremos un análisis en profundidad de la institucionalidad migratoria. Baste mencionar

15 Por ejemplo, ver Economía y negocios.cl: “Coordinadora de inmigrantes critica falta de información sobre proyecto de ley”, 21 de agosto de 2017. Además se manifestaron críticas al mencionado proyecto de ley por ejemplo en: La Tercera.cl: “Nueva ley de migraciones: ¿hacia dónde transitamos?”, 4 de septiembre de 2017, (opinión de Francisca Vargas, visto en <http://www2.latercera.com/voces/nueva-ley-migraciones-hacia-donde-transitamos/>). Misma opinión se manifestó en conjunto con otras Clínicas Jurídicas, en documento entregado a la Comisión de gobierno interior, nacionalidad, ciudadanía y regionalización, el 12 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.camara.cl>.

que los Estados pueden decidir el mecanismo que les acomode para el manejo de los flujos migratorios hacia su territorio, aunque no debiera ser cualquiera, sino uno respetuoso de los derechos humanos de las personas. Así, el proyecto de ley otorga la administración de las migraciones a un Servicio Nacional de Migraciones, sin perjuicio de delegar otras funciones al Ministerio del Interior y a la Subsecretaría del Interior. Mientras tanto, en la actualidad es el Ministerio del Interior el organismo encargado de la administración de las migraciones, a través del Departamento de Extranjería y Migración (DEM, en adelante), el cual delega algunas funciones en las intendencias regionales y en las gobernaciones provinciales. En cuanto a las funciones de control fronterizo de las migraciones, así como en relación al egreso de personas extranjeras y la ejecución de las medidas de expulsión del territorio nacional, estas se mantienen, en principio, en la Policía de Investigaciones de Chile (PDI).

1.1. Ingreso al territorio nacional y prohibiciones de ingreso

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) señala en su artículo 13 N° 2 que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) prescribe, en su artículo 22 N° 2, que “toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”. Esto es el derecho a la libre circulación del cual es titular toda persona e implica, en principio e indiscutidamente, que toda persona es libre de salir de cualquier país. Frente a la entrada en otra nación, es dable señalar que los Estados tienen la facultad de decidir quién ingresa y quién no a su territorio. Ahora bien, paulatinamente se han ido desarrollando limitaciones a la facultad del Estado de determinar quién ingresa a su territorio, en el entendido de que los derechos humanos de las personas son un límite a esta o, como lo señala la Constitución Política de la República chilena, “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Al respecto, recordemos que la igualdad ante la ley, derecho consagrado por ejemplo en el artículo 24 de la CADH, prohíbe toda distinción que sea efectuada por el mero capricho, lo que vendría siendo una discriminación arbitraria. En este sentido, y en relación a las migraciones, la opinión consultiva N° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 2003, ha señalado que: “Los 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 [...], las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”,¹⁶ agregando 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, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos”.¹⁷

Por lo tanto, los Estados deben permitir el ingreso de personas a su territorio de una manera racional, justa e igualitaria, sin discriminaciones arbitrarias. Esto significará no imponer requisitos, visados o normativas, o permitir o tolerar prácticas que resulten discriminatorias.

Teniendo en cuenta los estándares anteriores, corresponde referirse a las normativas de ingreso al territorio nacional en el proyecto de ley estudiado. En él, se mantiene un sistema de ingreso al país basado en prohibiciones imperativas y facultativas de ingreso, tal cual está establecido hoy por el Decreto Ley 1.094.

Así, en el artículo 27 del proyecto de ley, encontramos las razones imperativas por las cuales se debe denegar el ingreso al territorio nacional a extranjeros, que afectan a aquellos que:

1. Posean antecedentes acreditados de conformidad a la legislación de sus respectivos países o registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal, de pertenecer o financiar a movimientos o grupos terroristas o los que ejecuten o hayan ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior;
2. Padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria ha determinado que constituyen causal de impedimento de ingreso a Chile;
3. Intenten ingresar o egresar del país, o hayan ingresado o egresado, por un paso no habilitado, eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, en los cinco años anteriores;
4. Tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso, administrativa o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida;
5. Hayan sido condenados en Chile o en el extranjero por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes o armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, lesa humanidad y genocidio, femicidio, parricidio, violación, secuestro, pedofilia,

16 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párr. 168.

17 *Ibíd.*, párr. 172.

- producción de material pornográfico infantil, promoción o facilitación de la prostitución infantil, o se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero por dichos delitos;
6. Hayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y,
 7. No cumplan los requisitos de ingreso establecidos en esta ley, su reglamento y en los decretos respectivos que fijan las Categorías Migratorias.

En cuanto a las prohibiciones facultativas por las cuales se puede impedir el ingreso a personas extranjeras, el artículo 28 del proyecto de ley señala que se podrán ejercer frente a personas que:

1. Realicen o hayan realizado actos que puedan alterar las relaciones bilaterales con algún país, o sus gobernantes, con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o consulares;
2. Hayan sido condenados en el extranjero en los últimos 10 años por actos que la ley chilena califique de crimen; o en los últimos 5 años por actos que la ley chilena califique de simple delito; se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero; o se encuentren prófugos de la justicia;
3. Registren antecedentes policiales negativos en los archivos o registros de la autoridad policial, sean propios o canalizados a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL);
4. Hayan sido condenados en Chile por crimen o simple delito, cuya pena no esté prescrita, o no haya sido efectivamente cumplida, exceptuando aquellos casos en que deban reingresar al país para efectos de dar cumplimiento a la condena;
5. Hayan sido expulsados o deportados de otro país por autoridad competente, por actos que la ley chilena sancione con la expulsión o deportación.
6. Realicen declaraciones o presenten documentación falsa o adulterada ante la autoridad contralora.

En cuanto a estas razones facultativas, se indica que la Policía de Investigaciones podrá permitir el ingreso previa autorización del Servicio Nacional de Migraciones, cuestión que debe consultar de forma inmediata. Se precisa, además, que la Subsecretaría del Interior podrá dictar instrucciones generales señalando los casos y condiciones en que la autorización previa no será necesaria.

Lo primero, es señalar que hay un claro avance entre la consagración de las prohibiciones de ingreso imperativas y facultativas en el proyecto

de ley, en comparación con la forma en que está prescrito en el Decreto Ley 1.094. En este último, encontramos prohibiciones de ingreso obligatorias bastante discriminatorias y arbitrarias, por ejemplo, para “los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas”.¹⁸ Además, nos parece adecuado incorporar una cantidad de tiempo en el numeral 3 de las prohibiciones de ingreso imperativas ya que, de lo contrario, la prohibición de ingreso para alguien que alguna vez tuvo una entrada clandestina al país sería perpetua. Así, en principio, el proyecto de ley establece que solo se impedirá el ingreso, en este caso, si la falta fue en los 5 años previos. Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de esta norma, existe otra, la del artículo 125, que da pie para que, en todo caso, la prohibición de ingreso pueda ser indefinida. A esto nos referiremos más adelante en el acápite sobre debido proceso y expulsiones del país.

Con respecto a las prohibiciones de ingreso imperativas, es dable aceptar que desde la soberanía estatal cada país pueda impedir el ingreso en situaciones graves como las descritas. Sin perjuicio de lo señalado, en el numeral 5 del artículo que establece estas prohibiciones de ingreso, consideramos que no es adecuado prohibir la entrada a personas con procesos judiciales pendientes si es que no tienen medida de arraigo nacional en su país o no son buscados por la justicia. Esto porque, de lo contrario, se asume una consecuencia para la persona sin que la misma haya sido declarada culpable. Asimismo, el numeral 7 es, a nuestro juicio, demasiado amplio, pues podría implicar la denegación del ingreso al país por temas relacionados con el sustento económico, cuestión que, al igual como ocurre hoy con el D.L. 1.094, no se encuentra desarrollada o explicada en el proyecto de ley. En el presente, las personas que ingresan al país como turistas deben acreditar su sustento económico ante el funcionario de policía internacional (PDI), solo si este lo requiere.¹⁹ No se establece cuánto dinero es suficiente, por lo

18 Artículo 15 N° 1 D.L. 1.094.

19 Ver artículo 44 inciso 2 del D.L. 1.094. En relación con esto, es pertinente señalar que, según cifras de PDI, el año 2017 ingresaron al país un total de 9.138.685 personas extranjeras, egresando del país un total de 8.118.025. Esta información fue obtenida mediante respuesta a solicitud de acceso a la información N° AD010T0004294. Asimismo, durante 2016, de 5.829 rechazos de ingreso en frontera, 4.447 fueron por “no acreditar la calidad de turista” u “otros motivos”. Durante 2017, 8.258 fueron los rechazos por este motivo, de un total de 9.914. En lo que va de 2018, es decir, entre enero y mediados de junio, ya se habían producido 6.230 rechazos en frontera, de los cuales 5.320 fueron por estas causales. Esta información fue obtenida mediante respuesta a solicitud de acceso a la información a PDI N° AD010T0004460, de fecha 25 de junio de 2018. En esta información, los otros motivos desglosados para prohibir la entrada al país son: no contar con documentación idónea o adecuada, tener una prohibición de ingreso, poseer antecedentes penales, o tener una medida de expulsión.

que queda al arbitrio del policía de turno. En la práctica, hemos escuchado de relatos en donde a las personas les piden un monto un día y, al día siguiente, otro funcionario les solicita otro mucho mayor o menor. También hay casos de personas a las que no las han dejado ingresar al país por su color de piel o por no tener familiares en Santiago.

Ahora bien, el problema mayor se presenta con las causales facultativas, en donde, primero, no existen criterios claros en relación a cuándo se ejercerán o no dichas facultades, dejando la opción al arbitrio de la autoridad policial de turno. Además, al analizar las causales una por una, nos damos cuenta de que algunas de ellas son, derechamente, inadecuadas. Por ejemplo, la causal del numeral 2, en la parte que guarda relación con personas con procedimientos judiciales pendientes, por crímenes o simples delitos cometidos en país extranjero, sin ser prófugos de la justicia, atenta directamente con la idea de que una persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, y, en consecuencia, se le aplica una suerte de sanción al no permitírsele el ingreso al país. Sin embargo, y para ser justas, debemos resaltar positivamente el que se establezca un límite temporal para prohibir el ingreso por la comisión de crímenes o simples delitos (10 y 5 años anteriores, respectivamente), ya que a personas que hayan cometido estos ilícitos hace más tiempo que el señalado por la norma, se les permitirá el ingreso, no estando “castigadas” de manera perpetua.

Siguiendo con el análisis, la causal del numeral 3 es inaceptable. ¿Qué se entiende por antecedentes policiales negativos? ¿El hurto en un supermercado, con condena cumplida, será, por ejemplo, un antecedente policial negativo que impedirá que una persona ingrese a Chile? Por su parte, la causal del numeral 5 deja abierta la posibilidad para denegar el ingreso a una persona expulsada de otro país por motivos, por ejemplo, políticos, y la causal del numeral 6 permitiría denegar el ingreso a una persona por cualquier falta a la verdad ante la PDI, lo que incluye desde situaciones gravísimas a situaciones muy menores y sencillas como, por ejemplo, señalar que se tiene un familiar más cercano de lo que en verdad es (“es mi primo”, pero en realidad es un amigo de la familia).²⁰

Por lo anterior, consideramos que las causales facultativas son, en sí mismas, discriminatorias pues dan pie para ejercerlas en algunos casos y en otros no. Del análisis específico de cada una de las causales, en varias de ellas nos damos cuenta de que el argumento se confirma, al generar específicamente discriminaciones arbitrarias y situaciones que en forma injusta limitan la movilidad humana. Por lo anterior, recomendamos su eliminación. Junto con ello, sugerimos la revisión de las mismas y su eventual incorporación en las causales imperativas de

20 Esto es una práctica cultural que hemos observado en la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

prohibición de ingreso, siempre procurando entender por “libre tránsito” un derecho humano que implica un trato igualitario y la no afectación de derechos humanos tales como la presunción de inocencia o la doble condena por un mismo hecho.

1.2. Principio de regularización migratoria y no criminalización de la migración

El proyecto de ley consagra estos principios de manera más o menos específica, lo cual es un gran avance si lo comparamos con la legislación vigente, que nada dice sobre estos.

En el artículo 6 del proyecto de ley, bajo el nombre de “migración ordenada, segura y regular”, se establece que: “(...) Asimismo, el Estado promoverá que los ciudadanos extranjeros cuenten con las autorizaciones y permisos de residencia o permanencia necesarios para su estadía en el país y para el desarrollo de sus actividades, en conformidad con la legislación nacional”. De lo anterior, puede deducirse el principio de promoción de la regularización migratoria, derecho que tienen las personas migrantes, extraído, a su vez, del derecho a residir legalmente en un país, el cual nace del derecho a la circulación y residencia consagrado en el artículo 22 N° 1 de la CADH y artículo 12 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Esto nos parece muy adecuado y, al menos como enunciación de un principio, acorde a los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

Al respecto,²¹ la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTMyF), ratificada por Chile, establece que “los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”.²² Por otro lado, el Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes de Naciones Unidas destacó que “... la creación de oportunidades para regularizar la situación de migrantes no documentados constituye, a su juicio, una alternativa, basada en los derechos, a la gestión de la migración irregular sin recurrir a su penalización”.²³

21 Las ideas aquí mencionadas han sido tomadas de manera casi literal del documento *Pacto global para las migraciones, recomendaciones para un pacto con enfoque de derechos*, elaborado con aportes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundar Centro de análisis e investigación, Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF), Conectas, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y Asylum Access.

22 Artículo 69 de la Convención mencionada.

23 Naciones Unidas, A/65/222, 3 de agosto de 2010, párr. 56. Esto mismo ha sido reafirmado por el actual relator, quien llama a los Estados a pensar en mecanismos basados en derechos humanos antes de la expulsión o deportación, como es la regularización migratoria. Ver: <https://www.ohchr.org>.

Bajo los mismos estándares, encontramos el principio en virtud del cual se establece que las migraciones irregulares no deben ser criminalizadas. Al respecto, el mencionado relator destacó que “la penalización de los migrantes irregulares por encontrarse en un país sin la documentación adecuada hacía que todos los migrantes, independientemente de su situación de inmigración, fuesen potencialmente vulnerables a actos de racismo o xenofobia. Como consecuencia, los migrantes eran a menudo víctimas de brotes de xenofobia que daban lugar a abusos y actos de violencia”, agregando que el empleo de medidas penales en la gestión de la migración impide el acceso a derechos sociales básicos.²⁴

En el proyecto de ley, es el artículo 8 el cual establece este principio, señalando que “la migración irregular no es, por sí misma, constitutiva de delito”, cuestión que también es muy positiva. Este principio tampoco se encuentra establecido en el decreto ley 1.094.

Con todo, consideramos que, aunque la incorporación de estos principios es muy favorable, existe un desarrollo normativo a lo largo del proyecto de ley que no se condice con la promoción de aquellos principios, asunto que iremos analizando a lo largo de este capítulo. Por ahora, indicaremos que el impedir la regularización migratoria a una persona por haber ingresado al país por un paso fronterizo no habilitado, así como no permitir el acceso a salud, educación o seguridad social a personas en situación migratoria irregular, en igualdad de condiciones que otras personas migrantes y nacionales, y el no contemplar normas adecuadas que garanticen un debido proceso frente a las medidas de expulsión del país, no contribuyen a la promoción de la regularización migratoria y criminalizan la migración.

1.3. Permisos de residencia

Actualmente, según el Decreto Ley 1.094, el ingreso a Chile, para personas que no tengan una causal imperativa o facultativa de prohibición de ingreso, es, por regla general, fronterizo y como turista, sin necesidad de contar con un visado de turismo consular. Así lo establece el artículo 45 del decreto ley, permitiéndose con posterioridad el cambio de estatuto migratorio a otras calidades dentro del territorio nacional, tal cual prescribe el artículo 49 del mismo cuerpo legal.

Sin perjuicio de lo señalado, el mismo artículo 45 del decreto ley antes mencionado establece que, excepcionalmente y por razones de reciprocidad internacional o interés nacional, se pueden exigir, mediante decreto

24 Naciones Unidas, A/HRC/17/33, 11 de marzo de 2011, párr. 25, tomado de documento *Pacto global para las migraciones, recomendaciones para un pacto con enfoque de derechos*, elaborado con aportes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundar Centro de análisis e investigación, Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF), Conectas, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y Asylum Access.

supremo firmado por los ministros del Interior y de Relaciones Exteriores, visados consulares obligatorios para nacionales de ciertos países. Actualmente, Chile impone la necesidad de visa consular de turismo simple a 103 países, de los cuales solo 5 pertenecen a América Latina y el Caribe: Cuba, República Dominicana, Haití, Dominica y Surinam.²⁵ El otorgamiento de estos visados corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, organismo que se basa en el decreto ley para el otorgamiento o denegación de estos. Además, las personas que vengan por un motivo específico, por ejemplo, trabajo, estudios, o porque tengan un familiar en Chile, pueden solicitar el visado pertinente en el Consulado de Chile más cercano. Estos visados son los establecidos en el decreto ley.

El proyecto de ley, por su parte, permite también, conforme a su artículo 22, en relación con el artículo 39 y siguientes, el ingreso fronterizo bajo el título de “permanencia transitoria”, a toda persona que desee ingresar al país sin intenciones de establecerse, sin necesidad de contar con un visado de turismo consular. Esto vendría siendo lo mismo que el turismo actual, y seguiría similar mecanismo de ingreso, el cual sería por regla general, a través de frontera. Lo anterior, indica el mencionado artículo 22, salvo que por motivos de interés nacional, de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte los nacionales de un país en particular o por motivos de reciprocidad internacional, se exija respecto de los nacionales de determinados países una autorización previa o visa otorgada por un Consulado chileno en el exterior. Para establecer esta exigencia, el país en cuestión debe estar en un listado fijado mediante decreto supremo firmado por los ministros del Interior y Seguridad Pública y de Relaciones Exteriores, previo informe del Servicio Nacional de Migraciones y de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores.

Sin embargo, nos encontramos con una gran diferencia en cuanto a la posibilidad de cambiar de estatus migratorio dentro del territorio nacional, lo cual en el proyecto de ley no está permitido, conforme prescribe el artículo 50 del mismo. En razón de esto, una persona que ingresa como turista, ya sea por vía fronteriza —que seguiría siendo la regla general en relación a los flujos migratorios que tiene el país—,²⁶ o

25 Ministerio de Relaciones Exteriores: *Cuadro de visas y aranceles*. Disponible en: <https://minrel.gob.cl>.

26 Al respecto, como se señaló anteriormente, Chile impone necesidad de visado consular de turismo a personas provenientes de 103 países, sin embargo, solo 5 son de Latinoamérica. Por lo tanto, para el flujo migratorio existente en Chile, el cual es predominantemente latinoamericano, la regla general es no exigir visado consular. De 195.836 solicitudes de visa durante 2016, 181.020 correspondieron a personas de nacionalidades pertenecientes a América Latina y Haití, República Dominicana o Cuba. En 2017, de 275.226 solicitudes de visa, 259.687 fueron solicitudes de personas provenientes de las nacionalidades antes señaladas. Información obtenida de Ord. N° 15.794 de fecha 13 de junio de 2018, respuesta a solicitud de acceso a la información pública AB001W0008925.

con visa consular de turismo, no puede luego acceder a un tipo de visa distinto estando dentro del país. Lo que debe hacer es salir del país y dirigirse al Consulado de Chile en su nación de origen o de residencia habitual, solicitando desde allí un permiso de residencia temporal.

Por su parte, la residencia temporal es lo equivalente a lo que hoy conocemos como residencia temporaria y puede ser solicitada por cualquier persona extranjera que tenga el propósito de permanecer en Chile por un tiempo limitado desde el consulado chileno más cercano. El proyecto de ley, al igual que la normativa actual, señala algunos criterios de otorgamiento, en su artículo 61. Estos criterios son: acreditar tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos, que la estadía de la persona sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería, y otros casos debidamente calificados por la Subsecretaría del Interior.

Posteriormente, en su artículo 62 indica que las subcategorías migratorias serán definidas por un decreto supremo expedido a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y que deberá ser firmado por los ministros que conforman el Consejo de Política Migratoria establecido más adelante en la ley, el cual está presidido por el ministro del Interior e integrado, además, por los ministros de Relaciones Exteriores, de Hacienda, de Justicia y Derechos Humanos, de Desarrollo Social y de Salud.

De todas maneras, el proyecto de ley indica algunas categorías que deben estar presentes en el mencionado decreto, las cuales son: a) Extranjeros que acrediten tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos; b) extranjeros que ingresen al país a desarrollar actividades lícitas remuneradas, por cuenta propia o bajo relación de subordinación y dependencia; c) extranjeros que se establezcan en el país con el objetivo de estudiar en establecimientos educacionales reconocidos por el Estado; d) trabajadores de temporada, que ingresen al país por períodos limitados, único o interanuales, a fin de realizar trabajos estacionales específicos; e) los que se encuentren sujetos a la custodia de Gendarmería de Chile, tales como los que estuvieren cumpliendo de manera efectiva su pena privativa de libertad por sentencia firme y ejecutoriada, incluyendo aquellos que se encuentren con permisos de salida según lo dispuesto en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; los sometidos a prisión preventiva; los sujetos a libertad vigilada y los que estuvieren cumpliendo su pena de conformidad a lo dispuesto en la Ley 18.216; f) quienes se encuentren en Chile por orden de tribunales de justicia chilenos, mientras sea necesario para el adecuado desarrollo del proceso judicial en que son parte; g) extranjeros cuya residencia en Chile se justifique por razones humanitarias y h) extranjeros acogidos a acuerdos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que concedan residencia temporal.

El proyecto de ley señala que los residentes temporales podrán desarrollar actividades remuneradas, salvo que la subcategoría migratoria de la cual son poseedores no lo permita, y que se podrán otorgar permisos de trabajo provisorio por parte del Servicio Nacional de Migraciones.

Continúa el proyecto de ley señalando que las víctimas del delito de trata de personas también pueden solicitar un permiso de residencia temporal y, agrega más adelante, que este permiso puede ser solicitado en calidad de titular o de dependiente.

Al respecto, podrán ser dependientes de la visa del titular el cónyuge o conviviente civil del residente temporal, los hijos del residente temporal, de su cónyuge o conviviente civil, siempre que sean menores de 18 años o se trate de personas con discapacidad, y los hijos mayores de 18 años, pero menores de 24, siempre que estén estudiando en una institución educacional reconocida por el Estado.

Se señala que los dependientes estarán habilitados para realizar actividades remuneradas, aunque de todas formas, el titular de la visa de residencia temporal deberá acreditar actividad económica o ingresos estables que permitan la manutención de quienes postulen a la residencia temporal en calidad de dependientes suyos. El proyecto de ley indica, además, que las personas que tengan la calidad de dependientes, podrán cambiar a calidad de titulares de la manera en que lo establezca el reglamento de la ley.

El decreto mencionado más arriba, también establecerá las condiciones para que una persona cambie de categoría dentro de la residencia temporal.

Este visado permite, luego, la postulación a la residencia definitiva –que es lo que hoy conocemos como permanencia definitiva–, solo si la subcategoría migratoria de la cual la persona es titular lo admite, circunstancia que será definida en el decreto anteriormente mencionado. La residencia definitiva es el permiso para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a la persona para desarrollar cualquier actividad lícita, y quienes posean la residencia temporal podrán solicitarlo luego de haber residido en el país por al menos 24 meses, plazo que puede ser ampliado por hasta 48 meses por decreto supremo firmado por el ministro del Interior “por orden del presidente de la República”, o disminuido a 12 meses, en atención a ciertos antecedentes mencionados en el artículo 71 del proyecto de ley.

Los ascendientes en línea recta de los extranjeros que alcancen la residencia definitiva, o los de su cónyuge o conviviente civil, podrán también postular a esta residencia, siempre que estén bajo su cuidado o manutención y que acrediten poseer medios económicos para ello. El proyecto de ley precisa, también, cómo los dependientes pueden postular a la residencia definitiva, e indica que existirá el otorgamiento de esta residencia por gracia, cuyos criterios se establecerán en el reglamento de la ley.

Lo anterior es, a grandes rasgos, el sistema de visados que establece el proyecto de ley, al cual, para un mejor análisis, debemos agregar la existencia por vía administrativa, de otros visados. En la sección de actualidad sobre “cambios en política migratoria” del presente *Informe*, se menciona que, en abril de 2018, el Presidente de la República anunció una serie de medidas administrativas con efecto inmediato, entre las cuales se encuentra la creación de nuevos visados de turismo y de residencia, que, en principio, seguirían vigentes una vez aprobado el proyecto de ley. Entre las visas de residencia, se creó la visa humanitaria de reunificación familiar para las personas provenientes de Haití, la visa de responsabilidad democrática para las personas nacionales de Venezuela, la visa temporaria de orientación nacional, la visa temporaria de orientación internacional y la visa temporaria de oportunidades. Las dos primeras fueron analizadas en la mencionada sección, y en lo que respecta al presente análisis, nos referiremos solo a la visa temporaria de oportunidades.

La visa temporaria de oportunidades es un visado temporario o temporal de carácter consular, tal cual lo serían todos los demás visados temporales de acuerdo al proyecto de ley, el cual puede ser solicitado en un consulado del país en el exterior, por cualquier persona extranjera que quiera trabajar o emprender en Chile. El visado tendrá una duración de 12 meses, prorrogable por una vez, y comenzó a regir el 1 de agosto de 2018. Aunque no hemos tenido acceso al sustento normativo de este visado, si hemos podido acceder a la explicación del mismo a través del sitio web del Departamento de Extranjería y Migración.²⁷ Así, el sistema es, básicamente, el siguiente: el permiso de residencia puede ser solicitado por personas que deseen tener un trabajo de subordinación y dependencia (trabajadores) y por personas que quieran emprender (emprendedores). Para los primeros, que es a quienes nos referiremos en este capítulo, en una etapa inicial, hay 3.000 visados disponibles hasta el 30 de noviembre de 2018, los cuales se asignarán por puntaje obtenido por la persona en su postulación a la visa, en orden de prelación. Las personas que no accedan en una primera postulación, quedarán pendientes para la siguiente, previa ratificación de sus intenciones de solicitar la visa. Los puntajes son obtenidos en relación a los siguientes criterios, que están explicados en el documento: ocupación, región a la cual postulan, educación, idioma y edad. Se indica, además, que a este visado pueden postular profesionales, técnicos y personas con oficios acreditados (mediante documento legalizado o apostillado), dándosele prioridad a quienes conozcan el idioma español.

Dicho lo anterior, consideramos que el sistema de visados propuesto por el Ejecutivo en el proyecto de ley no es el más adecuado,

27 Información disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl>.

focalizándose nuestras críticas en la prohibición de cambio de estatuto migratorio dentro del territorio nacional.

En primer lugar, consideramos que hay un grave problema de objetividad, proporcionalidad y razonabilidad cuando el citado artículo 22 del proyecto de ley establece que, por motivos “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte los nacionales de un país en particular”, se podrá establecer la necesidad de contar con un visado de turismo consular –que es excepcional– para venir a Chile. Recordemos que tal cual señaló la Corte IDH en la opinión consultiva N° 18, los Estados deben respetar estos criterios al establecer políticas migratorias. La autoridad ha señalado que el bajo cumplimiento de las normas por parte de nacionales de cierto país trae como resultado una consecuencia. Debido a que la causante es algo negativo, lógico es entender que también lo es la consecuencia, en este caso la imposición de un visado consular de turismo. De esta manera, la autoridad reconoce que este visado consular es una suerte de castigo, pues pone mayores trabas migratorias a la persona que desea venir al país. Sobre la base de lo anterior, consideramos que no es posible generalizar un castigo para un grupo de personas, porque un número acotado de ellas no cumple con normas migratorias. Esto da pie para que, por ejemplo, si una nacionalidad es más estafada que otras con contratos falsos (v.g., por tema de idioma), o no cumple con solicitar los visados a tiempo, entonces todas las personas de esa nacionalidad recibirán el “castigo”. Esto no soluciona el problema de fondo que podría surgir frente a incumplimientos de normativas migratorias y, por el contrario, generaliza una situación de manera poco objetiva, desproporcionada e irracional.

En segundo lugar, y como punto central de nuestro análisis, encontramos la imposibilidad de cambiar de estatus migratorio desde la permanencia transitoria (turismo) a una residencia temporal. Nos parece que esto es grave, ya que podrían presentarse situaciones tan absurdas como que una persona, proveniente, por ejemplo, de Colombia, ingrese a Chile, le ofrezcan un trabajo y tenga que devolverse a su país y solicitar la visa, esperando todo el tiempo de tramitación que ello puede demorar. Sencillamente el empleador, o la empleadora, no lo va a esperar.

Ahora bien, la visa temporaria de oportunidades mencionada podría ser una “salida” a la situación anteriormente descrita. Sin embargo, esto no es así. Primero, nada nos indica que la visación en cuestión, creada por vía administrativa, seguirá efectivamente existiendo una vez aprobada la ley, pues podría ser eliminada por el gobierno, tal cual lo hizo con la visa temporaria por motivos laborales –que era la visación solicitada en forma mayoritaria por las personas migrantes– sin que existan motivos claros y suficientes para justificar dicha medida. Sin embargo, aunque se mantuviera vigente, las condiciones para solicitar ese visado

no permiten a cualquier persona venir al país a conseguir el trabajo que más le acomode en un plan de vida y búsqueda, por ejemplo, de mejores condiciones que las que tiene en su país de origen.

En la explicación que el documento mencionado entrega sobre el sistema de puntajes ideado para la obtención de este tipo de visa, y en relación al criterio ocupación, se señala que solo son “ocupaciones prioritarias” las que pertenecen a las áreas de salud, transformación digital, cuidados de la tercera edad, cultura de la resiliencia y desarrollo sostenible y responsabilidad intergeneracional, únicamente en relación a profesionales y técnicos, dejando fuera a personas que no hayan logrado alguno de esos grados académicos. ¿Con qué criterios se elabora este listado? El sistema deja fuera a un grupo de personas que, sencillamente, no podría venir al país a buscar mejores oportunidades.

Con lo ya explicado, entonces, no se requiere contar previamente con un contrato de trabajo. Sin embargo, nos surge la pregunta: ¿se solicitará acreditar algún monto económico para el ingreso de las personas? Desconocemos la respuesta. Lo que sí se encuentra establecido es la exigencia de presentar un certificado de antecedentes penales del país de origen, lo que se traduce en el requisito, conforme al D.L. 1.094, de no contar con este tipo de antecedentes. Ahora bien, ¿todo tipo de antecedentes penales implicará el rechazo de la visación? ¿Un hurto simple con condena cumplida se equiparará a haber sido condenado por el delito de trata de personas? Conforme a las reglas generales vigentes, podrían rechazarse los visados en ambos casos, por estar la persona en una causal de impedimento de ingreso obligatorio o facultativo. Lo mismo ocurriría si se aprobara el proyecto de ley tal cual está y se mantuviera este visado, con algunos matices relacionados al tiempo transcurrido desde que ocurrió el ilícito.

Con todo, pensemos en la situación más favorable, es decir, que el visado se mantendrá y que los únicos requisitos que se exigirán son contar con un pasaporte vigente, no tener una enfermedad infectocontagiosa grave —conforme a las reglas generales—, y no tener antecedentes penales graves. ¿Qué pasará con las personas que, estando en el país como turistas, decidan quedarse porque vieron aquí oportunidades laborales o de estudio? Y peor aún, ¿qué pasará con aquellas que buscan oportunidades laborales en Chile y a las que no se les conceda la visa temporaria de oportunidades, por no ser profesionales, técnicos o no poder acreditar su ocupación como exige este visado?

Las interrogantes son muchas, pero no así las respuestas. Volvamos al inicio de este capítulo, a aquella parte en que señalamos que todas las personas, sobre la base del derecho a la circulación y residencia consagrado, por ejemplo, en la CADH, tienen derecho a ingresar a un país en igualdad de condiciones que otros nacionales. ¿Son adecuados los criterios para otorgar la visa temporaria de oportunidades?

Nos preguntamos si acaso dará lo mismo la nacionalidad de la persona solicitante. Ya vemos que no es indiferente la profesión u oficio que tenga o no tenga la persona, y desconocemos si afectarán o no los montos de dinero que la persona acredite para mantenerse económicamente en Chile, los cuales dependerán de la realidad económica de su país de origen. Creemos que, debido a la discrecionalidad sin control que se otorga a la autoridad con este visado y las bajas cuotas de entrega que se vislumbran, podrían ser muchas las personas a las cuales no se les conceda este permiso de residencia.

Cuando nos preguntamos ¿qué harán estas personas que deseen venir a Chile y no obtengan este visado?, es posible pensar en dos respuestas. Primero, que podrían ingresar como turistas y, luego, al querer trabajar se quedarían en la clandestinidad, ya que en sus países de origen ya les denegaron una vez la visa temporaria de oportunidades. Segundo, que vendrían de todas formas al país, ingresando a este de una u otra manera. Por lo anterior, la visa de oportunidades no se plantea como un mecanismo para sortear las dificultades de una persona extranjera que pretende cambiar de estatus migratorio al interior del país. Esto último es algo que puede traer consigo consecuencias muy graves.

Recordemos que las migraciones son un fenómeno natural de los seres humanos y que, tal cual señalamos al comienzo de este capítulo, vivimos en un momento de movilidad humana sin precedentes. Las personas que salen de sus países voluntariamente o de manera forzada, en búsqueda de mejores oportunidades laborales, de desarrollo, de protección, paz y tranquilidad, no van a dejar de migrar. Por lo mismo, entre todas las herramientas que la política migratoria otorga, se debe elegir la que promueva y proteja los derechos de las personas y que cumpla a cabalidad, o en mayor medida, los fines planteados por el Estado que la utiliza.

Chile se ha propuesto tener una migración ordenada, segura y regular. Así lo indicó nuestro país junto al resto de los Estados pertenecientes a Naciones Unidas, en la declaración de Nueva York de 2016, y en sus anuncios de cambios migratorios en abril del presente año.²⁸ Sin embargo, la experiencia chilena ha demostrado que los visados consulares no funcionan cuando hablamos de flujos migratorios abundantes.

Miremos lo que sucedió en 2012, cuando se impuso visado consular de turismo a las personas nacionales de República Dominicana, lo cual bajo la legislación actual es, como explicamos, una exigencia excepcional. El Departamento de Extranjería y Migración, realizó un análisis detallado de esta situación en el Boletín informativo N° 2 sobre

28 Al respecto, revisar: Gobierno.cl: "Presidente Piñera presentó reforma para 'garantizar una reforma segura, ordenada y regular'". 9 de abril de 2018.

migración dominicana en Chile,²⁹ comunicándose algunos de sus resultados al subsecretario del Interior mediante Memorándum 1.837, del 29 de junio de 2017, a través del cual se emitió un informe técnico en relación a la idea de establecer un visado consular para personas nacionales de Haití. Allí se señaló que la medida de visado consular de turismo impuesta a las personas dominicanas significó un aumento exponencial de ingresos clandestinos de tales personas, lo que se reflejó en un incremento de las expulsiones en dichos casos de un 645% entre 2012 y 2013, lo que se vio acompañado de una disminución de las solicitudes de visas desde dicho país. Como conclusión, se indicó “que el intento de disminuir el flujo dominicano por la vía de imponer el requisito de visto previo de turismo, trajo aparejada la pauperización de las condiciones de ingreso y estadía de los miembros de dicho colectivo que, pese a no contar con dicha visa, igualmente ingresaron al territorio chileno, sea por sus propios medios, sea como objeto de tráfico de migrantes, sea como víctima de trata”.

Independientemente de si el visado solicitado es de turismo o es temporal, lo cierto es que limita el expedito ingreso a territorio chileno, y el hecho de que se imponga a personas nacionales de países con altas tasas de flujos migratorios hacia Chile, trae como consecuencia que aquellas personas que no accedan al mismo, o que sepan de la dificultad para acceder al visado, vengán de todas formas e ingresen de manera clandestina, por su propia cuenta o acudiendo a redes de tráfico de personas, que muchas veces las engañan. Como señala Velasco, las mayores trabas migratorias “valen únicamente para agudizar el ingenio a la hora de burlarlas, agravar el riesgo físico y encarecer el peaje debido a los traficantes”.³⁰

Por todo lo señalado, creemos que las personas provenientes de países que tienen grandes flujos migratorios hacia Chile, que deseen trabajar y que no accedan al visado de oportunidades, serán presa fácil de las redes de tráfico de personas. En el mismo sentido, no permitir el cambio de “plan migratorio” estando dentro del país obligará a las personas a permanecer en la irregularidad migratoria y/o laboral, pues pretender que toda persona en esta situación tendrá los medios económicos para regresar a su país, o que su empleador le esperará hasta que eventualmente un visado sea otorgado, es algo bastante ingenuo.

Ahora bien, cuando hemos discutido sobre esta temática, un argumento en contra comúnmente utilizado es el del control migratorio que ejercen otros países pertenecientes al norte global. Al respecto, recordemos que los distintos países, por sus características geográficas y

29 Catherine Galaz, Gabriela Rubilar y Claudia Silva, *Boletín informativo N° 2, Población Dominicana en Chile*, 2016.

30 Juan Carlos Velasco, “Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global”, *Revista Arbor*, (188-755), 2012, pp. 457-473.

demográficas, entre otras, tienen diferentes flujos migratorios. En ellos, de todas las herramientas de gestión migratoria existentes, hay algunas que funcionan mejor dependiendo de las características propias de la migración en esta época y del lugar donde se esté produciendo el fenómeno. Pretender extrapolar esta situación a Chile sin comprender las claras diferencias que existen entre los flujos migratorios de los países, carece de sentido.

Reiteramos que, por un lado, desde la aceptación de la realidad, y, por otro, desde el respeto a los compromisos que Chile tiene en relación a la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas y la comprensión del libre tránsito como un derecho que se ejerce en igualdad de condiciones, la gestión de las migraciones deberá utilizar los mecanismos o respuestas más adecuados y proporcionales, protegiendo siempre los derechos humanos de las personas. Así, en este momento, nos parece que aplicar un sistema de visados que no permite el cambio de estatuto migratorio desde la permanencia transitoria o turismo, a otro, al interior del país, genera consecuencias altamente negativas, transformando el mecanismo en desproporcionado y poco razonable. Además, con una normativa de ese tipo no se satisfacen los estándares sobre políticas migratorias establecidos por la Corte IDH, mencionados anteriormente en este capítulo, ni el principio de promoción de la regularización migratoria, desarrollado más arriba. Por cierto, tampoco se logra el fin buscado por el Estado, que es contar con una migración ordenada, segura y regular. Por el contrario, lo que se conseguirá es fomentar la irregularidad migratoria y fortalecer las redes de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.

Además de lo anterior, consideramos preocupante que uno de los criterios para otorgar la residencia temporal diga relación con que “la estadía de la persona sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería”, ya que, como bien ha sido señalado por dos ministros del Tribunal Constitucional en un voto disidente de un caso, “no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente, desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”.³¹ Así, la visión del proyecto de ley en este punto entiende la soberanía del Estado de una manera absolutista y utilitarista, condicionando el derecho de una persona a residir legalmente en el país a la utilidad o no que esta persona represente para el Estado.

31 Considerando 14° voto disidente, STC 4757-2018, de fecha 19 de julio de 2018.

Del análisis de las subcategorías migratorias mínimas mencionadas en el proyecto de ley, nos parece que, en general, ellas son buenas pero insuficientes. Así, en primer lugar, nos preocupa la categoría “trabajador de temporada”, aplicable solo a aquellas personas que ingresen al país por un tiempo limitado a ejercer esa labor, y dejando fuera a las personas inmigrantes que usualmente se desempeñan, por períodos, en trabajos de temporada, aunque su estadía sea permanente en el país.

Además de lo señalado, hace falta mencionar la búsqueda de oportunidades laborales, en sentido amplio, como un criterio, pues ello permitiría dejar establecido en una ley que una persona puede ingresar a Chile a fin de buscar un trabajo u ocupación. El segundo criterio para otorgamiento de visa temporal, “extranjeros que ingresen al país a desarrollar actividades lícitas remuneradas, por cuenta propia o bajo relación de subordinación y dependencia”, da pie para interpretaciones en el sentido de incorporar o no las oportunidades laborales y, por lo mismo, sugerimos explicitar esto último.

Tampoco se menciona el embarazo como un criterio de otorgamiento de visa, cuestión que hoy existe, aunque administrativamente en virtud de un convenio entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud (circular 1179 del Ministerio del Interior de fecha 28 de enero de 2003 y oficio ordinario A14 N° 3229 de fecha 11 de junio de 2008). Por cierto, el ser niño, niña o adolescente tampoco está entre los criterios establecidos, lo cual representa un retroceso respecto de la situación actual en que existe este visado temporario sobre la base de un programa llamado “Chile te Recibe”. Cuestión similar ocurre con las víctimas del delito de tráfico de personas, ya que este criterio no aparece, marcando un retroceso respecto a la situación actual. Un mayor análisis respecto a estos últimos dos visados pueden revisarse en el capítulo de actualidad sobre cambios en materia migratoria del presente *Informe 2018*. En relación a las personas en situación de discapacidad, nos parece inadecuado que ese no sea un criterio de solicitud de visa para ellas y sus cuidadores.

Dentro de los aspectos positivos, destacamos las razones humanitarias como subcategoría, y el hecho de que se permita trabajar a dependientes, cuestiones que hasta hoy no existen. Sin perjuicio de lo planteado, creemos que para personas que trabajen a tiempo completo –y que por tanto tienen una remuneración equivalente al sueldo mínimo exigido por la autoridad migratoria para solicitar un visado en calidad de titular– no debería existir la posibilidad de tener la calidad de dependiente, precisamente por lo señalado. La dependencia migratoria de una persona con otra puede acarrear consigo situaciones de violencia económica –por ejemplo, respecto a una mujer que viva un estado de sumisión en este sentido frente a un hombre–, cuestión que el Estado debe evitar, tal cual lo señala la Convención de Belem Do Pará, en sus artículos 7 letra e y 8 letras a y b.

Lo explicado, sobre la base de que no tiene sentido pedir al titular acreditar sustento económico en relación a dependientes que sí pueden trabajar, y de que las sub-categorías migratorias mínimas debieran ampliarse. Así, consideramos que habría que pensar en dejar la posibilidad de solicitar visación en calidad de dependiente solo a personas que efectivamente no trabajen o que tengan un empleo esporádico o de tiempo menor a la jornada laboral completa, estableciendo esto explícitamente.

Asimismo, nos parece negativo dejar abierta la posibilidad para que la autoridad determine que algunas visas temporales no permitirán a la persona trabajar, ya que todo ser humano tiene derecho a ejercer un trabajo, y no debieran existir trabas para hacerlo si es que la situación migratoria es regular. Esta misma crítica es válida respecto al hecho de encargar a la autoridad administrativa la determinación de cuáles serán los visados de residencia temporal que permitirán solicitar la residencia permanente, ya que, como ya se señaló, toda persona que lleve un tiempo en Chile debe tener la posibilidad de radicarse y no tener que someter su estadía, año a año, a la discrecionalidad gubernamental.

Por último, nos preocupa la fijación de un plazo general de al menos 24 meses para solicitar la permanencia definitiva, cuestión que además se establece dejando abierta la posibilidad de que la autoridad amplíe ese plazo por hasta el doble de tiempo, o lo disminuya a la mitad, en atención a los siguientes antecedentes:

- Aumento de plazo: a) Insuficiencia de medios de vida que permitan su subsistencia y la de su grupo familiar, considerando su estabilidad laboral en su período de residencia en el país; b) número de ausencias del país y duración de las mismas; c) haber cometido infracciones migratorias de las señaladas en el Título VII y la gravedad de las mismas; d) delitos por los que haya sido formalizado o condenado; e) infracciones a la normativa laboral, de seguridad social, medioambiental, sanitaria, tributaria, aduanera u otra infracción al ordenamiento jurídico chileno, y la gravedad de las mismas.
- Disminución del plazo: a) Vínculos familiares con nacionales o residentes definitivos; b) misiones oficiales realizadas en Chile; c) disponibilidad de rentas o pensiones; d) inversiones ejecutadas y/o empresas iniciadas en Chile; y otros casos previstos en acuerdos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Se indica, además, que el decreto supremo que podrá determinar para cada caso el aumento o disminución del plazo, señalará la ponderación que deberá otorgársele a cada uno de los factores al computar el lapso de tiempo necesario para postular a la residencia definitiva. Esto nos

parece inadecuado, porque entendemos que el eventual decreto supremo se dictará caso a caso, y la manera en que está redactado el artículo deja abierta la posibilidad para que –caso a caso– también se cambie la ponderación que se le dará a cada uno de los criterios. En el fondo, en esta situación, la línea que divide la discrecionalidad de la arbitrariedad es tan poco clara, que es mejor establecer un plazo fijo para el paso de una categoría migratoria a otra. Dicho plazo debiera ser, a nuestro juicio, de 12 meses, tal cual se establece hoy en día en el D.L 1.094.

Por todo lo anterior, sugerimos revisar el sistema de visados, permitiendo el cambio de categoría migratoria desde el turismo, dentro del país; comprendiendo el derecho a residir legalmente como una cuestión de derechos humanos y no solamente de soberanía nacional. Esto implicaría eliminar el que la “estadía de la persona sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería” como un criterio de otorgamiento de residencia temporal. Asimismo, sugerimos ampliar las subcategorías migratorias a otras que incorporen situaciones que forman parte de los flujos migratorios en Chile y los avances que se han hecho hasta el momento en la materia. Además, consideramos que se debe evaluar el término de la categoría de dependiente, salvo, quizás para casos excepcionales de personas que no trabajen o tengan trabajos con jornadas laborales inferiores a la completa. Por lo demás, creemos que es necesario modificar el proyecto de ley a fin de establecer que todas las personas con residencia temporal pueden trabajar y solicitar, posteriormente, la residencia definitiva, estableciendo además un plazo único de 12 meses para cambiar de una residencia temporal a una permanente.

1.4. Acceso a derechos

En esta sección del capítulo, analizaremos los derechos a la salud, a la educación de niños, niñas y adolescentes, a la nacionalidad y al trabajo y seguridad social.

1.4.1. Derecho a la salud

En la opinión consultiva N° 18 de la Corte IDH, se indicó que las personas migrantes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, tanto por encontrarse fuera de su país de origen, como por discriminación, racismo y xenofobia. Al respecto, la Corte señaló que:

Generalmente 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.³²

La Corte agrega que “existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”.³³

Sobre la base de lo precedente, y desde el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la CADH, la Corte IDH ha indicado que los Estados tienen la obligación de proveer asistencia médica sin discriminación a personas migrantes, con independencia de su situación migratoria y con especial atención a situaciones de emergencia o grupos especialmente vulnerables.³⁴

Por su parte, el derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 25 de la DUDH y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Además, y en cuanto a salud de urgencia, se encuentra establecido de forma particular para personas migrantes, con independencia de su situación migratoria, en el artículo 28 de la CTMyF.

En Chile, el D.L 1.094 no contiene un catálogo de derechos, por lo que el derecho a la salud o el cómo se ejercerá o ejecutará este derecho, no aparece consagrado.

De todas maneras, toda persona tiene derecho a la atención de salud en situaciones de emergencia,³⁵ y eso no puede estar condicionado a la situación migratoria que tenga. Además, toda persona con un permiso de residencia vigente puede inscribirse en el Fondo Nacional de Salud (Fonasa),³⁶ tanto como beneficiario, por ejemplo, si trabaja, o como carga de otra persona. El problema radica en el acceso a la salud de grupos en especial situación de vulnerabilidad por su condición de migrante, su irregularidad migratoria y/u otra circunstancia, como por ejemplo, ser niño o niña, o mujer embarazada. También es justo preguntarse qué

32 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párr. 112.

33 *Ibíd.*, párr. 113.

34 *Caso Nadege Dorzema y otros versus República Dominicana*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de octubre de 2012.

35 Según el DFL N° 1 del Ministerio de Salud que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley 2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469.

36 Al efecto, en la actualidad son 576.012 personas las afiliadas a Fonasa. En este número debieran estar incluidas las personas migrantes que tienen un permiso de residencia vigente, así como aquellas que pueden inscribirse en virtud de convenios especiales que se mencionan en el presente acápite. Información obtenida mediante Oficio Ordinario 1E N° 22607/2018, de fecha 24 de julio de 2018, en respuesta a solicitud de acceso a la información N° AO004T0001598.

pasa con aquellas personas que aún no tienen un permiso de residencia vigente, pero lo están solicitando: ¿tienen acceso a la salud?, ¿pueden inscribirse en Fonasa si su visa ya ha ingresado a trámite? Al respecto, es importante mencionar que la resolución de visa en trámite transforma la residencia de la persona en regular. Así, ha sido la administración del Estado la cual mediante actos administrativos y convenios ha ido promoviendo y protegiendo el derecho a la salud de estos grupos.

En concordancia a lo señalado, encontramos el programa de acceso a la atención de salud de personas migrantes del Ministerio del Salud, cuyo objetivo general es “implementar estrategias dentro del modelo de atención que permitan superar las barreras de acceso a la atención, promoción, y prevención de la salud que afecta a la población migrante, en especial la con situación documentaria migratoria no regular”. Este programa es de 2017 y tiene dos componentes, los cuales son la difusión de deberes y derechos en la población migrante y participación social de migrantes, y mejorar el acceso a la atención de salud de personas migrantes, lo que incluye la contratación de facilitadores lingüísticos o interculturales y también la capacitación de funcionarios/as de centros de asistencia primaria de salud en habilidades interculturales y marcos normativos.

Además, existen una serie de convenios anteriores mediante los cuales está cubierto el acceso a la salud de los siguientes grupos:

- *Niños, niñas y adolescentes* con independencia de su situación migratoria o la de sus padres. El convenio respectivo fue establecido por la resolución exenta 1.914 del 10 de marzo de 2008, del Ministerio del Interior, y por el Ord. A 14 N° 3.229 de fecha 11 de junio de 2008 de la ministra de Salud. Con anterioridad a este convenio, de todas formas, los niños, niñas y adolescentes hasta los 6 años tenían acceso universal al sistema de salud. Este convenio amplía la edad de las personas beneficiarias y busca tanto el acceso a la salud de este grupo como su regularización migratoria, mediante una visa de estudiante, si están matriculados en un establecimiento educacional, o a través de una visa temporaria especial si es que el niño, niña o adolescente no está estudiando y se encuentra inscrito en un establecimiento de atención primaria correspondiente a su domicilio, o con un certificado del médico tratante que acredite que se atiende en alguno de los centros de la red pública de salud.
- *Mujeres embarazadas* en situación migratoria regular o irregular. Este convenio fue establecido mediante Oficio circular 1.179 del 28 de enero de 2003 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Ord. A 14 N° 3.229 de la ministra de Salud. Por medio de este convenio se busca tanto la atención de salud de estas mujeres, como su regularización migratoria a través de una

visa especial. Es importante mencionar que, de la lectura de los sustentos normativos de este convenio, no puede distinguirse con claridad si es que una mujer en situación migratoria irregular por ingreso clandestino podría acceder a la visa en cuestión, pero pareciera que no hay impedimento.

- *Personas migrantes con visa en trámite.* El presente convenio fue establecido por Decreto Exento 6410 que aprueba convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y Fonasa. A través de este convenio, las personas que se encuentran con visa en trámite, es decir, que han recibido la resolución de aprobación a trámite de su visa, pueden inscribirse en FONASA. Este convenio rige desde 2014.
- *Personas migrantes en situación migratoria irregular que carezcan de recursos.* El Decreto 67, del 29 de mayo de 2015, del Ministerio de Salud y la Circular N° A15/04, del 13 de junio de 2016, del mismo Ministerio, establecen la posibilidad, a este grupo de personas migrantes, de acceder a prestaciones de salud inscribiéndose en Fonasa. Antes de existir esta normativa, las personas migrantes en situación migratoria irregular que no estuvieran en contextos de emergencia, que no fueran niños o niñas y que no fueran mujeres embarazadas, no tenían acceso a la protección de su salud. Así, la cobertura en salud a este grupo vino a salvar, en parte, la discriminación y vulneración a derechos humanos que estas personas estaban sufriendo. Mediante esta normativa, las personas migrantes en situación migratoria irregular, deben acreditar su carencia de recursos ante un funcionario o funcionaria acreditador de derechos, el cual, una vez acreditada esta circunstancia, debe seguir un procedimiento establecido para inscribir a la persona en Fonasa, tramo A.

Si analizamos los grupos anteriores, podremos encontrarnos con situaciones de personas migrantes de la tercera edad que podrían no estar cubiertas, o migrantes en situación migratoria irregular que estén trabajando esporádicamente o de manera efectiva con o sin un contrato de trabajo, pero que no carezcan de recursos.

Ahora bien, el proyecto de ley consagra en su artículo 11 el acceso a la salud. Establece la igualdad en acceso a este derecho por parte de nacionales y residentes –es decir, personas en situación migratoria regular–, y agrega que también existe esta igualdad para personas en situación migratoria irregular, previo cumplimiento de los requisitos que para tales efectos establezca el Ministerio de Salud. Lo anterior, sin perjuicio de que las prestaciones de salud públicas para niños, niñas y adolescentes; mujeres embarazadas, parto y puerperio, y situaciones de urgencia, estarían cubiertas de todas formas.

Sobre la base de los estándares mencionados al comienzo de esta parte del análisis, consideramos la sola consagración del derecho al acceso a la salud como algo sumamente positivo, pues permite avanzar desde la protección de personas migrantes en cuanto a este derecho por la vía administrativa, a una establecida a nivel legal. Sugerimos, en todo caso, la eliminación del requerimiento del previo cumplimiento de requisitos que, para tales efectos, establezca el Ministerio de Salud, ya que toda persona tiene derecho al acceso a la salud, sin distinción alguna. Mantener lo anterior implicaría dar posibilidad para la fijación de criterios que mermen esta igualdad.

1.4.2 Derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes

Al igual que en el caso anterior, el decreto ley actual nada dice sobre el acceso a la educación de las personas migrantes, sino solo establece la ya mencionada visa de estudiante. Esto cambia en el proyecto de ley al consagrar este derecho, explícitamente, en su artículo 13.

Recordemos que el acceso a la educación es un derecho universal, consagrado en los artículos 26 de la DUDH y 13 del PIDESC. Además, el artículo 30 de la CTMyF lo establece de forma particular para los hijos e hijas de personas migrantes, con independencia de la situación migratoria de los padres o de ellos mismos.

Actualmente en Chile, y a pesar de la falta de consagración explícita en el Decreto Ley 1.094, en principio, todo niño, niña y adolescente que requiera ingresar a un establecimiento educacional puede hacerlo, con independencia de su situación migratoria o la situación migratoria de sus padres.

De todas maneras, nuevamente, ha sido la administración del Estado la que, mediante actos administrativos y convenios, ha ido regulando el acceso a este derecho de la población migrante, particularmente de niños, niñas y adolescentes. A todas las personas migrantes que no posean cédula de identidad y que deseen ingresar al sistema educacional chileno, se les entrega, a partir de 2017, un identificador provisorio escolar (IPE), que vino a reemplazar al anterior identificador llamado "RUT 100". El niño o niña es matriculado provisoriamente en un establecimiento educacional, en el curso que corresponda según los documentos de estudio presentados o su edad, mientras se realiza el reconocimiento (convalidación) o la validación de estudios ante el Ministerio de Educación. En paralelo, el niño o niña puede optar a la visa de estudiante, y una vez que su reconocimiento o validación esté lista, su matrícula se transforma en definitiva, con independencia del estado de tramitación de la visa en cuestión. El IPE es reemplazado por el RUN otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación cuando el niño o niña lo obtiene.

En este sentido, el oficio circular 6232, del 26 de mayo de 2003, que precisa el sentido y alcance del Oficio circular 1.179, del 28 de enero de

2003, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y este último oficio circular mencionado, desarrollan la entrega de la visa de estudiante.

En relación a la educación preescolar, la resolución exenta 6.677, del 20 de noviembre de 2007, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, aprobó un convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), mediante el cual se facilita el acceso a la educación preescolar en establecimientos de la JUNJI de los hijos e hijas de inmigrantes y refugiados, independientemente de la situación migratoria de los niños y niñas, no estableciendo nada en relación a la situación migratoria de los padres.

Pues bien, en el mencionado artículo del proyecto de ley, se establece claramente la plena igualdad entre nacionales y extranjeros en cuanto al acceso a la educación preescolar, básica y media, sin distinción alguna por nacionalidad, situación migratoria, o situación migratoria de los padres o madres, lo cual es muy apropiado.

1.4.3. Nacionalidad

La Constitución Política de la República establece que las personas nacidas en el territorio nacional son chilenas, siendo esta la regla general. Sin embargo, existen ciertas excepciones a esto: 1) los nacidos en Chile cuyos padres se encuentran al servicio de un gobierno extranjero y 2) los hijos de extranjero transeúnte. Esta segunda excepción no ha sido definida ni en la Constitución ni en las leyes, por lo que ha sido la administración del Estado la que ha determinado qué entender por transeúnte y, por lo tanto, quiénes habiendo nacido en territorio nacional no son chilenos, sino que tienen esta calidad. El proyecto de ley contempla, en su artículo 170, una definición de “extranjero transeúnte”, pero retrocediendo en relación a lo que hoy en día se entiende por este concepto y contraviniendo los estándares internacionales en la materia.

Al efecto, el artículo 170, inciso primero del mismo, señala:

Definición de extranjero transeúnte. Para los efectos de otorgar la nacionalidad chilena a los hijos de extranjeros nacidos en Chile, de acuerdo al artículo 10 de la Constitución Política de la República, se entenderá por transeúnte a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en Condición Migratoria Irregular.

Para entender esto, es necesario, a nuestro juicio, explicar el recorrido del concepto y los avances que se han producido en la materia.

Históricamente han existido tres interpretaciones de lo que significa extranjero transeúnte. La primera data de 1982, mediante la orden del servicio 4.946 del Servicio de Registro Civil e Identificación, donde se entendía que las personas que tenían menos de un año de permanencia continua en Chile, independiente de si habían solicitado un permiso de

residencia o no, eran transeúntes. Por lo tanto, en ese periodo de tiempo, los niños y niñas, hijos e hijas de padres que estuvieran por menos de un año en Chile no podían optar a la nacionalidad chilena y eran inscritos/as como hijos o hijas de extranjero transeúnte.

Posteriormente, en 1995, el Ministerio del Interior a través del Oficio 6.241, estableció que “extranjeros transeúntes son aquellos que se encuentran en el país en una situación de residencia transitoria, como los turistas o tripulantes, o en forma irregular en el territorio nacional”. Bajo esta interpretación, se asimila a estar de paso tanto al turista como al tripulante, así como a la persona en situación migratoria irregular. Este último estado, por cierto, nada tiene que ver con estar de paso en un lugar. A consecuencia de lo anterior, entre 1995 y 2014, los niños y niñas nacidos/as en Chile cuyos padres se encontraban en situación migratoria irregular, fueron inscritos como hijos de extranjeros transeúntes, desconociéndoseles el derecho a la nacionalidad chilena. Más de 3.000 personas fueron inscritas con esta anotación, las cuales, además de ser privadas de su derecho a la nacionalidad, quedando en riesgo de apatridia, tuvieron problemas en el acceso a derechos básicos como salud y educación. La apatridia significa no ser reconocido como nacional por ningún Estado, y se estima que en el mundo hay cerca de 10 millones de personas en esta situación.

En razón de lo anterior, distintas personas y organizaciones comenzaron a interponer reclamos de nacionalidad –acción constitucional contemplada en el artículo 12 de la Constitución Política de la República– ante el pleno de la Corte Suprema, acogiendo estas acciones en su mayoría bajo el argumento, entre otras consideraciones, de que transeúnte significa estar de paso y la situación migratoria irregular de una persona no es asimilable a ello. Siguiendo este criterio, en 2014, la administración del Estado modificó su punto de vista a través del Oficio 27.601, de fecha 14 de agosto de 2014, estableciendo que extranjeros transeúntes son solo turistas y tripulantes.

A partir de lo mencionado, desde 2014, se ha comenzado a reconocer la calidad de chilenos y chilenas a aquellos/as niños y niñas nacidos/as en Chile y cuyos padres se encuentran con su situación migratoria irregular. Sin embargo, esta nueva etapa no ha estado exenta de dificultades. Durante el período referido, aún se han registrado casos de inscripciones como “hijo de extranjero transeúnte”, a pesar de que los recién nacidos no eran hijos/as de turistas o tripulantes. Además, es importante tener presente que el cambio de criterio no se hizo cargo de las inscripciones efectuadas antes de 2014, de modo que para que estas sean enmendadas, necesariamente deben someterse a consideración de la administración.

Diversas acciones han sido efectuadas por la sociedad civil y por estas instituciones, en conjunto con el Estado, para buscar a las personas afectadas por la situación anterior. El año 2015, el Centro de Derechos

Humanos de la Universidad Diego Portales, en conjunto con la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y el Servicio Jesuita a Migrantes, desarrollaron un proyecto mediante el cual encontraron a 167 personas inscritas como hijos de extranjeros transeúntes, en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Metropolitana, y presentaron una reclamación de nacionalidad conjunta por el total de los casos.³⁷ El Departamento de Extranjería y Migración reconoció la nacionalidad a estas personas y el Servicio de Registro Civil e Identificación rectificó las partidas de nacimiento. Además, el Estado se comprometió a ejercer acciones tendientes a buscar que todas las personas afectadas pudieran acceder a la nacionalidad chilena.

Así, en 2016 surgió el proyecto “Chile Reconoce”, a cargo del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, en donde se trabajó con las instituciones anteriores, sumándose también el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, junto al apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Mediante el proyecto, se logró encontrar 100 casos más y sensibilizar respecto al tema, así como también se creó un procedimiento simplificado de reconocimiento de nacionalidad.

Por su parte, el 25 de mayo de 2017, el gobierno lanzó oficialmente el proyecto mencionado, ratificando así el compromiso del Estado en esta materia. Durante el mismo año, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hizo un reconocimiento a este proyecto como una buena práctica del Estado de Chile. Durante 2017, el proyecto, además, logró encontrar alrededor de 140 personas inscritas erróneamente como hijos de extranjero transeúnte, e iniciar el proceso de rectificación de sus partidas de nacimiento. Asimismo, se capacitó a líderes locales y a la comunidad en estas temáticas, para que también puedan orientar a las personas afectadas.

Luego, en el mes de septiembre del mismo año, ingresaron al Congreso los proyectos para aprobar la Convención sobre el estatuto de los apátridas (Boletín 11435-10) y la Convención para reducir los casos de apatridia (Boletín 11436-10). Ambas convenciones fueron finalmente aprobadas por el Congreso Nacional y el proceso de firma de las mismas culminó el 11 de abril de 2018, encontrándose actualmente vigentes.

La CADH, en su artículo 20, establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, la cual debe ser la del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra, añadiendo que nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. La CIDH ha reafirmado esto en su demanda ante la Corte IDH en el caso

37 Causa rol 20.089-2015, Corte Suprema.

de *Dilcia Yean y Violeta Bosico versus República Dominicana*.³⁸ En este caso la Corte Interamericana señaló que “el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos” y agregó que “el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos”.³⁹

De esta manera, ya desde la CADH Chile debía procurar que ninguna persona nacida en el país pudiera quedar en situación de apatridia, cuestión que, como explicamos, no se cumplía, pues privaba a algunas personas de la nacionalidad chilena mediante una interpretación arbitraria de la Constitución Política de la República.

El artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño es aún más estricto, pues establece que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, sin hacer ninguna clase de acotación o distinción. La norma sobre excepción a la nacionalidad chilena es ya en sí misma una contravención a la Convención sobre los derechos del niño, pues da pie al no cumplimiento del derecho irrestricto a la adquisición de una nacionalidad. Si la interpretación de la Constitución es, además, arbitraria, entonces más clara es la contravención.

En 2011, el Comité de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares realizó recomendaciones a Chile, las cuales versaron sobre diversos temas entre los que se incluía la preocupación por la situación de los hijos de extranjeros transeúntes, hijos de padres y madres migrantes en situación migratoria irregular, e instaba al Estado a concederles la nacionalidad a estos cuando sus padres no puedan transmitirles su nacionalidad, así como a la firma de las Convenciones sobre apatridia.⁴⁰

El cambio administrativo en la interpretación del concepto de hijo de extranjero transeúnte, sumado al proyecto “Chile Reconoce” y a la firma de la Convención para reducir los casos de apatridia, indican que es mayor el compromiso de Chile en lo que se refiere a evitar la negativa de la nacionalidad chilena de manera arbitraria a personas nacidas en Chile. Por lo mismo, es preocupante que el concepto de extranjero transeúnte contemplado en el proyecto de ley sea el mismo de 1995.

El mencionado concepto contraviene, además, la CADH y la Convención sobre los derechos del niño, que establecen estándares en esta materia explicados más arriba.

38 CIDH, demanda ante la Corte IDH, *Caso de Dilcia Yean y Violeta Bosico Cofi versus República Dominicana*, del 11 de julio de 2003, párr. 51.

39 Corte IDH. *Yean y Bosico versus República Dominicana*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

40 Documento de Organización de Naciones Unidas CMW/C/CHL/CO/1, párrafos 32 y 33.

Al respecto, nos parece que sería ideal modificar la Constitución Política de la República, eliminando la excepción constitucional de concesión de nacionalidad referida a los hijos e hijas de extranjeros transeúntes, estableciendo como únicas excepciones a la obtención de la nacionalidad chilena por *ius soli*, contempladas en el artículo 10 de la Carta fundamental, las de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y la de hijos de turistas y tripulantes, no dejando espacio para interpretaciones arbitrarias. De no hacerse lo anterior, sugerimos que el cambio interpretativo en relación al concepto cuestionado quede consagrado de manera correcta en el proyecto de ley.

Hay algunas otras cuestiones anexas al proyecto de ley, pero que guardan relación con este tema y nos parecen importantes de mencionar:

- Primero, consideramos que el Estado debe procurar la rectificación de oficio de las partidas de nacimiento que contienen la anotación de hijo de extranjero transeúnte, que en la actualidad suman un total de 2.070,⁴¹ de todas aquellas personas cuyos padres, al momento de nacer la persona, no eran turistas ni tripulantes. Si esto no es posible, entonces instamos al Estado a continuar trabajando e impulsando el proyecto “Chile Reconoce”.
- Asimismo, y sobre la base de la firma de la Convención para prevenir los casos de apatridia, consideramos que debe modificarse el artículo 2 inciso 2 del Decreto Supremo 5142/1960 que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros, en el sentido de eliminar el requisito de renuncia a la nacionalidad de origen, adquirida o que le corresponda, de quien solicita la nacionalización para obtenerla.
- Por otro lado, en relación con el reconocimiento del estatuto de apátrida a una persona que se encuentre en esta condición y además sea migrante, consideramos muy positiva la firma de la Convención sobre el estatuto de los apátridas. Ahora bien, es necesario, a nuestro juicio, la existencia de una ley sobre el estatuto de los apátridas, similar a la Ley 20.430 sobre protección de refugiados. De esta forma, se asegura el amparo efectivo de estas personas. En el mismo sentido, y para hacer operativo el artículo 32 de dicho cuerpo normativo, que prescribe la facilitación de la naturalización de la persona apátrida por parte del Estado, sugerimos la modificación del mencionado Decreto Supremo

41 Respuesta a solicitud de acceso a la información N° AK002T0003296, respondida por el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación mediante carta r.c.t N° 3296-2018, de fecha 30 de mayo de 2018.

5142/1960, incorporando la entrega de nacionalidad a personas reconocidas como apátridas, así como la agregación de normas pertinentes en este sentido al proyecto de ley estudiado.

1.4.4. Derecho al trabajo y a la seguridad social

La Corte IDH, en la ya citada Opinión Consultiva N° 18, señala que:

Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económica o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.⁴²

A lo anterior la Corte agrega 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. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Por lo tanto, si una persona trabaja, entonces tiene todos los derechos que un trabajador posee de acuerdo al Código del Trabajo, con independencia de su situación migratoria regular o irregular. Este es el mismo criterio establecido por la Dirección del Trabajo.⁴³

Esto se liga con el asunto del derecho a la seguridad social, pues toda persona que trabaja, tendrá, en consecuencia, derecho a que se le

42 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párr. 133.

43 "(...) si el trabajador extranjero presta sus servicios personales, intelectuales o materiales bajo subordinación y dependencia, el empleador está obligado a dar cumplimiento a todas las normas laborales y previsionales vigentes, (...), sin que tenga incidencia alguna la circunstancia de que el trabajador no reúna los requisitos de extranjería sobre residencia o permanencia legal". Dirección del Trabajo. Dictamen ORD N° 1539/017.

paguen sus cotizaciones previsionales. Así, las personas migrantes con un permiso de residencia vigente y un número de run pueden inscribirse en una administradora de fondos de pensiones (AFP) para que le cancelen sus cotizaciones. Pero, ¿qué pasa con las personas migrantes en situación migratoria irregular? En principio, no existen, como en el caso del derecho a la salud y Fonasa, convenios que faciliten el ingreso a alguna AFP de las personas migrantes en esta situación. Sin embargo, se nos ha informado por parte de la Superintendencia de Pensiones que, en primer término, los trabajadores deben solicitar su incorporación a la administradora de fondos de pensiones respectiva —que, al tratarse de trabajadores que cotizan por primera vez debe ser aquella adjudicataria—, llenando el formulario con su número de cédula de identidad. Sin perjuicio de lo anterior, se nos indicó que la AFP adjudicataria actual, “Plan Vital”, tiene un sistema de gestión especial para aquellas personas trabajadoras que no poseen aún cédula de identidad, mediante el cual se les otorga un número de rol transitorio con el cual pueden afiliarse a la institución previa obtención de cédula de identidad.⁴⁴⁻⁴⁵

Por su parte, el proyecto de ley en sus artículos 10 y 12 consagra, explícitamente, los derechos laborales y de acceso a la seguridad social.

El artículo 10 establece la igualdad entre derechos laborales de personas extranjeras y chilenas, con independencia de su situación migratoria. Esto se entiende así porque se señala este derecho, explícitamente, al igual que en el caso del acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes, para “los extranjeros” y no para los “residentes”. Sin embargo, se establece que lo anterior es sin perjuicio de los requisitos especiales que pueda establecer la misma ley, en particular, o el ordenamiento jurídico, en general. Esto podría significar, eventualmente, imponer ciertos requisitos adicionales a personas migrantes en situación migratoria irregular, cuestión que transgrediría la mencionada igualdad ante la ley y los estándares internacionales de derechos humanos anteriormente señalados.

Por su parte, el artículo 12 indica que, para el caso de las prestaciones de seguridad social y acceso a beneficios de cargo fiscal, los extranjeros podrán acceder a estos siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias. Luego agrega que, a las prestaciones de seguridad social financiadas en su totalidad con recursos fiscales, van a tener por regla general acceso solo los residentes, en su calidad de titulares o dependientes, y únicamente si han permanecido en Chile de manera continua por, a lo menos, 2 años.

44 Respuesta a solicitud de acceso a la información, oficio N° 15609, de fecha 11 de julio de 2018, de la Superintendencia de Pensiones.

45 Información disponible en: <https://www.planvital.cl>.

En relación con esto, es importante mencionar que, en la actualidad, el estudio del proyecto de ley se encuentra en etapa de discusión y voto respecto de las indicaciones que se le han efectuado este año. En este contexto, el artículo en cuestión repercutió en el ámbito noticioso en julio, cuando la Comisión de gobierno interior, nacionalidad, ciudadanía y regionalización, rechazó la indicación que incorporó, al artículo 12 mencionado, el plazo de permanencia de 2 años para el acceso en igualdad de condiciones a prestaciones de seguridad social de cargo fiscal. Al respecto –y también en cuanto a los derechos laborales–, conviene tener presente el artículo 25 de la CTMyF, el cual establece que:

Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:

a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término.

Sobre la base de lo analizado, se puede concluir que los estándares internacionales de derechos humanos establecen la igualdad de derechos laborales y de seguridad social entre personas extranjeras y nacionales, con independencia de su situación migratoria. Por lo tanto, deben eliminarse del proyecto de ley todos los matices o distinciones que no atiendan a esta plena igualdad.

1.5. Debido proceso y expulsiones

El debido proceso es un derecho humano básico de toda persona, que busca “confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso”.⁴⁶ En virtud de este derecho humano, la CADH prescribe que toda persona tiene derecho a “ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”.⁴⁷ Este derecho se encuentra también consagrado en el artículo 14 del PIDCP.

46 Víctor Manuel Rodríguez, *El debido proceso legal y la CADH*, documento disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.

47 Artículo 8 CADH.

Al respecto, la Corte IDH ha indicado que este derecho es aplicable a toda clase de procesos, sean judiciales o administrativos,⁴⁸ y del cual es titular toda persona con independencia de su calidad de extranjera o situación migratoria.⁴⁹

Ahora bien, este derecho es sumamente importante cuando estamos frente a una medida de expulsión del territorio nacional, ya que esta sanción implica nada menos que la obligación de la persona de salir del país. La medida de expulsión es, en Chile, la más gravosa dentro del ordenamiento jurídico migratorio.

Al respecto, la mencionada Corte ha señalado que “no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda.”⁵⁰

Esto es reafirmado por la CIDH, al indicar que “los procedimientos que pueden resultar en la expulsión o deportación de una persona involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso.”⁵¹

En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas migrantes, indicando que “los retornos forzados siempre deben ser una medida de último recurso, y solo deben seguirse de un proceso justo y eficiente que garantice que todas las garantías legales han sido provistas. No se debe implementar ninguna devolución sin un debido proceso legal, en un procedimiento donde el migrante está efectiva y adecuadamente representado y tiene acceso a recursos efectivos.”⁵² Acá, el Relator no solo habla del derecho a un debido proceso, sino que además recuerda que las medidas de expulsión deben ser la última opción a considerar.

Actualmente en Chile no existe un procedimiento previo a la dictación de una medida de expulsión, y esto es un grave problema ya que, en el fondo, se está sancionando a una persona sin darle la posibilidad previa de defenderse. La expulsión es una sanción grave que implica que una persona deba irse del país y no pueda regresar, al menos por un tiempo. Esto puede traer consigo consecuencias severas como tener que renunciar a una fuente laboral o separarse de la familia.

48 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros versus Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

49 Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 122.

50 *Caso Vélez Loor versus Panamá*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142.

51 CIDH, Informe No. 49/99. *Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 70.

52 Documento de Naciones Unidas, A/HRC/38/41, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, párr. 89. (Traducción libre).

En relación con esto, la Corte IDH ha sido bastante clara en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*, indicando que en esta clase de procesos se deben evaluar las circunstancias personales del individuo, lo que, además, debe hacerse caso a caso y no colectivamente. Asimismo, señaló que las personas deben contar con las siguientes garantías básicas:

a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.⁵³

Así, la CIDH, sobre la base de la jurisprudencia interamericana y de los informes temáticos de la Comisión sobre la materia,⁵⁴ distingue entre la existencia de un debido proceso antes de la dictación de la medida, y el debido proceso en la fase recursiva. Si bien se trata de dos cuestiones diferentes, en ambas deben respetarse las garantías mínimas mencionadas en el artículo 8 de la CADH.⁵⁵

El artículo 8 de la CADH señala:

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

53 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 356.

54 CIDH, *Movilidad humana estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015.

55 CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 55; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 68/05, *Caso 11.495, Juan Chamorro Quiroz* (Costa Rica). 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- (...)

En cuanto a la fase recursiva, en la actualidad el D.L 1.094 contempla, formalmente, un solo recurso para impugnar las medidas de expulsión, que corresponde al de reclamación extraordinaria. Este recurso, por sus características –entre las cuales se encuentra el hecho de que debe ser presentado en un plazo de 24 horas desde su notificación– prácticamente no se utiliza.⁵⁶⁻⁵⁷ Sin perjuicio de lo anterior, son usados otros mecanismos, como la solicitud de revocación de las medidas de expulsión en virtud de la facultad contemplada en el artículo 84 del D.L 1.094, y los recursos y solicitudes contenidos en la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, como son la solicitud de invalidación y los recursos de reposición y jerárquico. A lo mencionado, se suma la utilización de acciones judiciales constitucionales como es la acción de amparo.⁵⁸

El proyecto de ley, por su parte, contiene un primer gran avance, que es la consagración de un artículo específico, dentro del párrafo II sobre derechos y obligaciones, relativo al debido proceso. Corresponde al artículo 16 –incorporado por las indicaciones al proyecto de ley del presente año– que señala lo siguiente:

Debido Proceso. El Estado asegurará a los extranjeros un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las

56 Delfina Lawson y Macarena Rodríguez, “El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: Situación actual y alternativas”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2016*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2016, pp. 217-238.

57 De hecho, durante 2017, solo se presentaron 2 de estos recursos, versus las 3.098 expulsiones dictadas durante el presente año, tanto por el Ministerio del Interior como por las intendencias regionales. Información obtenida de la respuesta a solicitud de acceso a la información N° AB001W0008585 efectuada al Ministerio del Interior y Seguridad Pública por Catalina Asenjo Véliz, alumna cuya tesis para optar a grado de magíster en derecho público “Acceso a la justicia de la población migrante en Chile en relación a las medidas de expulsión dictadas en su contra”, es dirigida por la autora de este capítulo.

58 Toda esta información se basa en la experiencia de la autora en el marco de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, así como en la información obtenida por Catalina Asenjo Véliz, alumna cuya tesis para optar a grado de magíster en derecho público “Acceso a la justicia de la población migrante en Chile en relación a las medidas de expulsión dictadas en su contra”, es dirigida por la autora del presente capítulo y se encuentra en última fase de revisión.

sanciones contenidas en esta ley, de conformidad a los derechos y garantías que les confiere la Constitución Política de la República y los tratados internacionales suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes.

Lo anterior pareciera ser un buen primer paso, sin embargo, tener un artículo de este tipo sin un consecuente desarrollo normativo pertinente, que es lo que explicaremos a continuación, provoca que no exista, entonces, un verdadero debido proceso, lo que transforma al artículo en una mera enunciación de principios vacíos.

En primer lugar, habría que señalar que en este proyecto de ley tampoco se contempla un proceso previo a la dictación de la medida de expulsión, por lo que no se visualiza ningún avance respecto de la inadecuada situación actual en este punto. Es inconcebible pensar en sancionar a una persona sin que exista un proceso previo con las debidas garantías. Lo único que este proyecto de ley contempla al respecto es un artículo sobre consideraciones a tener en cuenta al dictar una medida de expulsión (artículo 121), el cual señala:

Consideraciones. Previo a dictar una medida de expulsión, el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:

1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión;
2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener;
3. La reiteración de infracciones migratorias;
4. El periodo de residencia regular en Chile;
5. Tener cónyuge, conviviente civil o padres chilenos o radicados en Chile con Residencia definitiva;
6. Tener hijos chilenos o extranjeros con Residencia definitiva, así como la edad de los mismos y la naturaleza del vínculo; y,
7. El patrimonio y los bienes que tuviere en el país.

El Servicio tendrá en consideración las circunstancias establecidas en los numerales 5 y 6 de este artículo, siempre que se encuentre fidedignamente acreditado el vínculo o la genuina relación de convivencia.

Aunque esto podría acercarse a una solución en pos de proteger y promover el debido proceso ante una medida de expulsión, creemos que ello no es así, ya que aunque se señala que la autoridad lo tendrá en cuenta, como un deber, no se establece un período en el cual la persona pueda aportar antecedentes relacionados con este asunto. La primera pregunta que surge es: ¿tendrá la autoridad en su poder todos los antecedentes relativos a estas consideraciones? En la práctica, hemos

observado que eso no sucede. Luego, en relación a las consideraciones 5 y 6 establecidas en el artículo transcrito, nos encontramos con otro problema. Se indica que estas circunstancias se tendrán en cuenta siempre que el vínculo, o relación genuina de convivencia, se encuentre acreditado fidedignamente. ¿A qué se refiere con esto el artículo? ¿Una declaración jurada de convivencia ante notario, por ejemplo, será una acreditación fidedigna?

En este sentido, y en relación a los artículos 119 y 120 del proyecto de ley, que establecen las causales de expulsión de personas con permanencia transitoria y de residentes, respectivamente, consideramos que debe contemplarse una progresividad en las causales de expulsión, sobre todo en atención al principio de regularización migratoria señalado anteriormente en este capítulo. Consideramos que, dadas las graves consecuencias que una medida de expulsión puede traer para una persona o una familia, algunas causales para ser expulsada, como por ejemplo, el vencimiento de la permanencia transitoria, el no haber dado cumplimiento a la medida de abandono, o el ingreso clandestino, deberían estar en un acápite separado que asegure que se dispondrá la expulsión como una medida de *ultima ratio*, previo otorgamiento de otras opciones tendientes a la regularización migratoria de la persona. Quienes tengan necesidad de quedarse en el país lo harán pese a todas las trabas que encuentren, por lo mismo es justo y beneficioso para ellos y ellas, y positivo para el país, que lo hagan en situación migratoria regular, sobre la base de los estándares internacionales mencionados al comienzo de este acápite. Asimismo, consideramos que ejercer actividades remuneradas sin contar con el permiso pertinente no debiera ser una causal de expulsión. Bastaría con establecer multas y sanciones y, quizás, si hay reincidencia, se puede proponer la expulsión del país, pero desde la promoción de la regularización migratoria y el entendimiento de la igualdad de derechos laborales entre personas nacionales y extranjeras en cualquier situación migratoria. La medida de expulsión no debiera ser la primera respuesta ante la situación descrita.

En cuanto a la fase recursiva, creemos que hay una serie de falencias en el proyecto de ley que contravienen los estándares internacionales sobre debido proceso mencionados.

Primero, el artículo 133 –donde se establece la procedencia de los recursos administrativos contemplados en la mencionada Ley 19.880– indica que proceden respecto de todas las resoluciones establecidas en el proyecto de ley, salvo ante la medida de expulsión. Esto es grave, pues se prohíbe a las personas accionar conforme a la legislación general, lo que puede dejarles en la indefensión. De hecho, como explicamos, estos recursos y solicitudes generales se utilizan en la práctica, particularmente, por un tema de plazos.

Con todo, es una señal positiva que en el artículo 134 se establezca que la interposición de los recursos administrativos suspenderá la ejecución del acto impugnado, cuestión que por ahora no opera así para todos los casos.

Posteriormente, el artículo 135 establece el recurso judicial similar al mencionado recurso extraordinario de reclamación planteado en el D.L. 1.094. El mismo se instituye solo para reclamar respecto a la legalidad de la medida de expulsión, cuestión que nos parece incorrecta. Además, se indica que es la única posibilidad judicial, de única instancia, y con un plazo de interposición de 48 horas.

En relación con esto, el artículo 25 de la CADH prescribe el derecho a un recurso sencillo y rápido o efectivo. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”.⁵⁹

Así, un recurso de las características mencionadas dista bastante de ser realmente idóneo. Preparar un recurso adecuado y fundado, en un plazo de 48 horas, es algo difícil para cualquier persona. Lo fundado nos lleva a lo beneficioso de contar con asesoría jurídica especializada, y el plazo sigue siendo breve para un abogado o una abogada. Si a esto sumamos el hecho de que la cantidad de instituciones que brindan asesoría jurídica especializada en Chile es muy baja, el panorama se vuelve aún más difícil.⁶⁰

Que el recurso sea de única instancia también es grave, pues la CADH, en su artículo 8, numeral 2, letra h) establece el derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Al respecto, y con ocasión de la tramitación del proyecto de ley de migraciones presentado por el gobierno anterior en 2017, la Corte Suprema se refirió a la doble

59 Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte*, sentencia del 16 de agosto de 2000, párr. 102; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 164; *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 113; *Garantías judiciales en estados de emergencia*, (arts. 27.2, 25 y 8 CADH), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24, entre otros. Extraído de Christian Courtis, *El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos*. Disponible en: <http://miguelcarbonell.com>.

60 Cuestión que se visualiza desde el trabajo de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales. El derecho a contar con asistencia jurídica especializada, y gratuita si es que la persona no está en condiciones de pagar, forma parte también de las garantías de un debido proceso (art. 8, numeral 2, letras d y e de la CADH). Ver, por ejemplo, CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 99. D y Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126.

instancia que deben tener los recursos en un oficio de respuesta a consultas de los legisladores y las legisladoras, señalando que:

Noveno: Que esta Corte aprecia el acercamiento de la iniciativa a lo que recurrentemente ella ha manifestado con ocasión de informes de esta índole, en cuanto a entregar la competencia a las Cortes de Apelaciones.

Por el contrario, le parece lesivo al concepto mismo de racionalidad que explicita el artículo 19 N° 3° [sic] inciso sexto de la Constitución Política de la República, la vista y veredicto en única instancia. El ordenamiento jurídico chileno custodia el legítimo ejercicio de las garantías que él mismo consagra, con un control jurisdiccional de doble grado. No parece congruente con ese lineamiento, que la tutela del derecho a la libertad ambulatoria de toda persona, por cierto también el extranjero, ante un acto de autoridad, se constriña a una sola instancia.

Con esa salvedad, la propuesta constituye un avance.⁶¹

Por lo tanto, sugerimos que la redacción del artículo se modifique en cuanto a permitir reclamar en sentido amplio en relación a la medida de expulsión, y no solo en lo que se refiere a la legalidad. Además, dado que existe poca oferta de asesoría jurídica especializada, que incluso para abogados y abogadas es complejo preparar una buena defensa en 48 horas, y que un plazo tan breve torna ineficaz la interposición de un recurso, sugerimos que el plazo de presentación del mismo sea de 30 días corridos (asimilable al plazo de la acción de protección). Es primordial, en este mismo orden de ideas, que el recurso sea de doble instancia y sin perjuicio de otros recursos o acciones judiciales, como podría ser la acción constitucional de amparo o la acción constitucional de protección.

Dentro del análisis de las normas que podrían implicar un debido (o indebido) proceso, encontramos el artículo 123 del proyecto de ley, que trata sobre la reconducción o deportación inmediata. Creemos que basta con indicar que esa norma, en sus propios términos, sería contraria a un debido proceso, pues no permitiría a la persona defenderse y explicar los motivos que tuvo para estar ingresando pese a tener vigente una resolución que determinó su expulsión, abandono o prohibición de ingreso, o estar entrando al país eludiendo el control migratorio, o con documentos falsificados, adulterados o expeditos a nombre de otra persona. Puede ser que se trate de una situación de discriminación o de necesidad. No tener estas garantías mínimas podría, además, afectar el principio de no devolución, que implica no hacer retornar a

61 Documento disponible en: <https://www.camara.cl>.

una persona al país en donde su vida, integridad, libertad o seguridad corren peligro, cuestión que corresponde a un principio de *ius cogens*.⁶² Además, este principio se encuentra consagrado en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como la CADH (artículo 22, numeral 8), la Convención sobre el estatuto de los refugiados (artículo 33) o la Convención contra la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3). Evaluar las necesidades de protección de una persona requiere que la misma explique su situación y que haya un funcionario o una funcionaria capacitado/a para comprenderla. No es posible todo lo anterior con la reconducción inmediata. Proponemos eliminar esta medida y señalar que toda persona sorprendida en los supuestos de la norma, seguirá el proceso normal sancionatorio, es decir, si corresponde, se iniciará un proceso de expulsión o se dictarán las sanciones pertinentes, bajo las garantías de un debido proceso.⁶³

Relacionado con el debido proceso y las medidas de expulsión, se encuentra el artículo 125 sobre la forma de disponer dicha medida. Aquí, al final del artículo, se establece que en las medidas de expulsión se debe explicitar el tiempo de prohibición de ingreso que pesará sobre la persona, el cual podrá ser indefinido. Consideramos que si bien es positivo que se establezca que el tiempo de duración del impedimento debe estar explicitado en la medida, no es adecuado que exista la posibilidad de que sea indefinida, pues se convierte en una suerte de castigo perpetuo, que se podría establecer para casos muy diversos contemplados en la ley –las causales de expulsión del país– que atraviesan toda la gama de situaciones de menor a mayor gravedad. Ahora bien, si se quiere dejar esta posibilidad, instamos a que los motivos sean excepcionales, atiendan a situaciones gravísimas y estén contemplados explícitamente en la ley. Debiera establecerse, además, que la autoridad al dictar una prohibición de ingreso, esté obligada a indicar el porqué del plazo de duración de la misma y, en caso de que

62 Véase, por ejemplo, ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, párr. 21 y Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, Artículo 4: *Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrafo 11.

63 Al respecto, en julio de 2018, se aprobó una indicación al proyecto de ley, promovida por diputados y diputadas, en donde se establece el principio de no devolución como regla general a ser aplicada en todos los casos donde existan riesgos de que, por la medida de expulsión, la vida, integridad física o libertad personal de una persona migrante corra riesgo de ser vulnerada a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social y opinión política, en conformidad a los tratados internacionales ratificados por Chile. Para mayor información, ver *El Mercurio*: “Diputados de oposición aprueban indicación que impediría al Estado expulsar extranjeros”, 11 de julio de 2018. De todas maneras, hasta el momento, el artículo aquí cuestionado se mantiene, pero desde ya adelantamos que es incompatible con el principio de no devolución.

sea indefinida, debe justificar dicha medida en atención a los criterios legales previamente establecidos.

Por último, encontramos la privación de libertad para hacer efectiva la medida de expulsión. El artículo 125 indica que la autoridad migratoria será la que establecerá, en la resolución de expulsión, el tiempo durante el cual la persona estará privada de libertad, a efectos de ejecutar la medida en cuestión. En relación con esto, el inciso segundo del artículo 127 establece que, si la expulsión no se materializa en 5 días, la persona debe ser dejada en libertad, pudiendo volver a ser privada de la misma por un plazo máximo de 48 horas, únicamente para hacer efectiva la medida de expulsión.

En Chile no existen los centros de detención de personas migrantes y las detenciones migratorias no son frecuentes, o al menos no lo son en esta época. Al respecto, tenemos que recordar el *caso Cuartel Borgoño* del año 2013, mediante el cual se ordenó por la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo confirmado por la Corte Suprema, la liberación de 18 personas migrantes que se encontraban retenidas en precarias condiciones en el cuartel Independencia de la PDI, ubicado en calle General Borgoño, esperando la ejecución de sus medidas de expulsión del país. Esta detención llegó a durar, en algunos casos, hasta 22 días. Aquí se estableció que el plazo de detención a efectos de materializar una medida de expulsión no puede superar las 24 horas, de acuerdo a la legislación vigente (D.L 1.094 y su reglamento).⁶⁴

Desde los estándares internacionales, la CIDH ha reiterado que las personas migrantes no son criminales y que, frente a delitos migratorios, la encarcelación no puede ser la primera respuesta del Estado.⁶⁵ Recordemos que toda persona es titular del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la CADH, que establece, entre otras garantías, que las detenciones deben efectuarse conforme a la ley y de una manera no arbitraria. La Corte IDH, por su parte, ha señalado que “para que la privación de la libertad por motivos migratorios no devenga arbitraria, la detención debe cumplir con los requisitos de estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional”.⁶⁶

Por todo lo anterior, nos parece que es inadecuado dejar en manos de la autoridad administrativa la potestad de fijar el plazo que tendrá la PDI para ejecutar la medida de expulsión, ya que no se establecen criterios para fijar tal o cual cantidad de horas y días, y, por cierto, no se

64 Amparo rol 351-2013, Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por sentencia rol 1651-13 de la Corte Suprema.

65 CIDH, *Movilidad humana estándares interamericanos*, op. cit., párr. 381-383.

66 Corte IDH. *Caso Vélez Loor versus Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 166.

determina un plazo máximo. Consideramos que, a fin de resguardar los derechos de las personas y procurar que la detención migratoria, medida de *ultima ratio*, sea necesaria y proporcional, 5 días es demasiado tiempo, y debería establecerse un plazo máximo de detención de 24 horas, tal cual como se indicó en el caso Cuartel Borgoño, en donde la persona debe ser tratada de manera digna y debe proveérsele de condiciones de alimentación, salud y salubridad apropiadas, en lugares diferentes a centros penitenciarios. Esto último (lo distinto al plazo) se establece en el artículo 127 del proyecto de ley, lo cual es positivo. Además, nos parece que debe explicitarse que esta detención solo podrá producirse cuando hayan vencido los plazos para la interposición de los recursos contemplados en dicha ley, o una vez rechazados y notificados los mismos.

1.6. Grupos en especial situación de vulnerabilidad

En el apartado 3 sobre permisos de residencia de este capítulo del presente *Informe*, desarrollamos algunas cuestiones respecto a grupos en especial situación de vulnerabilidad. En esta parte, nos referiremos a otros aspectos distintos sobre la situación de niños, niñas y adolescentes, mujeres y personas con discapacidad.

1.6.1. Niños, niñas y adolescentes, y reunificación familiar

Así, en primer lugar y respecto a niños, niñas y adolescentes (NNA), el proyecto de ley no contiene un tratamiento consistente de este grupo especial. En principio, la manera de referirse a NNA es insatisfactoria, pues el proyecto habla de “menores de edad”, denostándonos, a nuestro juicio, ya que son sujetos de derecho y no objetos del mismo. Luego, como indicamos, no se contemplan visados especiales para este grupo, en circunstancias en que hoy en día existen programas de entrega de visas por la sola calidad de ser niño o niña, en principio, con independencia de la situación migratoria de sus padres.⁶⁷ En este sentido, la Corte IDH ha indicado, en general, que “El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.⁶⁸

67 Esto tiene matices, pues creemos que la manera en que está consagrado el programa no es del todo satisfactoria. Ver acápite pertinente en capítulo “Cambios en materia migratoria en Chile” del presente *Informe 2018*.

68 Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión del 19 de agosto de 2014, párr. 66.

En relación con el tema que nos convoca, encontramos el derecho a la protección de la familia y la reunificación familiar. La CADH, en sus artículos 11 y 17, consagra el derecho a la protección de la familia y a la no injerencia arbitraria en la misma. Idénticos derechos plantea el PIDCP, en sus artículos 17 y 23; la Convención sobre los derechos del niño, en diversos artículos centrados en la relación del niño o niña con su familia, y la CTMyF en sus artículos 14 y 44.

La reunificación familiar es un derecho importante en sí mismo, que busca la unión de las familias y, además, es fundamental de considerar frente a las medidas que traigan como consecuencia la separación de sus integrantes como puede suceder, por ejemplo, con la expulsión de una persona.

A este respecto, la Corte IDH, sobre la base de la protección del interés superior del niño, ha indicado que:

En el contexto de la migración internacional, la práctica de expulsiones o deportaciones de personas con vínculos familiares en el país de destino es una de las situaciones que plantea con mayor claridad la tensión entre el poder soberano para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio, y las obligaciones de los Estados a proteger a la familia y a los niños. La protección del derecho a la vida familiar y del interés superior del niño requieren de los Estados la realización de un balance entre el ejercicio de las potestades antes mencionadas con el derecho a respetar y proteger la vida familiar, en particular en las situaciones en que los procedimientos de expulsión o deportación pueden representar una injerencia arbitraria al respeto de la vida familiar y al interés superior del niño. Cualquier procedimiento que acarree la consecuencia de separación familiar, debe ser eminentemente excepcional”.⁶⁹

Asimismo, llama a los Estados a valorar la medida de expulsión o deportación de padres y madres de niños y niñas, evaluando que la misma esté contemplada en la ley y que sea idónea, necesaria y proporcional, explicando qué significan cada uno de estos elementos en relación con los NNA.⁷⁰

Es preciso comprender que la protección de la familia y la prohibición de injerencias arbitrarias en ella es un derecho que tiene toda persona; que frente a una medida de expulsión del país, toda persona tiene derecho a permanecer con su familia, y que los niños y niñas como sujetos tienen, desde la consideración de su interés superior, el

69 *Ibíd.*, párr. 346.

70 *Ibíd.*, párrs. 275-279.

derecho primordial a vivir y desarrollarse junto a su familia. Por lo tanto, es importante que una legislación de migración contemple la reunificación familiar en este sentido, además de explicitar el interés superior del niño como una consideración principal a la que se atenderá en todos los procesos migratorios.

Nada de esto es considerado en el proyecto de ley. El derecho a la reunificación familiar se encuentra consagrado en el artículo 14, pero acotado solo para residentes. Así, en el proyecto se señala que:

Reunificación Familiar. Los Residentes podrán solicitar la reunificación familiar con su cónyuge o conviviente civil, padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos menores de 24 años que estudien en una institución educacional reconocida por el Estado y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría.

Lo anterior, a nuestro juicio, no tiene sentido. Si el proyecto de ley quiso manifestar que habrá mecanismos de solicitud de visa para los familiares que describe, entonces bastaba con establecerlos. En cambio, si lo que se busca es que la reunificación familiar, en relación con la protección de la familia, sea un derecho especialmente considerado, no puede sino establecerlo para todas las personas –y no solo para los residentes–, y como una cuestión especial a atender en los procedimientos migratorios, particularmente los sancionatorios como los que pueden concluir con una medida de expulsión.

El interés superior del niño como una consideración primordial no es siquiera mencionado en el proyecto de ley.

Ahora bien, una pregunta que podría aparecer en este punto es: ¿cuál es la necesidad de consagrar estos derechos en una ley de migraciones, si la propia Constitución y tratados internacionales establecen la protección de la familia y reunificación familiar, y la Convención de los derechos del niño es clara respecto al interés superior de estos? Creemos que la respuesta es la misma que se da respecto de la explicitación del reconocimiento de todos los demás derechos (como salud, educación, trabajo, etc.). Aunque haya tratados internacionales sobre la materia, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es necesario, sobre todo en un país legalista como el nuestro, que exista un desarrollo legal de los derechos, aplicados al tema en concreto y a sus procedimientos asociados, para que así no haya dudas en relación a su alcance.

1.6.2. Mujeres migrantes

En relación con este punto, comenzamos por señalar que el proyecto de ley, a diferencia del anterior presentado por el gobierno de la entonces

presidenta Michelle Bachelet,⁷¹ no contempla un lenguaje de género, refiriéndose siempre en masculino a las personas extranjeras.

Asimismo, tampoco se consideran criterios de visación especiales para mujeres migrantes, particularmente para aquellas que han sufrido violencia de género o intrafamiliar en su trayecto migratorio, o en su país de origen. Esto, aunque lamentable, es un fenómeno que ocurre en el mundo y que afecta especialmente a mujeres,⁷² quienes además pueden ser víctimas de tráfico o de trata de personas, circunstancia primera que tampoco forma parte de los criterios de otorgamiento de visas, como se señaló.

1.6.3. Personas con discapacidad

Las personas con discapacidad son mencionadas de forma bastante insuficiente, a nuestro juicio, en el proyecto de ley. Así, son contempladas en relación a la reunificación familiar explicada más arriba; en un artículo particular relacionado con que los cuidadores deben solicitar el permiso de residencia por la persona que no puede hacerlo (artículo 35),⁷³ y en cuanto a que los inmigrantes con discapacidad pueden solicitar una visación de residente oficial o de residente temporal en calidad de dependientes.⁷⁴

Consideramos que el enfoque debiera ser otro: las personas con discapacidad tendrían que tener un visado especial, el cual pueden solicitar también sus cuidadores. Por lo mismo, sugerimos la modificación del proyecto en este sentido, considerando la discapacidad como un criterio de otorgamiento de visación de titular a personas en esta situación, y a sus cuidadores.

CONCLUSIONES

Los Estados tienen la potestad de decidir quiénes pueden o no ingresar en sus territorios, pero considerando siempre como limitación los

71 Boletín 11395-06. Este proyecto, en todo caso, también presentaba falencias. Véase documento presentado por el Centro de Derechos Humanos ante Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización, disponible en: <https://www.camara.cl>

72 Más sobre esta temática puede revisarse en Andrea Aguilera, Lidia Casas, y Francisca Vargas, "Violencia sexual en contra de mujeres migrantes en su trayecto migratorio hacia Chile", en *Los efectos de la violencia sexual en contra de niñas y mujeres*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 128-129. A modo de ejemplo, además, puede revisarse el reportaje: *La Segunda*: "Migraciones y coyotes", Revista Viernes, 29 de junio de 2018.

73 Artículo 35. Personas con discapacidad. Para el caso de personas que no estén capacitadas para solicitar sus permisos de residencia o permanencia, o sus prórrogas, y que por ello requieran de un cuidador, tal como se define en la Ley N° 20.422, será este último quien estará obligado a presentar dichas solicitudes.

74 Artículos 53 y 66 del proyecto de ley.

derechos humanos de las personas. Esto implica entender la migración como una cuestión de derechos humanos y significa no imponer requisitos, visados o normativas, o permitir o tolerar prácticas, que resulten discriminatorias o, en general, que violen los derechos humanos de las personas migrantes.

El proyecto de ley presenta un claro avance entre la consagración de las prohibiciones de ingreso imperativas y facultativas, en comparación con la forma en que está prescrito en el Decreto Ley 1.094. Esto guarda relación tanto con las causales en sí mismas, como con algunos límites temporales que se ponen en cuanto a algunas de ellas. Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que ambos grupos de causales deben revisarse en cuanto a no dar espacio para la arbitrariedad y no transgredir la presunción de inocencia de la cual gozan todas las personas. En el mismo sentido, dejar abierta la posibilidad de aplicar o no una causal de prohibición de ingreso facultativa, puede llevar a situaciones de transgresión de derechos humanos, sobre todo si estamos hablando de poner en juego el derecho al libre tránsito de las personas bajo condiciones de igualdad y no discriminación, objetividad, proporcionalidad y razonabilidad, tal cual lo ha señalado la Corte IDH.

Por su parte, resulta positiva la consagración, más o menos explícita, de los principios de promoción de regularización migratoria y no criminalización de la migración, cuestiones que devienen de los estándares internacionales de derechos humanos; sin embargo, a lo largo del proyecto de ley estos principios no son desarrollados, incluso se establecen normas que apuntan en la dirección opuesta.

En cuanto a los permisos de residencia establecidos en el proyecto de ley, observamos bastantes diferencias en comparación al estado actual. Algunas cuestiones son positivas como, por ejemplo, la incorporación de las razones humanitarias como criterio que debe ser contemplado para el otorgamiento de visas, o la posibilidad de trabajar para personas dependientes. Esto último es positivo, aunque con matices, pues habría que delimitar el otorgamiento de visas en esta calidad para personas que trabajen solo en ciertas condiciones que no provoquen situaciones de vulnerabilidad o violencia económica.

Con todo, nos parece que el sistema de visados propuesto tiene más deficiencias que beneficios, teniendo como base los criterios de derechos humanos provenientes de tratados internacionales y de la interpretación de órganos internacionales como la Corte IDH. Primero, el señalar que por motivos “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular” se podrá establecer la necesidad de contar con un visado de turismo consular, es del todo inadecuado. Con esto, se estigmatiza a ciertas nacionalidades, castigando a justos por pecadores y no atacando el problema de fondo que puede haber detrás de situaciones de este tipo. En segundo lugar, consideramos que

es muy grave prohibir el cambio de estatuto migratorio al interior del país, de permanencia transitoria (turista) a residencia temporal. Esto puede traer consigo situaciones absurdas, a la vez que puede terminar por promover la irregularidad migratoria y fortalecer a las redes de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas. Como explicamos, es bastante ingenuo pensar que un empleador esperará a que una persona turista a quien ofreció un trabajo regrese a su país de origen y tramite un visado. También es iluso creer que toda persona extranjera tendrá el dinero para ir y regresar nuevamente al país. ¿Qué sucederá, sobre la base de la propia experiencia chilena, frente a requisitos o trabas migratorias excesivamente onerosas? Probablemente las personas se quedarán en la clandestinidad, o decidirán venir a Chile de manera irregular. En relación con esto, explicamos que la visa de oportunidades, creada administrativamente por el actual gobierno, no contribuye, en verdad, a salvar la problemática mencionada. Esto porque tiene, en principio, una cuota muy baja de otorgamiento y, además, está enfocada en profesionales y técnicos, requisito que deja fuera a todas las personas que lo sean y no puedan acreditarlo, o que no lo sean pero quieran ejercer un oficio. Es difícil conseguir una migración ordenada, segura y regular, importando herramientas de gestión migratoria ajenas a nuestra realidad nacional.

En el mismo orden de ideas, creemos que las subcategorías migratorias deben tener como foco a la persona y no ser utilitaristas. En este sentido, conviene revisar las subcategorías para agregar algunas que no están contempladas, pero que existen administrativamente o forman parte de la realidad de los flujos migratorios que recibe el país.

Por último, dentro de esta temática, señalamos que es perjudicial no establecer como regla que las personas con una visa de residencia temporal podrán trabajar y postular a la residencia definitiva, lo cual se agrava cuando el plazo para pasar de un visado a otro depende de la autoridad, la cual, discrecionalmente, debe fijarlo dentro de un margen de tiempo bastante amplio establecido por la ley. Todo lo anterior, a nuestro juicio, propicia la discriminación arbitraria.

En cuanto al acceso a derechos, es importante que –desde la comprensión de la igualdad entre personas, con independencia de su nacionalidad y/o situación migratoria, y los derechos humanos que nacen también de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes– se establezca, sin distinción alguna, el acceso pleno de las personas migrantes a la salud, a la educación –de niños y niñas–, al trabajo y a la seguridad social. Consideramos que el proyecto de ley se aleja de estos estándares, de maneras más o menos evidentes, y eso es algo que debe ser modificado. Lo anterior es así, salvo en cuanto al derecho a la educación de niños y niñas, que es consagrado por el proyecto de ley sin ninguna clase de distinción, lo cual por cierto es un avance muy positivo y destacable.

En relación al tema de la nacionalidad chilena y la prevención de la apatridia, el proyecto contempla una definición de la excepción constitucional a la adquisición de nacionalidad por *ius soli*, el concepto de “extranjero transeúnte”, que retrocede en relación a los avances que se han producido en Chile respecto del entendimiento del mismo y contraviene los estándares internacionales en la materia.

En lo relativo al debido proceso y expulsiones, el proyecto de ley dista de estar cerca de los estándares internacionales en la materia. Aunque se consagra el debido proceso como un derecho general, en el desarrollo normativo no se cuenta verdaderamente con este derecho. Así, no se contempla un proceso previo a la dictación de la sanción más gravosa del ordenamiento jurídico, la cual es la medida de expulsión. Asimismo, las medidas de expulsión no encuentran progresividad, no se permite el uso de recursos de la Ley 19.880 para atacar estas medidas y la fase recursiva es no solo insuficiente, sino que, también, inadecuada. Por lo demás, existe la posibilidad de la reconducción inmediata de la persona migrante, lo cual en sí mismo es una antítesis del debido proceso y promueve situaciones que contravienen el principio de no devolución. Aunque es adecuado que el proyecto de ley establezca que el tiempo que durarán las prohibiciones de ingreso, como consecuencia de las medidas de expulsión, debe estar consagrado en la resolución que las dicta, no es apropiado que este tiempo pueda ser indefinido. Señalamos que, si se decidiera dejar esta opción, entonces debe establecerse que la misma será una medida de *última ratio*, solo para casos gravísimos y sea obligatorio explicitar los criterios para que sea procedente. En cuanto a la privación de libertad, nos parece que no corresponde dejar abierta la posibilidad de poder detener a las personas por un plazo tan amplio como son 5 días y –desde los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos por la Corte IDH– debieran buscarse mejores alternativas.

Por último, el proyecto de ley contiene un tratamiento muy deficiente en cuanto a protección de niños, niñas y adolescentes migrantes, mujeres migrantes y personas migrantes con discapacidad. No se contempla un uso adecuado del lenguaje para referirse a estos grupos, ni visados especiales que atiendan a la especial situación de vulnerabilidad a la que se podrían ver enfrentados y enfrentadas. Además, no se considera el principio de reunificación familiar, de manera tal que sea un derecho para todas las personas migrantes, y tampoco se establece el interés superior de niños y niñas como una consideración primordial a la que se atenderá en todos los procedimientos migratorios que les afecten.

Creemos que asimilar la migración como algo negativo es perjudicial para el país y que la xenofobia y el racismo no deben esconderse detrás de subterfugios legales con buena apariencia: simplemente no

tienen que existir. El proyecto de ley requiere de una revisión exhaustiva que busque el verdadero respeto, promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

RECOMENDACIONES

En razón de las conclusiones anteriores se recomienda al Estado:

1. Eliminar motivos discriminatorios en el sistema de visados. Permitir el cambio de estatus migratorio desde permanencia transitoria a residencia temporal. En lo referente a los criterios de subcategorías migratorias, es imperativo incorporar la niñez, el ser mujer víctima de violencia de género, la discapacidad y el ser víctima del delito de tráfico de personas, y sería conveniente la inclusión de la búsqueda de oportunidades laborales, dentro de dichas subcategorías. Por último, establecer como regla el que las personas con una visa de residencia temporal puedan trabajar y postular a la residencia definitiva, fijando un plazo único de estadía en el territorio nacional de 12 meses para hacer lo segundo.
2. Respecto de los derechos a la salud, laborales y seguridad social, respectivamente, eliminar las frases que condicionen el ejercicio de este derecho en forma contraria al ordenamiento de derechos humanos.
3. Establecer un adecuado proceso previo a la dictación de las medidas de expulsión, en donde la persona goce de todas las garantías de un debido proceso. Asegurar que la medida de expulsión sea una sanción de *ultima ratio*.
4. Permitir el uso de recursos de la Ley 19.880 para atacar las medidas de expulsión. Modificar el recurso judicial contemplado en la ley de modo tal que permita reclamar de la medida de expulsión en sentido amplio y no solo de la legalidad; que sea de doble instancia y tenga un plazo de interposición de 30 días corridos, sin perjuicio de otras acciones jurisdiccionales que puedan interponerse, como la acción de amparo o acción de protección.
5. Revisar las causales de prohibición de ingreso obligatorias y facultativas. Se sugiere la eliminación de las segundas, incorporando algunos de sus presupuestos en las primeras. También suprimir las causales que permiten a la autoridad migratoria de frontera impedir el ingreso de manera arbitraria.
6. Eliminar la reconducción inmediata, así como la posibilidad de que las prohibiciones de ingreso sean por un tiempo indefinido.

Sin embargo, si se decidiera dejar esta opción, entonces debe establecerse que la misma será una medida de *ultima ratio*, solo para casos gravísimos y explicitando los criterios para que esto sea procedente. Establecer un plazo de privación de libertad a efectos de ejecutar las medidas de expulsión de no más de 24 horas, y siempre que los plazos de interposición de recursos contemplados en la ley se encuentren vencidos o, habiéndose intentado estos, ellos hubiesen sido fallados en contra y notificados.

7. Incorporar el lenguaje de niñez y de género en el proyecto de ley. Asimismo, establecer el principio de reunificación familiar de manera adecuada, consagrándolo para todas las personas y no solo para residentes. En el mismo sentido, incorporar el interés superior del niño de manera explícita como una consideración primordial a la que se atenderá en todos los procedimientos migratorios que afecten a niños, niñas y adolescentes.
8. Excluir del concepto de extranjero transeúnte a las personas en situación migratoria irregular.