

Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 11 de junio de 2018
- Sesión Ordinaria N° 428

I. Resumen Ejecutivo

La presente minuta contrasta el proyecto de ley de Migraciones y Extranjería presentado por el Presidente Piñera el 20 de mayo de 2013, Boletín N°8970-06, y las Indicaciones presentadas por el Ejecutivo con fecha 09 de abril de 2018 mediante oficio N°008-366, con los estándares internacionales de derechos humanos a los que el Estado de Chile se encuentra obligado.

La reforma migratoria, propuesta por el Ejecutivo, tiene como objetivo incentivar la migración regular como única vía para la integración plena. Así el proyecto define su orientación hacia la integración, reconociendo la igualdad de trato y no tolerando la discriminación arbitraria. Lo anterior encuentra justificación, en palabras del mensaje del Proyecto, en que la *“irregularidad perjudica a la sociedad receptora, al aumentar la competencia desleal en el trabajo y al favorecer la conformación de guetos de marginación”*, agregando, además, como ventaja de la migración regular el que ésta permite *“asegurar un adecuado control”*, manteniendo la seguridad nacional como un criterio informador de toda la legislación migratoria.

Así, cómo se verá, el proyecto constituye un avance en el reconocimiento de estándares internacionales de derechos humanos en la materia, hecho que se valora de manera positiva. Sin embargo, preocupa que no obstante este reconocimiento, muchas veces el articulado no refleja su respeto irrestricto, en ese sentido, los procedimientos de obtención de la residencia, el acceso y goce de los derechos sociales, y el sistema sancionatorio. Se verá también que el proyecto, a raíz de sus imprecisiones no introduce cambios significativos en la institucionalidad migratoria que, tal como señalaremos, fuertemente orientada a garantizar la seguridad nacional en desmedro de otros objetivos fundamentales en materia de derechos humanos, mantiene un modelo administrativo que no está siendo eficiente para enfrentar los nuevos desafíos que presentan los crecientes flujos migratorios.

Así, esta minuta propone la revisión del presente proyecto de ley, a modo de garantizar a todas las personas el goce y ejercicio de sus derechos por sobre otros aspectos, como la seguridad nacional, de acuerdo a los estándares que se indican.

II. Introducción

Los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile aplicables a la protección de las personas migrantes son la Declaración Universal de Derechos Humanos y los siete tratados del Sistema Universal, denominados tratados de derechos humanos básicos: los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales; las convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y contra la mujer; el convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; y la Convención Internacional sobre los derechos del niño. A nivel regional, se incluyen la Declaración y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará).

En razón del carácter universal e inalienable de los derechos humanos consagrados en los instrumentos referidos, el hecho de no ser nacional de un Estado no justifica la negación o el trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales.

De manera específica, los instrumentos internacionales referidos a los derechos de las personas migrantes ratificados y vigentes en Chile son la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985), la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y Familias (1990), y el Convenio de la ONU de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y su protocolo de 1967. Se agregan los protocolos sobre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (ambos de 2002). Inciden sobre las materias regulas por el proyecto la Convención de la Habana sobre Asilo (1928), y las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y Relaciones Consulares (1963).

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que “[l]os Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 7). La Convención reconoce un amplio catálogo de derechos, con independencia de la condición migratoria de las personas, entre los que se incluyen la libertad de tránsito (art. 8), derecho a la

vida (art. 9), no ser objeto de torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), no ser objeto de esclavitud, servidumbre ni trabajos forzosos (art. 11), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12), opinión y libertad de expresión (art. 13), vida privada (art. 14), a la libertad y seguridad personal y a la protección efectiva del Estado (art. 16), acceso a la justicia (art. 18), educación (art. 30), trabajo y derechos laborales (arts. 25 y 26), seguridad social (art. 27) y salud (art. 28), entre otros.

Sobre el abordaje del fenómeno migratorio, la misma convención establece las condiciones que los Estados deben cumplir a los fines de abordar adecuadamente la movilidad humana con apego a los derechos humanos. En particular, promover condiciones equitativas y dignas para la migración; abordar integralmente de las necesidades de las personas migrantes (entre estas, las sociales, económicas y culturales); y la generación de servicios apropiados para la migración, entre estos, la formulación de políticas, la colaboración entre Estados, y el suministro de información y asistencia apropiadas a la población migrante

Por su parte, la Corte IDH en la Opinión Consultiva antes referida señala que “[l]os objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló (supra párrs. 84, 89, 105 y 119), las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonable”.

Respecto de la población en situación migratoria irregular, la Corte INDH indica que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral” (párr. 134). Señala, igualmente, que “sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos” (párr. 119). 14. En el caso de ocurrir situaciones de expulsión, la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios establece que éstas no podrán ser colectivas (art. 22.1) ni definidas por otra entidad que no sea la autoridad competente de acuerdo a la norma nacional (art. 22.2). Además, la decisión deber ser comunicada previamente a la expulsión, en un idioma comprensible y exponiendo las razones de la resolución (art. 22.3). Por último, las personas migrantes “tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión” (art. 22.4).

Por otra parte, el 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes** donde se reconoce “*el compromiso de los países de proteger la seguridad, la dignidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual fuere su estatus migratorio, en*

todo momento?. Con esta declaración se inició un proceso de negociaciones intergubernamentales que culminará con la aprobación de un **Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular** y otro **Pacto Mundial sobre Refugiados** en septiembre de 2018. Este marco internacional, en el cual se discute una nueva legislación migratoria para Chile, señala con claridad que los derechos y libertades de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas son incondicionales y no dependen, en ningún caso, de su situación migratoria.

En un contexto global en el que crecen los movimientos de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo, Chile se ha convertido en un país de acogida de personas provenientes de América Latina y el Caribe. Las proyecciones sobre población migrante realizadas por el Departamento de Extranjería y Migración, sobre la base de los resultados del censo 2017 arrojan que, a abril de dicho año el número de extranjeros en Chile asciende a 1.119.267, calculándose en setecientos mil que han llegado desde el 2014 a la fecha. Hoy el porcentaje de inmigrantes con respecto a la población nacional es de 6,1%, la más alta en la historia. Además, la migración se ha diversificado en términos de lugares de origen, la radicación a lo largo del país y el tipo de migrantes.

Chile requiere de una nueva política de migración supone conciliar los valores de seguridad y orden, juntos con los de justicia e integración. Esto significa dar un trato justo a los migrantes, fomentar el ingreso regular y adoptar medidas en contra de delitos como son el tráfico ilícito de migrantes.

En el marco del derecho internacional indicado y ante el desafío migratorio el Estado de Chile cuenta con la legislación migratoria más antigua de América Latina, habiendo sido el DL 1094 de 1975. Por ello, hacia finales de su primer gobierno, el Presidente Piñera ingresó al Congreso un proyecto de ley de migraciones que fue ampliamente criticado por las organizaciones de la sociedad civil, la academia y algunos organismos internacionales por carecer de un enfoque de derechos y enfatizar un enfoque instrumental. El gobierno anterior de la Presidenta Bachelet, con fecha de agosto del 2017, ingresó al parlamento un nuevo proyecto de Ley de Nueva Ley de Migraciones boletín N ° 11395-06 el cual tiene como objetivo, modernizar la normativa migratoria vigente hacia una que promueva una migración segura, ordenada y regular. Sin embargo, nuevamente fue objeto de críticas y no llegó a término. Por último, recientemente a través del Boletín 8970-6, de 9 de abril, el actual Gobierno del presidente Piñera envió indicaciones al proyecto de ley que se había presentado en su primer Gobierno.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre derechos de personas migrantes que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes, consagran los estándares que deben estar presentes en el proyecto de ley de migraciones¹. Esos principios son (1) el derecho al libre

¹ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Convención Internacional de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

tránsito y migración, (2) el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, (3) el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia, (4) el derecho a la reunificación familiar y a la protección de la familia, (5) el derecho a la nacionalidad y a la identidad, (6) el principio del interés superior del niño, (7) el principio de no criminalización de la migración irregular, (8) el principio de no devolución, (9) el derecho de acceso a la información y (10) principio *pro homine*.

Esta minuta está orientada a contrastar tales estándares, principios y derechos con el articulado del proyecto de ley de migraciones presentado por el Presidente Piñera en su primer Gobierno junto a las Indicaciones recientemente enviadas, para evaluar en qué medida el proyecto cumple con las obligaciones que el Estado de Chile ha adquirido en materia de derechos humanos.

III.Observaciones al Proyecto de Ley

1.- Sobre el derecho a la libre circulación y la movilidad humana² El proyecto no reconoce el derecho humano a la libre circulación y la movilidad humana, derecho consagrado en varios de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Chile, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Mensaje del proyecto de ley indica que los objetivos de la ley son “aprovechar las potenciales ventajas de la migración internacional en beneficio del país” y que la legislación que se adopte se concibe como una “herramienta capaz de atraer talento y fuerza laboral en sectores y lugares determinados”. Para ello se propone la integración como eje de la reforma, la cual se promueve con incentivos a la regularidad migratoria y haciendo difícil la estancia en condiciones de irregularidad. Adicionalmente, “[l]a migración regular permite también asegurar un adecuado control, manteniendo la seguridad nacional como un criterio informador de toda la legislación migratoria” (pág. 12). El proyecto de ley tiene un fuerte énfasis en la migración de carácter laboral, especialmente aquella relacionada con la inserción formal en el mercado del trabajo y en aquellos nichos en que el Estado busca incentivar la recepción de personas extranjeras. Sin desconocer la potestad estatal de definir el sentido y propósitos de la política migratoria, la que debe ejercerse con pleno respecto a los tratados internacionales a los cuales Chile se encuentra obligado, el INDH considera que la magnitud y complejidad de la movilidad humana hoy en Chile requiere que la legislación prevea los distintos escenarios en que esta ocurre, así como las diversas motivaciones asociadas a ella. La ausencia de esta perspectiva puede conllevar el riesgo de excluir de la regulación a quienes no cumplen las características deseadas por el Estado, y con ello se podría incentivar la migración irregular que es precisamente lo que se quiere evitar.

² Art. 13 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, asegura el derecho a circular libremente y elegir residencia en un territorio. En los mismos términos, el art. 12 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El proyecto de ley indica que la integración total se logra con el deber que le cabe a los y las migrantes de cumplir a cabalidad con la legislación nacional, es decir, sobre una base de regularidad migratoria y el reconocimiento de la igualdad de trato y la no discriminación por parte del Estado. Este reconocimiento, si bien valorable, no es suficiente para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. Se requiere la acción proactiva del Estado para, entre otros aspectos, erradicar la xenofobia y las actitudes discriminatorias que se producen en las sociedades, comportamientos presentes también en Chile.

El artículo 17 del proyecto de ley se refiere a la determinación por parte del Presidente de la República, de la Política Nacional de Migración y Extranjería, estableciéndose los elementos mínimos de esa política migratoria, no considerándose en la redacción de este artículo el aporte que significa la migración al desarrollo social, económico y cultural del país. Asimismo, la referencia al orden público, la política de seguridad interior y exterior del Estado, como los elementos a considerar en la construcción de política migratoria, parece una limitación a la misma, la que, de ejercerse, no debe soslayar lo establecido en el art. 5 de la Constitución Política de Chile, que establece como límite a la soberanía el respeto a los derechos de las personas. Sobre este punto, cabe destacar lo establecido en el art. 4 de la Ley de Migraciones de la República Argentina, que señala: “*el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad*”. No se opone en aquella ley ningún límite a este derecho.

2. Sobre el Derecho a la nacionalidad. El INDH celebra que el Proyecto de Ley establezca la posibilidad de que los/as hijos/as de extranjeros/as nacidos/as en Chile puedan optar a la nacionalidad chilena³. Esta disposición –artículo 166 inciso 1º- va en armonía con los tratados internacionales suscritos por Chile en materia de Derechos Humanos y que se encuentran vigentes⁴. Sin embargo, ve con preocupación cómo se establece en el inciso segundo de la norma, una diferencia injustificada y desproporcionada entre los hijos/as de los extranjeros/as nacidos/as en Chile en razón de su condición migratoria.

De acuerdo a esta norma, los/as hijos/as de migrantes irregulares pueden optar por la nacionalidad chilena, solo si acreditan que no pueden optar a otra nacionalidad; mientras que, por otro lado, aquellos hijos/as de migrantes regulares, pueden optar a la nacionalidad chilena sin tener que acreditar que pueden o no acceder a otra. El INDH considera que esta diferencia de trato no se encuentra justificada, ya que no responde a los criterios de objetividad y razonabilidad, ni responde a la búsqueda de un fin legítimo, ni va en línea con la obligación del Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política de la

³ El proyecto de ley define al extranjero transeúnte como aquel que “*se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición Migratoria Irregular*” (artículo 166 inciso 2º).

⁴ Dentro de los tratados internacionales que regulan la materia se destaca: Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24); Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 20) y la Convención de los derechos del Niño (artículo 7), entre otros.

República, garantizando su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones o nacionalidad.

Así, en conclusión, es opinión del INDH modificar el párrafo segundo del artículo 166, en orden a establecer de oficio la nacionalidad chilena a todas las personas nacidas en su territorio, con total prescindencia de la situación migratoria de sus padres. Lo anterior, en razón que el no reconocimiento de la nacionalidad puede configurar *apatridia*⁵, y colocar a estas personas en una situación de extrema exclusión social.

3. Sobre el respeto del principio de no devolución⁶. El principio fundamental de no devolución, aplicable tanto a las personas no refugiadas como a las refugiados o solicitantes de asilo, es mencionado de manera insuficiente o demasiado vaga en el proyecto de ley. El principio de *non-refoulement* impide la transferencia de personas de un Estado a otro si estas se enfrentan a un riesgo de violación de determinados derechos fundamentales. Este principio se encuentra, con algunas variaciones, en la Convención sobre el estatuto de refugiados, los tratados de extradición, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El principio de no devolución también está consagrado (sin ninguna limitación por razones de seguridad) como regla de jus cogens en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (párrafo 5). Además, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) estipula que “[n]ingún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”⁷. Este derecho es absoluto en su naturaleza, no pudiendo ser limitado ni restringido por los Estados⁸.

Si bien se aprecia en el proyecto de ley la inclusión explícita del principio de no devolución en varios escenarios en los que una persona no debería ser devuelta a un Estado específico

⁵ Una persona apátrida es aquella que no es reconocida como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación (Cfr. Convención 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, Artículo 1. Proyecto de Acuerdo para su aprobación, ingresado a la Cámara de Diputados el pasado 12/9/2017. Boletín N° 11435-10). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen el deber de “*identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida*” (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, párr.94). El Comité de los Derechos del Niño le sugirió al Estado de Chile que “*revise y enmiende su legislación para que todos los niños nacidos en su territorio, que de otra manera serían apátridas, puedan adquirir la nacionalidad chilena en el momento de su nacimiento, independientemente de la condición de inmigrantes de sus padres*” (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile CRC/C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015 párr. 33).

⁶ El principio de no devolución se encuentra consagrado en el art. 33.1 (1) de la Convención de Viena sobre el Estatuto de los Refugiados; art. 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y el art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes.

⁷ Artículo 3(1) de la Convención contra la Tortura.

⁸ Artículo 2(2) de la Convención contra la Tortura. “*En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura*”.

(artículos 23 —Ingreso condicionado— y 128 —Suspensión de la ejecución—del proyecto de ley), el INDH considera que es importante que la legislación refleje explícitamente la naturaleza amplia del principio de no devolución. La prohibición absoluta de no devolución debería reflejarse en los artículos referentes a prohibiciones de ingreso y procedimientos de expulsión o "devolución asistida". Además, se recomienda añadir una disposición para abordar situaciones en las que los cambios en las circunstancias en el país de origen hacen que la deportación ponga a la persona en riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y la integridad física.

4. Migración segura, ordenada y regular. Los artículos 6° “Migración Regular” y 8° “Migración Segura” del Proyecto Original fueron sustituidos según la indicación por un único artículo: *"Artículo 6. Migración segura, ordenada y regular. El Estado promoverá acciones tendientes a prevenir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, velando por la persecución de quienes cometan estos delitos, en conformidad con la legislación y los tratados internacionales ratificados por Chile sobre la materia y que se encuentren vigentes. Asimismo, el Estado promoverá que los 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"*.

En relación a estos objetivos –seguridad, orden y regulación- la formulación del apartado está en concordancia con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes⁹, adoptada por la Asamblea General de la ONU el año 2016, y con el Pacto mundial sobre migración –Instrumento que se desarrollaría en el marco de la meta 10.7 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible- en donde cada Estado se compromete a cooperar internacionalmente para facilitar las migraciones ordenadas, seguras, regulares y responsables.

Sin embargo, no obstante, las correctas directrices de la indicación del Ejecutivo de ajustar la disposición a lo señalado por los organismos internacionales, dicho artículo se centra en solo dos aspectos. En una primera parte incentivando la *“promoción de acciones tendientes a prevenir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas”*, y luego sumando esfuerzos para que *“los 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”*. No obstante, la propuesta legislativa olvida nombrar el compromiso del Pacto Mundial sobre Migración, en orden a facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas mediante. Por ejemplo, la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas puede incluir la creación y la ampliación de vías migratorias seguras y regulares.

⁹ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/71/L.1.

En relación a este segundo ámbito -migración regular- el Proyecto de Ley establece este objetivo dentro de sus principales ejes, entendiéndola como la única vía para la integración plena y la manera en que las personas migrantes pueden desarrollar su vida en las mejores condiciones posibles. El Proyecto entiende que la irregularidad migratoria “*perjudica enormemente a quienes sufren dicha condición, pues los excluye del tejido social y económico, privándolos de servicios básicos y volviéndolos vulnerables al abuso*” (página 30). Al mismo tiempo, se señala que la irregularidad perjudica a la sociedad receptora, al aumentar la competencia desleal en el trabajo y al favorecer la conformación de guetos de marginación.

No obstante, el reconocimiento explícito a la importancia de la regularidad migratoria, se observa con preocupación cómo subsiste la indeterminación en relación a aspectos trascendentales de la regularización, como son los requisitos para obtener una visa. Estas determinaciones, se entregan al futuro Reglamento, y no se abordan en la presente ley. Lo anterior, podría generar situaciones de discriminaciones arbitrarias, violentado de esta manera el principio de igualdad y no discriminación.

Lo anterior podría derivar en graves consecuencias, si es que, por ejemplo, se mantiene por la vía del Reglamento la visa por motivos laborales supeditada al hecho de obtener un contrato. En ese caso se estaría fomentando la irregularidad migratoria estructural, condenando a un migrante a trabajar informalmente, arrendar su vivienda informalmente e, incluso, en algunos casos, caer en manos de traficantes inescrupulosos y sufrir varias otras vulneraciones de sus derechos. Así, el proyecto debe abogar por la regularidad migratoria, pero con respecto a los derechos humanos.

5. Sobre el principio de la reunificación familiar¹⁰. El artículo 14 reconoce el principio de la reunificación familiar. Sin embargo, dicho reconocimiento es solo entre padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos menores de 24 años que estudien en una institución educacional reconocida por el Estado, menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría y cónyuges o convivientes. Además, una de las indicaciones realizadas es restringir el concepto de convivencia, solo a aquella convivencia civil que se adquiere en virtud de la celebración de un acuerdo de unión civil.

Por otra parte, de conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares (art. 10.1 de la

¹⁰ El artículo 14 del proyecto de ley presentado por el ejecutivo (Boletín N° 11395-06) reconoce el principio de la reunificación familiar, entre padres, hijos y cónyuges o convivientes, sin establecer ninguna distinción entre hijos o alguna forma de convivencia.

precitada Convención). En este sentido, todas las decisiones, medidas y prácticas que se adopten en relación a consideraciones de reunificación familiar, deben estar determinadas por el principio de interés superior del niño, como la exige la Convención de Derechos del Niño.

Por otra parte, INDH estima que el concepto de reunión familiar debe estar orientado por el concepto de reunificación familiar que establece el artículo 9 de la Ley 20.430, ley que establece disposiciones sobre protección de refugiados, que señala: “*Reunificación Familiar: Tendrán derecho a que se les reconozca el estatuto de refugiado por extensión, el cónyuge del refugiado o la persona con la cual se halla ligado por razón de convivencia, sus ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela. El Subsecretario del Interior resolverá, en cada caso, las solicitudes de reunificación familiar, teniendo en cuenta la existencia de un genuino vínculo de dependencia, así como las costumbres y valores sociales y culturales de sus países de origen. La reunificación familiar sólo podrá ser invocada por el titular de la solicitud de la condición de refugiado y en ningún caso por el reunificado. No se concederá por extensión protección como refugiado a una persona que resulte excluible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley*”. Finalmente, la ley debiera consignar la vía específica por la cual se concreta la reunificación, esto es, a través de qué visa.

6. Sobre el principio del interés superior del niño. El INDH insta a incluir el interés superior del/la niño/a entre los principios orientadores del proyecto de ley ya que de este solo se hace mención en el Artículo 22.- Requisitos de menores de edad (*Si las personas competentes para autorizar la salida del país de menores extranjeros no pudieren o no quisieren otorgarla, ésta podrá ser otorgada por el tribunal que corresponda cuando lo estime conveniente en atención al interés superior del menor*).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha generado una serie de criterios básicos que los Estados debieran tener en cuenta para respetar la consideración al interés superior del niño. Entre dichos criterios destacan los referidos al principio de no devolución de las/los niños/as no acompañados y a las medidas que involucran expulsión de progenitores. La opinión consultiva OC-21/14 de la Corte IDH¹¹ señala que “[e]n el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta”. En esta misma línea, la Corte Suprema de Chile ha acogido recursos que apelan procesos de expulsión en casos en que las personas afectadas tienen niños/as de nacionalidad chilena, precisamente en consideración a las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño¹².

¹¹ <http://www.iin.oea.org/pdf-inn/Opinion-Consultiva-19-agosto2014.pdf>

¹² Rol 3057-13. En este caso, la Corte Suprema argumentó que “de ejecutarse la expulsión ciertamente transgrede el interés superior de la menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la

El INDH observa que dichos criterios básicos no se encuentran reflejados en el proyecto de ley. En lo referente al principio de no devolución, el artículo 22 del proyecto original (después de las indicaciones es el 23) apunta que en caso que los menores de 18 años no se encuentren acompañados al momento de ingresar al país, o no cuenten con la autorización necesaria, deberá darse lugar al procedimiento de retorno asistido. El artículo 124 “Retorno asistido de menores” (antes de las indicaciones art. 123), señala que, si bien estos menores de 18 años no podrán ser expulsados, podrán ser *sujetos a un procedimiento de retorno asistido al país del cual son nacionales. (...)*. Si bien el INDH observa que el proyecto de ley excluye la detención de niños, niñas y adolescentes (artículo 126: “*No podrá privarse de libertad a extranjeros menores de edad para hacer efectiva esta medida*”), lo cual se ajusta a las normas internacionales dado el derecho del NNA a vivir con su familia, se reitera lo señalado por la Corte INH en el sentido de que “*cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños*” (opinión consultiva 21/14).

Sobre la misma disposición del proyecto, es significativo tener en consideración nuevamente la misma opinión consultiva 21/14 de la Corte IDH que indica que, “[e]n lo que se refiere a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, resulta indispensable que los Estados procuren la localización de los miembros de su familia, no sin antes verificar que estas medidas correspondan al interés superior de la niña o del niño y, si resulta posible y satisface el interés superior de la niña o del niño, procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible”. Ante tales situaciones, la Corte afirma la vigencia del “*principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad*”.

Finamente, respecto a la expulsión de los progenitores de NNA menores de 18 años, la Corte IDH indica que “*la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto, debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño*”.

Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.

7. Acceso a Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en condiciones de igualdad y no discriminación.

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que “[L]os Estados partes se comprometerán, de conformidad a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familias que se hallen dentro de su territorio o sometido a su jurisdicción los derechos provistos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 7). Acto seguido reconoce un amplio catálogo de derechos, entre los que se incluyen los derechos fundamentales de acceso a la educación (Artículo 30), empleo y derechos laborales (artículo 25 y 26), seguridad social (artículo 27), salud (artículo 28), entre otros.

El INDH celebra la inclusión de los derechos humanos en el proyecto de ley de migración y extranjería. Se reconocen de manera específica la igualdad de derechos y obligaciones; derechos laborales; acceso a la salud; acceso a la seguridad social y beneficios de cargo; acceso a la educación; reunificación familiar; y envío y recepción de remesas. Sin embargo, manifiesta ciertas preocupaciones que se pasan a indicar.

En relación al acceso a la salud –artículo 11- el Proyecto garantiza el acceso a migrantes en iguales condiciones que los nacionales. Sin embargo, respecto a aquellos migrantes en situación irregular se establecen ciertos requisitos adicionales, “*previo cumplimiento de los requisitos que, al efecto, determine el Ministerio de Salud*”. Así, el INDH considera que esta diferencia de trato no se encuentra justificada, ya que no responde a los criterios de objetividad y razonabilidad, ni responde a la búsqueda de un fin legítimo. Es voluntad del INDH, que el Ministerio de Salud no tenga las facultades de seleccionar quienes tendrán acceso a las prestaciones de salud, por el contrario, se asegure el goce de este derecho a todas las personas en condiciones de igualdad y no discriminación.

En relación al acceso a la educación –artículo 13- se asegura el derecho a la educación estableciendo expresamente la prohibición de denegar la matrícula en establecimientos educacionales regidos por el DFL N°2 de 1996 del Ministerio de Educación, a causa de nacionalidad, ni aun cuando la condición Migratoria de cualquiera de los padres sea irregular. Así, se asegura el acceso a la educación de cualquier niño/a, por el solo hecho de serlo y con independencia absoluta de la situación migratoria, económica o judicial de sus padres. La declaración anterior debería complementarse con una visa de renovación automática que habilite al niño/niña a vivir regularmente en Chile y ejercer y gozar tanto del derecho a la educación como de todos los otros derechos que le corresponden. Es opinión del INDH que una visa de estas características debe estar consagrada en la ley y no sólo en el reglamento y debe ser independiente de la matrícula en una escuela.

Finalmente, en relación al acceso a la Seguridad Social, el artículo 12 es muy escueto al señalar que los “*extranjeros podrán acceder a beneficios de cargo fiscal, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulan dichas materias*”, lo que no va en la misma línea que las disposiciones anteriores sobre DESC que establecen frases como “*en igualdad de condiciones que los nacionales*” o “*en las mismas condiciones que los nacionales*”. Es opinión del INDH, que se incorpore una disposición similar a las disposiciones antes señaladas y que se asegure el acceso a las prestaciones y beneficios de seguridad social financiados con recursos fiscales, en igualdad de condiciones que los nacionales, con independencia de la situación migratoria de sus titulares. La Corte IDH indica que “*la calidad 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*”¹³.

Así, a modo de conclusión, preocupa al INDH que el Proyecto otorgue acceso a prestaciones de salud y seguridad social de cargo enteramente fiscal únicamente a residentes que hayan permanecido en el país por 2 años en forma continua, y no respecto de las demás personas migrantes. Este plazo no está fundamentado y puede resultar arbitrario e injustificado.

Asimismo, es voluntad del INDH que se incorpore, tal como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, el derecho a la seguridad social, en virtud del artículo 9, en el siguiente sentido: “*Cuando los no nacionales, entre ellos los trabajadores migratorios, han cotizado a un plan de seguridad social, deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país*”¹⁴.

8. Sobre el ingreso y egreso del territorio del Estado. El artículo 22 del proyecto establece la posibilidad de una visa consular, medida que ya existe en la actual legislación¹⁵. Se alude al “interés nacional”, concepto jurídico indeterminado y vago que puede resultar peligroso porque queda abierto a que el Estado decida imponer una visa a ciudadanos/as de Estados cuya migración se decide limitar, restringiendo el derecho a la libertad de tránsito. La imposición de una visa consular debiese ser el resultado de una decisión fundada, en la cual se consideren distintos criterios. Sobre este punto, la Corte IDH, al precisar las obligaciones internacionales de los Estados sobre esta materia, en Opinión Consultiva N° 18/03 sobre migrantes indocumentados, señala: “*Sí, puede el Estado entregar un trato distinto a los migrantes documentados respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes o nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione derechos humanos*”. Es decir, estos tratos

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N°18/03. La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Septiembre de 2003, párrafo 119.

¹⁴ Véase el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo (A/60/871), párr. 98.

¹⁵ En la actual legislación el visto consular se presenta como una excepción al procedimiento de ingreso de la generalidad de los extranjeros al país, reconociéndose diversas fuentes en el origen: (a) Decreto Supremo, el cual tendría que explicar cuáles son las razones de interés nacional y los motivos de reciprocidad internacional que justifican la exigencia de visto consular o registro previo de pasaporte; (b) Acuerdos Internacionales, permiten la imposición de modalidades y requisitos respecto al ingreso de turistas al país; (c) Reglamento de Extranjería, que establece que a los nacionales de países con los cuales no se mantengan relaciones diplomáticas, se exigirá visto consular o registro de pasaportes.

diferenciados, no constituyen discriminación arbitraria en la medida en que se fundamenten sobre una base razonable, objetiva, proporcional y no lesione derechos humanos. En este sentido, estimamos que el legislador debe explicitar en el texto de la norma, que una distinción de este tipo basada en la nacionalidad, debe necesariamente fundarse sobre la base de argumentos o criterios objetivos, basado en un criterio razonable, teniendo presente el principio de proporcionalidad y que no se lesione derechos humanos. Si no se establecen normativamente estos criterios, se corre el riesgo de establecer tratamientos diferenciadores por nacionalidad que constituyen discriminación arbitraria¹⁶. Del mismo modo, en cualquier caso, el establecimiento de una visa consular debe tener presente la modernización y el aumento de las capacidades de los consulados chilenos en el extranjero, hoy incapaces de tramitar eficazmente los requerimientos de visados.

El artículo 27 señala las *causales imperativas* para prohibir el ingreso al territorio del Estado. En el número 1, señala que se prohíbe el ingreso a personas que 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. Estimamos que esta norma debe necesariamente definir en qué consiste “acreditado”, ya que la única forma de acreditar estas conductas es a través de sentencias judiciales que tengan valor en Chile. La sola referencia a estar incluido en un registro o al hecho de haber ejecutado actos que las leyes califiquen de crímenes contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior, no debiera ser suficiente y correspondería exigir que estas situaciones estén determinadas por una sentencia judicial. Además, se requiere que estas personas no hayan cumplido la condena, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio resocializador de la pena penal, establecido en art. 5 N° 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De no cumplirse todo lo anterior, estimamos que en la aplicación de esta norma se podría afectar el principio de proporcionalidad, sobre este punto, la Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros/extranjeras con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en sus párrafos 14 y 15 señalan: *“que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción*

¹⁶ El DS N° 776, de 09.04.2018, que establece visa consular a los/as nacionales de Haití, fundamenta el trato diferenciado por nacionalidad en los siguientes argumentos: Migración ordenada, segura y regular. Sobre este punto, estimamos que el fundamento no explica cuál era el desorden previo que justifica esta medida, no explicita cual era la irregularidad del flujo migratorio haitiano e impone un escenario de inseguridad al exponer a estas personas a redes de tráfico ilícito de migrantes. Ha sido la propia Corte Suprema en fallo del mes de abril (CS: 390-2018) quien ha señalado que los extranjeros de nacionalidad haitiana que ingresan en calidad de turistas les está permitido cambiar su condición migratoria de turistas a solicitantes de algún tipo de visa, sin que esto constituya ilegalidad alguna y menos una *“situación de irregularidad”*. Supuestamente, de acuerdo al mencionado Decreto, al permanecer después de los plazos de turismo, se les expondría a *“redes de tráfico de personas”*. Lo anterior constituye un error conceptual, ya que la posibilidad de configurar el delito de tráfico ilícito de migrantes se da al momento de ingresar al territorio y no después.

con el interés que deben protegerse. El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que define las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas”.

Por otra parte, el artículo 27 N° 5, prohíbe el ingreso a aquellas personas que hayan sido condenados en Chile o en el extranjero, por tráfico ilícito de estupefacientes o armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, o se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero por dichos delitos. Respecto a las referidas condenas en Chile, el art. 34 de la Ley 18.216, señala en su inciso 1°: *“Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional”*. Luego, en su inciso 3° se indica: *“El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena”*. Es decir, existe una norma vigente en nuestro ordenamiento que ya determina el efecto de prohibición de ingreso al territorio nacional en caso de existir condenas en Chile, prohibición judicial que se establece por 10 años, distinta a la prohibición administrativa e indefinida que establece este artículo. Respecto a las condenas verificadas en el extranjero, estimamos que esta norma podría vulnerar el principio resocializador de la pena penal y el principio de proporcionalidad, al no establecerse un plazo de duración de la sanción. Además, en aquella parte que impone sanción a aquellas personas por el solo hecho de mantener procesos vigentes.

El art. 27 N° 6, indica: *“Hayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”*. Esta norma reconoce efecto inmediato a estas resoluciones que hasta ahora se ejecutan a través decretos supremos que se publican en el Diario Oficial. Estas sanciones muchas veces son vulneratorias de derechos. En otras latitudes se estima que, precisamente por eso, pueden controlarse las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como lo hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Kadi, en el cual se impusieron restricciones a una persona por ser sospechoso de pertenecer a un grupo terrorista, sin existir fundamento para la imposición de esta sanción.

El art. 28 señala las prohibiciones facultativas. El numeral 1° señala que se podrá impedir el ingreso al territorio nacional a los extranjeros que: *“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”*. El INDH estima que esta eventual prohibición resulta imprecisa al no determinar en qué consiste esa alteración, lo que permite un amplio margen de discrecionalidad, riesgo de arbitrariedad e infracción al principio de proporcionalidad. Sostenemos que este tipo de restricciones deben fundarse sobre una base objetiva, razonable y proporcional a un hecho determinado y acreditado mediante sentencias judiciales. Lo que se sancionaría a través de esta norma es un hecho indeterminado que no tiene características de reproche jurídico penal.

El numeral 2° señala: “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”. Sobre esta prohibición, estimamos que afecta el principio resocializador de la pena penal y, respecto a aquellas personas que mantienen procesos judiciales pendientes en el extranjero, se afecta claramente el Principio de Presunción de Inocencia.

El numeral 3° indica: “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)”. Resulta cuestionable negar el ingreso por “registrar antecedentes policiales”, porque se vulneraría el principio de inocencia y mantiene el enfoque de seguridad de la actual ley. Además, estos antecedentes pueden consistir en faltas muy menores, como comercio ambulante, con lo cual la prohibición resultaría desproporcionada.

Las causales deben estar estrictamente enumeradas para evitar arbitrariedades en la frontera. Si bien se establecen las causas por las cuales se puede denegar el ingreso al territorio del Estado, queda muy abierto el caso de personas que hayan cometido un delito, hayan sido juzgadas y hayan cumplido condena. No parece razonable negar el ingreso a personas que hayan cumplido su condena ya que se vulnera el principio de resocialización de la misma.

9. Extranjeros habitantes de la Zona Fronteriza. El proyecto establece en su artículo 46: “podrán ingresar en calidad de Habitante de Zona Fronteriza los nacionales y Residentes definitivos de Estados que sean fronterizos con Chile y que tengan domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional, siempre y cuando residan en una zona fronteriza definida por un convenio bilateral acordado por el Ministerio de Relaciones Exteriores previa consulta al Ministerio de Defensa Nacional, y cumplan los requisitos allí establecidos”. Preocupa al INDH que esta norma pueda afectar la circulación de personas que actualmente existe en las regiones fronterizas dado que no queda claro cuáles serán los mecanismos para acreditar la nacionalidad o domicilio de esas personas. Se sugiere además que dicha norma se complemente con la obligación que establece el Convenio 169 de la OIT para poblaciones indígenas, en particular el artículo 32 de este tratado internacional: “*Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente*”.

10. Sobre el derecho a la información. El artículo 4 reconoce el derecho a la información en los procedimientos migratorios, pero de forma muy general. De todas formas, resulta valorable que se establezca que las personas extranjeras deberán recibir información sobre sus derechos en un idioma que puedan entender, obligaciones y sobre las alternativas para regularizar su situación migratoria, en los puntos de ingreso al país y en los servicios públicos

correspondientes. Es deseable que la norma explicita que la información deberá alcanzar al sistema de recursos administrativos y judiciales que asiste a la persona migrante y la forma de ejercerlos.

11. Sobre el principio de no criminalización de la migración irregular. Las indicaciones presentadas sustituyen el anterior Artículo 8, referente a migración segura, por el siguiente: "Artículo 8. No Criminalización. La migración irregular no es, por sí misma, constitutiva de delito", entendida la condición migratoria irregular, según el mismo proyecto, como aquella condición en la cual se encuentra un extranjero presente en el país y que carece de un permiso vigente que lo habilite para permanecer en él. Dicho artículo va en consonancia con lo señalado en el Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2001) "*...los inmigrantes indocumentados son, en el peor de los casos, infractores a normas administrativas. No son ni criminales ni sospechosos de cometer delitos*" y con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), según la cual "*La detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo*" (Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Vélez Loor Vs. Panamá*). En cambio, el artículo 138.- "Verificación de estada regular" se contrapone a lo indicado en el artículo 8 en cuanto criminaliza la migración irregular al asociarla a la comisión de un delito. El artículo 138 mencionado señala que "[e]n caso de verificarse la estada irregular de un extranjero, o la comisión de otra infracción a esta ley o su reglamento, el organismo respectivo deberá informar de ello a la Subsecretaría del Interior", lo cual hace referencia a la obligación legal que todo funcionario público tiene de denunciar ante la autoridad competente todo hecho de que en el ejercicio del cargo tomaran conocimiento y revistan el carácter de delito — obligación que emana de lo dispuesto en la letra k) del artículo 61° del Estatuto Administrativo, y de la letra b) del artículo 175° del Código Procesal Penal. Además de criminalizar la migración irregular, el artículo se contrapone al inciso del artículo 11 en el que se señala que "Los extranjeros que permanezcan en el país en condición migratoria irregular tendrán acceso a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales, previo cumplimiento de los requisitos que, al efecto, determine el Ministerio de Salud", puesto que señala a un trato diferenciado entre migrantes en condición de irregularidad, migrantes en situación regular y nacionales .

Sumado a lo anterior, el artículo 118 señala como causal de expulsión la existencia de irregularidad —en el caso encontrarse en Chile no obstante haber vencido el permiso de permanencia transitoria—, lo que supone una falta de criterio de proporcionalidad. Teniendo en consideración lo indicado en el Artículo 126.- Privación o restricción de libertad: "*Para hacer efectiva la medida de expulsión, se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento de aquélla, salvo en el caso de menores*, el INDH subraya que, estando en consonancia con la no criminalización de la migración irregular declarada en el artículo 8 del proyecto de ley, la entrada irregular al territorio de otro Estado, la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí no deberían sancionarse con la

intensidad evidenciada y por lo tanto no deberían ser expuestas las personas que mantiene una situación de irregularidad a privaciones de libertad.

12. Debido proceso y garantías procesales. El INDH celebra la última indicación del Ejecutivo ingresada con fecha 10 de abril de 2018, en relación a esta garantía, en el sentido de incorporar de manera expresa al párrafo segundo del Título II, el debido proceso: “*Artículo 16. Debido Proceso. El Estado asegurará a los extranjeros un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las 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*”.

Una ley con enfoque de derechos debe consagrar garantías y mecanismos procesales que aseguren la efectividad de los derechos en caso que sean vulnerados. Así, por ejemplo, las causales que dan lugar a la expulsión administrativa del país deben estar taxativamente enumeradas y delimitadas en el Proyecto de ley, de modo de reducir ámbitos de discrecionalidad y arbitrariedad. Ello no ocurre, por ejemplo, con el artículo 119 N° 4 del Proyecto de ley, que establece la expulsión por el solo hecho de permanecer en Chile, luego de expirado el permiso de residencia transitoria. Además de inviable, la sobreestadía no debería constituir de acuerdo a los estándares internacionales más que una falta administrativa.

No obstante, el Proyecto de ley cumple con varias de las garantías fundamentales del debido proceso: el procedimiento administrativo prevé una instancia donde la persona afectada puede ser oída, puede oponer pruebas y presentar los motivos por los cuales debe revocarse la medida. Sin embargo, el proyecto no hace referencia al derecho de las personas afectadas de expresarse en su idioma, y de contar con intérpretes autorizados para estos efectos. Además, resulta insuficiente el plazo de 48 horas que establece el artículo 135 para aquellos extranjeros afectados por una medida de expulsión. En el mismo sentido, resulta problemático establecer como última instancia una apelación a las Cortes de Apelaciones respectivas, eliminando el recurso a la Corte Suprema, ya que se afecta con ello la existencia de un control jurisdiccional de segundo grado y, con ello, el derecho a recursos efectivos. Finalmente, es necesario contar con defensa especializada, donde intervengan profesionales capacitados en estas temáticas con enfoque de derechos, de forma tal de poder brindar un servicio focalizado en la realidad cultural y antropológica de las personas migrantes que lo requieran.

Sobre el debido proceso en los procedimientos relacionados a la migración el Proyecto debería tener presente las indicaciones señaladas por la Corte IDH: “*En consideración de las pautas señaladas y las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales, la Corte ha considerado que un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías*

mínimas: 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"¹⁷

13. Sobre las expulsiones. El proyecto de ley establece causales para la expulsión de personas con permanencia transitoria y residentes, e incluye varias consideraciones que la Subsecretaría del Interior tendrá en cuenta al momento de resolverlas. Entre estas, tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile (art 121 núm. 5), e hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva (núm. 6). Estas disposiciones constituyen un aporte a la ponderación caso a caso de las resoluciones de expulsión, tal como ha recomendado el INDH, y están en línea con sentencias de la Corte Suprema¹⁸ que ha revocado órdenes en tal sentido en razón de los vínculos con el país de las personas afectadas.

Al mismo tiempo, el INDH considera oportuno revisar las disposiciones respecto de los recursos judiciales a los que pueden acceder las personas afectadas por órdenes de expulsión. Se establece que la reclamación la podrá hacer “el afectado por dicha medida por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas contado desde la notificación de la resolución respectiva” (art. 135). La Corte fallará breve y sumariamente, en única instancia, dentro de un plazo de cinco días. La interposición del recurso suspenderá la orden de expulsión “y durante su tramitación, se mantendrá vigente la medida de privación de libertad en los casos en que hubiere sido decretada, conforme a lo dispuesto en el artículo 126” (inciso segundo). Aun cuando es positivo que los recursos estén alojados en un tribunal superior, el hecho que se trate de una instancia única sin apelación limita las posibilidades de las personas afectadas en la reclamación de la medida. En segundo lugar, el proyecto de ley no establece la obligación de poner a disposición del reclamante apoyo letrado para la interposición del recurso, aun cuando el proyecto de ley establece que este debe ser fundado. La Corte IDH ha indicado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, entendiendo que tal proceso existe cuando “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables [...] El desarrollo histórico del proceso, consecuentemente con la protección del individuo y la realización de la justicia, han traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de un

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos "Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana". Párrafo 356.

¹⁸ Sentencias de CS: Ingresos N° 66-2013 (protección), 1534-2013 (amparo), 423-2014 (amparo), 3694-2015 (amparo).

abogado, que hoy figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados” Agrega la Corte IDH que “*el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”¹⁹.

Preocupa además la vigencia de la privación de libertad dada la disposición propuesta: “En todo caso, el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejado en libertad, si la expulsión no se materializa, una vez transcurridos cinco días desde el inicio de la privación de libertad. Posteriormente, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión en un plazo máximo de 48 horas” (art. 127). Aun cuando no se trata de un delito, se faculta a la autoridad administrativa la privación de libertad por un periodo de 5 días, sin poner a las personas a disposición del juez, en circunstancias que para el delito flagrante el estándar es de 24. No existe norma legal alguna que permita, en este caso, a las fuerzas de orden y seguridad pública o a la policía de control migratorio (según se establece en el proyecto de ley), mantener detenida a una persona por más de 24 horas sin control judicial. El artículo propuesto no se ajusta completamente a las disposiciones constitucionales sobre el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (art. 19.7 CPR), especialmente en lo que se refiere a los lugares de detención. Sobre el particular, la Corte IDH ha establecido: “[...] *la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. De igual forma, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que “[t]odo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad*”²⁰.

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

En el artículo 119 y 120 se establecen las causales de expulsión. Aparecen como demasiado amplias y con excesivo margen para la discrecionalidad, como las dispuestas en el art. 119 N° 2, 3, 4, 5, 6, muchas de estas causales de expulsión actualmente sólo se encuentran sancionadas con multa. Además, no hay una distinción entre la gravedad de las causales. Hay situaciones en que la expulsión resulta desproporcionada, como el caso de una expulsión por vencimiento del permiso de turismo o por haber sido sorprendido realizando una actividad remunerada con

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, párr. 121 y 124.

²⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N° 218, párr. 107.

permiso de turista. En estos casos el INDH considera que la persona debe ser avisada e invitada a regularizar su situación migratoria previo a una expulsión.

Además, el proyecto carece de una norma que determine el plazo de prescripción de las sanciones, y la forma de computarlo. Esto resulta necesario para consolidar los derechos de las personas migrantes, y así cumplir con el mandato del derecho a la igualdad y no discriminación. En el mismo sentido, se recomienda establecer una norma que establezca -en virtud del principio pro homine- que los derechos y toda situación que favorezca a la población migrante se aplicará de manera retroactiva a todas las personas migrantes con independencia de su condición migratoria.

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

El artículo 125 elimina el trámite de toma de razón por parte de la Contraloría para proceder a las expulsiones. Preocupa esta omisión toda vez que cuando un acto puede afectar garantías constitucionales debe pasar por la toma de razón por parte de la Contraloría de modo de revisar la legalidad de una expulsión.

En el artículo 135 se establece la posibilidad de una reclamación jurisdiccional y se introduce una novedad respecto del procedimiento actual. La Corte de Apelaciones respectiva es la única instancia de reclamación. Si bien es una medida razonable en términos de economía procesal, dada la disparidad de criterios con que suelen fallar las Cortes de Apelaciones se pierde el ejercicio unificador que hace a la fecha la Corte Suprema cuando se recurre de amparo. La Segunda Sala de la Corte Suprema ha venido fallando a favor de migrantes que van a ser expulsados cuando ellos tienen algún vínculo con chileno, tienen hijos o familia en Chile. Los fallos sistemáticos y consistentes de la Corte Suprema en esta materia han venido creando política migratoria en Chile y parece importante mantener esa segunda instancia.

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

²¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 3.1: “*Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura*”.

CIDH, sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso²².

Finalmente, el artículo 131 del proyecto establece una serie de medidas administrativas de control que podría adoptar Policía de Investigaciones de Chile en cumplimiento de su función de control migratorio, respecto de personas extranjeras infractores. Si bien el artículo 132 establece la obligación de comunicabilidad de estas medidas a la autoridad migratoria y los antecedentes relacionados con la infracción, resulta necesario, en opinión del INDH, sujetar dichas medidas restrictivas de libertad a un control jurisdiccional, así como los plazos de privación de libertad para efectos de ejecutar una expulsión. En este entendido, dado que estas medidas restrictivas de libertad poseen una naturaleza sui generis, ya que no presentan ribetes penales propiamente tales. Podría ser deseable evaluar la posibilidad de establecer una justicia migratoria especializada.

14. Sobre la institucionalidad. El proyecto de ley modifica la institucionalidad existente, señalando la creación de un Servicio Nacional de Migraciones, servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio que tendría la estructura y capacidad para llevar adelante la ejecución de la política migratoria, y actuaría como el canal estatal con las personas migrantes. De esta forma, la materia dejaría de depender de un departamento y debería ser abordada con mayores potestades y recursos como servicio público. La necesidad de mejorar la institucionalidad migratoria ya había sido solicitada en su oportunidad por parlamentarios y organizaciones de la sociedad civil, y comunidades de migrantes y señalada en la minuta del INDH (Informe sobre el Proyecto de Ley que Establece una Nueva Ley de Migraciones. Boletín N° 11395-06) que indicaba que un Servicio Nacional de Migraciones podría terminar con la desarticulación que existe en el Estado en materia migratoria, poniendo fin a situaciones que no se explican razonablemente, como que, en la actualidad, los trámites migratorios en regiones dependan de las gobernaciones, las que a su vez dependen del jefe de la División de Gobierno Interior, mientras que los trámites en la Región Metropolitana dependen del DEM (dos autoridades responsables de un mismo asunto).

Además de lo anterior, el proyecto de ley plantea la configuración de un Consejo de Política Migratoria con la función de suscribir la política y asesorar al Presidente en su formulación. los/as Ministros/as de Interior, Relaciones Exteriores, Hacienda, Justicia y Derechos Humanos, Desarrollo Social y Salud. Además de lo anterior, el INDH insta a que el Consejo de Política Migratoria integre a los/as ministros/as de la Mujer y la Equidad de Género, Educación y Trabajo, así como a la Subsecretaría de la Niñez.

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

El INDH valora el mejoramiento de la institucionalidad migratoria, hoy en día superada por la realidad de la movilidad humana en el país²³, y señala que dicha institucionalidad debe orientarse a la inclusión, la integración y la defensa de los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo. Al mismo tiempo, hace notar que los ámbitos donde se produce gran parte de los problemas de derechos humanos son educación, salud, vivienda y trabajo, así como en los discursos y prácticas que reiteran prejuicios y reproducen comportamientos xenófobos y discriminatorios. El Instituto recomienda que se exprese la necesidad de tomar en cuenta estas situaciones y que se establezca un mecanismo para que las organizaciones de migrantes y de la sociedad civil que defienden sus derechos puedan presentar al Consejo los problemas que esperan que la política migratoria atienda.

15. Sobre la autoridad de control migratorio. El proyecto de ley establece que le corresponderá a la Policía de Investigaciones ejercer el control migratorio de ingreso y egreso al territorio del Estado. Aun cuando se señala que sujetará estrictamente su actuar al mandato de la Subsecretaría del Interior, resulta preocupante que este proyecto de ley vuelva a otorgar ámbitos amplios de discrecionalidad en frontera. Uno de los principales problemas que exhibe el actual DL 1094 radica en la discrecionalidad que otorga a la PDI en frontera. Eso se ha traducido en discriminación y rechazo arbitrario en el ingreso, en particular a nacionales colombianos afrodescendientes según pudo constatar el INDH en sus Misiones de Observación a la Frontera de Chacalluta y Colchane. A su vez, los rechazos arbitrarios dejan varadas a las personas en frontera, siendo cooptadas por las crecientes redes de tráfico ilícito de personas. Tanto es así, que una comunidad de religiosas mantiene en Pisiga (en la frontera altiplánica de Bolivia con Chile) un albergue para recibir a mujeres colombianas afrodescendientes rechazadas en la frontera chilena.

Es opinión del INDH que, para asegurar la promoción y la protección de los derechos de las personas que migran a Chile debiera considerarse una institución distinta a la Policía de Investigaciones a cargo del control fronterizo, de modo de promover un enfoque de integración y derechos en vez de uno policial basado expresamente en la seguridad del Estado. En la institucionalidad comparada, se ha visto que resultan exitosas las experiencias de organismos no policiales a cargo del control fronterizo como es el caso de la Superintendencia de Migraciones del Perú y funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores en Colombia.

16. Mujer migrante. El proyecto de ley no hace alusión alguna a la especial situación que experimentan las mujeres migrantes, ni a las necesidades, discriminación y vulneraciones que sufren por su particular situación de vulnerabilidad. Las mujeres migrantes sufren discriminaciones múltiples, por poseer ambas calidades y, eventualmente, por ser pobres y por el color de la piel. Por ello deberían establecerse en la ley, más explícitamente, que las mujeres

²³ La realidad migratoria en el país ha cambiado en sus características y magnitud. La institucionalidad actual fue concebida para otra migración, de los años setenta, y otro escenario político. Se agrega que los medios de comunicación han registrado el gran número de personas que acuden a las gobernaciones para resolver asuntos de migración, y en muchos casos se reporta de largas colas desde el día anterior para garantizar ser atendidos/as.

migrantes tengan acceso a todas las instituciones y mecanismos que reguarden su bienestar, así como también que se respeten sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Así mismo, sería valorable que se establezcan disposiciones especiales relacionadas con las mujeres víctimas de trata y tráfico y respecto de aquellas víctimas de violencia.

IV. Conclusiones

- INDH considera positivo que en la legislación y medidas que se promueven impulsen a que la comunidad nacional lleve a la práctica una migración ordenada, segura, regular y responsable.

Las indicaciones al proyecto de ley son valorables pues apuntan a destrabar la reforma de la normativa actual que tienen su origen en 1975, obsoleta por responder a una realidad enteramente distinta a la actual, y cuyo concepto central es la sospecha dirigida en contra del migrantes que se consideró como potencial amenaza para la seguridad nacional. Además, ellas recogen parcialmente el debate realizado en la sociedad chilena y en el Congreso Nacional pasado cinco años del proyecto presentado durante el primer gobierno del presidente Piñera.

Igualmente son destacables la regulación del Consejo Nacional de Política Migratoria, compuesto por seis ministros de Estado, y cuyo objetivo será tomar las decisiones de políticas públicas migratorias acerca de derechos sociales.

- INDH valora la creación de un Servicio Nacional de Migraciones dotado de autonomía, personalidad jurídica propia, desconcentrado territorialmente, descentralizado, cuya Dirección sea nombrada por alta dirección pública y que pueda llevar adelante la Política Migratoria como una política de Estado, de largo plazo, de naturaleza intersectorial, fundada en el promoción y protección de los derechos de todas las personas, sin distinción y que favorezca la articulación de las distintas entidades del Estado.
- INDH aprueba positivamente que el proyecto establezca la posibilidad que los hijos/as de extranjeros/as nacidas/os en Chile puedan optar a la nacionalidad chilena, sin embargo, resulta necesario modificar el proyecto en orden a establecer de oficio la nacionalidad chilena a todas las personas nacidas en su territorio, con total prescindencia de la situación migratoria de sus padres, con el objetivo de evitar casos de apátrida.
- INDH celebra la última indicación del Ejecutivo ingresada con fecha 10 de abril de 2018, en relación a incorporar de manera expresa al párrafo segundo del Título II, esta garantía (Artículo 16. Debido Proceso). Sin embargo, preocupa que el Proyecto

mantenga mecanismos procesales que no aseguran resguardar los derechos fundamentales cuando estos son vulnerados. Esto ocurre, por ejemplo, cuando no se contempla al interior del procedimiento acceso a traductores, o se consagran plazos sumarisimos (como el de 48 horas que establece el artículo 135 para aquellos extranjeros afectados por una medida de expulsión), el referido plazo hace prácticamente imposible el ejercicio del derecho de defensa, es un plazo insuficiente y hay que tener presente que no existe en Chile acceso gratuito a defensa especializada en materia de protección de derecho de personas migrantes. Además, aun cuando no se trata de un delito, se faculta a la autoridad administrativa la privación de libertad por un periodo de 5 días para efectos de hacer efectiva una orden de expulsión, sin poner a las personas a disposición del juez, en circunstancias que para el delito flagrante el estándar es de 24 horas máximo. Preocupa que la única instancia de reclamación judicial sean las Cortes de Apelaciones y se elimine el recurso ante la Corte Suprema. En particular, se sugiere revisar esta eliminación, por la importancia que esta corte ha jugado unificando criterios judiciales que recogen principios fundamentales como la reunificación familiar y el interés superior del niño como estándares superiores que han sido vulnerados en algunas expulsiones. Lo anterior, sin perjuicio de la eventual interposición de otros recursos, como el recurso de queja.

- INDH observa la necesidad de la creación de mecanismo o instancias de defensa especializada, frente la ausencia de defensa migrante profesionalizada en materia de protección de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, para hacer efectiva las exigencias mínimas del debido proceso.
- El proyecto de ley mantiene formas de discrecionalidad que limitan el derecho a la libre circulación y movilidad humana, que dificultan y no favorecen la regularización migratoria como criterio rector de una política migratoria. Tal es el caso de dejar al futuro Reglamento una cantidad y diversidad demasiado amplia de asuntos, como son los vistos o visas consulares.
- El proyecto de ley tiene un fuerte énfasis en la migración de carácter laboral, especialmente aquella relacionada con la inserción formal en el mercado del trabajo y en aquellos nichos en que el Estado busca incentivar la recepción de personas extranjeras. Sin desconocer la potestad estatal de definir el sentido y propósitos de la política migratoria, la que debe ejercerse con pleno respecto a los tratados internacionales a los cuales Chile se encuentra obligado, el INDH considera que la magnitud y complejidad de la movilidad humana hoy en Chile requiere que la legislación prevea los distintos escenarios en que esta ocurre, así como las diversas motivaciones asociadas a ella. La ausencia de esta perspectiva puede conllevar el riesgo de excluir de la regulación a quienes no cumplen las características deseadas por el Estado, y con ello se podría incentivar la migración irregular que es precisamente lo

que se quiere evitar. Se indica que la integración total se logra con el deber que le cabe a los y las migrantes de cumplir a cabalidad con la legislación nacional, y el reconocimiento de la igualdad de trato y la no discriminación por parte del Estado. Este reconocimiento, si bien valorable, no es suficiente para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. Se requiere la acción proactiva del Estado para, entre otros aspectos, erradicar la xenofobia y las actitudes discriminatorias que se producen en las sociedades, comportamientos presentes también en Chile.

- Resulta muy importante que se refleje explícitamente la naturaleza amplia del principio de no devolución (consagrado en la Convención de Ginebra de protección de Refugiados, Convención contra la Tortura, Convención Americana de Derechos Humanos), y su prohibición absoluta en los artículos referentes a prohibiciones de ingreso y procedimientos de expulsión o devolución asistida, además de añadir una disposición para abordar situaciones en las que los cambios en las circunstancias en el país de origen hacen que la deportación ponga a la persona en riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos.
- INDH recuerda que, en todos los casos relacionados con niños, niñas y adolescentes migrantes es aplicable el artículo 3 (1) de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, 1989), que exige que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. El INDH recomienda agregar este principio general explícitamente al Artículo 124 del proyecto de ley. Además, el proyecto de ley debiera incluir procedimientos claros de protección para los casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados que deseen ingresar al país, de modo tal que se asegure su referencia a los organismos encargados de velar por su protección y cuidado.
- INDH valora que el proyecto de ley reconozca los derechos económicos, sociales y culturales de las y los migrantes. Sin embargo, en relación al acceso en condiciones de igualdad y no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales, preocupa al INDH que el Proyecto otorgue acceso a prestaciones de salud y seguridad social de cargo enteramente fiscal únicamente a residentes que hayan permanecido en el país por 2 años en forma continua, y no respecto de las demás personas migrantes. Este plazo no está fundamentado y puede resultar arbitrario e injustificado. Además, se observa con preocupación que, sin perjuicio de garantizarse el acceso a la salud de migrantes, en iguales condiciones que los nacionales, se establezca una distinción injustificada entre migrantes en situación migratoria irregular y aquellos que se encuentran en condición de regularidad, dejando entregado al Ministerio de Salud a través de Reglamento, los requisitos adicionales que tendrían que cumplir la población migrante en situación de irregularidad.

- Preocupa también que se mantengan formas escasamente fundadas para establecer visas consulares, lo que debiese ser de carácter excepcional y fruto de un análisis multisectorial. Se alude al “interés nacional”, concepto jurídico indeterminado y vago que puede resultar peligroso porque queda abierto a que el Estado decida imponer una visa a ciudadanos/as de Estados cuya migración se decide limitar, restringiendo el derecho a la libertad de tránsito. La imposición de una visa consular debiese ser el resultado de una decisión fundada, en la cual se consideren distintos criterios. Un ejemplo de lo anterior es el visado consular impuesto a nacionales de Haití, en donde se limita la libertad de tránsito, no explicitándose la base objetiva, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Preocupa que por esta vía podrían establecerse requisitos que podrían generar tratos diferenciados por nacionalidad, los cuales si no se fundamentan adecuadamente podrían estimarse como discriminatorios en base a nacionalidad o de otras características deseables. En definitiva, pueden primar criterios utilitaristas desde una óptica sólo enfocada en la migración laboral, desatendiendo otros propósitos deseables al desarrollo social y cultural del país.
- Las causales que dan lugar a la expulsión parecen demasiado amplias y, como se ha dicho, en algunos casos excesivas y no proporcionales a la falta. Tales causales deben ser taxativas y claramente consignadas en el proyecto de ley de modo de evitar arbitrariedades. En el artículo 119 y 120 se establecen las causales de expulsión. Aparecen como demasiado amplias y con excesivo margen para la discrecionalidad, como las dispuestas en el art. 119 N° 2, 3, 4, 5, 6, muchas de estas causales de expulsión actualmente sólo se encuentran sancionadas con multa. Además, no hay una distinción entre la gravedad de las causales. Hay situaciones en que la expulsión resulta desproporcionada, como el caso de una expulsión por vencimiento del permiso de turismo o por haber sido sorprendido realizando una actividad remunerada con permiso de turista. En estos casos el INDH considera que la persona debe ser avisada e interpelada a su situación migratoria previo a una expulsión. El artículo 125 elimina el trámite de toma de razón por parte de la Contraloría para proceder a las expulsiones. Preocupa esta omisión toda vez que cuando un acto puede afectar garantías constitucionales debe pasar por la toma de razón por parte de la Contraloría de modo de revisar la legalidad de una expulsión. En otro orden de ideas, el proyecto no explicita el derecho a la información sobre asistencia consular, en el sentido que los extranjeros que se encuentran en este tipo de situaciones, deben ser informados sin demora de su derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su país de origen al momento de la notificación de la expulsión. Lo anterior, de conformidad a lo señalado en la Opinión Consultiva N° 16/99 de la CIDH, sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso²⁴.

²⁴ Art. 36 sobre Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

- En relación a las prohibiciones de ingreso, estimamos que este articulado debe ser revisado, teniendo siempre presente los estándares de derechos humanos, ya que se estima que muchas de ellas vulneran el principio de presunción de inocencia, el principio resocializador de la pena penal y el principio de proporcionalidad
- INDH valora que el art. 4 reconozca el derecho a la información en los procedimientos migratorios. Sin embargo, preocupa que el proyecto no incorpore acciones de difusión para la población migratoria, así como acciones de prevención contra la discriminación arbitraria y capacitación permanente a funcionarios públicos de zonas fronterizas. En opinión del INDH se debe revisar la autoridad de control migratorio de modo de ejercer estos controles con enfoque de derechos, disminuyendo así la discrecionalidad y arbitrariedad en el ingreso al territorio del Estado. En caso de mantenerse a la Policía de Investigaciones como autoridad policial de control fronterizo, es perentorio garantizar procesos de formación permanente del personal en frontera en derechos humanos y no discriminación— tal como se indica en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (art. 14.1)—, que se refleje en la atención a la población migrante y solicitantes de asilo.
- El proyecto de ley no hace alusión alguna a la especial situación que experimentan las mujeres migrantes, en razón de que pueden vivir una forma agravada de discriminación, denominada discriminación múltiple. Preocupa que el Proyecto no establezca disposiciones especiales relacionadas con las mujeres víctimas de trata y tráfico, ni tampoco respecto de aquellas migrantes víctimas de violencia.
- Las indicaciones presentadas sustituyen el anterior Artículo 8 referente a migración segura por el siguiente: "Artículo 8. No Criminalización. La migración irregular no es, por sí misma, constitutiva de delito". En cambio, el artículo 138.- "Verificación de estadía regular" criminaliza la migración irregular al asociarla a la comisión de un delito, puesto que hace asimilable a la obligación legal que todo funcionario público tiene de denunciar ante la autoridad competente todo hecho de que en el ejercicio del cargo tomaren conocimiento y revistan el carácter de delito al señalar que "En caso de verificarse la estadía irregular de un extranjero, o la comisión de otra infracción a esta ley o su reglamento, el organismo respectivo deberá informar de ello a la Subsecretaría del Interior".
- Por último, si bien las garantías y derechos fundamentales aparecen consagradas en el Título I, se perciben algunas contradicciones entre tales principios y el articulado. Así,

el enfoque transversal de derechos humanos que debiera informar todo el proyecto se encuentra debilitado en parte significativa de su contenido.