



“Chile sin barreras” Por una nueva Ley de Migración

Hacia la construcción de una legislación migratoria con enfoque de derechos humanos en Chile

CONCEPTOS GENERALES SOBRE MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS

Todo Estado tiene el derecho soberano de hacer valer su autoridad dentro de sus fronteras y, en virtud de ello, ejercer jurisdicción exclusiva y excluyente sobre su territorio. No obstante, como Estado de Derecho, se encuentra determinado no sólo por el marco constitucional de protección de los derechos, sino también por las obligaciones contraídas ante la comunidad internacional a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y las obligaciones de resguardo de estos derechos. Estas obligaciones establecen el deber de sus poderes legítimos, de actuar de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, sin realizar distinciones arbitrarias entre diferentes derechos y personas.

Si bien lo relativo a la legislación y la gestión migratoria ha sido tradicionalmente entendido como un asunto interno, de soberanía nacional o de seguridad interior del Estado, en la actualidad, dadas sus implicancias transfronterizas, constituye una materia de cooperación y participación entre los Estados y sus legislaciones respectivas, plasmándose en acuerdos bilaterales, regionales o internacionales, y regulada expresamente en normativa internacional de derechos humanos, a través de la convención sobre Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, entre otros instrumentos internacionales¹.

Entendida su actual complejidad, los Estados se han obligado a garantizar que sus políticas y prácticas no supongan un riesgo de abusos respecto de las personas. Se entiende que los Estados tienen la facultad de determinar libremente mecanismos para saber quién cruza sus fronteras, establecer programas y políticas migratorias, y tomar medidas para minimizar la migración no autorizada. No obstante, estos mecanismos deben en todo momento asegurar el pleno respeto de los derechos de las personas.

ELEMENTOS CENTRALES DE UN NUEVO PROYECTO DE LEY

A continuación, se presenta lo que, a juicio de Amnistía Internacional, son aquellos aspectos esenciales que debiera incorporar la legislación migratoria que se dicte en Chile, especialmente considerando las actuales falencias de la normativa vigente. Estos aspectos se agrupan en cinco grandes temáticas:

1. Establecimiento expreso de derechos de las personas migrantes.
2. Fortalecimiento de la institucionalidad migratoria.
3. Asegurar normas de un debido proceso.

¹ Ver, por ejemplo: <http://www.cidh.org/migrantes/migrantes.instrumentos.htm>

4. Definición de mecanismos de participación social y cívica de la sociedad civil y, especialmente, de las personas migrantes.

Cabe hacer presente que todo esto se refiere a la situación de personas que migran a Chile por múltiples razones, sin centrarse en el caso específico de personas que buscan refugio. La ley otorga y debe otorgar especial protección a las personas que llegan al país solicitando ser reconocidas como refugiadas. En Chile actualmente la ley n° 20.430 establece disposiciones sobre protección de refugiados, y es fundamental que la normativa migratoria que se dicte esté en línea con dicha protección.

Esto implica, por ejemplo, respetar el principio de no devolución, tanto en la ley como en la práctica: ningún Estado debe, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas (Artículo 33, N°1 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados). Esto implica también el asegurar que no se rechace en la frontera a personas que buscan refugio sin permitirles la presentación de una solicitud de refugio y su tramitación de acuerdo a las normas legales.

1. Derechos de las personas migrantes

La legislación migratoria actual se limita a regular desde una perspectiva de seguridad, indicando las condiciones de entrada y salida de las personas extranjeras en Chile. Como se ha expuesto, este criterio implica pura y simplemente el ejercicio de las facultades propias del Estado, pero desatiende el cumplimiento de las obligaciones más amplias en materia de derechos humanos que el mismo Estado ha asumido. Resulta fundamental que la legislación migratoria establezca expresamente los derechos de las personas migrantes, y que la regulación de éstos se encuentre en línea con los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos que resultan aplicables.

Es cierto, muchos de estos derechos se encuentran consagrados Constitucionalmente para todos los habitantes de la República, y que también, el Código Civil garantiza a nacionales y extranjeros igualdad en el goce y adquisición de los derechos que éste reglamenta (artículo 57). Sin embargo, la realidad ha demostrado que es importante que se consideren las particularidades que pueden existir para las personas migrantes en el acceso a derechos en la legislación, la normativa administrativa y en la práctica, de manera que no existan barreras en el goce y ejercicio de derechos para personas migrantes.

Adicionalmente, es importante que cuando se regulen expresamente en la ley, esta regulación esté en línea con los derechos establecidos y las limitaciones autorizadas por los tratados internacionales sobre la materia.

En términos generales, y siguiendo la normativa de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares – ratificado por el Estado de Chile en el 2005², todas las personas migrantes, sin excepción alguna y con prescindencia de su condición migratoria³, tienen derecho a:

- a) El derecho a la vida y a la integridad física y síquica sin distinción alguna respecto de cualquier otra persona, incluyendo expresamente el derecho a la vida (artículo 9), el derecho a no ser sometido a torturas y ni a tratos o penas crueles, inhumanos o

² No obstante, las referencias de artículos se refieren a esta Convención, existen diversos otros tratados internacionales que establecen estos mismos derechos, y resultan aplicables también a las personas migrantes, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos (aprobados y ratificados por Chile).

³ La Convención establece algunos derechos particulares que sólo serían aplicables para trabajadores migrantes en situación regular. Se hace una referencia específica a tal situación cada vez que resulta aplicables. En ausencia de mención específica, debe entenderse que el derecho es aplicable a todas las personas migrantes, independiente de su situación regular o irregular.

degradantes (artículo 10), el derecho a la vida privada y a la honra (artículo 14), del derecho a no ser privado arbitrariamente de sus bienes (artículo 15) y el derecho a la libertad y seguridad personales (artículo 16).

- b) El goce de las garantías procesales generales, sin distinción respecto de los nacionales, lo cual incluye el asegurar que, en caso de ser privados de libertad, lo sean en condiciones humanas (artículo 17), el goce de igualdad de derechos ante los tribunales de justicia (artículo 18), el principio de legalidad en materia penal (artículo 19) y el derecho a no ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual (artículo 20).
- c) El derecho a salir libremente de cualquier Estado, salvo restricciones autorizadas por el propio convenio, y a volver en cualquier momento al Estado del cual es nacional (artículo 8). Tratándose de las personas migrantes en situación regular, además tienen el derecho de ausentarse temporalmente de un Estado, sin que ello afecte su autorización de residencia o empleo (artículo 38).
- d) El derecho a que la expulsión de un Estado se rija por las limitaciones y regulaciones del Convenio, las cuales incluyen el derecho a no ser expulsado ni privado de la residencia por el sólo hecho de cumplir con una obligación del contrato de trabajo (artículo 20), la prohibición de adoptar medidas de expulsión colectiva, derecho a que las expulsiones sean aprobadas caso a caso y siguiendo estándares mínimos de legalidad y bilateralidad (artículo 22). Existen además limitaciones adicionales a la expulsión para trabajadores en situación regular (artículo 56).
- e) El derecho a la personalidad jurídica (artículo 24) y a que los documentos de identidad sólo sean confiscados o destruidos por autoridades debidamente autorizadas de acuerdo a la ley – y en ningún caso se permite la destrucción del pasaporte (artículo 21). Los hijos/as de personas migrantes – estén o no en situación regular – tienen derecho a un nombre, al registro de su nacimiento y a una nacionalidad (artículo 29).
- f) El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, incluyendo la adopción de la creencia o religión, y su expresión (artículo 12), así como los derechos a opinión y a la libertad de expresión (artículo 13).
- g) Derecho a tener un trato igual a los nacionales en el sistema de seguridad social (artículo 27), y a recibir atención médica de urgencia (artículo 28). Tratándose de personas migrantes en situación regular, derecho a completa igualdad de trato en el acceso a servicios sociales y de salud (artículo 43 e)).
- h) Los hijos/as de personas migrantes en situación irregular tienen derecho a la educación en igualdad de trato con los nacionales (artículo 30). Este derecho se extiende a la propia persona migrante y a su familiares, tratándose de personas en situación regular (artículo 43 a), b) y c) y artículo 45 a) y b)).
- i) El acceso a derechos laborales en igualdad de trato con los nacionales. Todas las personas migrantes tienen derecho a no ser sometidos a esclavitud, servidumbre ni trabajos forzados (artículo 11), a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de empleo (artículo 25) y a sindicalizarse y recibir asistencia de sindicatos (artículo 26). Tratándose de personas en situación migratoria regular, se les reconoce además el derecho a formar sindicatos (artículo 40), la libertad para elegir la actividad remunerada que quieran ejercer, bajo ciertas restricciones autorizadas (artículo 52), la igualdad de trato para ejercer la actividad remunerada elegida (artículo 55) y la igualdad de trato con nacionales en caso de despido y para acceder a prestaciones por desempleo (artículo 54).
- j) Tratándose de sus bienes y dinero, todas las personas migrantes deben poder transferir libremente sus ingresos y ahorros fuera del país (artículo 32). Adicionalmente, para

personas en situación regular, se les garantiza este mismo derecho (artículo 47), más la exención de derechos e impuestos para importar y exportar sus efectos personales (artículo 46) y la igualdad de trato en impuestos y medidas para evitar la doble tributación (artículo 48).

- k) El derecho al respeto a la identidad cultural (artículo 31). Tratándose de personas en situación migratoria regular, y sus familias se garantiza la igualdad de trato en el acceso a la vida cultural y a la participación en la misma (artículo 43 g)).
- l) Derecho a recibir información acerca de sus derechos (artículo 33) y a tener protección o asistencia de sus autoridades consulares o diplomáticas (artículo 23). Tratándose de personas migrantes en situación regular, se establece el derecho a recibir información completa acerca de las condiciones para su admisión y permanencia en el país (artículo 37), el derecho a continuar participando en los asuntos públicos y a votar en su Estado de origen (artículo 41) y a que los Estados consideren mecanismos para facilitar su participación en decisiones que los afecten (artículo 42).

Finalmente, tratándose de trabajadores migratorios en situación regular, es importante mencionar dos derechos adicionales:

- m) El derecho a la protección de la unidad de la familia (artículo 44, 50).
- n) El derecho a la libertad de movimiento y a elegir el lugar de su residencia, con ciertas limitaciones autorizadas (artículo 39), a que la autorización de residencia sea a lo menos por el mismo tiempo que el empleo que desempeñará (artículo 49) y a recibir igualdad de trato respecto de los nacionales en el acceso a una vivienda (artículo 43 d)).

2. Institucionalidad migratoria

En primer lugar, resulta de especial importancia que Chile ratifique prontamente algunos tratados internacionales de carácter genérico que tengan incidencia en las personas migrantes, y de carácter especial, cuyo propósito sea esencialmente la protección a estas personas. Entre estos tratados se encuentra la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, la Convención para reducir los casos de Apatridia y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, se recomienda que Chile acepte expresamente la competencia del Comité sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios, haciendo la declaración pertinente, lo que permitiría una mejor fiscalización respecto al cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios.

Adicionalmente, y como se señaló, Chile recibió una serie de recomendaciones del Comité sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios, en el documento "Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", 15º período de sesiones, 12 a 23 de septiembre de 2011⁴, y debiera avanzar en dar cumplimiento a las que todavía se encuentran pendientes. Cabe recordar también que Chile debió presentar su nuevo informe al Comité el 1 de octubre de 2016 para una nueva revisión de cumplimiento, sin que se haya presentado dicho informe a la fecha.

En cuanto a instituciones que den protección a las personas migrantes, resulta fundamental que exista un órgano del Estado en condiciones de recibir denuncias por vulneración de derechos de estas personas, y que tenga la posibilidad de darles asistencia jurídica y exigir sus derechos en las instancias pertinentes. Ya sea se otorgue facultades en esta materia al Instituto Nacional de Derechos Humanos, se modifique las atribuciones y competencias del Departamento de

⁴ <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/09/Informe-Comit%C3%A9-de-Trabajadores-Migratorios-Chile-sept-2011.pdf>

Extranjería y Migración, o se cree una institucionalidad nueva, debe contarse con una protección institucional, que asegure que lo diga el texto legal tenga un cumplimiento efectivo.

Finalmente, resulta apropiado que, aparejado a la legislación, exista una Política Nacional de Migraciones que tenga un carácter de estable y direccionada al respeto y protección de las personas en movimiento, resultando también pertinente que sea la ley la que defina algunas orientaciones y delimitaciones respecto de su contenido. Asimismo, Amnistía Internacional recomienda que se incorporen expresamente mecanismos de participación de la sociedad civil y de las propias personas migrantes, tanto en la definición de esta Política, como también en su implementación y revisión posterior.

3. Normas de debido proceso

Los procedimientos de aprobación de permisos de residencia, sanciones y expulsiones, aun cuando sean administrativos, debieran cumplir con ciertas garantías mínimas propias de un debido proceso, incluyendo la posibilidad de que la persona conozca del procedimiento en una lengua que pueda entender, que pueda contar con la debida asistencia técnica o letrada, que sea oída antes de tomar una decisión, y que tenga la posibilidad de apelar de las decisiones en un plazo razonable.

Para Amnistía Internacional, es necesario que la ley establezca de manera expresa y con detalle los límites de la potestad reglamentaria del ejecutivo en la definición de aspectos de detalle de la ley, asegurando que el procedimiento será accesible para todas las personas extranjeras sin discriminación alguna, sea por nacionalidad, sexo, idioma, edad, origen étnico u otras consideraciones arbitrarias.

Ninguna de las etapas propias de estos procesos debiera significar vulneraciones a otros derechos, tales como a su integridad física o síquica, actitudes discriminatorias o privaciones de libertad arbitrarias.

4. Participación de sociedad civil, especialmente de personas migrantes

El artículo 42 de la Convención establece que los Estados parte deben considerar la posibilidad de establecer procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta, tanto en los Estados de origen como los de empleo, las necesidades, aspiraciones u obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares, considerando la posibilidad de que éstos tengan en esas instituciones sus propios representantes libremente elegidos.

Asimismo, se establece que los Estados de empleo facilitarán la consulta o participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales.

A juicio de Amnistía Internacional, no existiendo actualmente mecanismos que vayan en esta dirección, la revisión de la legislación migratoria resulta una oportunidad para crear estos mecanismos y asegurar la participación de la sociedad civil y de las propias personas migrantes, tanto en el proceso legislativo, como en la institucionalidad que se cree con posterioridad.

NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN MIGRATORIA EN CHILE

Para Amnistía Internacional, la legislación vigente resulta de escasa utilidad para dar protección a los derechos de las personas migrantes y requiere de una acuciosa revisión.

La legislación migratoria vigente fue dictada en sus orígenes desde una perspectiva de seguridad. Su foco exclusivo estaba en controlar la entrada y salida de personas extranjeras en Chile, por lo cual su regulación está limitada precisamente a eso: regular las condiciones de entrada al país, las condiciones para obtener una visa de residencia, y las causas por las que es posible expulsarla. No contiene ninguna regulación dirigida a resguardar los derechos de las personas migrantes, y tiene falencias en todos los elementos centrales antes señalados.

En relación al punto 1., la ley vigente no contiene un catálogo de derechos de las personas migrantes. Esto ha redundado en que las personas extranjeras en Chile podrían encontrar importantes barreras a la hora de acceder a derechos básicos como la salud o la educación, especial pero no exclusivamente cuando se encuentran en situación irregular.

En cuanto al punto 2., la institucionalidad migratoria está dirigida a la tramitación de visas, pero no cuenta con mecanismos específicos donde las personas migrantes puedan recurrir para obtener información acerca de sus derechos y obtener ayuda en caso de vulneración de éstos.

En cuanto al punto 3, los procedimientos de ingreso y salida del país, así como para el otorgamiento de visas y de expulsión contienen múltiples elementos de discrecionalidad que dan pie para arbitrariedades y no cumplen con los estándares de un debido proceso.

Finalmente, en relación al punto 4., no existen mecanismos de participación de las personas migrantes en la definición y diseño de políticas, establecidos en la ley.

Muchos de los puntos antes mencionados en la actualidad están siendo subsanados por vía administrativa. Algunos ejemplos de esto ha sido la adopción de mecanismos para asegurar la atención de emergencia y de salud materno-infantil para personas migrantes, la admisión en establecimientos educacionales para hijos/as de personas migrantes, la eliminación de la práctica de confiscación de documentos, la resolución de la apatridia en la que quedaban hijos/as de extranjeros/as en situación irregular, la creación del Consejo Consultivo de Política Migratoria.

Sin embargo, al no estar al menos los principios generales establecidos por ley, esto permite que estas definiciones administrativas puedan ser fácilmente revertidas dependiendo del gobierno de turno, dejando la protección de los derechos de las personas migrantes en una situación muy precaria.

Esto revela la necesidad de legislar, de manera que los principios centrales de protección a los derechos de las personas migrantes se encuentren protegidos por ley.

Chile ha ido aumentando progresivamente la cantidad de personas migrantes de diversas nacionalidades, duplicándose en un periodo de 10 años, y la tendencia muestra que esto continuará en aumento. Expresiones xenófobas, discriminatorias y estigmatizantes respecto de las personas extranjeras también han ido en aumento, a través de diferentes expresiones ciudadanas y también declaraciones de autoridades políticas. Esto revela que una modificación legal no es solamente necesaria, sino también urgente. En la actualidad la realidad está mucho más adelante que la legislación, y este escenario requiere contar con un marco legal que dé adecuada protección a los derechos de las personas.

Una buena ley, unida a una política migratoria completa, que tenga los derechos humanos como un eje central, podría hacer una diferencia en la realidad que viven las personas que deciden migrar a Chile.

ANEXO: RECOMENDACIONES DE COMITÉS DE NACIONES UNIDAS

Examen Periódico Universal (EPU)

Informe del Grupo de Trabajo del Examen Periódico Universal - Chile. Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 26 período de sesiones. A/HRC/26/5, 2 abril 2014.

121.178. Tomar todas las medidas para establecer un marco legal que se haga cargo de los temas que afectan a la población migrante, minorías, refugiados y pueblos indígenas (Irán).

121.179. Continuar sus esfuerzos para adoptar una ley que modernice el régimen de migraciones que incorpore un enfoque de derechos humanos, reconozca los derechos y obligaciones de migrantes regulares e irregulares y contenga normas relativas a una política nacional de migraciones, la lucha contra el tráfico de personas y la protección de los refugiados (Guatemala)

121.180. Establecer un marco legal para la protección comprensiva de los derechos de las personas migrantes, en particular los derechos niños/as migrantes o hijos de padres migrantes (Colombia)

121.181. Continuar protegiendo y promoviendo los derechos de las personas migrantes (Djibouti);

121.182. Tomar las medidas necesarias para hacerse cargo de la exclusión social y vulnerabilidad de las mujeres migrantes (Sri Lanka);

Comité de Derechos Humanos

Observaciones Finales sobre el Sexto Informe Periódico de Chile. Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 111º periodo de sesiones. CCPR/C/CHL/CO/6, 13 agosto 2014.

Inmigración

23. El Comité acoge con satisfacción la nueva iniciativa de ley sobre migración, sin embargo le preocupa que ésta no garantice plenamente los derechos protegidos en el Pacto, en particular lamenta que la ampliación del plazo de presentación de recursos contra las decisiones de expulsión (48 horas) sea muy exiguo. Al Comité le preocupa que la Ley de Extranjería en vigor determine la posibilidad de confiscar documentos de identidad de un trabajador migratorio cuando éste viole las leyes de migración (arts. 12 y 13 del Pacto).

El Estado parte debe acelerar la aprobación del proyecto de ley sobre migración, asegurando que éste garantice plenamente los derechos protegidos en el Pacto. El Estado parte debe asegurar a las personas sujetas a procesos de deportación el ejercicio efectivo de su derecho a ser oídos, a contar con una representación adecuada y el plazo adecuado para interponer recursos contra las decisiones de expulsión. El Comité alienta al Estado parte a eliminar la práctica de confiscar los documentos de identidad a un trabajador migratorio y adecuar su legislación al artículo 12 del Pacto, tomando en cuenta la Recomendación General No. 27 (1999) sobre libertad de circulación.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias

Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Naciones Unidas, 169 y 170 periodo de sesiones. CMW/C/CHL/CO/1, 19 Octubre 2011.

Legislación y su aplicación

8. El Comité toma nota de que en el Estado parte se está preparando un proyecto de ley sobre migración.

9. El Comité invita al Estado parte a que se asegure de que el proyecto de ley sobre migración sea aprobado y sea plenamente conforme con las normas internacionales de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares y, en particular, con las disposiciones de la Convención.

Texto completo con todas las recomendaciones puede ser consultado aquí:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fCHL%2fCO%2f1&Lang=en