



REFERENCE: CMW

**“Conversatorio: Estándares de Derechos Humanos y Migración”**  
**Senado de Chile**  
**14 de agosto de 2020**

Honorable Senadoras y senadores, asesores y asesoras, representantes de organismos internacionales:

Tengan ustedes buenos días.

En representación del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), nos encontramos aquí Álvaro Botero y Edgar Corzo, miembros del Comité. El motivo de nuestra participación en este Conversatorio virtual: “Estándares de Derechos Humanos y Migración”, es compartir algunas reflexiones sobre los estándares internacionales de derechos humanos y experiencias comparadas sobre la regulación nacional de esta materia, y en particular, sobre el proyecto de ley boletín N° 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería.

Agradecemos mucho al Senado y a la Oficina Regional de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para Derechos Humanos por organizar e invitarnos a participar en este importante conversatorio, el cual nos permite continuar el dialogo que hemos sostenido con el Estado chileno con relación a este importante proyecto de ley a partir de la carta que dirigimos al Estado chileno el pasado 24 de junio de 2020 con relación al citado proyecto de ley.

En línea con lo dispuesto por los artículos 72 y 84 de la Convención, participamos en este conversatorio para brindar la asistencia técnica del Comité para la adopción por parte del Estado chileno de medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar las disposiciones de la Convención sobre Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas.

En primer lugar, consideramos que el actual debate sobre el referido Proyecto de Ley representa una oportunidad de suma importancia para el momento histórico que está viviendo Chile y el pueblo chileno, así como una posibilidad de avance respecto a la normativa vigente contenida en el Decreto Ley N° 1.094 del año 1975, el cual vaya en línea con las obligaciones internacionales e interamericanas que el Estado chileno ha asumido en materia de derecho internacional de derechos humanos y de derecho internacional de los refugiados y otras ramas del derecho internacional.

Con relación al texto del articulado del proyecto de ley, de manera inicial, queremos destacar que el mismo contiene una serie de aspectos positivos. Al respecto, el proyecto recoge una serie de principios que reconocen los derechos humanos de las personas extranjeras en Chile, sin importar su condición migratoria.

Es destacable que dentro de los principios fundamentales contemplados en el Título II del Proyecto se reconozca explícitamente (art.3°) como un objetivo de la ley, la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentran en Chile, sin importar su condición migratoria. Además, estas disposiciones reflejan el compromiso del Estado con los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales que Chile ha ratificado, por ejemplo, reconociendo entre otros, el interés superior del niño (art.4°), el deber de disponer de mecanismos accesibles de reclamo (art.5° inciso final), de promover una migración segura, ordenada y regular (art.7°), el reconocimiento de que la migración irregular no es constitutiva de delito (art.9°), así como el artículo relativo a un recurso judicial a favor de las personas migrantes.

Asimismo, se reitera el principio constitucional de igualdad ante la ley, sin discriminación, respecto a los extranjeros. La importancia radica en que estas disposiciones deben orientar las demás disposiciones de la ley en debate, tanto a nivel sustantivo como operativo.

En adición a lo anterior, destacamos que el artículo 11° dispone una interpretación conforme a la Constitución y a las normas internacionales de derechos humanos, por lo que crea el deber de interpretar la ley y sus reglamentos en armonía con los valores, principios, derechos y libertades contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En esta línea, resulta necesario que referirme a ciertos aspectos que requieren mayor debate en términos de su adecuación y convencionalidad con las obligaciones internacionales, en particular aquellas derivadas de los instrumentos internacionales e interamericanos de derechos humanos ratificados por el Estado chileno.

En términos generales, desde el Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas consideramos que las modificaciones hechas en las últimas etapas del debate legislativo pueden requerir un mayor tiempo de análisis y de discusión para integrar de manera debida el enfoque de derechos humanos.

### **Sistema de regularización migratoria**

Las personas migrantes en situación irregular suelen encontrarse en esta situación en razón a que no suelen tener acceso a mecanismos o alternativas migratorias que sean accesibles, seguros y regulares. La falta de esto de estos mecanismos o alternativas migratorias suele estar directamente relacionada con el aumento de delitos como el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas y otros delitos de los que las personas migrantes suelen ser víctimas en países de tránsito y destino. En ocasiones no es fácil conocer y conseguir la documentación e información completa y oportuna para ingresar al país de manera regular. Es por esto, que contar con un mecanismo que permita el cambio de estatus migratorio de irregular a regular resulta clave para proteger derechos y cumplir con los principios de migración, ordenada y segura –desde la perspectiva de la seguridad humana y de los intereses legítimos del Estado chileno de gestionar una migración ordenada, segura y regular, la cual a la vez proteja los derechos humanos y la dignidad de las personas migrantes-.

La ausencia de un mecanismo de regularización al interior de territorio nacional perpetúa la irregularidad –y con ello la exclusión y vulnerabilidad de las personas

migrantes-. El cambio de estatus dentro del país es la medida más solicitada actualmente y la experiencia comparada indica que los migrantes cuyo permiso transitorio vence, permanecen en el país. Es decir, una omisión en esta materia no será capaz de contener o evitar la migración, pero sí promoverá la irregularidad, y con ello, la informalidad laboral y la precarización de la situación de las personas migrantes, quienes verán afectados sus derechos fundamentales.

Conforme al actual texto del proyecto (art. 75) las condiciones y requisitos para los cambios de subcategorías de residencia temporal serán definidos por el decreto supremo a que se refiere el artículo 69. A su vez, el artículo 69 dispone que un decreto supremo expedido a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que deberá ser firmado por los ministros que conforman el Consejo que se establece en el artículo 158, y cumplir el trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República, definirá la nómina y fijará los requisitos de las subcategorías de residencia temporal. Por lo que este sensible aspecto quedará fuera del debate parlamentario, lo que resultaría preocupante.

Es rescatable, por otra parte, que en el mismo artículo se disponga que en ningún caso ese decreto supremo podrá afectar los derechos ya adquiridos por poseedores de residencias temporales a la fecha de entrada en vigencia del mismo. Y que, cualquier cambio en las condiciones de una subcategoría migratoria que implique mayores beneficios para los extranjeros que poseían una residencia temporal otorgada con anterioridad, dará derecho a optar a dicha categoría a quienes cumplan con los requisitos establecidos para la misma. El problema es más patente en cuanto a las situaciones futuras.

En materia de regularización migratoria, la Convención sobre Trabajadores Migratorios en su artículo 69 establece que que “Los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”. Así pues, los Estados partes considerarán la posibilidad de regularizar la situación de esas personas en cada caso concreto, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, teniendo en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar (art. 69, párr. 2). Cuando los Estados partes prevean la regularización de los trabajadores migratorios en su legislación nacional, deberán velar por que todos los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular tengan acceso efectivo y sin discriminación a los procedimientos de regularización y por que esos procedimientos no se apliquen de manera arbitraria (arts. 7 y 69)”<sup>1</sup>.

En adición a lo anterior, el Comité ha sostenido que “la regularización es la medida más efectiva para acabar con la extrema vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular. Por consiguiente, los Estados partes deben considerar la adopción de políticas, incluidos programas de regularización, para evitar que los trabajadores migratorios y sus familiares se hallen en situación irregular o en peligro de caer en ella, o resolver tales situaciones (art. 69, párr. 1)”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> CMW, “Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, 2013, párr. 15.

<sup>2</sup> CMW, “Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, 2013, párr. 16.

Asimismo, el 5 de septiembre de 2018, de cara a la primera reunión del Proceso de Quito, en la Declaración conjunta para el desarrollo de una respuesta regional a la llegada masiva de personas venezolanas a países del continente americano, adoptada por el Comité de Trabajadores Migratorios en conjunto con el Comité sobre los Derechos del Niño (CRC) de la ONU; la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH); el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), recomendaron a los Estados del continente americano la adopción de una respuesta internacional y regional coordinada basada en los derechos humanos y en el principio de responsabilidad compartida que incorpore, entre otras medidas: Expandir canales regulares, seguros, accesibles y asequibles de la migración a través de la progresiva expansión de la liberalización de visas, así como regímenes de facilitación de visas de fácil acceso y/o medidas, tales como protección complementaria, protección temporal, visas humanitarias, visas para visitantes, reunificación familiar, visas de trabajo, residencia, y visas estudiantiles y para personas jubiladas, así como programas de patrocinio privado. Estos canales deben ser accesibles en términos económicos y jurídicos, lo cual incluye asegurar que sean accesibles también para personas venezolanas que por razones ajenas a su voluntad no cuenten con la documentación usualmente requerida para estos trámites.

Lo anterior, en adición a garantizar el reconocimiento de la condición de refugiado a las personas venezolanas con temor fundado de persecución en caso de retorno a Venezuela, o que consideran que su vida, integridad o libertad personal estarían amenazadas debido a la situación de violencia, violaciones masivas de derechos humanos y perturbaciones graves del orden público, en los términos de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Se deben establecer procedimientos justos y eficaces, con enfoques diferenciales que tengan en cuenta la edad, el género y las características culturales, que garanticen el derecho de los solicitantes de asilo a recibir asistencia para satisfacer necesidades básicas o permitirles trabajar durante su solicitud. Considerar la adopción de respuestas colectivas de protección a las personas venezolanas, entre las que se encuentran la posibilidad de realizar la determinación para el reconocimiento de la condición de refugiado prima facie o de manera grupal, sin necesidad de realizar una evaluación individualizada. Asimismo, otra de las recomendaciones de esta declaración conjunta tiene que ver con respetar el principio y derecho a la no devolución (non-refoulement) a territorio venezolano, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera y expulsiones colectivas. En este sentido, desde el Comité destacamos que diversos Estados latinoamericanos han adoptado medidas en línea con las recomendaciones de la Declaración Conjunta.

Por su parte, la Corte Interamericana ha sostenido que: “en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación

alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas”<sup>3</sup>.

El Comité observa que PL no prevé un mecanismo de regularización sino que en los artículos 69 y 156.8 establecen que estarán dentro de las facultades de la Subsecretaría del Interior la de disponer y ejecutar los mecanismos de regularización al mismo tiempo que lo establece como una posibilidad y no como una obligación, toda vez que utiliza el vocablo “podrá” en vez de “deberá”.

El Comité considera pertinente que el contenido de este precepto sea visto a la luz del principio de legalidad. Este Comité entiende que los mencionados mecanismos deberían estar previstos en una ley en sentido formal.

En relación con la flexibilidad migratoria o cambios de categorías migratorias, el artículo 58 del PL establece que “*Los titulares de permiso de permanencia transitoria que se encuentren en el país no podrán postular a un permiso de residencia, salvo que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 69*”. A su vez, el citado artículo 69 en su versión final del PL establece: “*el Subsecretario del Interior podrá establecer mecanismos de regularización de extranjeros conforme lo señala el artículo 156 N° 8*”.

En su redacción anterior, la Comisión de Derechos Humanos había introducido una modificación en la que establecía una serie de requisitos y que fue, finalmente, eliminada del texto propuesto.

En la versión actual del artículo 69 del PL sería conveniente revisar los criterios allí establecidos a efectos de evitar posibles restricciones para el otorgamiento de permisos de residencia temporales.

Asimismo, este Comité recomienda que la técnica legislativa empleada en relación con este tema siga los lineamientos establecidos en la Declaración de Buenos Aires, instrumento que el Estado chileno suscribió en el año 2013 y que establece: “la CSM considera que la facilitación de la regularidad migratoria es fundamental para el desarrollo humano de la sociedad en su conjunto y de las personas migrantes y sus familias en particular y contribuye a su integración en la sociedad de acogida, así como al goce efectivo de sus derechos, a fin de evitar situaciones de vulnerabilidad y por lo tanto este aspecto debe ser incluido en el debate como punto central de la gobernanza de las migraciones internacionales”<sup>4</sup>.

Por último, en aras a habilitar mecanismos y alternativas migratorias que permitan una migración ordenada, segura y regular, este Comité recomienda habilitar mecanismos migratorios bilaterales o multilaterales, tales como el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR como una categoría de residencia. Este acuerdo, que reconoce derechos para los nacionales de Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, establece que los nacionales de cualquiera de estos Estados poseen el derecho de residencia temporal por un período de dos años con sólo demostrar su nacionalidad y la carencia de antecedentes penales durante los últimos cinco años.

<sup>3</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 169.

<sup>4</sup> Declaración de Buenos Aires, Conferencia Sudamericana de Migraciones, Buenos Aires, 28 de agosto de 2013.

## **Principio de igualdad y no discriminación. Acceso a los derechos sociales**

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados deben respetar y garantizar que las personas migrantes en su territorio o bajo su jurisdicción o control efectivo reciban un trato igualitario y no discriminatorio, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean.

Este Comité ha sostenido que, “el principio de no discriminación es parte esencial de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la Carta de las Naciones Unidas. El artículo 7 de la Convención incluye explícitamente la nacionalidad entre los motivos prohibidos de discriminación [...] Por lo tanto, cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad o la situación migratoria constituye una discriminación, a menos que los motivos de dicha diferenciación estén establecidos por ley, persigan un fin legítimo en virtud de la Convención, sean necesarios en esas circunstancias concretas y sean proporcionales al fin legítimo que se persigue”<sup>5</sup>.

En este sentido, la Corte IDH sostuvo que “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, 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. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens”<sup>6</sup>.

En relación con el derecho a la seguridad social, este Comité estableció que “el artículo 27, párrafo 1, de la Convención dispone que todos los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho al mismo trato que los nacionales del Estado de empleo en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado y en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Cuando un Estado parte promulga leyes que prevén el derecho a recibir una prestación social, esté supeditada o no al pago previo de contribuciones, si el trabajador migratorio en cuestión cumple los requisitos previstos en esa legislación, el Estado no puede excluirlo arbitrariamente de esa prestación, ni limitar su acceso a ella, puesto que la prohibición de la discriminación se aplica al derecho a la seguridad social. Por consiguiente, toda distinción basada en la nacionalidad o la situación migratoria deberá estar prescrita por la ley, perseguir un fin legítimo en virtud de la Convención y ser necesaria en las circunstancias específicas de cada caso y proporcional al fin legítimo que se persiga. Si bien los Estados partes gozan de cierto margen de flexibilidad para determinar en qué medida estas distinciones en situaciones por lo demás similares justifican un trato diferente, deben justificar la forma

<sup>5</sup> CMW, “Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, 2013, párr. 18.

<sup>6</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

en que ese trato diferente, basado exclusivamente en la nacionalidad o en la situación migratoria, es compatible con los artículos 7 y 27”<sup>7</sup>.

El PL establece en su artículo 16 una distinción respecto del acceso de los extranjeros a las prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas. Para estos prevé una permanencia mínima de 24 meses. El Comité recomienda que este artículo se alinee a lo establecido en el artículo 27.1 de la Convención y al principio de no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>8</sup> en lo que respecta a la igualdad de acceso a los servicios y programas de seguridad social financiados por el Estado.

Por otro lado, en relación con el derecho a la vivienda, este Comité sugiere que sería conveniente que el contenido del PL (art. 18) que indica el derecho de acceso a la vivienda a “extranjeros titulares de residencia definitiva”, sea analizado a la luz del principio de proporcionalidad, para determinar la conveniencia de inclusión únicamente de la categoría de extranjero residente.

Al respecto consideramos importante destacar que en 2015, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó su preocupación por la realización del derecho a la vivienda en Chile, observando que, pese a las medidas adoptadas para reducir el déficit habitacional, Chile necesitaba una estrategia integral basada en los derechos humanos para la vivienda social, con los siguientes aspectos: a) prioridad para los segmentos más marginados de la población, como los que viven en asentamientos informales, zonas rurales o en condiciones inadecuadas; b) protección contra los desalojos forzosos; c) prohibición de la segregación; y d) dotación de fondos suficiente, con rendición de cuentas y supervisión efectivas (E/C.12/CHL/CO/4).

El año 2018, durante su misión a Chile la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación, reiteró esta recomendación. (A/HRC/37/53/Add.1).

Si bien se percibe interés en abordar el problema en lo dispuesto en el Título V del arriendo y subarriendo abusivo y del hacinamiento (art. 24 bis), consideramos que hay un espacio para mejorar el tratamiento del tema en línea con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado chileno en materia de derechos humanos.

Este Comité reitera lo recomendado en sus Observaciones Finales a Chile de 2011: la adopción de “medidas positivas y refuerce las medidas ya adoptadas para combatir las actitudes discriminatorias y la estigmatización social, en particular mediante campañas de mejora de la concienciación dirigidas al público en general, así como a maestros, funcionarios de inmigración y profesionales de los medios de comunicación”<sup>9</sup>.

## **Restricciones a la libertad personal y debido proceso**

<sup>7</sup> CMW, “Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, 2013, párr. 67.

<sup>8</sup> Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art.2 del Pacto)”, 1990, párr. 9.

<sup>9</sup> CMW, “Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sobre Chile”, CMW/C/CHL/CO/1, 2011, párr. 19.

Este Comité consideró que “para asegurar el acceso efectivo a la justicia y a sus recursos por todos los trabajadores domésticos migratorios, estos deben poder acceder a los tribunales y otros mecanismos de justicia”<sup>10</sup>. Asimismo, sostuvo: “el derecho de una persona a exponer las razones por las cuales se opone a la expulsión y a someter su caso a revisión ante la autoridad competente (art. 22, párr. 4) incluye el derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión hasta que se proceda a la revisión del caso [...] De conformidad con el artículo 83 de la Convención, los Estados partes están obligados a proporcionar un recurso efectivo, incluido el derecho a que una autoridad competente examine los casos en que se hayan vulnerado los derechos y las libertades que confiere la Convención a los trabajadores migratorios y sus familiares. El Comité señala que deben darse a los trabajadores migratorios y a sus familiares tiempo y facilidades suficientes para interponer un recurso contra la expulsión y hacer efectivo su derecho a solicitar una revisión. Estas facilidades deben incluir el derecho a recibir asistencia jurídica y la asistencia de un intérprete, de ser necesario y de manera gratuita, si lo requieren las circunstancias del caso. Idealmente, la autoridad competente encargada de revisar la decisión de expulsión debería ser un tribunal”<sup>11</sup>.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha sostenido que “el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio”, puesto que “[e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”, y prosiguiendo el objetivo que “los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”<sup>12</sup>. Y sentenció que “la flagrante violación de las garantías mínimas de debido proceso puede acarrear la violación del principio de no devolución”<sup>13</sup>.

En adición a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aprobó en 2019 los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. El Principio 50 reconoce las garantías del debido proceso legal en procedimiento migratorios, entre las que incluye que se debe garantizar la asistencia de un traductor o intérprete sin costo (incluso en cualquier proceso relacionado con su situación migratorio).

Tomando en consideración los estándares internacionales, debe considerarse la posibilidad de incluir en el proyecto de ley de la garantía de asistencia de un traductor o intérprete que permita el intercambio de información con la persona a lo largo de todo su proceso, en caso de que la persona migrante no comprenda o no hable el idioma empleado –lo que es vital para ejercer su derecho a un procedimiento justo.

Al mismo tiempo, es importante analizar la conveniencia de incluir el establecimiento de una instancia para evaluar las potenciales consecuencias de la expulsión de una

<sup>10</sup> CMW, “Observación general N° 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios”, CMW/C/GC/1, 2010, párr. 50.

<sup>11</sup> CMW, “Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, 2013, párr. 53.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 351.

<sup>13</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 230.



persona que presenta necesidades de protección internacional en relación con sus derechos a la vida, integridad y libertad.

Sería importante analizar la posibilidad de que el PL regulara disposiciones para el acceso efectivo a la justicia en los procedimientos de expulsión, incluso para los niños no acompañados.

Ya en sus observaciones finales al Estado de Chile este Comité, con base en los artículos 18 y 22 de la Convención, había recomendado: “que el Estado parte adopte las medidas necesarias para que los trabajadores migratorios tengan oportunidad de interponer recursos de apelación contra las decisiones de expulsión, en particular la ampliación del plazo de presentación de recursos contra las decisiones de expulsión, y para que el marco jurídico que regula los procedimientos de expulsión/deportación se aplique adecuadamente”<sup>14</sup>. Lo anterior incluye decisiones o medidas de expulsión en zonas de frontera.

En relación con la detención por motivos migratorios, es deseable que el PL sea visto a la luz del principio de progresividad de derechos humanos, en aras de determinar si el plazo ahí establecido lo respeta, así como analizar la posibilidad de control judicial de la legalidad de la detención y el establecimiento de condiciones mínimas de detención.

En este sentido, este Comité sostuvo que “la detención administrativa de los migrantes que inicialmente es lícita y no arbitraria puede tornarse arbitraria si se prolonga una vez transcurrido el período que el Estado parte puede justificar debidamente. Para evitar que esto ocurra, debe establecerse por ley un plazo máximo de detención administrativa, al término del cual el detenido ha de ser puesto en libertad automáticamente, a menos que pueda justificarse la necesidad de retenerlo. En ningún caso la detención administrativa podrá ser de duración indefinida o excesiva”<sup>15</sup>.

### **Principio de no devolución y regularidad migratoria de sujetos especial de protección**

Este Comité ha sostenido que “el principio de no devolución, consagrado en el derecho internacional y regional de los derechos humanos y de los refugiados, prohíbe trasladar a personas por la fuerza, de cualquier forma, a países o territorios en los que dichas personas puedan ser víctimas de persecuciones o de abusos o violaciones graves de los derechos humanos. A juicio del Comité, este principio incluye el riesgo de sufrir torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como unas condiciones de detención inhumanas y degradantes en el caso de los migrantes o la ausencia del tratamiento médico necesario en el país de retorno, así como riesgos para el disfrute del derecho a la vida (artículos 9 y 10 de la Convención). También se aplica a situaciones en que las personas puedan ser reenviadas a terceros países. El Comité considera que debe protegerse a los migrantes y sus familiares en los casos en que la expulsión suponga una injerencia arbitraria en el derecho a la familia y a la vida privada. También puede protegerse de la expulsión a los migrantes y sus familiares en situación irregular que requieran protección internacional”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> CMW, “Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares sobre Chile”, CMW/C/CHL/CO/1, 2011, párr. 29.

<sup>15</sup> CMW, “Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, 2013, párr. 27.

<sup>16</sup> CMW, “Observación General N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2, 2013, párr. 50.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos estableció que “los Estados tienen la obligación de garantizar que ninguna persona sea devuelta a un lugar donde pudiera correr el riesgo de ser torturada u objeto de otras violaciones graves de los derechos humanos, como una desaparición forzada, formas graves de discriminación e injerencia arbitraria en el derecho a una familia y a la vida privada. El principio de no devolución y la prohibición de la expulsión arbitraria o colectiva son pilares fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos y se aplican a todos los migrantes, independientemente de donde se encuentren y sin importar su situación migratoria”<sup>17</sup>.

En relación con la figura de la “protección complementaria”, establecida en el inciso 1° del artículo 10 del PL, la Corte Interamericana la ha definido como “toda protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas”<sup>18</sup>. Para la Corte, el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria para personas extranjeras que no son solicitantes del estatuto del refugiado o refugiados en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado<sup>19</sup>.

Al respecto, la Corte ha explicado que “en el marco de la Convención Americana el principio de no devolución establecido en el artículo 22.8 asume una expresión singular, a pesar de que dicha disposición fuera incluida a continuación de la consagración del derecho individual a buscar y recibir asilo, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados”<sup>20</sup>. Por lo tanto, la prohibición de devolución establecida en el artículo 22.8 de la Convención “se podría definir como la protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas. La Corte considera que la protección complementaria es una manera en la cual el Estado reconoce la situación de la persona, identifica su riesgo y tiene conocimiento de sus necesidades”<sup>21</sup>. De acuerdo con los estándares interamericanos, este tipo de protección, además de permitir regularizar la permanencia

<sup>17</sup> CDH, “Informe sobre el compendio de principios, buenas prácticas y políticas sobre una migración segura, ordenada y regular de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, A/HRC/36/42, 2017, párr. 20.

<sup>18</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Op. cit., párr.238.

<sup>19</sup> Para más información sobre la figura de protección complementaria, véase, 3. Ficha técnica sobre el derecho a la no devolución y no expulsión: Convención Americana sobre Derechos Humanos Arts. 22.6, 22.8 y 22.9 y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura Art. 13. Disponible en: <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11218.pdf> ; y CIDH, Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica. 8 de septiembre de 2019, pp. 101 y 111-115. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MigracionForzada-Nicaragua-CostaRica.pdf>

<sup>20</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 217.

<sup>21</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 238

de estas personas<sup>22</sup>, debe asegurar el reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas<sup>23</sup>.

En tal sentido, este Comité solicitó en la “lista de cuestiones previa a la presentación del segundo informe periódico de Chile” información relacionada con “los procedimientos legales o administrativos en el Estado parte para resolver las solicitudes de protección internacional y determinar la condición de refugiado y de protección complementaria de manera justa, con sensibilidad al género y a la edad de los solicitantes y respetando los principios de no devolución y la prohibición de expulsión arbitraria y colectiva”<sup>24</sup>. Información que debía ser presentada ante este Comité en abril de 2020 y que ha sido aplazado debido a la pandemia del COVID-19.

A pesar de la inclusión de este instituto en el inciso 1° del artículo bajo análisis, este Comité observa que la formulación actual de esta figura debe ser vista en congruencia con el alcance que tiene la misma. Los incisos 2° a 5° recogen las causales de exclusión y cesación propias de la condición de refugio de acuerdo con el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En una revisión debe analizarse si con lo anterior se fortalece la protección que el derecho internacional de los derechos humanos prevé para las personas que forman parte de esta categoría. Por ejemplo, la Corte IDH ha establecido que “siendo una obligación derivada de la prohibición de tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional consuetudinario, es decir, de *ius cogens*”<sup>25</sup>.

En este sentido, el Comité contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes instó en sus Observaciones Finales a Chile en 2018 a que velara “por que en la práctica ninguna persona pueda ser expulsada, devuelta o extraditada a otro Estado cuando existan razones fundadas para creer que correría el riesgo personal y previsible de ser sometida a tortura”<sup>26</sup>.

A título de ejemplos, la propia Corte Interamericana cita algunos<sup>27</sup>, que el ACNUR también reconoce como buenas prácticas legislativas<sup>28</sup>, entre los que se encuentran: la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria de 2011 de México<sup>29</sup> y la Ley Migración y Extranjería de 2011 de Nicaragua<sup>30</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Movilidad humana. Estándares interamericanos”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 2015, párr. 133.

<sup>23</sup> Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 240.

<sup>24</sup> CMW, Lista de cuestiones previa a la presentación del segundo informe periódico de Chile, CMW/C/CHL/QPR/2, 2018, párr. 14.

<sup>25</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 225.

<sup>26</sup> CAT, “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile”, CAT/C/CHL/CO/6, 2018, párr. 43.b).

<sup>27</sup> Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 238 y nota al pie 471.

<sup>28</sup> ACNUR. Protección de Refugiados en América Latina: Buenas Prácticas Legislativas: 28. Buena práctica: Protección complementaria y visas humanitarias.

<sup>29</sup> Art. 2.IV.

<sup>30</sup> Art. 220.



Por último, sería conveniente analizar si debe preverse algún permiso de residencia o visa asociada a este instituto (como sí se prevé una para las mujeres embarazadas, víctimas de trata y tráfico de migrantes, o de violencia de género o intrafamiliar en el artículo 13). Asimismo, si el PL debe explicitar cuál es el estatuto de las personas beneficiarias/merecedoras de este estatuto. Y si Estos permisos/visas y la definición del correspondiente estatus legal de las personas deberían estar previstos en la ley para proporcionar seguridad jurídica a las personas que estén en condiciones de solicitarlos.

Este Comité reitera lo solicitado la nota conjunta del ACNUR, el ACDUDH y la OIM de 20 de mayo de 2020 dirigida a la Presidenta del Senado y el Presidente de la Cámara de Representantes en la que se resaltaba la importancia de que toda causal de expulsión debe estar expresamente señalada en la ley.

Muchas gracias.