



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

MIGRACIONES INTERNACIONALES

Y DERECHOS HUMANOS

Desafíos normativos que plantea para Chile esta nueva perspectiva

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

AUTORES:

MARÍA PILAR ITURRIETA CUEVAS

FRANCISCO JOSÉ TOYOS JOFRÉ

PROFESOR GUÍA: JOSÉ ZALAUQUETT DAHER

Santiago, Chile

2009

“Solo voy con mi pena  
Sola va mi condena  
Correr es mi destino  
Para burlar la ley  
Perdido en el corazón  
De la grande Babylon  
Me dicen el clandestino  
Por no llevar papel  
Pa' una ciudad del norte  
Yo me fui a trabajar  
Mi vida la dejé  
Entre Ceuta y Gibraltar  
Soy una raya en el mar  
Fantasma en la ciudad  
Mi vida va prohibida  
Dice la autoridad”

Clandestino, Manu Chao

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

.....	1
CAPITULO I: GLOBALIZACIÓN Y MIGRACIONES INTERNACIONALES	
.....	7
1. Migraciones en el contexto de la globalización	
.....	7
2. Causas de las migraciones internacionales	
.....	16
3. Consecuencias de las migraciones internacionales	
.....	26
3.1. Consecuencias de la migración en los países de origen (emigración)	
.....	26
3.1.1. Consecuencias positivas de la emigración	
.....	27
3.1.2. Consecuencias negativas de la emigración	
.....	36
3.2. Consecuencias de la migración en los países de destino (inmigración)	
.....	41
3.2.1. Consecuencias positivas de la inmigración	
.....	41
3.2.2. Consecuencias negativas de la inmigración	
.....	45

4.	La migración en Chile	65
4.1.	Evolución del fenómeno migratorio en Chile	65
4.2.	Características de la migración intrarregional	70
5.	Precisiones conceptuales	74

## CAPÍTULO II: DERECHOS DEL MIGRANTE

		94
1.	El Derecho Internacional de los Derechos Humanos	94
2.	Derechos humanos del migrante: fundamentos ético-filosóficos	103
3.	La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	135
3.1.	Estructura y principales disposiciones de la Convención Internacional sobre Trabajadores Migratorios	137
3.1.1.	Alcance y definiciones	137
3.1.2.	El principio de no discriminación	140

3.1.3. Derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares	142
3.1.3.1. Derechos civiles y políticos	144
3.1.3.2. Derechos económicos, sociales y culturales	195
3.1.3.3. Derecho a la información sobre las condiciones de migración	210
3.1.3.4. Derechos ante violaciones de los derechos o libertades reconocidos en la Convención Internacional sobre Trabajadores Migratorios	214
3.1.4. Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional	216
3.1.5. Disposiciones generales	218
3.2. El Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares	219

3.3.	Estado de ratificaciones de la Convención Internacional sobre Trabajadores Migratorios	222
4.	Jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos en materia migratoria	225
CAPÍTULO III: DERECHOS DEL MIGRANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO		
		307
1.	Fuentes normativas internacionales	309
1.1.	Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes	310
1.2.	Iniciativas multilaterales existentes en la región latinoamericana y que inciden en la regulación de las migraciones en Chile	312
1.3.	Iniciativas bilaterales que inciden en la regulación de las migraciones en Chile	317
	1.3.1. Convenios bilaterales de cooperación laboral	319
	1.3.2. Convenios de Seguridad Social	

.....	321
1.3.3. Convenios bilaterales referidos al tránsito de personas	
.....	325
1.3.4. La variable migratoria en los procesos de integración	
.....	327
2. Fuentes normativas nacionales	
.....	330
2.1. Constitución Política de la República de Chile	
.....	331
2.2. Legislación migratoria	
.....	343
2.2.1. Decreto Ley N° 1.094 (Ley de Extranjería) y Decreto Supremo N° 597 (Reglamento de Extranjería)	
.....	344
2.2.2. Decreto con Fuerza de Ley N° 69 (DFL N° 69) y Decreto N° 521 (Reglamento)	
.....	409
2.2.3. Fortalezas y falencias del marco normativo que regula las migraciones internacionales en Chile	
.....	413
3. Propuesta gubernamental: una política migratoria para Chile	
.....	468
CONCLUSIONES	
.....	478

**BIBLIOGRAFÍA**

.....483

**RESUMEN EJECUTIVO**



La globalización de las comunicaciones y las nuevas tecnologías, el incremento de las desigualdades sociales y económicas a nivel mundial, así como la creciente interdependencia entre los países y sus economías, generan condiciones que favorecen los movimientos migratorios. Al estar insertos en esta realidad global, los Estados no pueden mantenerse al margen de este proceso. Por ello, la presente investigación tiene por objeto estudiar los desafíos normativos que el fenómeno migratorio impone al Estado chileno, los que se derivan, principalmente, de la utilización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como nuevo enfoque para aproximarse al mismo y, en consonancia con ello, de la ratificación, y posterior entrada en vigencia, del más importante tratado internacional de derechos humanos aplicable a las personas migrantes: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. De esta manera, para determinar adecuadamente cuáles son estos desafíos abordaremos las premisas básicas que utiliza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para que los Estados protejan los derechos fundamentales de los migrantes, así como el contenido de dicha Convención, para luego, desde esa óptica, abordar las fortalezas y debilidades del marco normativo nacional que regula las materias de extranjería y migración en nuestro país.

## **INTRODUCCIÓN**

La migración internacional es un proceso de trascendencia histórica, que forma parte indisoluble de la evolución humana. Gracias a ella se ha desarrollado el comercio y la expansión económica mundial, han evolucionado los Estados y sociedades, y se han enriquecido muchas culturas y civilizaciones.

Así como en el pasado, actualmente, las corrientes migratorias juegan un rol fundamental en la configuración del mundo contemporáneo. Para nadie puede ser desconocido o indiferente el hecho de que, hoy en día, millones de personas deciden cruzar las fronteras de sus Estados de origen o de residencia habitual con el objeto de trasladarse y asentarse de manera permanente en el territorio de otro Estado.

Las razones que explican la constante movilidad de las personas son muchas y muy variadas, pero en todas ellas es posible encontrar un anhelo común, cual es, lograr mejores condiciones de vida y de subsistencia. De esta manera, ya sea que la migración responda a persecuciones políticas o de otra índole, a una miseria y pobreza extremas, a la búsqueda de una mejor educación, así como de mayores ingresos y oportunidades, a la reunificación familiar, e incluso a un espíritu de aventura y a un deseo de ampliar el horizonte social y cultural, siempre se espera lograr una vida mejor en lugares que, muchas veces, sólo se conocen de oídas.

Las consecuencias de las migraciones internacionales son también muy diversas según haya sido la causa que motivó el desplazamiento y el

tipo de inmigrante de que se trate. En este sentido, las condiciones que rodean la migración de profesionales, técnicos y, en general, de personas que, gracias a sus conocimientos y destrezas, representan un valioso aporte para el desarrollo de los Estados receptores, son muy distintas de aquellas condiciones que rodean a la migración no calificada. Esta situación provoca que, en ocasiones, dicha migración se concrete al margen de las normas legales y administrativas que los países contemplan para normar el ingreso de extranjeros a sus territorios. Surge así la migración irregular, que agrava la inherente condición de vulnerabilidad que caracteriza a todo migrante, al dejarlo desamparado ante situaciones de abusos, discriminación, violencia, enfermedades, cesantía y pobreza.

Sin perjuicio de lo anterior, la migración internacional también trae aparejadas múltiples consecuencias positivas, entre las que destacan, los aportes a la expansión de la economía y al intercambio cultural, que han contribuido a forjar las sociedades multiculturales propias del siglo XXI. Esta circunstancia ha desembocado, a su vez, en el llamado “reto del multiculturalismo” que busca conciliar los intereses de la mayoría con los intereses de minorías nacionales y étnicas que reclaman la reivindicación de sus derechos.

Ahora bien, ante el incremento y la, cada vez mayor, notoriedad de las migraciones internacionales, el Derecho ha reaccionado de múltiples formas. Así, en una primera etapa, los países abordaron la temática migratoria de manera unilateral, regulando en disposiciones del derecho interno todas las cuestiones relativas al ingreso, permanencia y egreso de

extranjeros de sus territorios. En cambio, hoy en día, dada la existencia de un mundo cada vez más globalizado, dicha regulación se complementa a través acuerdos bilaterales y multilaterales *ad hoc*, donde cada uno de los Estados involucrados se compromete a cooperar en la búsqueda de estrategias y soluciones comunes que permitan reforzar y mejorar la gobernanza de las migraciones internacionales.

También desde una perspectiva internacional, los derechos humanos han sido utilizados como una de las principales y más adecuadas herramientas para aproximarse al fenómeno migratorio. Ello, por cuanto centran el estudio del mismo en las personas involucradas que, como tales, son titulares de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, y cuyo reconocimiento, garantía y protección se hace más necesario cuando se decide emigrar del país de origen o de residencia habitual con el fin de asentarse permanentemente en el territorio de otro Estado que no es el propio.

Sin duda el principal fruto de la utilización de este enfoque ha sido la adopción, y posterior entrada en vigencia, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que considera a éstos como algo más que simple mano de obra o entes económicos: son seres sociales con familias, y por consiguiente tienen derechos, los cuales, a menudo, no se contemplan en las legislaciones nacionales de los Estados a los que emigran ni tampoco en sus países de origen.

El Estado chileno ha ratificado este instrumento internacional, cuestión que resulta muy positiva porque, conforme a los estudios de población efectuados en el país, a partir de mediados de la década de los noventa se ha registrado un sostenido – aunque no significativo – aumento de la inmigración proveniente, principalmente, de países de la región sudamericana. Por tanto, si el Estado desea utilizar los recursos humanos, sociales, culturales y económicos que se generan con la migración, debe diseñar políticas adecuadas y garantizar los derechos de los migrantes, así como apoyar su adecuado desarrollo e integración a la sociedad y cultura chilenas, promoviendo, a su vez, en nuestra población la aceptación y el respeto a la diversidad.

Sobre la base de tales consideraciones, esta investigación se divide en tres capítulos. El primero, titulado “*Globalización y Migraciones Internacionales*”, se refiere al contexto actual en el que éstas se desenvuelven, así como a las múltiples causas que las originan y a las consecuencias positivas y negativas que generan tanto para los Estados de origen, como para los Estados receptores. Se analizan también las principales etapas de la migración en Chile, así como las características que presentan los actuales flujos migratorios que se verifican en el territorio nacional, y que han recibido la denominación de “nueva migración intrarregional”. Se concluye el capítulo con una exposición y explicación de los principales términos utilizados en el derecho migratorio, cuestión que

permite clarificar, no sólo las múltiples aplicaciones de éstos, sino que también el objeto de estudio de la presente investigación.

El segundo capítulo, titulado “*Derechos del Migrante*”, expone uno de los mecanismos que se han utilizado para aproximarse al fenómeno migratorio: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que parte por asociar, como se explicará, los conceptos de “vulnerabilidad”, “derechos humanos” e “integración”. Junto con ello, se explican las críticas que el Multiculturalismo ha dirigido contra la política de dignidad igualitaria que subyace en la concepción tradicional de los derechos humanos, y cómo la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares supone, en cierto modo, un intento por salvar dichas críticas. El capítulo concluye con un completo análisis doctrinario y jurisprudencial acerca de las principales cuestiones prácticas que se suscitan en torno al ejercicio de ciertos derechos humanos que, en el caso de los migrantes, adquieren una relevancia especial, como sucede, por ejemplo, con el derecho a la libertad de circulación y de residencia, así como con la expulsión de los extranjeros.

Por último, el tercer capítulo, titulado “*Derechos del Migrante en el Ordenamiento Jurídico Chileno*”, versa sobre las fuentes internacionales y nacionales que regulan la migración en Chile, y en él se efectúa un análisis de las mismas en cuanto a su contenido y a las principales fortalezas y debilidades que presentan, a la luz de los estándares internacionales existentes sobre la materia. Se concluye el capítulo con la propuesta gubernamental de una política migratoria nacional, donde se hace referencia

a la estructura de la misma, así como a los principios que orientaron su elaboración.

## **CAPÍTULO I: GLOBALIZACIÓN Y MIGRACIONES INTERNACIONALES**

## **1. Migraciones en el contexto de la globalización**

La migración internacional es un proceso de trascendencia histórica, que forma parte indisoluble de la evolución humana. Todas las regiones del mundo muestran vestigios y marcas de corrientes migratorias, ya que desde tiempos inmemoriales hombres y mujeres se desplazaron en busca de mejorar sus condiciones de vida, buscando territorios en donde conseguir alimento o refugio para su seguridad.

“En el pasado, y respondiendo a transformaciones de los escenarios económicos, sociales y políticos, la migración internacional complementó la expansión del comercio y la economía, contribuyó a crear naciones y territorios, nutrió la urbanización, abrió nuevos espacios a la producción y aportó decisivamente al cambio social y cultural. En la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del XX, el mundo conoció una migración fundamentalmente compuesta por dos corrientes contrapuestas: la del libre traslado de europeos, que cumplió un papel clave en la convergencia económica de algunas regiones del Viejo y del Nuevo Mundo, y la que incluyó a trabajadores de diversos orígenes, principalmente asiáticos (*culis*), hacia regiones tropicales, cuyo desplazamiento, en muchos casos forzado, redundó en una ampliación de la desigualdad en el orden internacional.



Estas corrientes, promovidas por distintas fuerzas, merecieron la aceptación de los países de destino”<sup>1</sup>.

En la actualidad, las migraciones internacionales se desarrollan dentro de un contexto totalmente diverso, caracterizado, principalmente, por la concurrencia de dos elementos que permiten establecer claras distinciones entre las migraciones actuales y las ocurridas en siglos anteriores. “Por una parte, las migraciones de hoy se desarrollan dentro del sistema Estado-Nación. Los Estados han definido el territorio dentro del cual ejercen su soberanía y han distinguido a los miembros o ciudadanos que pertenecen a ese territorio y, por ende, a aquellos que no pertenecen. Asimismo, aunque de manera diferenciada y de acuerdo a las distintas experiencias en la conformación de los Estados, éstos han elaborado mecanismos que permiten una mayor o menor integración de los extranjeros que llegan a vivir al territorio nacional”<sup>2</sup>, verificándose que, “en los últimos años, la obtención de un estatus de ciudadano o un permiso de residente en los países desarrollados se ha vuelto un privilegio de pocos. El aumento en el rechazo de solicitudes de asilo, el establecimiento de cuotas de visas y el rechazo de solicitudes de residencia, han llevado a un incremento en el número de inmigrantes que ingresa a los países de manera ilegal. La consecuencia directa de esta situación es el surgimiento de innumerables

---

<sup>1</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). 2002. La migración internacional y la globalización [en línea] Brasilia, Brasil, Globalización y Desarrollo, Capítulo 8. <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/10026/globala-c8.pdf>> [consulta: 08 de octubre 2007] Pág. 250.

<sup>2</sup> STEFONI, Carolina. 2003. Inmigración peruana en Chile: una oportunidad a la integración. Santiago, Editorial Universitaria. Pág. 16.

mafias que trafican con los migrantes y lucran a expensas de ellos”<sup>3</sup>. Por otra parte, un “segundo elemento que permite diferenciar las migraciones actuales de las de épocas pasadas, es que estos movimientos obedecen hoy en día a las demandas y requerimientos de un mundo globalizado”<sup>4</sup>.

Existen al menos tres aspectos que obligan a estudiar las migraciones dentro de un contexto de creciente globalización. En primer lugar, la globalización de la economía ha planteado “cambios en la clásica división del trabajo, siendo posible distinguir entre productores de alta calificación, productores de grandes volúmenes, productores de materia prima y productores prescindibles. Esta nueva división genera una polarización de los niveles de desarrollo alcanzados por las economías mundiales, pues aquellas economías dedicadas a la producción de materia prima o que poseen un recurso laboral muy devaluado, generan niveles de desarrollo por debajo de los niveles alcanzados por aquellas economías altamente tecnificadas. Esta situación constituye un incentivo para los trabajadores de las regiones donde la mano de obra se encuentra devaluada, para emigrar a zonas donde ese mismo trabajo posee un valor más elevado”<sup>5</sup>. De esta manera, las migraciones masivas al inicio del siglo XXI responden cada vez más al gran desequilibrio existente entre un mundo “desarrollado” y un mundo llamado “en desarrollo”, llegando a ser vistas como una amenaza por parte de los países receptores, como desesperada alternativa de

---

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid. Pág. 17.

<sup>5</sup> Ibid. Págs. 32-33.

sobrevivencia para los migrantes, y como una consecuencia inevitable de su pobreza para los países expulsos.

La respuesta política frente a esta nueva situación se ha traducido en la “restricción a las migraciones, a partir del presupuesto de que la menor cantidad de extranjeros permite mayores oportunidades a los nacionales en el mercado de trabajo, y menores cargas sociales al conjunto de la población”<sup>6</sup>, estableciéndose así una primera gran contradicción, tanto a nivel conceptual como de aplicación práctica.

“Desde el punto de vista conceptual, el principio de la economía de mercado supone el libre movimiento de los factores que intervienen en el proceso productivo, es decir, capital, productos y trabajo. A la inversa, las políticas migratorias restrictivas intentan una fijación del factor trabajo, frente a la creciente movilidad de los demás. Desde la perspectiva de su aplicación práctica, poco a poco se van conformando espacios de libre movilidad de las personas (como el de la Unión Europea), pero con una creciente prohibición de ingreso a ese espacio a aquellos que no pertenecen al mismo”<sup>7</sup>.

Sin embargo, a pesar de que en este contexto de internacionalización económica la movilidad de las personas se enfrenta a fuertes barreras que la contienen, puede apreciarse, a nivel global, un aumento sostenido de los

---

<sup>6</sup> MÁRMORA, Lelio. 2002. Las políticas de migraciones internacionales. Buenos Aires, Editorial Paidós. Pág. 37.

<sup>7</sup> Ibid. Pág. 38.

movimientos migratorios. En el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo, de mayo de 2006, se señala que en el año 2005 había 191 millones de migrantes en el mundo: 115 millones en países desarrollados y 75 millones en países en desarrollo. Estas cifras reflejan el número de personas nacidas en el extranjero, es decir, personas que viven fuera de su país de nacimiento, pero no tienen en cuenta a todas las personas que han emigrado alguna vez. Se agrega que, entre 1990 y 2005, la población mundial de migrantes aumentó en 36 millones, de 155 a 191 millones, incluidos los refugiados. El ritmo de crecimiento de dicha población se ha ido acelerando, aumentando del 1,4% registrado durante el período 1990 – 1995, al 1,9% correspondiente al período 2000 – 2004. En los países desarrollados, el número de migrantes aumentó en 33 millones entre 1990 y 2005, mientras que en los países en desarrollo el aumento fue sólo de 3 millones. Por lo tanto, en 2005, el 61% de los migrantes internacionales vivía en países desarrollados. El 34% vivía en Europa, el 23% en América del Norte, y el 28% en Asia. África sólo tenía el 9%, y América Latina y el Caribe, el 4%<sup>8</sup>.

De lo anterior, se concluye que “las medidas restrictivas que muchos gobiernos aplican en materia migratoria, si bien se condicen con la prerrogativa que les asiste en cuanto a custodiar el ingreso y la permanencia de extranjeros en sus territorios, no se adecuan a la naturaleza internacional del fenómeno, ni menos a los factores que lo estimulan. Por lo demás, estas

---

<sup>8</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2006. Informe sobre migración internacional y desarrollo [en línea] < <http://www.un.org/spanish/News/migration/> > [consulta: 16 de septiembre 2007]. Pág. 31.

normas restrictivas no son coherentes con lo que la mayoría de los gobiernos propicia en el campo del comercio internacional. Los Estados han acordado suprimir muchas barreras que se interponían al movimiento de capitales y a los flujos de bienes y servicios”<sup>9</sup>, pero no contaron con que, precisamente, esta liberalización económica traería aparejado, necesaria e indisolublemente, el movimiento de seres humanos, como expresión real del legítimo ejercicio de su derecho a emigrar, con el objeto de obtener aquello que en sus países apenas se les ofrece, pues nadie tiene la obligación de permanecer en un territorio, aunque sea el de su Nación, si en éste no existe pleno goce, no sólo de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales.

En segundo lugar, la globalización de las comunicaciones y de las tecnologías ha incrementado las posibilidades reales de emigrar, al facilitar el conocimiento de las realidades existentes en otras partes del mundo, y al abaratar los costos de movilización y traslado. El migrante que, a principios del siglo XX, se trasladaba a sociedades o territorios total o parcialmente desconocido, está muy lejos de quien tiene hoy, todos los días, acceso a las redes de comunicación global que proveen a las personas la información necesaria para trasladarse de un lugar a otro, y acceso a las redes mundiales de transportes que permiten recorrer el planeta mucho más rápido y a menor costo. Pero, por otra parte, esta globalización ha hecho más visibles también las desigualdades que genera el sistema económico imperante. Los medios

---

<sup>9</sup> VILLA, Miguel y MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge. 2004. Migración Internacional en América Latina y el Caribe: una revisión de patrones y tendencias. En: CONFERENCIA INTERNACIONAL La migración, un derecho humano: experiencias en América del Sur. 29 y 30 de julio de 2004. Santiago, Partidos Políticos chilenos que integran la Internacional Socialista y Fundación Friedrich Ebert. Pág. 50.

de comunicación, el cine, la televisión e internet transitan por el mundo cargados de imágenes que hablan sobre países donde la pobreza pareciera dejar de ser la realidad cotidiana y donde se ofrecen todas aquellas oportunidades que resultan tan esquivas en otros lugares.

En tercer lugar, “las migraciones no sólo son consecuencia del proceso globalizador, sino que, a su vez, son parte del motor del desarrollo de la globalización. Las migraciones constituyen un canal a través del cual los actores acercan los mundos de origen con los de llegada. Las comunidades de inmigrantes en los países receptores intentan recrear el mundo que quedó atrás, su cultura y tradiciones, enseñando a las sociedades la diversidad cultural y social que existe. Pero los inmigrantes también llevan la cultura y las tradiciones de las sociedades en que viven a sus lugares de origen. Los continuos viajes de los inmigrantes, las historias que cuentan al regresar junto a sus familias, los contactos telefónicos, las cartas y los viajes de familiares y amigos que los visitan en distintos lugares, también acercan, a través de la experiencia real y virtual, mundos distantes y lejanos”<sup>10</sup>.

Las circunstancias reseñadas, que forman parte del contexto actual en que se desenvuelven las migraciones internacionales, han significado que éstas ocupen un lugar destacado en la agenda internacional de la mayoría de los países del mundo, cuestión que también se explica porque, actualmente, existe una importante vinculación entre los movimientos migratorios y una

---

<sup>10</sup> STEFONI, Carolina. Op. cit. Pág. 18.

serie de otras preocupaciones mundiales, como el desarrollo, los derechos humanos y la seguridad mundial. En este sentido, en los últimos años, actores relevantes de la comunidad internacional han aceptado que la migración internacional puede ser un instrumento ideal para promover el desarrollo conjunto, esto es, la mejora coordinada o concertada de las condiciones económicas de los lugares de origen y de destino, siempre que se protejan los derechos fundamentales de los migrantes y se garantice su efectiva integración en el país de acogida. Sin embargo, por otra parte, también ha persistido la idea de que existe un vínculo negativo entre las migraciones y la seguridad mundial. Los actos de violencia perpetrados por migrantes y miembros de grupos minoritarios han generado, en ciertas sociedades, la opinión de que existiría una estrecha relación entre migraciones internacionales y terrorismo internacional. Las migraciones irregulares son, generalmente, consideradas por los políticos y la opinión pública como una amenaza para la soberanía y la seguridad del Estado. En diversos países de destino, las sociedades anfitrionas temen cada vez más la presencia de comunidades migrantes, en particular aquellas con culturas desconocidas y procedentes de regiones del mundo asociadas con el extremismo y la violencia. “Es precisamente en este escenario donde el inmigrante se constituye como alguien ajeno y es transformado en un chivo expiatorio a quien se le culpa del desempleo y de la inseguridad social, lo que motiva actitudes xenófobas y discriminatorias por parte de la sociedad receptora. Estas actitudes, cuyos fundamentos poco tienen que ver con la realidad, no sólo impiden y dificultan el reconocimiento de las ventajas económicas, sociales y culturales que revisten las migraciones, sino que les

otorgan un sentido de “problema”, vinculado en la mayoría de los casos a un asunto de seguridad interior (no es coincidencia que en diversos países los departamentos de inmigración dependan del Ministerio del Interior)”<sup>11</sup>.

En el escenario actual, la connotación de “problema” que suele darse a las migraciones internacionales obedece no sólo a lo que ellas representan cuantitativamente o a sus efectos directos, sino que, además, a que ellas constituyen una prueba de la persistencia de la miseria en el seno de la riqueza, de la subsistencia del autoritarismo en un mundo que quiere ser democrático y de serios brotes de prejuicios en sociedades pretendidamente multiculturales.

¿Cómo conciliar el proceso de globalización con la restricción cada vez mayor al libre movimiento de las personas? ¿Cómo mantener un orden económico mundial caracterizado por las grandes diferencias cuando éstas son las que, precisamente, provocan un desorden poblacional no deseado? ¿Cómo defender el derecho a una soberanía restrictiva cuando ésta se enfrenta con el respeto por los derechos humanos? Al poner en juego principios básicos de la convivencia humana, puede entenderse por qué políticos, gobiernos y la sociedad civil han comenzado a expresar una creciente preocupación por el fenómeno migratorio.

---

<sup>11</sup> STEFONI, Carolina. Op. cit. Pág. 24.



## 2. Causas de las migraciones internacionales

Los factores que generan y promueven la emigración y que atraen la inmigración son múltiples y complejos. “Principalmente, se derivan de grandes desigualdades económicas, demográficas y sociales y, en especial, de la inestabilidad política, los conflictos armados, la falta de respeto a los derechos humanos y la degradación climática y medioambiental. El resultado que se produce al concurrir cualquiera de estos factores es, fundamentalmente, la carencia de una perspectiva de desarrollo, por lo que la migración se considera, demasiado a menudo, como la única alternativa”<sup>12</sup>.

La Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales (CMMI) habla de las “3D” para referirse a las principales fuerzas que provocan la migración en el mundo, y que no son otras que las diferencias de desarrollo, demográficas y democráticas, las cuales configuran los factores de expulsión (guerras, persecución política, desertización y hambrunas) y los de atracción (centros desarrollados, mayores oportunidades y mejor calidad de vida), que son los que, en definitiva, incitan a las personas a emigrar de sus países de origen<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> FORO MUNDIAL SOBRE MIGRACIÓN Y DESARROLLO. 2007. Informe Primera Reunión [en línea] Bruselas. <[http://gfmd-fmmd.org/fr/system/files/Rapport+GFMD\\_ES\\_0.pdf](http://gfmd-fmmd.org/fr/system/files/Rapport+GFMD_ES_0.pdf)> [consulta: 22 de enero 2008]. Pág. 15.

<sup>13</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). 2005. Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar [en línea] <<http://www.gcim.org/mm/File/Spanish.pdf>> [consulta: 16 de septiembre 2007]. Pág. 12.

a) **Las disparidades de desarrollo.** Esta causa es la que mayor presión migratoria produce, y tiene la agravante de que en el mundo la pobreza se ha ido incrementando. “Según el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD), la proporción de la población mundial que vive en condiciones de pobreza ha disminuido más rápidamente en los últimos 50 años que en los 500 años anteriores. No obstante, la brecha entre el nivel de vida de las partes más ricas y más pobres del mundo sigue ampliándose. En 1975, el producto interno bruto (PIB) per cápita de los países con altos ingresos era 41 veces superior al de los países con bajos ingresos y ocho veces superior al de los países con ingresos medios”<sup>14</sup>. En el año 2005, el PIB per cápita de los países con altos ingresos era 66 veces superior al de los países con bajos ingresos y 14 veces superior al de los países con ingresos medios<sup>15</sup>.

“Estas estadísticas ayudan a explicar por qué tantas personas procedentes de países con ingresos bajos y medios desean migrar hacia los Estados más prósperos y por qué los países con altos ingresos, donde se encuentra menos del 20% de la mano de obra mundial, hoy reciben a más del 60% de los migrantes del mundo. Las personas que se trasladan de economías con bajos ingresos hacia economías con ingresos más elevados pueden obtener un ingreso hasta 20 ó 30 veces superior al que ganarían en su país. Si bien el costo de la vida suele ser mucho más alto en los países de destino, la mayoría de los migrantes puede ganar lo suficiente para

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

mantenerse y para enviar dinero a los miembros de su hogar y de su comunidad”<sup>16</sup>.

Las disparidades en el desarrollo se producen por la concurrencia de diversos factores: precariedad del empleo, naturaleza regresiva en la distribución del ingreso, persistencia de elevados índices de cesantía y de pobreza y profundización de las tensiones sociales. Todas estas nefastas realidades, que aún persisten en el siglo XXI, y que continúan agudizándose, dan lugar a un cuadro generalizado de vulnerabilidad, inseguridad e indefensión, frente al cual la emigración surge como alternativa para enfrentar las difíciles condiciones de vida y para manifestar la disconformidad con los desiguales niveles de desarrollo en las diversas regiones del mundo.

**b) Las guerras entre países y las guerras o conflictos internos.** Los conflictos armados traen aparejadas nefastas consecuencias de muertes, violaciones a los derechos humanos e inestabilidades sociales, las cuales hacen surgir la necesidad urgente de quienes habitan los territorios en conflicto de buscar protección en otros países para salvaguardar su seguridad e integridad.

Según el Informe “Refugiados en el Mundo”, elaborado por el Comité Estadounidense para los Refugiados y los Inmigrantes (USCRI, por sus siglas en inglés), a finales de 2006 había unos 14 millones de

---

<sup>16</sup> Ibid. Págs. 12 y 13.

refugiados, con un aumento de dos millones sobre el total del año 2005, lo que marcó la cifra más alta desde 2001. Finalizando el año 2006, los afganos eran la mayor población de refugiados, con un total aproximado de 3,4 millones. Se encontraban además en esa condición unos 3 millones de palestinos, 1,7 millones de iraquíes, 693 mil birmanos y 453 mil colombianos<sup>17</sup>.

**c) Las transformaciones de los ecosistemas y los desastres naturales.**

“Se calcula que en la actualidad son 25 millones de personas las que han debido desplazarse por causas de deterioro del medio ambiente. La mayoría vive en el cuerno de África y otras partes del África subsahariana, el subcontinente sudasiático, México y China”<sup>18</sup>.

“De acuerdo a la clasificación de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Grupo de Políticas para Refugiados (GPR), las migraciones pueden ser producidas a partir de cualquiera de las diferentes causas más importantes de las rupturas del medio ambiente: las rupturas elementales, las rupturas biológicas, las rupturas de lento proceso, las rupturas accidentales y las rupturas causadas por el desarrollo”<sup>19</sup>.

Las rupturas elementales incluyen ciclones, terremotos y otros desastres naturales, donde mucha gente pierde viviendas y recursos

---

<sup>17</sup> ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). 2008. Existen 14 millones de desplazados en el mundo, indica estudio estadounidense [en línea] <[http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=6616](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=6616)> [consulta: 15 de marzo 2008].

<sup>18</sup> MÁRMORA, Lelio. Op. cit. Pág. 171.

<sup>19</sup> Ibid.

económicos que los obligan a buscar nuevos lugares de asentamiento. Las rupturas biológicas son causadas por plagas, pestes, insectos y otros, pero han disminuido como causa de las migraciones a raíz del uso de modernos pesticidas o insecticidas. Las rupturas de lento proceso son aquellas que, durante un período prolongado, van determinando causas de expulsión migratoria, pudiendo señalarse, en este caso, los procesos de deforestación, erosión, salinidad o desertización. Las rupturas accidentales son frecuentemente producidas por productos industriales, en su manufactura, transporte y aplicación. La evacuación de trece mil quinientas personas, a causa del material radioactivo liberado por el desastre de Chernobyl, en la ex Unión Soviética, es el caso típico de esta clase de rupturas. Por último, las rupturas causadas por el desarrollo se presentan frecuentemente como causa de las migraciones. Se calcula que sólo en la India más de veinte millones de personas fueron desplazadas por proyectos oficiales de minas, reservas forestales o irrigación<sup>20</sup>.

d) **La oferta y la demanda de mano de obra migrante.** En muchos países en desarrollo, las reformas orientadas hacia el mercado han incrementado la competitividad de la economía nacional pero no han creado suficientes puestos de trabajo para absorber el creciente número de personas en el mercado laboral, en particular aquellas sin educación ni formación, lo que ha significado que muchos jóvenes se encuentren frente a una perspectiva de desempleo o subempleo a largo plazo. Esta situación permite suponer

---

<sup>20</sup> Ibid. Págs. 172 y 173.

que una cantidad creciente de estas personas migrará, primero de las zonas rurales a las zonas urbanas, y luego a otros países<sup>21</sup>.

Por su parte, la demanda de mano de obra migrante es alta. En muchos países industrializados, la intensificación de la competitividad en la economía mundial ejerce una nueva presión sobre los empleadores de los sectores privado y público para reducir al mínimo los costos e incrementar el uso de mano de obra barata y flexible, principalmente, en aquellos trabajos que los nativos se niegan a desempeñar, y que han sido calificados como los trabajos “sucios, exigentes y peligrosos” (conocidos en inglés como *3D-jobs: dirty, demanding, dangerous*), entre los que se cuentan los del sector de la construcción y de los servicios domésticos.

Dadas estas condiciones, muchos trabajadores se ven forzados a dejar sus países y atraídos hacia países que los necesitan. “Debido a la combinación de los factores de empuje y de atracción, se estima probable que la migración continúe, a pesar de las restricciones impuestas a la movilidad humana”<sup>22</sup>, en especial, a la movilidad de los migrantes pobres y carentes de destrezas, lo que ha significado que muchos de éstos caigan en la irregularidad migratoria.

---

<sup>21</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). Op. cit. Pág. 13.

<sup>22</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). 2003. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes [en línea] <[http://www.unesco.org/most/migration/convention/press\\_kit\\_esp.pdf](http://www.unesco.org/most/migration/convention/press_kit_esp.pdf)> [consulta: 16 de septiembre 2007]. Pág. 6.

Cabe agregar que, según lo señalado por la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, “el aumento de las migraciones de países pobres hacia países ricos no se limita ni se limitará a los trabajadores con bajos ingresos. Los países industrializados experimentan una escasez de personal en los sectores de la economía de alto valor y basados en conocimientos, tales como la salud, la educación y las tecnologías de la información. Debido a la imposibilidad de contratar, formar y retener al personal necesario en el país, un número creciente de gobiernos y empleadores recurren al mercado de trabajo mundial para satisfacer sus necesidades de recursos humanos”<sup>23</sup>. Sin embargo, los trabajadores calificados (profesionales, científicos y empresarios extranjeros) no se enfrentan a fuertes restricciones migratorias, estando, con ello, en una mejor posición para participar en los desplazamientos humanos contemporáneos.

e) **La posibilidad de alcanzar una educación de mayor calidad.** “La expansión del comercio y la inversión en la economía mundial desde el decenio de 1980 ha estado acompañada de un aumento del comercio internacional de servicios de enseñanza, en particular de enseñanza superior. Parte de esta tendencia, es el número cada vez mayor de estudiantes que emigran para adquirir una educación terciaria en el extranjero. También hay una “movilidad” creciente de los prestadores de servicios que, a menudo con ayuda o aliento de los gobiernos, han ampliado

---

<sup>23</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). Loc. cit.

sus alianzas con instituciones educativas extranjeras o incluso han establecido sucursales de sus instituciones en el exterior”<sup>24</sup>.

Estos cambios se han producido porque los gobiernos, las universidades y las empresas reconocen que hay una escasez mundial de trabajadores altamente calificados y, por lo tanto, adoptan medidas para que su número aumente. Entre estas medidas se cuenta la de permitir la entrada de extranjeros para realizar estudios o capacitarse en instituciones de enseñanza acreditadas. Así, “desde hace mucho tiempo, Alemania, Francia, Estados Unidos y el Reino Unido, atraen a numerosos jóvenes en busca de educación superior y, desde 1990, los destinos de los estudiantes extranjeros se han diversificado, comprendiendo a países como Australia, China y Japón”<sup>25</sup>.

f) **Ambientes de trabajo más estimulantes y mayores expectativas remunerativas.** Los países con altos niveles de desarrollo cuentan con mejores recursos tecnológicos, mejores laboratorios y mejores recursos financieros, lo que motiva a profesionales, académicos e investigadores a abandonar sus países de origen para insertarse en otros países o empresas extranjeras que los contratan, provocando el fenómeno conocido como pérdida de capital humano o fuga de cerebros.

---

<sup>24</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 61.

<sup>25</sup> Ibid. Págs. 42 y 43.



La desigual distribución de la riqueza originada tanto en el plano interno de los países como a nivel internacional, explica que se generen en los individuos mayores expectativas remunerativas, al percatarse de la enorme brecha económica, social, política y cultural que existe entre los países, e incluso, entre las diversas regiones de un mismo país. “Así como la migración interna (principalmente campo – ciudad) se produce por la búsqueda de mejores expectativas de vida en áreas geográficas donde existe la imagen de mayor prosperidad, la migración internacional (con características mayoritariamente económico – laborales) responde a los mismos patrones”<sup>26</sup>.

g) **Las diferencias demográficas.** Muchos de los Estados más prósperos del mundo registran, en la actualidad, poblaciones que decrecen y envejecen, situación que pone en jaque su capacidad para sostener el nivel actual de desarrollo económico y para mantener sus regímenes de pensiones y de seguridad social existentes. “Por el contrario, casi todo el crecimiento de la población mundial se produce en los países en desarrollo. Según la División de Población de las Naciones Unidas, la estimación de las tasas de fertilidad para el período de 2000 a 2005 es de apenas 1.4 en Europa y de 2.5 en América Latina y el Caribe, mientras que asciende a 3.8 en los Estados árabes y a 5.4 en África subsahariana”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> TORREALBA, Nicolás. 2004. Políticas Migratorias. En: CONFERENCIA INTERNACIONAL La migración, un derecho humano: experiencias en América del Sur. 29 y 30 de julio de 2004. Santiago, Partidos Políticos chilenos que integran la Internacional Socialista y Fundación Friedrich Ebert. Pág. 111.

<sup>27</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). Op. cit. Pág. 14.

“Las estadísticas del Banco Mundial indican que la mano de obra mundial ascenderá de 3.000 millones a 3.400 millones de 2001 a 2010. Esto corresponde a un aumento medio de 40 millones por año, de los cuales, aproximadamente, 38 millones procederán de países en desarrollo y, solamente 2 millones, de países con altos ingresos. Proyectando las tendencias actuales, al final de la década, alrededor de un 86% de la mano de obra mundial provendrá de países en desarrollo. Si los países industrializados precisan trabajadores para compensar la disminución de sus poblaciones, cuidar al número creciente de ancianos y sostener sus sistemas de pensiones, no les resultará difícil colmar esas brechas contratando a mano de obra migrante”<sup>28</sup>.

**h) Las disparidades en la democracia y en la gobernanza.** “Si bien las variables de desarrollo y demografía probablemente sean elementos determinantes de la oferta y la demanda futuras de trabajadores migrantes, también deben considerarse las disparidades en lo referente a la democracia, la gobernanza, los derechos humanos y la seguridad humana. Varios de los países con desempleo, bajos ingresos y un alto índice de crecimiento demográfico, también se caracterizan por un proceso democrático débil, un Estado de Derecho frágil y una administración pública ineficaz”<sup>29</sup>.

“Al migrar, las personas que viven circunstancias económicas y políticas precarias pueden protegerse a sí mismas y a sus familias de la

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

volatilidad del mercado, de las crisis políticas, de los conflictos armados y de otros riesgos. En los peores casos, frente a tales desastres, las personas se ven obligadas a buscar asilo en otro Estado. Este tipo de migración resulta en gran parte de una necesidad y no constituye una verdadera opción”<sup>30</sup>.

### **3. Consecuencias de las migraciones internacionales**

“La migración está íntimamente ligada al desarrollo, ya que este último determina la migración y ésta, a su vez, influye sobre el desarrollo en formas que a veces no se reconocen debidamente. Se sabe mucho menos sobre los efectos de la migración internacional en el mundo, que sobre sus consecuencias en los países de destino, aspecto en el cual se han centrado la mayoría de las investigaciones”<sup>31</sup>. Por esta razón, a continuación se examinarán las consecuencias de las migraciones internacionales, tanto en los países de origen como en los países de destino, distinguiéndose, además, entre los efectos que resultan positivos y aquellos que resultan negativos para dichos países.

#### **3.1. Consecuencias de la migración en los países de origen (emigración)**

Tal como se verá más adelante, “la migración puede tener varias consecuencias positivas para los países de origen. Puede disminuir las presiones del mercado laboral en los países con excedente de mano de obra;

---

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 47.

a través de las remesas, puede aumentar el bienestar de las familias de los migrantes; las remesas pueden tener un efecto multiplicador que promueva el aumento de los ingresos y ayude a reducir la pobreza en los niveles comunitario y nacional y, a través de la mediación financiera, pueden facilitar inversiones productivas”<sup>32</sup>.

“Sin embargo, los países de origen enfrentan un dilema: a fin de generar remesas, deben renunciar a la mano de obra y las aptitudes que necesitarían para ser productivos. Este es, quizás, el principal problema que se presenta para hacer de la migración internacional un factor de promoción del desarrollo económico en estos países”<sup>33</sup>.

### 3.1.1. Consecuencias positivas de la emigración

a) **Reducción de las desigualdades económicas regionales y globales.** Las migraciones internacionales facilitan la reducción de las desigualdades económicas y, por ende, la reducción de la pobreza, en la medida en que las personas se trasladan de países de bajos ingresos per cápita a otros con mayores ingresos.

Sin embargo, este relevante beneficio de la emigración es muy discutible cuando los países y comunidades de origen no mantienen una vinculación fuerte y estable con sus emigrados, pues, quizás para éstos se

---

<sup>32</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 55.

<sup>33</sup> Ibid.

reducirán las brechas y desigualdades económicas, al insertarse en un país con mayores posibilidades de acceso al capital y a diversos bienes y servicios, pero, en los países de origen, la precariedad y la desigualdad podrían aumentar, dado que con la emigración éstos pierden un importante capital humano o fuerza de trabajo.

Por ello, y para que la emigración suponga efectivamente una reducción de la desigualdad a nivel regional y global, los Estados deben reconocer el potencial económico, social y cultural que los emigrantes constituyen para sus países de origen. “El fortalecimiento de lazos estables con los connacionales y sus comunidades en el exterior acrecienta los beneficios directos de la emigración”<sup>34</sup>. En este sentido, el *Informe sobre Globalización y Desarrollo* de la CEPAL, menciona que, para lograr dicho fortalecimiento, los Estados emisores pueden adoptar diversas iniciativas<sup>35</sup>:

- Facilitar el envío de remesas y estimular su utilización comunitaria y productiva, respetando el derecho de las personas y de las familias a utilizar estos recursos para sus propios fines.
- Posibilitar el legítimo ejercicio del derecho de los emigrantes a participar en los procesos políticos de sus países de origen.

El carácter exclusivamente nacional de los derechos políticos está seriamente cuestionado por la intensa movilidad contemporánea de las personas, lo que apunta a que los sistemas democráticos deberían

---

<sup>34</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE (CEPAL). Op. cit. Pág. 270.

<sup>35</sup> Ibid. Págs. 270 y 271.

garantizar la participación electoral de todos quienes cumplan con los requisitos pertinentes, sin que sea obligatoria su presencia en el país de origen.

- Aprovechar las contribuciones que puedan brindar a sus países de origen los científicos, profesionales y técnicos emigrados.

Todo indica que la demanda de recursos humanos de alto grado de calificación seguirá vigente en los países desarrollados, por lo que – descartando el uso de medidas coercitivas – su retención en los países de origen no será tarea fácil. Ante esta situación, una alternativa es desarrollar y fortalecer lazos académicos, propiciando la comunicación electrónica y las visitas temporales, fomentando y apoyando decididamente la formación de redes de investigadores y la conformación de programas de investigación compartidos; estas medidas deberán sumarse a la efectiva incorporación de los técnicos y científicos emigrados a proyectos nacionales de ciencia y tecnología.

- Utilizar los contactos con las comunidades en el exterior para promocionar productos típicos (alimentos, artesanías), contribuyendo a constituir mercados potenciales para su comercialización.

b) **Las remesas.** Éstas pueden definirse como las sumas de dinero ganadas o adquiridas por los no nacionales y transferidas a sus países de origen<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). 2006. Glosario sobre Migración N° 7 [en línea]  
<[http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published\\_docs/serial\\_publications/greenbook7\\_spa.pdf](http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/serial_publications/greenbook7_spa.pdf)> [consulta: 22 de enero 2008]. Pág.62.

“Las remesas son el beneficio más inmediato y palpable de la migración internacional. El Banco Mundial calcula que, a nivel global, las remesas enviadas ascendieron a más del doble en el último decenio, de 102.000 millones de dólares en 1995, a aproximadamente 232.000 millones de dólares en 2005. La proporción de las remesas mundiales enviadas a los países en desarrollo también aumentó, del 57% en 1995 (58.000 millones de dólares), al 72% en 2005 (167.000 millones de dólares)”<sup>37</sup>.

De acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que contabilizaría sólo alrededor del 50% de estos movimientos, en Hispanoamérica las remesas ascendieron a 62 mil millones de dólares el año 2006, y se proyecta que alcanzarán los 100 mil millones de dólares para 2010. Los principales países europeos en donde se originan las remesas son España, Reino Unido, Alemania, Francia y Suiza. En tanto, en Latinoamérica, los principales receptores son México, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Guatemala y Honduras. En el caso de Perú, el organismo estimó que las remesas del exterior superaron, en el año 2007, los 2 mil 495 millones de dólares, cifra que representa el 3,5% de su Producto Interno Bruto (PIB). El 49% de las personas que envían remesas a Perú viven en Estados Unidos, el 26% en Europa y el 18% en países latinoamericanos<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 57.

<sup>38</sup> Remesas a Latinoamérica alcanzarán a US\$100 mil millones el año 2010. [en línea] La Nación.cl, 24 de octubre, 2007.  
<[http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071023/pags/20071023220838.htm](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071023/pags/20071023220838.htm)> [consulta: 24 de octubre 2007].

“A nivel de hogares, las remesas frecuentemente tienen un efecto de desarrollo positivo, ya que ayudan a mejorar la educación de los niños, contribuyen a una mejor salud, vivienda y bienestar familiar, y por lo tanto, promueven el desarrollo del capital humano futuro. Además, frecuentemente alivian las dificultades de la pobreza al contribuir al presupuesto familiar y al consumo básico”<sup>39</sup>. Por su parte, las remesas colectivas, es decir, aquellas generadas por asociaciones de migrantes, permiten ampliar el potencial de las remesas familiares, puesto que contribuyen también al desarrollo de los pueblos y comunidades locales, al promover la microempresa y el financiamiento de obras de infraestructura social y comunitaria, como la habilitación de instalaciones sanitarias, educativas, deportivas y religiosas, la dotación de servicios básicos y la construcción de caminos.

Ahora bien, como ya se ha señalado, con respecto a las remesas los países de origen se ven enfrentados a un dilema pues, para generar estas sumas de dinero, deben renunciar a la mano de obra y a las aptitudes que necesitan para ser productivos. Por ello, para que este sacrificio sea provechoso, estos países deben incrementar la incidencia de las remesas en el desarrollo y, a fin de alcanzar este objetivo, la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales ha sugerido respetar los siguientes principios<sup>40</sup>:

---

<sup>39</sup> GHOSH, Bimal. 2006. Las remesas de migrantes y el desarrollo: mitos, retórica y realidades [en línea] <[http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published\\_docs/books/ghosh\\_spa](http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/books/ghosh_spa)> [consulta: 16 de septiembre 2007]. Pág. 123.

<sup>40</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). Op. cit. Págs. 27 – 30.



- Primero: reconocer que las remesas son un recurso privado que pertenece a los migrantes y a sus familias. Por lo tanto, el Estado no debe apropiárselas ni imponerles normativas oficiales indebidas.
- Segundo: reducir el costo de las transferencias, el que, en algunos casos, alcanza hasta el 25% del monto remitido.
- Tercero: combinar las iniciativas con una mayor transparencia en el sector de los servicios financieros, para que los migrantes puedan comparar fácilmente las tarifas de envío de dinero que fijan los diversos proveedores de servicios.
- Cuarto: establecer programas de formación financiera para ayudar a los migrantes a comprender mejor y a acceder a los sistemas bancarios oficiales de los países de destino.
- Quinto: reconocer que la incidencia en el desarrollo de las remesas de los migrantes depende, en gran medida, de la calidad de la gobernanza en los países de origen y de las políticas macroeconómicas de dichos Estados.
- Sexto: reconocer que las remesas tienen sus propias restricciones y limitaciones pues, aunque éstas, “en especial para algunos países pequeños, pueden ser una fuente valiosa de divisas y una adición importante al producto nacional bruto, su impacto de desarrollo general a nivel macro hasta el momento ha sido menos impresionante”<sup>41</sup>. Estas sumas de dinero no necesariamente impulsan el desarrollo a nivel nacional ni pueden ser una respuesta adecuada a los desafíos con que se enfrentan, principalmente, los países con

---

<sup>41</sup> GHOSH, Bimal. Op. cit. Pág. 124.

menos recursos. Las remesas pueden contribuir al crecimiento de la inversión y la producción, pero el proceso no es automático y la promesa del envío de remesas no está exenta de dificultades, ya que “factores como la diversidad de las transferencias (familiares o colectivas), los canales de remisión (formales e informales), los costos de envío y las formas de utilización (consumo, ahorro o inversión) dificultan la evaluación de su impacto actual y potencial sobre el desarrollo de las comunidades receptoras”<sup>42</sup>. Además, “el uso productivo de las remesas se ve restringido por el hecho de que las familias receptoras no poseen grandes opciones para renunciar a su consumo, las tasas de interés para las cuentas bancarias de los pequeños ahorradores suelen ser negativas y la falta de programas de crédito y de asistencia técnica inhibe el desarrollo de habilidades empresariales”<sup>43</sup> y, por tanto, la inversión del capital enviado.

Por ello, y a pesar del volumen creciente de las remesas y de la gran visibilidad a la que han sido expuestas en los últimos años, la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, ha sostenido que éstas no deberían considerarse o proyectarse como sustituto de la ayuda oficial para el desarrollo, en especial para los países más pobres del mundo<sup>44</sup>, puesto que, como se señaló más arriba, tienen un débil rol como capital de desarrollo al destinarse generalmente al consumo. Además, una reducción importante del

---

<sup>42</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Op. cit. Pág. 260.

<sup>43</sup> Ibid. Pág. 262.

<sup>44</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). Op. cit. Pág. 30.

crecimiento económico en el país anfitrión y otros fuertes cambios externos, unidos a la dificultades que se presentan en el envío de estos dineros, pueden causar serios descensos en los ingresos por remesas en determinados países de origen, con lo cual se cuestiona también la estabilidad y seguridad de estos flujos financieros.

c) **Las diásporas<sup>45</sup> y el desarrollo.** Los países de origen pueden obtener grandes beneficios si aprovechan “las capacidades y los recursos de las diásporas, cuya magnitud y alcance ha aumentado notablemente como resultado del reciente crecimiento de las migraciones internacionales. Una proporción considerable de ciudadanos de muchos países, hoy vive y trabaja en el exterior, y estos migrantes a menudo se reúnen para formar asociaciones de diásporas”<sup>46</sup>. Éstas pueden cobrar diversas formas como, por ejemplo, asociaciones de ciudadanos oriundos de una misma ciudad, que permiten a las personas procedentes de una misma región del país de origen mantenerse en contacto, asociaciones profesionales y asociaciones basadas en intereses comunes como el deporte, la religión, el género, el trabajo caritativo y el desarrollo. Las asociaciones de diásporas “suelen recaudar donaciones de sus miembros y enviarlas al país de origen con propósitos específicos, como la restauración de una escuela, la adquisición de un generador o la creación de guarderías para los niños de madres

---

<sup>45</sup> En el Derecho Internacional sobre Migración, la expresión “diásporas” alude a las personas y poblaciones étnicas que han abandonado sus países de origen, individualmente o como miembros de redes organizadas y asociaciones, manteniendo lazos con sus lugares de origen. En: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). 2006. Glosario sobre Migración N° 7. Op. cit. Pág. 20.

<sup>46</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). Loc. cit.

trabajadoras. Además de tales flujos financieros, estas asociaciones también suelen participar en los asuntos políticos, sociales y culturales de su país y comunidad”<sup>47</sup>.

Las diásporas, o comunidades transnacionales, como también se les llama, contribuyen además a determinar el rumbo de los acontecimientos en el país de origen pues, en la medida en que los migrantes en el exterior emprendan trabajos o actividades empresariales, podrán incrementar el envío de remesas colectivas y fomentar las exportaciones de productos típicos del país de origen. Igualmente, los migrantes y las asociaciones de diásporas pueden desempeñar un papel importante en la inversión en sus países de origen, pueden ser un conducto para la transferencia de tecnología y un medio que facilite la creación de redes de conocimientos más dinámicos<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Ibid. Pág. 31.

<sup>48</sup> Un claro ejemplo del trascendental papel que pueden tener las diásporas en el desarrollo de sus comunidades de origen se está desarrollando, actualmente, en Gomoa Simbrofo, ubicada en Ghana Central. En esta aldea, al igual como ocurre en otras aldeas de las zonas rurales de Ghana, la agricultura de subsistencia forma parte de la vida, al igual que la falta de oportunidades de empleo y de servicios públicos primordiales, como la electricidad. Sin embargo, la promoción de iniciativas de desarrollo por parte de las diásporas ghanesas está cambiando la realidad de esta aldea. Entre tales iniciativas, destaca Ghanacoop, una cooperativa de migrantes ghaneses que se encuentra en la ciudad italiana de Módena, y que fue creada a través del programa Migración para el Desarrollo de África (MIDA, por sus siglas en inglés) de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), que apoya a las diásporas que desean invertir en su país de origen a través de la transferencia de habilidades y de nuevas empresas. Desde su lanzamiento en marzo de 2006, como una cooperativa que importa piñas de Ghana provenientes del comercio justo para venderlas en los supermercados de Módena y en las zonas aledañas, Ghanacoop ha mostrado otra manera de contribuir al desarrollo de su país de origen, el que se halla en el puesto 136 con respecto al índice de desarrollo humano, y en donde el 46,7% de su población vive con un ingreso de un dólar por día, e incluso una cantidad menor, según las estadísticas oficiales. Pero también cabe destacar que los beneficios de esta iniciativa no solo se materializan en el país de origen, sino que además en la ciudad de Módena (sociedad receptora), cuyas autoridades han declarado que Ghanacoop ha tenido una repercusión considerable en la comunidad, donde el número de migrantes equivale al 10% de su población, y en donde, hasta ahora, las relaciones se limitaban a brindar servicios sociales. Por ello, el hecho de que los productos de Ghanacoop sobresalgan en los supermercados de Módena, ha permitido, paulatinamente, cambiar la forma como sus habitantes perciben a los migrantes, pues ya no se les ve sólo

### 3.1.2. Consecuencias negativas de la emigración

a) **El vacío social que genera el éxodo de personas en los lugares de origen.** El vacío social se traduce en el abandono y desintegración de muchas familias, las que quedan compuestas principalmente de niños y ancianos a quienes les resulta cada vez más difícil satisfacer sus necesidades económicas diarias, debido a la ausencia de sus parientes en edad laboral.

“La migración significa un escenario de crisis para la familia que la vive, ya sea porque el jefe o los jefes de familia parten dejando atrás a sus hijos, ya sea porque el traslado de toda la familia en búsqueda de nuevas perspectivas trae aparejada la instalación en un nuevo medio que muchas veces es desconocido y hostil. Esto implica que la familia, en particular sus miembros más débiles – las mujeres y los niños –, está expuesta a una situación de alta vulnerabilidad, es decir, a un aumento de los riesgos y de las posibilidades de que los derechos de sus miembros se vean dañados o su integridad afectada”<sup>49</sup>.

b) **La pérdida de capital humano.** La emigración también trae aparejado un fuerte vacío económico en los países de origen producido,

---

como personas que necesitan servicios, sino que como personas que también ofrecen servicios y nuevas iniciativas. En: PANDYA, Jemini. 2007. Cuando la inversión está relacionada con otras cosas además de la economía. Revista Migraciones. Edición especial. Págs. 3 – 9.

<sup>49</sup> PETIT, Juan Miguel. 2003. Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos [en línea], Santiago, Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población de la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/12572/lc11909-p.pdf>> [consulta: 15 de agosto 2007]. Pág. 5.

principalmente, por la pérdida considerable de capital humano que sufren dichos Estados. Este capital se clasifica, regularmente, en mano de obra no especializada o no calificada y mano de obra que sí lo es, y que agrupa, por tanto, a profesionales y técnicos.

En sus países, los trabajadores menos calificados tradicionalmente se desempeñan en sectores como las industrias primarias, la agricultura o los servicios personales, actividades funcionales para la expansión económica. Esto implica que una emigración considerable de esta mano de obra reduce la oferta laboral nacional e impide que estos sectores continúen expandiéndose. Ello, necesariamente se traduce en una recesión de la economía nacional que frena el desarrollo y reduce gravemente el nivel de ingresos del país de origen, con lo cual, la mano de obra nacional que no emigra se enfrenta a una mayor tasa de desempleo y a una progresiva precarización de las condiciones de trabajo, lo que supone una fuerte reducción de los salarios y un empeoramiento de las condiciones mínimas de subsistencia.

Por su parte, la emigración de recursos humanos calificados<sup>50</sup> puede surtir efectos diversos en los países de origen. “Existe la posibilidad de que

---

<sup>50</sup> Este proceso fue calificado como “fuga de cerebros” a partir de 1962 por la Sociedad Real Británica, en un informe sobre la emigración de científicos y técnicos de ese país hacia Estados Unidos; es considerado desde una perspectiva negativa para los países de origen a partir de la década del sesenta. Con el objeto de ampliar la definición a todo el personal calificado, la caracterización del fenómeno se va a denominar, a partir de los setenta, como de “éxodo de competencias”. En la Tercera Reunión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en 1972, se lo definirá como un problema de “transferencia inversa de tecnología”. En dicho contexto, se reconoce la pérdida que implica para los países en desarrollo, la emigración de sus recursos humanos más calificados y la contradicción existente entre esta transferencia inversa de tecnología y los esfuerzos de la comunidad internacional para acelerar

la emigración de personal calificado ponga en funcionamiento un círculo virtuoso en el que los que se quedan optan por adquirir una capacitación similar a la de los que se han ido, con la esperanza de que algún día ellos también puedan irse al extranjero. En vista de que las oportunidades de emigrar son limitadas, puede que el resultado sea una oferta cada vez mayor de personal profesional y técnico en los países de origen. Aunque todavía no abundan las pruebas en respaldo de esta hipótesis, al parecer ha ido aumentando el número de países que se ha beneficiado de la emigración de sus ciudadanos más destacados e inteligentes. Por ejemplo, numerosos estudiantes y trabajadores calificados migraron de las economías asiáticas en rápido crecimiento cuando en éstas se efectuaba el proceso de transformación estructural necesario para estimular el crecimiento económico. Por regla general, estas economías han logrado que regresen algunos de sus emigrantes calificados y han podido establecer vínculos con los que se quedan en el extranjero y facilitar las inversiones de los emigrantes que cuentan con un capital o tienen la posibilidad de conseguirlo”<sup>51</sup>.

“En términos generales, no obstante, es probable que estos círculos virtuosos o fenómenos de “recuperación de cerebros” ocurran con menos frecuencia que la “fuga de cerebros” generada por la migración de personal calificado (...) En algunos países, la emigración de personas calificadas se traduce efectivamente en una escasez de personal que pueda desempeñar

---

el desarrollo de aquellos países afectados por este flujo negativo. En: MÁRMORA, Lelio. 2002. Las políticas de migraciones internacionales. Op. cit. Pág. 130.

<sup>51</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 65.

ocupaciones esenciales (...) La opción de la emigración también puede tener repercusiones en las instituciones y en las políticas en los países de origen y hacer, por ejemplo, que los gobiernos no estén dispuestos a invertir en educación superior ante la perspectiva de que la mayor parte de las personas capacitadas emigren al extranjero. También puede frenar al gobierno que quiera elevar impuestos a los segmentos más acomodados de la población ante el temor de que abandonen el país”<sup>52</sup>.

Además, “es probable que la ausencia de personas altamente calificadas dificulte la innovación y la adopción de nuevas tecnologías, reduzca la calidad de los servicios sociales y disminuya el ritmo de consolidación de las instituciones, o incluso lo impida. Sin embargo, los emigrantes altamente calificados pueden contribuir desde lejos a la economía de sus países de origen como fuentes de comercio, inversión, remesas y conocimientos. Los emigrantes también pueden reducir los obstáculos a las iniciativas empresariales internacionales mediante la creación de reputaciones positivas, lo que ayudará a los países en desarrollo a integrarse más fácilmente a las cadenas mundiales de producción y al comercio internacional. Por último, los migrantes altamente calificados que regresen a sus países pueden aprovechar sus conocimientos especializados, las redes sociales existentes en el exterior y el patrimonio acumulado para invertir en la economía nacional”<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Ibid. Págs. 65 y 66.

<sup>53</sup> Ibid. Pág. 66.



Como se aprecia, “el debate tradicional sobre la fuga de cerebros (*brain drain*), que pone el énfasis en sus repercusiones negativas - en tanto factor que coadyuva al aumento de las brechas, erosiona la formación de masas críticas y afecta la distribución del ingreso -, se combina con propuestas dirigidas a estimular la circulación y el intercambio de recursos humanos calificados (*brain circulation* y *brain exchange*) con el propósito de convertir a los migrantes en nexos entre las redes locales y globales de desarrollo científico y tecnológico, y en agentes de transferencia de conocimiento y tecnología”<sup>54</sup>.

Esta nueva forma de apreciar la migración de personas altamente calificadas, sumado al carácter cambiante de las migraciones, ha llevado a la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales a estimar que “la noción de “fuga de cerebros” es algo anticuada, puesto que implica que el migrante que se va de su país nunca regresará. En la actualidad, hay una necesidad de aprovechar el crecimiento de la movilidad humana promoviendo la noción de “circulación de cerebros”, conforme a la cual los migrantes regresan a su país regular u ocasionalmente y comparten los beneficios de las competencias y de los recursos que han adquirido en el exterior”<sup>55</sup>. La Comisión recomienda que “los países de destino promuevan las migraciones circulares ofreciendo mecanismos y conductos que

---

<sup>54</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Op. cit. Pág. 246.

<sup>55</sup> COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). Op. cit. Pág. 33.

permitan a los migrantes desplazarse con relativa facilidad entre el país de origen y el país de destino”<sup>56</sup>.

c) **El vacío político que se origina con la emigración.** Éste se traduce en que, a pesar de la fuerza e impacto económico y social de los movimientos migratorios, las personas migrantes carecen de poder político, tanto en los lugares de origen como en aquellos de destino. Su participación política es muy limitada, y en ocasiones no pueden siquiera elegir y ser elegidos en sus países de origen, ni mucho menos en los países de destino, lo cual repercute en las condiciones de discriminación y desprotección que afrontan. Sin embargo, aunque sólo recientemente, “algunos Estados emisores han empezado a desarrollar esfuerzos diplomáticos significativos, dirigidos precisamente a proteger a sus migrantes en el extranjero, comenzando a gestarse avances en la efectiva garantía de los derechos políticos de las personas migrantes”<sup>57</sup>.

### 3.2. Consecuencias de la migración en los países de destino (inmigración)

#### 3.2.1. Consecuencias positivas de la inmigración

a) **El aporte a la expansión de la economía, a través de la mano de obra especializada y no especializada.** Este fenómeno se hace muy evidente en

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> OLEA, Helena. 2007. Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno. En: Anuario de Derechos Humanos, 2007. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 202.

las temporadas de cosecha, las que demandan, particularmente en aquellos países con insuficiente mecanización de sus procesos productivos, una gran cantidad de mano de obra que excede a la oferta nacional. Esto permite que la inmigración de fuerza de trabajo sin destrezas laborales pueda “contribuir a aumentar y apoyar el crecimiento del país receptor, debido a su efecto moderador del aumento salarial que facilita mantener altas tasas de utilidades, aumento de rentabilidad de las inversiones y aceleración del crecimiento”<sup>58</sup>.

Por su parte, “la inmigración de personas dotadas de capacidades empresariales y dispuestas a correr riesgos ha significado un aporte importante al desarrollo de las economías, movilización de los recursos, colonización e innovación, factores que han estimulado el crecimiento económico en los países de Latinoamérica y el Caribe, principalmente durante la oleada migratoria europea”<sup>59</sup>, desarrollada durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Por ello, se dice que profesionales y técnicos constituyen un importante y valioso “capital humano” que pierde el país de origen y gana el país receptor.

**b) Los efectos desde el punto de vista demográfico.** La inmigración puede ser un importante factor que permita contrarrestar el creciente envejecimiento de la población y el descenso de las tasas de natalidad,

---

<sup>58</sup> INFANTE, Ricardo. 2004. Migraciones internacionales y mercado de trabajo global. En: CONFERENCIA INTERNACIONAL La migración, un derecho humano: experiencias en América del Sur. 29 y 30 de julio de 2004. Santiago, Partidos Políticos chilenos que integran la Internacional Socialista y Fundación Friedrich Ebert. Pág. 62.

<sup>59</sup> Ibid.

fenómeno que puede apreciarse en los países más desarrollados, principalmente, europeos. De persistir esta tendencia, tal como ocurre actualmente, la población en edad productiva de dichos países se reducirá de manera considerable y no será suficiente para mantener sus altos estándares de vida, de producción y sus sistemas de seguridad social.

Ahora bien, la aceptación de una mayor cantidad de inmigrantes para evitar un declive en el número de personas laboralmente activas va a depender de si se cuenta con el respaldo de una política pública apropiada, que tienda a eliminar las fuertes barreras de ingreso impuestas por las rígidas políticas migratorias de cierre de fronteras y control riguroso de las mismas.

En octubre de 2005, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) recomendó aumentar la edad de jubilación a causa de la vulnerabilidad que está afectando a los sistemas previsionales y la creciente esperanza de vida de la población en los países desarrollados. Recomendó también poner fin a la discriminación de los trabajadores de más edad, sugiriendo que éstos continuaran capacitándose. Ello, por cuanto, en los países que integran la Organización Mundial del Comercio (OMC), menos del 60% de las personas entre 50 y 64 años continúa siendo laboralmente activa. Si esta tendencia no se detiene, el número de jubilados en relación con los activos subirá al 70% en 2050. Esto, advierte la OCDE, obligaría a aumentar los impuestos y llevaría a un menor crecimiento económico. Para evitar lo anterior, en la Unión Europea se están revisando

las políticas de inmigración, con el fin de incorporar a sus respectivos sistemas públicos previsionales más trabajadores activos que, con sus imposiciones, contribuyan al financiamiento de las nuevas pensiones<sup>60</sup>.

c) **Los aportes en materia cultural y educacional.** La migración siempre ha contribuido a los intercambios culturales, y es razonable esperar que siga forjando espacios multiculturales y difundiendo ideas y valores. Este fenómeno ha hecho emerger nuevos actores que, organizados en comunidades y articulados por medio de redes, mantienen vínculos estrechos con sus áreas de origen (a las que envían remesas e información) y constituyen referentes colectivos de identidad en las áreas de destino.

Las redes sociales y las comunidades forman parte de una estrategia afirmativa de los migrantes en la defensa de sus rasgos culturales, la expresión de sus demandas a la ciudadanía y la protección tanto frente a las posturas restrictivas en materia de inmigración como ante las prácticas de rechazo social.

Las diásporas o comunidades transnacionales propician actos culturales – bailes, comidas, festividades y productos típicos – y legitiman la diversidad de las sociedades receptoras. Son unidades geográficamente extendidas, de relaciones densas y vínculos solidarios transnacionales. La heterogeneidad de sus miembros, el potencial de resistencia, sus diversas

---

<sup>60</sup> Aumenta interés de países desarrollados por los inmigrantes. 2005. La Hora, Santiago, Chile, 17 octubre 2005. Pág. 7.

formas organizativas, sus vínculos internacionales y sus complejas relaciones con el mercado y el Estado, convierten a estas comunidades transnacionales en elemento de referencia obligada y de indiscutible importancia para el diseño de medidas tendientes a abordar la migración.

d) **La renovación de las ciudades.** “La migración internacional también ha desempeñado un papel importante en la prevención de la despoblación de las ciudades en los países desarrollados y en la revitalización de los mercados inmobiliarios en ellas (...) En 2000, se determinó que la inmigración era una de las dos tendencias demográficas más fuertes que estaban dando nueva forma a las ciudades de los Estados Unidos. La población de centros urbanos importantes, como las ciudades de entrada de Chicago, Dallas, Houston, Los Ángeles, Miami, Nueva York, San Diego, San Francisco y Washington, está aumentando principalmente debido al ingreso de migrantes internacionales que han superado el número de nativos que se trasladaron fuera de ellas. La mayoría de éstas son “ciudades mundiales”, que son centros de comercio, finanzas internacionales o sedes de empresas o de organismos gubernamentales”<sup>61</sup>.

### 3.2.2. Consecuencias negativas de la inmigración

a) **El desplazamiento del empleo de los nacionales y el deterioro de las estructuras salariales.** La lógica restrictiva que subyace en las medidas

---

<sup>61</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 54.

que muchos gobiernos aplican en materia de migración internacional, y que significa la imposición de fuertes barreras que obstaculizan la libre movilidad humana, ha sido justificada por dichos gobiernos con el argumento de que ella constituye un mecanismo necesario para proteger los mercados laborales nacionales frente al desplazamiento del empleo y al deterioro de las estructuras salariales que sufren los trabajadores nativos como consecuencia de la participación de trabajadores extranjeros en los mercados laborales de los países de destino. Se sostiene que las restricciones impuestas a los movimientos migratorios internacionales garantizarían a los nativos el acceso a puestos de trabajo, la estabilización y el progresivo aumento de los salarios. Sin embargo, dicho argumento no tiene asidero pues, “sólo por excepción los extranjeros llegan a constituir una fracción mayoritaria de la fuerza de trabajo de un país; lo común es que sean una proporción modesta del total de la fuerza laboral y que ocupen aquellas posiciones que dejan libres los trabajadores locales”<sup>62</sup>, por lo que el referido desplazamiento del empleo no es demasiado general en la práctica.

Por otra parte, si bien no puede desconocerse que la participación de extranjeros en el mercado laboral puede llegar a incidir en la depresión de los salarios en el país de destino, aumentando los excedentes del capital (circunstancia que lleva a los trabajadores nativos a oponer fuerte resistencia ante la inmigración masiva), no es menos cierto que “la probabilidad de que este efecto se produzca será tanto mayor cuanto más

---

<sup>62</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Op. cit. Pág. 249.

importante sea la presencia de trabajadores inmigrantes indocumentados, que, por estar excluidos de los sindicatos y de los mecanismos de negociación colectiva, pueden favorecer una baja de los salarios reales. Esto lleva a sostener que el empleo de extranjeros indocumentados, con retribuciones inferiores a las que perciben los nacionales, socava los acuerdos colectivos existentes, fomenta la sustitución de trabajadores nacionales por extranjeros en algunos sectores y debilita su contribución al ingreso nacional”<sup>63</sup>. Por esta razón, es la inmigración en condiciones de irregularidad, y no la inmigración en sí, la que debe prevenirse y combatirse, ya que afecta no sólo el desarrollo de los mercados de trabajo en las sociedades receptoras, sino que también el bienestar de los propios inmigrantes.

**b) La existencia de barreras y dificultades institucionales que restringen la movilidad en resguardo de las soberanías estatales.** La referida lógica restrictiva que subyace en las medidas gubernamentales aplicadas en materia de migración internacional, se ha justificado también en la prerrogativa que tienen los gobiernos para custodiar la soberanía territorial mediante un control exhaustivo del ingreso y de la permanencia de extranjeros dentro de los Estados. Sin embargo, esta lógica restrictiva no se adecua a la naturaleza internacional de los movimientos migratorios ni a los factores que los estimulan. Además, contradice los principios que rigen el comercio internacional, caracterizado por la liberalización de los flujos de capitales, bienes y servicios.

---

<sup>63</sup> Ibid.



Por ello, “el hecho de que la mayoría de los migrantes se desplace a pesar de la persistencia de las barreras para su ingreso pone de relieve la incompatibilidad existente entre las posturas restrictivas y un mundo que avanza hacia una creciente liberalización de otros flujos. Esta inconsistencia es, en gran medida, responsable del mayor incremento de los casos de indocumentación y de la emergencia de territorios de tránsito migratorio, a la vez que deja espacio a uno de los más graves delitos que atentan contra los derechos humanos: el tráfico de personas por las fronteras”<sup>64</sup>.

Claramente, las políticas migratorias restrictivas no cumplen con su finalidad disuasiva, ya que, no obstante las dificultades que conlleva la migración, las oleadas migratorias aumentan, pues muchas veces la decisión de migrar no nace de una voluntad libre, sino que de una urgente necesidad de acceder a mejores condiciones de vida. Ante ello, necesariamente, se produce un incremento de los migrantes en situación irregular, cuyo flujo considerable es aprovechado por empleadores inescrupulosos que, con el fin de reducir costos laborales, contratan a estas personas en el sector informal, lo que implica un aumento importante de seres humanos que se desempeñan en áreas productivas sin gozar de los derechos y garantías laborales establecidas en la normativa internacional y nacional y en los acuerdos colectivos existentes entre trabajadores y empleadores, con lo cual perciben ingresos inferiores al mínimo y fomentan la sustitución de mano de obra nacional por extranjera, aumentando la percepción desfavorable que la población nativa tiene con respecto a la inmigración. Por tanto, hablar de

---

<sup>64</sup> Ibid. Pág. 244.

políticas migratorias restrictivas supone necesariamente hablar de migración indocumentada o en condiciones de irregularidad, y de la consiguiente competencia desleal en los mercados laborales.

El aumento de la migración en condiciones de irregularidad, de los Estados de tránsito y de los delitos vinculados con la delincuencia organizada transnacional “hace patente la necesidad de propiciar acuerdos más amplios entre los países para lograr mejores formas de gobernabilidad de la migración internacional, de reconocer el papel fundamental de la sociedad civil en la formulación de acciones relativas a los desplazamientos humanos y de dar mayor ímpetu al pleno respeto de los derechos de las personas migrantes”<sup>65</sup>, como condiciones necesarias para que los flujos migratorios se desarrollen de manera regular y ordenada, y puedan tener una fuerte incidencia en el incremento de los niveles de crecimiento de las comunidades de origen y de las sociedades receptoras.

c) **La desprotección y vulnerabilidad de los migrantes.** La vulnerabilidad es una situación que surge como consecuencia de la interacción social que se produce entre los nacionales de un Estado y los extranjeros que ingresan al mismo. Está relacionada fundamentalmente con la violación de los derechos humanos del inmigrante, que se produce, a partir de esa interacción social, en el país de destino.

---

<sup>65</sup> Ibid.

El Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes, ha señalado que la mencionada condición de vulnerabilidad tiene dos dimensiones. Una objetiva, que se conceptualiza como estructural, y otra subjetiva que se conceptualiza como cultural. La vulnerabilidad estructural ha sido entendida como una “carencia extrema de poder” que se deriva de las diferencias que existen entre un nacional y un extranjero o inmigrante en sus relaciones con el Estado en el país de destino. Tales diferencias provienen, a su vez, “del derecho soberano que cada país tiene para definir quién es un nacional y quién no lo es. En esa diferenciación legítima, que aparece en las leyes constitucionales de la mayor parte de los países, está el origen estructural de la desigualdad en el acceso a los recursos del Estado entre los nacionales y los extranjeros o inmigrantes”<sup>66</sup>. Por su parte, la vulnerabilidad cultural se refiere al “conjunto de elementos culturales (estereotipos, prejuicios, racismo, xenofobia, ignorancia y discriminación institucional) con significados despectivos que tienden a justificar las diferencias de poder entre los nacionales y los extranjeros o inmigrantes”<sup>67</sup>.

“La combinación de las diferencias de poder, basadas en una estructura en la que el inmigrante es colocado en un nivel inferior a los nacionales, con el conjunto de elementos culturales que las justifican, tiene por resultado diversos grados de impunidad en casos de violación de los derechos humanos de los inmigrantes (...) Se entiende aquí por

---

<sup>66</sup> BUSTAMANTE, Jorge. 2006. Migración, derechos humanos y vulnerabilidad. La migración de México a Estados Unidos; de la coyuntura al fondo. En: ENCUENTRO IBEROAMERICANO sobre Migración y Desarrollo. Madrid, 18 y 19 de julio 2006. Pág. 21.

<sup>67</sup> Ibid. Pág. 31.

“impunidad” la ausencia de costos económicos, sociales o políticos del que viola los derechos humanos de un inmigrante”<sup>68</sup>.

Para el Relator Especial, “esta impunidad es una indicación empírica de la falta de poder de los migrantes”<sup>69</sup>, y, en tal escenario, la integración de éstos en la sociedad de acogida surge como la vía más racional para combatir dicha impunidad, que surge como la consecuencia más injusta e irracional de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos.

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido que los migrantes son un grupo especialmente vulnerable, y que esta negativa condición se debe principalmente a las siguientes causas (que reflejan las dos dimensiones de la vulnerabilidad señaladas por el Relator Especial): vivir y trabajar en un país de cual no son ciudadanos; discriminación en la sociedad; diferencias de idioma, costumbres y culturas; dificultades económicas y sociales; obstáculos para regresar a sus Estados de origen, especialmente en el caso de los migrantes indocumentados o en situación irregular<sup>70</sup>.

La condición de vulnerabilidad adquiere connotaciones específicas en el caso del trabajador migratorio en situación irregular o indocumentado,

---

<sup>68</sup> Ibid. Págs. 31 y 32.

<sup>69</sup> Ibid. Pág. 31.

<sup>70</sup> Véase Resolución 59/194 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre “Protección de los Migrantes”, de 18 de marzo 2005, y Resolución 60/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre “Protección de los Migrantes”, de 7 de marzo 2006.

pues el carácter clandestino de éstos y la inexistencia de contratos de trabajo, permiten al empleador imponer horarios abusivos y condiciones de trabajo inaceptables que ponen en alto riesgo la salud de los trabajadores. Los migrantes irregulares aceptan las peores condiciones de trabajo, pudiendo éstas llegar incluso a condiciones de esclavitud. Sin embargo, muchas veces, estos abusos no son denunciados por temor a represalias que resulten en su detención y posterior expulsión.

Frente a esta situación, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha recalcado la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos de los migrantes, en particular de las mujeres y niños, independientemente de su situación jurídica, así como la necesidad de que éstos reciban un trato humano, sobre todo en lo relativo a su asistencia y protección<sup>71</sup>.

Reafirmando lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003, ha señalado que “los migrantes irregulares, al igual que los regulares y nacionales del país de acogida, gozan de derechos humanos básicos que los Estados están obligados a respetar y garantizar. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de todos los seres humanos que se hallen bajo sus respectivas jurisdicciones e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza a la totalidad

---

<sup>71</sup> Véase Resolución 54/166 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre “Protección de los Migrantes”, de 24 de febrero 2000.

de los derechos contemplados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana de Derechos Humanos”<sup>72</sup>.

**d) Los problemas sociales de adaptación e integración individual y colectiva de los inmigrantes en las comunidades receptoras.** El paso de un ambiente social y cultural a otro, plantea serios problemas de adaptación e integración individual y colectiva de quienes deciden emigrar.

La integración ha sido definida como un “proceso por el cual los inmigrantes, tanto individualmente como en grupo, son aceptados en una sociedad”<sup>73</sup>. Al ser definida como un “proceso”, la integración no se da en forma automática, sino que requiere de tiempo, y, principalmente, de colaboración entre los gobiernos, las sociedades receptoras y los inmigrantes.

El tema de la integración ha sido objeto de una larga discusión en los ámbitos políticos y académicos, desde el momento en que algunas sociedades de inmigración se encontraron con el asentamiento masivo de población extranjera en su territorio. “En términos de una definición conceptual básica, puede señalarse que la integración se ubica, en principio, dentro de la dicotomía participación – marginalidad. La participación es la materialización de la relación social, observable a partir del contacto

---

<sup>72</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva 18/03, 17 de septiembre 2003. Párrafo 109.

<sup>73</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). 2006. Glosario sobre Migración N° 7. Op. cit. Pág. 32.

económico, cultural, ecológico, etc., que establece el migrante con el medio y sus modalidades. La marginalidad, definida en principio por la negativa, resulta de una “no participación”, apareciendo el concepto de marginalidad como una falta de contactos y, por tanto, de participación del individuo o grupo respecto a uno o más sectores de la sociedad”<sup>74</sup>.

La participación de los migrantes en las sociedades de destino puede alcanzar diversos grados de desarrollo, que van desde la conquista hasta la asimilación. La conquista supone que el inmigrante impone y controla totalmente la relación social que se gesta con los habitantes de las comunidades receptoras. Corresponde, por ejemplo, al caso de los colonizadores españoles y la relación establecida por éstos con ciertos indígenas americanos. En cambio, la integración, si bien también supone una creación de relaciones sociales, implica que ésta se efectúa a partir de modalidades compartidas entre los migrantes y los habitantes de las comunidades receptoras. Este concepto es el que corresponde al del multiculturalismo en las actuales políticas migratorias de incorporación<sup>75</sup>.

Por su parte, la asimilación corresponde al último punto de esta graduación de formas de participación, y aparece en aquellos casos donde el inmigrante asume las modalidades y estilos del medio receptor en su totalidad, o bien, participa de dichas modalidades sin influir en absoluto en su creación o evolución<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> MÁRMORA, Lelio. Op. cit. Pág. 329.

<sup>75</sup> Ibid. Pág. 330.

<sup>76</sup> Ibid.

Sobre la base de tales conceptos, puede señalarse que, en general, las políticas de integración del migrante están orientadas a incorporar adecuadamente a éste y a sus familiares al contexto laboral, social, cultural y político del lugar de llegada. La modalidad de inserción que adopten tales políticas va a depender de las condiciones históricas y del estilo que la sociedad de recepción imponga, así como de sus criterios en cuanto al grado de participación que esperan del migrante.

Ahora bien, para sortear las dificultades que presenta el proceso de integración, se han promovido campañas educativas tendientes a informar a los potenciales migrantes, y a la población en general, que el ingreso y la permanencia en otro país implica asumir responsabilidades legales, enfrentar obstáculos de acceso al trabajo y a otros servicios sociales, y asumir la existencia de condiciones de vida que pueden ser ajenas a las propias tradiciones. Además, se ha establecido la necesidad de que los países cuenten con programas de integración, ya que de éstos dependerá, en gran medida, no sólo la mayor capacidad de inserción, y, por consiguiente, el mayor bienestar del migrante, sino que además repercutirá favorablemente en su aporte al país que lo recibe.

Según Mármora, “dos programas pueden mencionarse como los de más significación en las políticas de incorporación: los de inserción sociocultural, dentro de los cuales ocupan un papel importante los



programas de regularización de inmigrantes en situación irregular, y los de inserción socioeconómica”<sup>77</sup>.

Los programas de inserción sociocultural buscan la integración de los migrantes en áreas donde se comparten espacios referidos al ámbito social (educación, salud, vivienda), al cultural o al político. Como se dijo, dentro de éstos destacan, por su importancia actual, los programas de regularización de los inmigrantes que se encuentran en situación migratoria irregular.

En el caso específico de estos inmigrantes, la regularización es el primer paso que deben dar para iniciar su proceso de integración en las sociedades de destino, es decir, la regularización es una condición necesaria para que estos inmigrantes puedan integrarse, pues la irregularidad y la clandestinidad se convierten siempre en elementos que impiden la adaptación de éstos en dichas sociedades.

“En las últimas décadas, son varios los países iberoamericanos que han debido recurrir a regularizaciones masivas de extranjeros en situación irregular, como una forma de ejercicio de sus políticas de migración internacionales”<sup>78</sup>. Estos programas pueden constatarse en países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Panamá, Portugal y Venezuela. Además, las regularizaciones se han dado como respuesta al

---

<sup>77</sup> Ibid. Pág. 332.

<sup>78</sup> Ibid. Pág. 337.

incremento de las migraciones irregulares, observable tanto en los países tradicionales de inmigración, como en los ex países de emigración, devenidos de inmigración en los últimos años.

Los programas de regularización migratoria son actos excepcionales desde el punto de vista administrativo y jurídico, pero normales y lógicos desde una perspectiva socioeconómica, ya que mientras persistan las brechas de empleo, salarios y condiciones de vida entre los países, así como sectores en las sociedades receptoras que, en función de su crecimiento económico y acumulación de capital, demanden una fuerza de trabajo móvil y barata, que se adapte a condiciones de trabajo normalmente rechazadas por la mano de obra local, seguirán habiendo migraciones clandestinas, las cuales, por efecto de su creciente volumen e incidencia en dichas sociedades, requerirán periódicas medidas de regularización<sup>79</sup>.

“Una de las primeras cosas que se pueden observar en los diferentes programas de regularización es que, si bien para todos la legalización del migrante irregular es su objetivo manifiesto, lo que se busca con ese objetivo puede diferir en distintas situaciones (...) Así, se pueden diferenciar como objetivos de los programas de regularización realizados, aquellos que se ejecutan para lograr el control y conocimiento de los migrantes que se encuentran en situación irregular, los que se ejecutan para integrar a estos migrantes, los que intentan mejorar la condición social de

---

<sup>79</sup> Ibid. Págs. 338 y 339.

éstos, los que buscan la transparencia en los mercados de trabajo, o bien aquellos que responden a objetivos de políticas internacionales”<sup>80</sup>.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, estos programas de regularización pueden responder, en mayor o menor medida, a todas y cada una de estas razones. Tal cosa ocurrió en nuestro país con la implementación, en el año 2007, de un nuevo programa de este tipo.

El 23 de octubre de 2007, el Gobierno de Chile, a través de los Ministerios del Interior y de Relaciones Exteriores, anunció la apertura de un proceso de regularización migratoria a desarrollarse entre el 5 de noviembre de 2007 y el 5 de febrero de 2008. Con esta medida se estimó que 20 mil extranjeros, de ellos 15 mil peruanos, 3 mil bolivianos y otros 2 mil extranjeros provenientes de diversos países, tales como Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala, México, República Dominicana, Cuba, Haití e Islas Caimán, podrían legalizar su situación en Chile, siempre que hubieran ingresado al territorio nacional hasta el 21 de octubre de 2007, no tuvieran antecedentes policiales o judiciales negativos, ni estuvieran afectos a una medida de expulsión vigente o de abandono del país pendiente de cumplimiento, o se les haya prohibido el ingreso a Chile<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Ibid. Pág. 339.

<sup>81</sup> Perdonazo migratorio del Gobierno: veinte mil extranjeros, entre ellos quince mil peruanos podrán regularizar residencia [en línea] El Mercurio.com, 23 octubre 2007.

Conforme a la información proporcionada por el Gobierno, este plan regulador se dirigió a todas aquellas personas que, como se señaló, hubiesen ingresado al país hasta el 21 de octubre de 2007, y que se encontraran en alguna de las siguientes situaciones:

- Permanecer en el país en forma irregular; y/o
- Estar trabajando sin la debida autorización; o
- Tener una solicitud de residencia en trámite; o
- Ser infractor del Convenio Arica – Tacna; o
- Haber ingresado al país en forma irregular.

Las personas que cumplían con tales requisitos, debían efectuar una solicitud de regularización migratoria la que, si era aceptada, permitía concederles una visa temporaria por un año y una cédula de identidad chilena para extranjeros<sup>82</sup>.

El Gobierno justificó esta medida de regularización en la urgente necesidad de que los migrantes irregulares contaran con todos los permisos de residencia exigidos por la ley para que pudiesen efectuar sus actividades normalmente<sup>83</sup>. Además, este programa se concibió como una medida

---

<[http://diario.elmercurio.com/2007/10/23/\\_portada/\\_portada/noticias/02E86DC7-C42F-459C-BE31-83DCA4DF1483.htm?id={02E86DC7-C42F-459C-BE31-83DCA4DF1483}](http://diario.elmercurio.com/2007/10/23/_portada/_portada/noticias/02E86DC7-C42F-459C-BE31-83DCA4DF1483.htm?id={02E86DC7-C42F-459C-BE31-83DCA4DF1483})> [consulta: 23 de octubre 2007].

<sup>82</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2007. Proceso de regularización de ciudadanos extranjeros [en línea], Gobierno de Chile, Ministerio del Interior <[http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/INSTRUCTIVO\\_ULTIMA\\_VERSION.pdf](http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/INSTRUCTIVO_ULTIMA_VERSION.pdf)> [consulta: 10 de octubre 2007].

<sup>83</sup> Así, en virtud de este programa, quienes se encontraban en situación migratoria irregular, podrán obtener carnet de identidad, acceder al sistema de salud, al sistema de previsión social, obtener libretas de

necesaria y como un gesto de amistad hacia los países vecinos, dada la importante contribución que efectúan los inmigrantes en Chile, siendo descartada por el Gobierno la posible incidencia del denominado “efecto llamada”, es decir, la promoción indeseada de la migración irregular, como consecuencia de la aplicación de programas de regularización, basada en la evidencia de que aquellos que se encontraban en dicha situación finalmente lograron la normalización de la misma<sup>84 85 86</sup>.

---

ahorro, reconocer a sus hijos nacidos en Chile, entrar y salir del país, e iniciar actividades para emprender sus propios negocios. En materia laboral, tendrán mejores expectativas de salarios y, quienes cuenten con una calificación técnica o profesional, podrán retomar sus actividades.

<sup>84</sup> Se negó tal efecto, pues este programa sólo benefició a aquellos inmigrantes que ingresaron al país hasta el 21 de octubre de 2007 y que cumplieron con los demás requisitos legales.

<sup>85</sup> En el mes de febrero del año 2008, y al contrario de las estimaciones efectuadas con respecto al número de personas que resultarían beneficiadas con este proceso, el Gobierno de Chile informó que más de 50 mil extranjeros participaron en el programa de regularización migratoria iniciado en el mes de noviembre y que concluyó en el mes de febrero de dicho año. De acuerdo a las cifras entregadas por la autoridad, se recibieron 50.705 solicitudes de visas, de las cuales 32.406 (63.9%) correspondieron a ciudadanos peruanos, 5.657 (11.1%) a bolivianos, 1.782 (3.5%) a ecuatorianos, 1.676 (3.3%) a colombianos y 507 (1%) a argentinos. Del total de las solicitudes presentadas, 44.690 fueron ingresadas al sistema, de las que 43.646 (86%) se tradujeron en visas otorgadas y 6.015 (11.8%) en visas devueltas. Este último número se explica porque los solicitantes no entregaron toda la documentación necesaria, registraban órdenes de expulsión, causales de rechazo o prohibiciones de ingreso vigentes.

Ahora bien, sin perjuicio de que el proceso de regularización migratoria ya ha concluido, estas cifras podrían variar, debido a que a todos aquellos extranjeros a los que se les devolvió la solicitud por los motivos ya señalados, que aclaren debidamente su situación o que completen la documentación faltante, se les respetará la fecha inicial de presentación, a objeto de que puedan acogerse al proceso. En: Con éxito concluye proceso en que 50 mil extranjeros solicitaron regularizar antecedente [en línea] El Mercurio.com, 11 febrero 2008.

<<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=292151>> [consulta: 11 de febrero 2008].

<sup>86</sup> Este programa de regularización migratoria no es el primero que se realiza en los Gobiernos de la Concertación, pues, en el año 1998, bajo el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se impulsó un proceso similar al actual, específicamente de octubre a diciembre de ese año, que se conoció como “Amnistía Provisoria”, y que tenía por objeto regularizar la situación de los inmigrantes ilegales, concediendo a estas personas una visa temporaria de residencia, la que contaba con una vigencia de dos años, y que era otorgada sin necesidad de exhibir un contrato de trabajo al efecto. Este plan permitió, en primer lugar, dar una nueva oportunidad a aquellas personas en situación irregular en el país, para encontrar una ocupación sin ser expulsadas en forma inmediata de Chile. Por otro lado, permitió hacer una especie de catastro o diagnóstico acerca de la verdadera cantidad de personas en situación de irregularidad que se encontraban en el territorio hasta la fecha. Sin embargo, la desconfianza que reinaba en ese año entre los inmigrantes irregulares hizo que sólo 21 mil extranjeros accedieran a este plan. En una primera instancia se vislumbraba que el proceso iba a beneficiar a más de 40 mil extranjeros en situación irregular, pero

Cabe agregar que, si bien los programas de regularización constituyen una herramienta política que las autoridades pueden utilizar para recuperar el control sobre los flujos migratorios irregulares, ellos no pueden convertirse en el principal instrumento de gestión de las migraciones. Para evitar tal situación, “la regularización debe complementarse con políticas que se ocupen de la demanda de mano de obra migrante, proporcionen incentivos para el retorno ordenado de los migrantes y prevean la estancia a largo plazo de aquellos que cuenten con empleos seguros y puedan realizar una contribución a la sociedad de acogida”<sup>87</sup>.

Finalmente, los programas de inserción socioeconómica son aquellos que “están orientados a incorporar adecuadamente al inmigrante y a su familia al contexto sociolaboral del lugar de llegada”<sup>88</sup>.

“Desde una perspectiva general, en la inserción sociolaboral del migrante, pueden distinguirse dos tipos de estrategias, la “acción afirmativa” y la “acción positiva”. La primera es desarrollada por los

---

muchos de ellos estaban incrédulos y no regularizaron su situación ya que pensaron que sólo era una estrategia para identificarlos y ubicarlos, para luego aplicar en su contra las sanciones pertinentes. En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. FACULTAD DE DERECHO. 2003. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile: Hechos de 2002. Pág.340.

Dada esta experiencia, y para evitar que los inmigrantes irregulares se marginaran del proceso de regularización impulsado en nuestro país en el año 2007, el Ministro del Interior, en esa fecha, Belisario Velasco, fue enfático en señalar que los inmigrantes no debían temer represalias si participaban en esta iniciativa, porque la misma sólo buscaba normalizar los flujos migratorios existentes en el país y no sancionar ni expulsar a quienes ingresaron o permanecían irregularmente en él.

<sup>87</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 20.

<sup>88</sup> MÁRMORA, Lelio. Op. cit. Pág. 354.

Estados Unidos, y en ella las administraciones y las empresas que reciben encargos del Estado están obligadas a contratar personal representativo de las minorías, especialmente afroamericanos e hispanoamericanos. Esta acción se encuentra bajo el control de jueces y está destinada a restablecer la igualdad real entre los blancos y el resto de los grupos étnicos y raciales. La “acción positiva”, aplicada por Canadá y los Países Bajos, está basada en la voluntad de las empresas, las que se comprometen a contratar minorías y publican sus resultados. Aquí, el control se da por la presión del gobierno y de la opinión pública”<sup>89</sup>.

En todos los programas específicamente desarrollados para lograr la inserción laboral del migrante pueden diferenciarse, por un lado, los factores que facilitan u obstaculizan la inserción y, por otro lado, las diferentes formas de inserción laboral. Así, los factores que pueden facilitar u obstaculizar la inserción laboral son el contexto económico en el que se da la migración, las características del migrante y del medio receptor. En tanto que, atendiendo a las formas de inserción laboral, existen programas que tienen como objetivo el empleo asalariado y otros que buscan el autoempleo<sup>90</sup>.

Ahora bien, “la situación de los mercados de trabajo en las sociedades receptoras, las distancias culturales entre los países de origen y de destino y la propia respuesta institucional que adopten los Estados,

---

<sup>89</sup> Ibid. Págs. 354 y 355.

<sup>90</sup> Ibid. Pág. 355.

juegan un papel fundamental en las estrategias de integración y sus consecuentes políticas. La llegada de migrantes a mercados de trabajo con un incremento en los índices de desocupación – exista o no competitividad con la mano de obra nativa – produce, inevitablemente, rechazo por parte de la población local. Temeroso de perder su trabajo o de no conseguirlo, en caso de estar desempleado, el nativo va a reaccionar con desconfianza, con recelo, con prejuicio y, a veces, con agresividad ante el extranjero que llega. No importa – como ha quedado demostrado en numerosos análisis – que el inmigrante resulte más bien complementario o adicional a la mano de obra nativa, cuando proviene de sociedades con un nivel socioeconómico más bajo. La amenaza aparece en el imaginario colectivo, y es muy probable que el inmigrante pase a la categoría de “chivo expiatorio”. Si a esto se le agrega el hecho de que el extranjero llega con una cultura diferente, y que además quiere mantenerla, la situación se complica. En los mecanismos de formación del prejuicio este último elemento va a completar la lista de circunstancias justificadoras del mismo. Así, el mantenimiento de hábitos y costumbres por parte del inmigrante constituiría una prueba de su “falta de interés por la integración”, o bien, de la “deformación cultural que va penetrando”. Si además de todo esto, el extranjero defiende sus derechos a través de alguna organización voluntaria, o expresa sus ideas en algún ámbito político, su estigmatización puede ser absoluta, y puede llegar a transformarse no sólo en objeto de la discriminación o segregación, sino también de la violencia”<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Ibid. Págs. 388 y 389.



“Por estas razones, la estrategia de la integración plena del inmigrante no sólo debe asegurar su participación laboral, social, política y cultural, sino también el trato no discriminatorio y tolerante por parte de la sociedad receptora (...) El Estado, la sociedad civil en su conjunto, las organizaciones voluntarias y los organismos internacionales, tienen una gran responsabilidad en la respuesta urgente a los brotes de xenofobia y a la intolerancia generalizada frente al extranjero que se observa en gran parte del mundo”<sup>92</sup>.

En este sentido, una respuesta concreta que ha dado la comunidad internacional para hacer frente a las manifestaciones de violencia xenofóbicas y racistas surgidas contra los migrantes, ha sido cambiar la perspectiva utilizada para aproximarse y analizar el fenómeno migratorio. Tradicionalmente, la protección de los derechos de los migrantes ha estado subordinada a los intereses más amplios de los Estados o de los grupos económicos, favorecidos o perjudicados por las migraciones. Pero, a partir de las últimas décadas del siglo XX, ha comenzado a gestarse, en el planteamiento y desarrollo de las políticas migratorias, una dimensión ética que postula, como principal fundamento de éstas, la protección de los derechos humanos de los migrantes como condición necesaria para que éstos puedan integrarse adecuadamente en las sociedades de destino.

En virtud de esta nueva perspectiva, basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, todas las modalidades de

---

<sup>92</sup> Ibid. Págs. 389 y 390.

integración que adopten los Estados, deben respetar los principios internacionales de derechos humanos que han sido ratificados oficialmente por la mayoría de los países del mundo.

## **4. La migración en Chile**

### 4.1. Evolución del fenómeno migratorio en Chile

“Chile no ha sido un país de inmigrantes, como son Argentina, Brasil, Venezuela o Estados Unidos. En efecto, la proporción de la población de inmigrantes en el país se ha mantenido entre el 1 y el 2% a lo largo de su historia. El bajo porcentaje de inmigrantes en el territorio nacional ha llevado erróneamente a considerar este tema como algo secundario dentro de las agendas políticas de los distintos gobiernos de Chile, y sólo en forma esporádica se encuentran algunos intentos por abordar el fenómeno con políticas concretas, como fueron las medidas adoptadas a mediados del siglo XIX, que tuvieron por objeto la colonización y poblamiento del sur de Chile”<sup>93</sup>.

“Pese al poco interés que ha despertado la migración en Chile, pueden distinguirse tres patrones migratorios entre el siglo XIX y fines del siglo XX, coincidentes con los patrones existentes a nivel regional. El primero de ellos, corresponde a la sucesión de diversas corrientes de inmigrantes provenientes, en especial, de países europeos, árabes y

---

<sup>93</sup> STEFONI, Carolina. Op. cit. Pág. 47.

asiáticos, motivados por una política de atracción que fue impulsada por los gobiernos de la época. El segundo patrón corresponde a las décadas del 70 y 80, caracterizadas por el éxodo de más de un millón de chilenos producto de la dictadura y represión política de la época. A ello se suma la emigración por razones económicas, especialmente, durante las recesiones de esos años. El tercer patrón, corresponde a la migración intrarregional, la que ha experimentado un leve aumento a partir de mediados de los 90, motivado por la relativa estabilidad económica y política del país; las crisis de países como Perú, Argentina y Brasil, y las crecientes restricciones impuestas en países europeos y en Estados Unidos a los inmigrantes latinoamericanos, a quienes les resulta extremadamente difícil y costoso entrar a dichos países”<sup>94</sup>.

#### a) **Migración de ultramar**

“Durante la segunda mitad del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, Chile mantuvo políticas migratorias de atracción. Dichas políticas se enmarcaron dentro de un proyecto mayor de modernización de América Latina, llevado a cabo por políticos e intelectuales influidos fuertemente por el positivismo europeo. Lo que perseguían las leyes adoptadas era, por una parte, poblar el sur de Chile (proceso conocido como política de colonización) y, por otra, intentar “mejorar la raza”. Para ello, las medidas

---

<sup>94</sup> Ibid. Págs. 47 y 48.

adoptadas privilegiaron abiertamente el ingreso de inmigrantes blancos (europeos)”<sup>95</sup>.

Así, el 18 de noviembre de 1845 se dictó la Ley de Colonización que “permitió la llegada de, aproximadamente, 2.500 colonos alemanes que se establecieron en el sur del país, en Valdivia y Puerto Montt. Gracias a esta misma ley, llegó, entre 1859 y 1890, un importante número de personas de origen asiático a trabajar en el norte del país. Entre 1883 y 1905, arribaron más de 8 mil ciudadanos españoles, italianos y suizos”<sup>96</sup>.

“En los inicios del siglo XX, llegaron también a Chile yugoslavos pertenecientes al Imperio Austro-Húngaro, quienes se establecieron, principalmente, en las zonas de Antofagasta y Magallanes. Otras corrientes migratorias importantes fueron las de ciudadanos de origen árabe, quienes contribuyeron al desarrollo del país a través de su incorporación al mundo de los negocios, así como los inmigrantes españoles que llegaron después de la guerra civil (1936-1939) en el famoso *Winnipeg*”<sup>97</sup>.

“Finalmente, y como consecuencia de las Guerras Mundiales que asolaron principalmente a Europa durante la primera mitad del siglo XX, miles de europeos huyeron del viejo continente y buscaron, en lugares remotos, la posibilidad de rehacer su vidas”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Ibid. Pág. 48.

<sup>96</sup> Ibid. Pág. 49.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Ibid.

## b) El éxodo tras el golpe militar

“El segundo patrón migratorio se produjo inmediatamente después del golpe militar de 1973, y se extendió hasta fines de los ochenta. El flujo migratorio esta vez se dio en sentido contrario, ya que fueron miles los chilenos que cruzaron las fronteras por motivos de persecución política y/o problemas económicos. Se pueden distinguir dos etapas. La primera, corresponde a la década de los setenta y se caracterizó por la emigración de ciudadanos víctimas de la represión política de la dictadura. La segunda, durante la primera mitad de los años ochenta, acentuó un carácter económico en la migración. La crisis de los ochenta, los elevados índices de desempleo (cerca al 30%) y la falta de oportunidades motivaron a muchos chilenos a ir en busca de nuevos horizontes al extranjero”<sup>99</sup>.

En este período, se realizaron modificaciones a la legislación migratoria vigente, dictándose, en 1975, el Decreto Ley N° 1.094, “conocido como la Ley de Extranjería, y que rige hasta hoy. Su cuerpo normativo se caracterizó por una orientación policial y de control de fronteras, cuyo principal objetivo era evitar la entrada de “elementos peligrosos o terroristas” que amenazaran la “estabilidad nacional”. Se mantuvo el carácter selectivo de la ley y se reforzó la noción de seguridad nacional y territorial”<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Ibid. Pág. 51.

<sup>100</sup> Ibid.

“Es importante recordar que en este período la comunidad internacional abrió las puertas a los chilenos que buscaron asilo político y económico, ofreciéndoles óptimas condiciones de integración a las nuevas culturas y sociedades que los esperaban. Ello es de gran importancia, porque hoy los chilenos tienen la oportunidad de asumir un espíritu acorde con lo vivido en el pasado”<sup>101</sup>.

### c) Migración intrarregional

“El tercer patrón migratorio coincide con la vuelta a la democracia y la estabilidad política y económica que comienza a experimentar el país durante los años noventa. Este período se caracteriza por el retorno de chilenos que habían estado en el exilio y la incipiente llegada de inmigrantes provenientes de algunos países latinoamericanos, especialmente peruanos, bolivianos, argentinos, ecuatorianos y cubanos”<sup>102</sup>.

La imagen de un país en crecimiento, las crisis de países como Perú, Argentina y Brasil, y las crecientes restricciones impuestas en países europeos y en Estados Unidos a los inmigrantes latinoamericanos, explican el aumento de las inmigraciones en el territorio nacional durante esta tercera etapa.

---

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Ibid. Pág. 52.

En materia legislativa, cabe destacar que, durante el Gobierno de Patricio Aylwin, se envió un proyecto de ley al Congreso Nacional que reemplazaba en su integridad el Decreto Ley N° 1.094. Sin embargo, por diversos factores, éste no prosperó, lo que impidió reformar en su totalidad la citada Ley de Extranjería. También bajo el Gobierno de Aylwin, Chile suscribió la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, instrumento que fue ratificado por nuestro país el 21 de marzo de 2005, bajo el Gobierno de Ricardo Lagos.

#### 4.2. Características de la migración intrarregional

Durante el siglo XIX y las últimas décadas del siglo XX, la inmigración intrarregional fronteriza, es decir, la inmigración en Chile proveniente de los países vecinos, estuvo asociada fundamentalmente a las actividades económicas propias de las provincias limítrofes: industria salitrera y extracción minera en el norte; actividades agrícolas y fundamentalmente comerciales en el centro; ganadería ovina en la zona patagónica.

Como se ha señalado, a partir de la década de los noventa, Chile se vio enfrentado a un nuevo patrón migratorio que puede denominarse como “nueva migración intrarregional”, muy reciente y procedente especialmente de países sudamericanos. Esta migración se caracteriza por su espontaneidad; su finalidad eminentemente laboral; por estar compuesta de

migrantes cuya procedencia, costumbres sociales y laborales son de tipo urbano; por la existencia de un considerable número de mujeres; y porque los inmigrantes se incorporan al país desarrollando, principalmente, labores en las áreas de la construcción, la industria y los servicios domésticos<sup>103</sup>.

Sobre la base de tales antecedentes, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, ha sostenido que la “nueva migración intrarregional” en Chile, se caracteriza por ser una inmigración<sup>104</sup>:

- Con una fuerte presencia femenina: es relevante la gravitación de las mujeres en la composición de la inmigración. Así, más del 52% de la población de inmigrantes son precisamente mujeres. Esta característica se presenta muy especialmente en la población de origen peruano, en la cual el referido porcentaje supera el 60%.
- Eminentemente laboral: en general, quienes deciden emigrar a Chile son personas jóvenes, cuya edad se concentra entre los 25 y los 35 años. Lo anterior se refleja en el bajo porcentaje que se registra de niños menores de 15 años, los que equivalen sólo al 18% del total de la población extranjera residente en Chile. Este carácter predomina en la población peruana y boliviana que se traslada al país, donde la cantidad de niños es de aproximadamente un 10%.

---

<sup>103</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2007. Desarrollo del fenómeno de las migraciones en Chile. Evolución de la gestión gubernamental desde 1990 [en línea], Gobierno de Chile, Ministerio del Interior. <<http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/migraciones.pdf>> [consulta: 10 de octubre 2007]. Pág 3.

<sup>104</sup> Ibid. Pág. 2.



- Que se produce sólo recientemente: en el caso de la población de origen andino, con excepción de Bolivia, la inmigración hacia Chile es reciente, concentrándose las llegadas, principalmente, con posterioridad al año 1996. Considerando la información emanada del Censo de Población y Vivienda de 2002, y proyectando el total de permisos de residencia otorgados en Chile a partir de esa fecha, se observa que más del 50% del total de inmigrantes que reside actualmente en el país, llegó a éste después del año 1996, dato que toma relevancia en las poblaciones de origen peruano, colombiano y ecuatoriano.
- Principalmente no calificada y urbana: la mayoría de los inmigrantes que se trasladan a Chile provienen de sectores populares con baja escolaridad y escasa calificación laboral, y buscan desarrollar una actividad que les permita la subsistencia personal y familiar, pero también formas de integración que los defiendan de las desigualdades que se presentan en la sociedad receptora. En general, la mano de obra masculina se emplea en la construcción, en tanto que las mujeres en el servicio doméstico. El carácter no calificado de esta inmigración, puede acreditarse con la reducción de la incidencia de profesionales, técnicos y afines en la población inmigrante económicamente activa, pues, si conforme al Censo de 1992, el 64% de dicha población declaraba contar con esta característica, en el Censo del año 2002, el porcentaje se redujo a 45%.

En relación con la distribución territorial de la inmigración por regiones, se observa una importante concentración de ella en la

Región Metropolitana, en la que reside cerca del 63% del total de la población inmigrante.

Si bien la inmigración en Chile ha variado de manera notable en las últimas décadas, a juicio del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, es necesario no perder de vista que el punto central del fenómeno migratorio en Chile es el de la emigración pues, a partir de la década de los setenta, se produjo un importante proceso emigratorio que, en la actualidad, mantiene fuera de Chile a 857.781 chilenos, lo que equivale al 6% del total de la población del país, según cifras aportadas por el Primer Registro de Chilenos en el Exterior, realizado en el período 2003 – 2004 gracias a un trabajo conjunto del Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la Dirección para la Comunidad de Chilenos en el Exterior (DICOEX) y el Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Así, si se comparan las cifras de chilenos que residen fuera del país (6%), con las de extranjeros residentes en Chile (1.2%), se observa una relación de más de tres chilenos fuera por cada extranjero en el país<sup>105</sup>.

Sin embargo, y sin ánimo de restar importancia a las estadísticas antes señaladas, a nuestro juicio, la migración como fenómeno global no puede ser analizada sólo desde un punto de vista cuantitativo, en base al cual se determine qué variable de la misma – emigración o inmigración – tendrá mayor prioridad para el Estado. Emigración e inmigración son

---

<sup>105</sup> Ibid.

variables de un mismo fenómeno que es la movilidad humana, la que necesariamente debe estudiarse también desde un punto de vista cualitativo. Es correcto sostener que no debe perderse de vista a nuestros emigrantes, que bastante olvidados y desvinculados con su tierra natal se encuentran, pero también es correcto señalar que es y debe ser una prioridad del Estado chileno no perder de vista ni olvidar a quienes eligen Chile como destino para lograr mejores condiciones de vida, pues, en gran medida, las mismas razones que tuvieron los inmigrantes al decidir emigrar a nuestro país son las que experimentaron, y experimentan aún hoy, nuestros connacionales que decidieron o deciden emigrar. Por ello, una adecuada política migratoria debe necesariamente atender a estas dos variables, porque sólo si se logra que en Chile se reconozcan, garanticen y promuevan los derechos humanos de los inmigrantes, otorgándoles a éstos un trato acorde a su dignidad humana, podrá exigirse como Estado, en base al principio de la reciprocidad, que a nuestros connacionales también se les reconozcan y garanticen estos derechos, correspondiendo que reciban un trato digno y justo.

## **5. Precisiones conceptuales<sup>106</sup>**

El concepto de “migración” es amplísimo ya que es utilizado para aludir a las más diversas formas que pueden adoptar los desplazamientos humanos. Por esta razón, resulta necesario efectuar ciertas precisiones

---

<sup>106</sup> Para el desarrollo de este acápite se ha utilizado como texto base el Glosario sobre Migración N° 7, elaborado, en el año 2006, por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

conceptuales que permitan determinar con claridad el objeto de estudio de la presente investigación. Además, la precisión de conceptos vinculados a la temática migratoria no sólo es de interés académico, sino que también tiene una gran importancia práctica, como se verá más adelante.

En primer lugar, resulta necesario definir tres conceptos que se vinculan con la migración: nacional – extranjero – apátrida.

Se entiende por “**nacional**”, la persona que por nacimiento y por naturalización forma parte de una comunidad política, a la que debe fidelidad y en la cual disfruta todos sus derechos civiles y políticos y de protección.

El “**extranjero**”, es la persona que no es nacional de un Estado determinado. La Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven, define al extranjero como toda persona que no es nacional del Estado en el cual se encuentra (artículo 1). Por tanto, este término abarca al apátrida, al refugiado y a los migrantes.

El “**apátrida**”, es la persona que ningún Estado considera como nacional suyo conforme a su legislación (artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954). Como tal, un apátrida no tiene aquellos derechos atribuibles a la nacionalidad, por ejemplo, en el contexto de la protección diplomática de un Estado, rige como principio aplicable el

que un país solamente puede ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales. Además, el apátrida no tiene los derechos inherentes a la condición de residente legal y habitual en el Estado en el que tiene residencia temporal, ni el derecho al retorno en el caso de que viaje.

Como puede observarse, la situación de apatridia supone una alta vulnerabilidad de quien la sufre, existiendo normativas y prácticas específicas para hacer frente a la misma, materias todas que no forman parte del objeto de estudio de esta investigación, la que se circunscribe a una problemática que se vincula con las nociones de “nacional” y “extranjero”.

Las personas que tienen la calidad de nacionales de un Estado determinado, pueden movilizarse dentro y fuera de las fronteras territoriales del mismo. Así, es la movilidad humana, reconocida jurídicamente a través del derecho a la libertad de circulación, la que nos conduce al concepto de “**migración**”<sup>107</sup>.

El término “**migración**” abarca todo movimiento de personas, pues se define como un movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo, sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas. Este concepto incluye, por tanto, la migración de refugiados, de personas desplazadas y migrantes económicos.

---

<sup>107</sup> El derecho a la libertad de circulación está consagrado en los artículos 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, 8 y 39 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el “**refugiado**” es la persona que cumple con los criterios del ACNUR y califica para la protección de las Naciones Unidas dada por el Alto Comisionado, sin tomar en cuenta si se encuentra o no en el territorio de un Estado Parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o de su Protocolo de 1967, o si ha sido o no reconocida por el país huésped como refugiado bajo uno de estos dos instrumentos.

Los instrumentos citados, esto es, la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, definen al refugiado como aquella persona que, con fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

“La Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA) de 1969, que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, amplía la definición tradicional de refugiado, dada más arriba, a aquellos que huyen de la agresión externa, la ocupación, la dominación extranjera o hechos que perturban gravemente el orden público. En el continente americano, con el fin de tratar las circunstancias concretas en Latinoamérica, se aprobó, en 1964, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Esta Declaración amplía también la definición de refugiado al considerar otras causas de desplazamiento forzoso como las violaciones masivas de los derechos humanos. En todo caso, se mantiene el criterio del

cruce de una frontera internacional, tal como en la Convención de la OUA”<sup>108</sup>.

Relacionado con el concepto de “refugiado”, está el de “**solicitante de asilo político**”, sin embargo, ambas nociones son diferentes. “La noción de asilo sólo conlleva la admisión física de un solicitante al territorio de un Estado que no es el suyo, en virtud de ser perseguido por delitos políticos. El Estado asilante se compromete a no devolver ni extraditar al asilado. Se le llama asilo diplomático cuando se concede en legaciones, navíos de guerra, y campamentos o aeronaves militares. Por su parte, el concepto de refugiado está vinculado a una decisión formal de los Estados que son parte de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y su Protocolo de 1967. Tal decisión es adoptada por esos Estados respecto de quienes, hallándose fuera del país de su nacionalidad, tienen fundados temores de ser víctimas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o uniones políticas”<sup>109</sup>.

Las “**personas desplazadas**” son aquellas que huyen de su Estado o comunidad por temor o peligros derivados, generalmente, de un conflicto interno, desastres naturales u otros. Por tanto, el término “desplazados” es de carácter genérico y puede incluir entonces a quienes tienen la calidad de refugiados. A su vez, las personas desplazadas pueden clasificarse en:

---

<sup>108</sup> PERRUCHOUD, Richard. 2001. Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes. En: Notas de Población, año XXIX (N° 73), Santiago de Chile. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División Población. Pág. 276.

<sup>109</sup> ZALAQUETT, José. 2002. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Material de curso, segunda parte. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional. Pág. 61.

- **Desplazados externos:** Personas que han tenido que abandonar su país debido a persecución, violencia generalizada, violación masiva de derechos humanos, conflictos armados u otras situaciones de esta naturaleza. Estos individuos huyen, a menudo, en masa, y a veces también se les denomina “refugiados de facto”, en la medida en que todavía no hayan obtenido un reconocimiento jurídico-formal como tales.
- **Desplazados internos:** Personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a huir o dejar sus hogares o su residencia habitual, particularmente, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de una situación de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de desastres naturales o humanos, y que no han atravesado la frontera de un Estado internacionalmente reconocido.

Por su parte, con respecto al término “**migrantes**”, cabe señalar que, a nivel internacional, no hay una definición universalmente aceptada del mismo. Usualmente, abarca, por exclusión, todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona, concernida por “razones de conveniencia personal”, y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias. Por esta razón, los conceptos de “refugiado” y “personas desplazadas” no caben dentro del término “migrante”, puesto que, en estos casos, la migración no es



voluntaria, sino que forzosa. En cambio, por lo general, el término “migrante” se utiliza sólo para aludir al migrante económico voluntario o al trabajador migratorio, nomenclaturas que aluden a una situación que se caracteriza porque en ella la decisión de migrar es voluntaria y no forzosa y se adopta por razones de conveniencia personal<sup>110</sup>.

De acuerdo a lo señalado precedentemente, el término “**migrante económico**” ha sido utilizado para aludir a las personas que, habiendo dejado su lugar de residencia o domicilio habitual, buscan mejorar sus niveles de vida en un país distinto al de origen. También se utiliza para hacer referencia a personas que intentan ingresar a un país sin permiso legal y/o utilizando procedimientos de asilo de mala fe. Asimismo, se aplica a las personas que se establecen fuera de su país de origen por la duración de un trabajo de temporada, como las cosechas agrícolas, y que se denominan “trabajadores de temporada” o “temporeros”.

Ahora bien, dado que el migrante económico deja voluntariamente su país de origen para lograr mejores condiciones de vida en el Estado de destino, la categoría migratoria que más se adecúa a éste al momento de ingresar y permanecer en dicho Estado, es la de “**trabajador migratorio**”, el que ha sido definido por la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, como “la persona que vaya a realizar,

---

<sup>110</sup> Sin embargo, como se verá más adelante, el carácter siempre voluntario de las migraciones fundadas en razones económicas ha sido fuertemente cuestionado, pues, en muchos casos, las condiciones económicas son tan adversas que la migración se convierte en la única opción para sobrevivir.

realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional”<sup>111</sup>. Este mismo instrumento internacional consagra múltiples subcategorías de trabajadores migratorios, según sea el tipo de trabajo que se vaya a realizar, se realice o se haya realizado en el país de destino. Así, según los artículos 2 y 5 de la referida Convención, el trabajador migratorio puede tener el carácter de:

- **Trabajador fronterizo:** es todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana.
- **Trabajador de temporada:** es todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año.
- **Marino** (término que incluye a los pescadores): es todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional.
- **Trabajador en una estructura marina:** es todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional.
- **Trabajador itinerante:** es todo trabajador migratorio que, aún teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación.

---

<sup>111</sup> Véase artículo 2.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

- **Trabajador vinculado a un proyecto:** es todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador.
- **Trabajador con empleo concreto:** es todo trabajador migratorio:
  - a) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta;
  - b) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o
  - c) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve;y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia.
- **Trabajador por cuenta propia:** es todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales.

- **Trabajador migratorio documentado o en situación regular:**  
Aquél que ha sido autorizado a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.
- **Trabajador migratorio no documentado o en situación irregular:**  
Aquél que no ha sido autorizado a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.

Por último, resulta necesario señalar que, además, el término “migrante” tiene un carácter genérico, pues abarca tanto al emigrante como al inmigrante. “El “**emigrante**” es la persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él. El “**inmigrante**”, por su parte, es la persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él”<sup>112 113</sup>.

Los conceptos vistos permiten deducir que el término “migración” es más amplio e inclusivo que el de “migrante”, pues la “migración” abarca todo movimiento de personas (refugiados, personas desplazadas y migrantes), mientras que el término “migrante” se utiliza sólo para aludir al

---

<sup>112</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Op. cit. Párrafo 69.

<sup>113</sup> En Chile, el Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de 1953, que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia, define al inmigrante como el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones de este DFL (artículo 5).

migrante económico o al trabajador migratorio. En atención a esto, y debido a la amplitud del término “migración”, dada la multiplicidad de formas y contextos dentro de los cuales pueden desarrollarse los desplazamientos humanos, resulta necesario estudiar las siguientes clasificaciones de la migración:

a) En atención a si se realiza con o sin asistencia, se distingue entre:

- **Migración asistida:** Movimiento de personas realizado con la asistencia de uno o varios gobiernos o de una organización internacional, distinta de la migración espontánea y sin ayuda.
- **Migración espontánea:** Movimiento de personas o grupo de personas que inician y realizan sus planes de migración sin asistencia. Por lo general, esta migración es causada por factores negativos en el país de origen y por factores atractivos en el país de acogida; se caracteriza por la ausencia de asistencia del Estado o de cualquier otro tipo de asistencia nacional o internacional.

En nuestro país, el Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de 1953, y que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia, reconoce esta clasificación de la migración al definir, en sus artículos 9 y 10, la “inmigración libre” y la “inmigración dirigida” respectivamente. Según este DFL, “inmigración libre” es aquella en que el extranjero costea los gastos de su viaje y de su establecimiento en Chile. En tanto que la “inmigración dirigida” es aquella que se efectúa con la ayuda económica de

instituciones nacionales, extranjeras o internacionales y con el objeto de radicar al inmigrante en una zona determinada del país para que se dedique a labores agrícolas, forestales, ganaderas, mineras, pesqueras, industriales u otras que para cada caso determine el Ministerio de Relaciones Exteriores.

b) En atención a las razones que las motivan, se distingue entre:

- **Migración voluntaria:** “Flujo que obedece a la decisión de mejorar las condiciones de vida personales y familiares. Tiene su origen en las posibles condiciones económicas y laborales más favorables en países de destino, y en la búsqueda de mayores libertades y tolerancia, principalmente para grupos tradicionalmente excluidos”<sup>114</sup>.
- **Migración forzosa:** Término genérico que se utiliza para describir un movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y a la subsistencia, ya sea por causas naturales o humanas. Son migraciones forzosas, los movimientos de refugiados y de personas desplazadas.

“La voluntariedad es el patrón que permite diferenciar a las migraciones forzadas de las voluntarias. Si bien, normalmente, sólo se considera migración forzada a aquellas motivadas por una presión externa directa, mientras que serían voluntarias aquellas que responden a la decisión de migrar del individuo, un análisis más detallado permite establecer otras

---

<sup>114</sup> OLEA, Helena. 2007. Op. cit. Pág. 198.

situaciones que también podrían considerarse no voluntarias. Además de aquellas migraciones forzadas que estarían determinadas por coacción directa, en las cuales las personas son trasladadas físicamente en contra de su voluntad, como ocurre, por ejemplo, con la aplicación de políticas de distribución poblacional con objetivos geopolíticos, o de aprovisionamiento de mano de obra, existen otros tipos de migraciones forzadas. Un segundo tipo, serían aquellas en las que, si bien las personas no son trasladadas con coacción directa, deben movilizarse ante el peligro de perder su vida o libertad si no lo hacen, que es el caso típico del refugio por razones político ideológicas. Un tercer tipo, sería aquella en la que, aún no existiendo las condiciones anteriormente descritas, las personas deben trasladarse porque su sobrevivencia cotidiana en términos económicos ya no es posible en su lugar de origen. O bien, siendo posible, su calidad de vida o expectativas de realización personal están fuertemente limitadas o cercenadas por la situación económica y social en que se encuentran. Esta sería la típica migración laboral de sobrevivencia. Una cuarta acepción de migración forzada sería la determinada por factores socioculturales que, al impedir la interacción o promover la intolerancia ante las diferencias culturales, religiosas y/o étnicas, obligan a las personas a desplazarse hacia otro lugar para poder desarrollar su vida, manteniendo su identidad cultural”<sup>115</sup>.

“En el primer tipo de migración forzosa, la coercitiva, la persona es trasladada físicamente en contra de su voluntad, en cambio, en los otros tres tipos de migración, la persona “decide trasladarse”, es decir, hay un acto en

---

<sup>115</sup> MÁRMORA, Lelio. Op. cit. Pág. 94 y 95.

el cual se toma la decisión migratoria, pero esta decisión es obligada por diferentes razones, lo cual implica que se adopta en última instancia contra la voluntad de la persona”<sup>116</sup>. Por ello, el carácter voluntario de las migraciones fundadas en razones económicas es cuestionable. En muchos casos, las condiciones económicas son tan adversas que la migración se convierte en la única opción para sobrevivir. Ante esta situación, es más conveniente admitir que la migración causada por factores económicos puede ser voluntaria o forzada.

Con respecto a las migraciones voluntarias, cabe señalar que éstas “tienen una característica básicamente distintiva: la decisión migratoria se toma en función de las ventajas que ofrece el lugar de destino, aún cuando el de origen no está condicionando u obligando la partida. En estas migraciones pueden, a su vez, distinguirse dos tipos: por un lado, las signadas por el espíritu de aventura del ser humano y, por otro, aquellas que responden a la decisión del mejoramiento de las condiciones de vida”<sup>117</sup>.

“La migración aventurera, propia del arquetipo del conquistador, va a estar asociada a la búsqueda del descubrimiento, de la acumulación de riquezas o de poder en forma más rápida o más fácil que en su lugar de origen”<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Ibid. Pág. 95.

<sup>117</sup> Ibid. Pág. 95 y 96.

<sup>118</sup> Ibid. Pág. 96.



“La migración para el mejoramiento de las condiciones de vida constituye el caso típico en el cual la decisión de migrar resulta de un conjunto de elementos evaluados en términos de costo – beneficio por parte del migrante, con un poco de incidencia de las condiciones del lugar de origen y con un gran peso de las posibilidades que le brinda el lugar de llegada. Se busca algo mejor en términos de desarrollo económico, científico, social o cultural, y las oportunidades del lugar elegido constituirán la base de una decisión racionalmente tomada”<sup>119</sup>.

c) En atención a si suponen el cruce de fronteras o no, se distingue entre:

- **Migración internacional:** Movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen su residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo, lo cual supone, necesariamente, atravesar la frontera de dicho Estado.
- **Migración interna:** Movimiento de personas que se produce desde una región a otra del mismo país, con el propósito de establecer una nueva residencia. Los migrantes internos se desplazan en el mismo país, no cruzan las fronteras de éste.

d) En atención a su duración, se distingue entre:

- **Migración temporal:** “Es aquella en la que se busca resolver un problema de insuficiencia de empleo o de gran precariedad en el

---

<sup>119</sup> Ibid.

empleo que se ejerce en el respectivo país de origen, teniendo en perspectiva el retorno al mismo en un plazo breve”<sup>120</sup>.

- **Migración permanente:** Supone la salida del país del que se es nacional o de aquél en que se tiene la residencia habitual por un período de, por lo menos, un año, siendo el país de destino el lugar de la nueva residencia.

e) En atención a si respeta o no la normativa legal y administrativa vigente en los países de origen, tránsito y destino, se distingue entre:

- **Migración regular:** Es aquella que se produce a través de canales regulares y legales.
- **Migración irregular:** Es aquella que alude a las personas que se desplazan al margen de las normas migratorias existentes en los Estados de envío, de tránsito o de acogida.

No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de la migración irregular. Desde el punto de vista de los países de envío, la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin los documentos de viaje o pasaporte válido, o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país. Desde el punto de vista de los países de destino, significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el inmigrante no tiene la autorización necesaria ni los

---

<sup>120</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2001. Políticas Migratorias, año XI (Nº257), Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Santiago, Chile. Pág. 2.

documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país.

Cabe resaltar que, actualmente, hay una tendencia a restringir cada vez más el uso del término “migración ilegal”, reservando su utilización sólo a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas. En tal sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios, utiliza los términos de “trabajadores migratorios documentados o en situación regular” y “trabajadores migratorios indocumentados o en situación irregular”, jamás hace referencia a trabajadores migratorios ilegales.

Por otra parte, con respecto a la relevancia que tiene efectuar estas precisiones conceptuales en materia migratoria, cabe indicar que, “la comunidad internacional ha suscrito varias declaraciones y convenciones que estipulan los derechos de las personas que cruzan las fronteras de los Estados. Si bien algunos de éstos rigen para todos los individuos de la especie humana, dada su condición de derechos fundamentales, la aplicación de otros depende, en gran medida, de si la persona involucrada cabe o no dentro de alguna de las categorías mencionadas, a saber, refugiados, personas desplazadas y migrantes económicos”<sup>121</sup>. Por ejemplo, las convenciones e instrumentos internacionales sobre la condición de los refugiados otorgan determinados derechos únicamente a las personas que, por cuya condición, pueden subsumirse dentro de la definición legal de

---

<sup>121</sup> PERRUCHOUD, Richard. Op. cit. Pág. 277.

refugiado. Los instrumentos que regulan la situación de los trabajadores migratorios, estipulan derechos cuyos titulares son únicamente las personas empleadas fuera de su Estado de nacionalidad y que se hallen comprendidas dentro de la definición legal de este tipo de trabajadores. Por tanto, efectuar precisiones conceptuales en materia migratoria, no tiene un puro interés académico de sistematización, sino que conlleva efectos jurídicos trascendentales, ya que gracias a ellas puede determinarse qué estatuto normativo debe aplicarse a las personas que forman parte de los más variados tipos de desplazamientos humanos que se producen en el mundo.

Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación práctica de estos conceptos puede resultar problemática pues, en muchas ocasiones, éstos se superponen entre sí, sin que puedan apreciarse claramente sus diferencias. “En el conjunto de personas que se mueven alrededor del mundo, las categorías y conceptos se vuelven insuficientes y difusos. Ello queda claro cuando vemos los distintos tipos de grupos que se movilizan: trabajadores con contrato, mano de obra calificada, expatriados, retornados, personal militar, estudiantes, misioneros, inmigrantes indocumentados, refugiados (refugiados políticos, económicos y por desastres naturales), personas que buscan la reunificación familiar, niños adoptados, inmigrantes estacionales y turistas, entre otros. A partir de esta diversidad, una de las primeras consideraciones necesarias de señalar es que estas categorías requieren regulaciones distintas, pero sobre la base del reconocimiento de derechos comunes, tales como el derecho a la libre circulación, a la no discriminación

y al trabajo”<sup>122</sup>. A fin de reconocer ciertos derechos comunes, “en los últimos años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha comenzado a emplear el término “**no ciudadanos**”, como categoría inclusiva que abarca a migrantes y refugiados. Este término es particularmente útil porque pone el acento en la ciudadanía como factor de discriminación en el goce y ejercicio de derechos y libertades. La exigencia de documentos de identidad y, en muchos casos, de la condición de ciudadana o ciudadano como requisito para acceder a bienes y servicios, provoca la exclusión y discriminación de facto de quienes carecen de esa condición. Esta terminología emergente resulta útil para superar algunas de las discusiones dadas en torno a las diferencias entre migración forzada y voluntaria. Se busca, a través de este nuevo enfoque, reconocer que independientemente de las diferentes razones que pueden llevar a una persona a abandonar su lugar de residencia, existen situaciones comunes de exclusión y violación de derechos que impactan en quienes no son ciudadanos del Estado en que residen”<sup>123</sup>, es decir, más que atender a las causas de la migración para elaborar categorías de migrantes y para determinar los derechos que le corresponden a cada uno de éstos, se atiende a las consecuencias de ese desplazamiento, muchas veces comunes, sea cual sea la causa del mismo, y que se traducen, generalmente, en situaciones de exclusión, discriminación y violaciones de derechos humanos. Los “no ciudadanos”, término amplio, comprensivo de todo aquel que goza de dicha

---

<sup>122</sup> STEFONI, Carolina. Op. cit. Pág. 116.

<sup>123</sup> OLEA, Helena. Op. cit. Pág. 204.

calidad, en atención a su condición de extranjero, permitiría identificar a estos grupos vulnerables, asignándoles derechos comunes.

Finalmente, de acuerdo a los conceptos y a las clasificaciones de la migración analizadas precedentemente, debe precisarse que este estudio versará únicamente sobre aquella migración económica de carácter internacional, que puede ser voluntaria o forzosa, temporal o permanente, regular o irregular. Se excluyen, por tanto, de esta investigación todas las materias referidas a la migración de refugiados y de personas desplazadas, así como las migraciones internas que no suponen el cruce de fronteras, sean voluntarias o forzosas, temporales o permanentes.

## **CAPÍTULO II: DERECHOS DEL MIGRANTE**

### **1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

En la actualidad, “el carácter masivo de las migraciones y las tensiones que derivan del ingreso autorizado y no autorizado de millones de personas extranjeras a Estados de los cuales no son nacionales, son fenómenos globales complejos. No obstante, la atención se ha centrado en el impacto económico y social de las migraciones en la gestación de sociedades diversas, en la contención de los flujos masivos de personas y en la correlativa demanda de bienes y servicios. Los factores económicos y

políticos de las migraciones han predominado en la aproximación a este fenómeno”<sup>124</sup>. Sin embargo, este enfoque ha resultado ser reducido, ya que deja de lado la dignidad de las personas migrantes y su condición de vulnerabilidad. “Como alternativa, la utilización de un enfoque de Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone el acento en las condiciones que inciden de manera negativa y positiva en la protección y garantía de sus derechos. Un análisis de esta naturaleza permite considerar las políticas y prácticas migratorias a partir de la protección y garantía de sus derechos básicos”<sup>125</sup>.

“Al emplear esta nueva perspectiva, se verifica que la condición de no ciudadanos relega a las personas migrantes a una situación de particular vulnerabilidad. El desconocimiento de la lengua, las costumbres, la legislación y las prácticas, así como la ausencia de poder político, dificultan la relación de las personas migrantes con las autoridades estatales, incidiendo de manera negativa en el acceso a servicios y programas públicos. Ellas no sólo encuentran trabas para acceder a los programas y servicios a cargo del Estado, sino también para demandar la protección de las autoridades cuando son víctimas de delitos o de abusos. La condición de vulnerabilidad se plasma en la ausente o deficiente protección y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes”<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> OLEA, Helena. Op. cit. Pág. 197.

<sup>125</sup> Ibid. Pág. 203.

<sup>126</sup> Ibid.

Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes ha señalado que factores sociales, económicos y culturales constituyen la principal causa de la particular condición de vulnerabilidad que afecta a este grupo humano. En su preocupación por dar a conocer cómo se configura en las sociedades de destino esta vulnerabilidad o condición de extrema carencia de poder, el Relator Especial ha identificado las principales prácticas adoptadas en esas sociedades que significan una violación de los derechos humanos de los migrantes. Como se verá, estas prácticas atentan, en ciertos casos, contra migrantes regulares y, en otros casos, contra categorías particulares de migrantes, como lo son las mujeres y los niños y aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular.

En el caso de la migración regular, las prácticas violatorias de derechos humanos identificadas por el Relator Especial se refieren, generalmente, a “deducciones en los salarios para pagar los servicios de agencias privadas de contratación, a la modificación en los países de destino de cláusulas contractuales previamente acordadas, al cumplimiento de largas horas extras no remuneradas, al pago de salarios a niveles muy inferiores a los acordados en el momento de la contratación, al cobro ilegal de comisiones, al no pago de salarios devengados y a la denegación de vacaciones remuneradas”<sup>127</sup>. Además, el Relator Especial ha puesto de manifiesto ciertas prácticas desarrolladas en algunos países que aumentan la vulnerabilidad de los migrantes documentados. Entre éstas cabe destacar:

---

<sup>127</sup> BUSTAMANTE, Jorge. 2005. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. Comisión de Derechos Humanos, 62° período de sesiones, E/CN.4/2006/73, 30 de diciembre de 2005. Pág. 13.



“la confiscación de los documentos de identidad de los inmigrantes por parte de sus empleadores, muchas veces con la complicidad manifiesta de los funcionarios públicos que confiscan esos documentos en el momento de la entrada en el país y los entregan a los empleadores; la existencia de sistemas que impiden a los migrantes cambiar de empleador, por lo que la legalidad de su estancia en un determinado país depende por completo de este último; la falta de inspección de los lugares de trabajo y de las agencias privadas de contratación; la indefensión jurídica que muchas veces afecta a este grupo; y el escaso apoyo prestado a quienes deseen denunciar los abusos sufridos”<sup>128</sup>. A lo anterior, cabe agregar que “todos los inmigrantes, sin distinción de sexo, son objeto de discriminación en muchos ámbitos de su vida lo que menoscaba el disfrute de sus derechos esenciales, pues la interacción de los distintos motivos de discriminación que sufren los migrantes (género, raza, ascendencia nacional, religión) entraña experiencias y formas de exclusión, desventajas y abusos que tienden a acumularse e intensificarse y que afectan a todas las esferas: el lugar de trabajo, el acceso a los servicios sociales, la justicia, la educación, la vivienda, la atención sanitaria, la participación en la vida pública y en las instancias de decisión”<sup>129</sup>.

Con respecto a determinadas categorías de migrantes, sostiene el Relator Especial que las mujeres y niños son particularmente vulnerables. “Las mujeres migrantes, debido a su doble marginación como mujeres y

---

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> Ibid. Pág. 15.

como migrantes, pueden encontrarse fácilmente en situaciones que las hagan vulnerables a la explotación, la violencia y los abusos, tanto en el hogar como en el trabajo. Los trabajadores migrantes del servicio doméstico, que suelen ser en su mayoría mujeres, son una de las categorías más expuestas a diversas formas de abusos como restricciones de la libertad de circulación, horarios de trabajo excesivos, baja remuneración, deducciones salariales ilegales y formas de servidumbre por deudas”<sup>130</sup>. Por su parte, “los niños migrantes con frecuencia corren el peligro de ser sometidos a abusos muy graves, incluidos los abusos sexuales y el trabajo degradante o en condiciones de esclavitud o ser víctimas de situaciones de trata”<sup>131</sup>. Esta vulnerabilidad extrema se explica porque “muchas familias de los países de origen se sienten forzadas a mandar a sus hijos al extranjero a estudiar o trabajar ante la falta de oportunidades en esos países y, en algunos casos, por todas las ventajas que ofrecen las agencias privadas de contratación a las familias. Sin embargo, en muchos casos, esos agentes abandonan a los menores en los países de tránsito una vez que sus familias han pagado grandes sumas de dinero. En otros casos, los niños son detenidos por períodos prolongados o bien expulsados o deportados por las autoridades de los países de tránsito y destino, muchos de los cuales carecen de medidas adecuadas de protección que tengan en cuenta la situación especial de vulnerabilidad de los menores. A tales condiciones cabe agregar que las limitaciones que existen para la reintegración familiar pueden llevar

---

<sup>130</sup> BUSTAMANTE, Jorge. 2006. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes. Asamblea General de las Naciones Unidas, 61º período de sesiones, A/61/324, 11 de septiembre de 2006. Pág. 11.

<sup>131</sup> Ibid.

a los padres a adoptar medidas desesperadas para reunirse con sus hijos, como lo es el recurrir a tratantes”<sup>132</sup>.

La carencia extrema de poder que afecta a los migrantes se acrecienta aún más en el caso de aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular, condición que puede originarse por diversos motivos. “Los extranjeros que ingresan en un país sin contar con las debidas autorizaciones tienen la condición de irregulares desde el momento en que llegan. Pero los extranjeros que entran en forma legal también pueden perder su condición regular durante la estadía. Los turistas que trabajan, los trabajadores migratorios que no renuevan sus permisos de trabajo, los solicitantes de asilo cuyas solicitudes son denegadas pero que no abandonan el país, los extranjeros que solicitan una renovación de los permisos o cambios de situación pero, a causa de la ineficiencia administrativa, siguen sin tener un permiso válido, todos están en situación migratoria irregular”<sup>133</sup>.

A juicio del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Migrantes, “la demanda existente de trabajadores migrantes, su insuficiente reconocimiento por los gobiernos y la subsiguiente falta de vías legales para la migración, están entre las causas fundamentales de la migración irregular, que suele ser un factor coadyuvante para las violaciones de los derechos humanos y las situaciones

---

<sup>132</sup> Ibid.

<sup>133</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 45.

de abusos sufridas por los migrantes. Entre las situaciones extremas denunciadas en el contexto de la migración irregular, cabe mencionar:

- Situaciones de contrabando y trata de personas, que en muchos casos afectan a personas particularmente vulnerables, como las mujeres y los niños.
- Cruce de fronteras en condiciones peligrosas (a menudo en relación con el contrabando), que en ocasiones provoca pérdidas de vidas;
- Abusos cometidos por funcionarios públicos, como la extorsión, la violación del derecho a la integridad personal y la violación del derecho a la vida.
- Violaciones o restricciones del derecho a la libertad de circulación y a la seguridad, en particular cuando se mantiene a los migrantes en detención administrativa y cuando las condiciones de detención son inadecuadas, incluso por falta de protección a las personas vulnerables, como niños no acompañados, refugiados y víctimas de la trata.
- Procedimientos y procesos de expulsión indebidos, incluidos la denegación de un juicio justo o de la oportunidad de percibir los salarios adeudados o los bienes poseídos antes de ser expulsado, y de ser sometido a un uso excesivo de la fuerza durante la expulsión.
- Diversas formas de abusos de los derechos económicos, sociales y culturales cometidos por particulares o empresas, como horarios laborales excesivamente prolongados, sueldos muy por debajo de los niveles mínimos establecidos por la ley, impago de salarios o

deducciones salariales ilegales y condiciones de trabajo duras y peligrosas, entre otras cosas. En algunos casos, estas situaciones equivalen a la trata de personas o al trabajo forzoso.

- La falta de acceso a servicios sociales muy básicos como la atención de la salud, incluso en emergencias, o la enseñanza para los hijos de los inmigrantes en situación irregular”<sup>134</sup>.

La extrema explotación que a menudo sufren aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular reduce al mínimo su contribución a la familia y, por consiguiente, al desarrollo de sus países de origen. Además, en muchos casos, la participación de estos inmigrantes en la economía sumergida los pone al margen de la ley y de sus protecciones y deberes, por lo que no pagan impuestos o no tienen forma de hacerlo, no contribuyen al financiamiento de los sistemas de seguridad social existentes en los países de destino, ni menos pueden denunciar los abusos sufridos. Para algunos sectores de la población de esos países, tales circunstancias justifican su percepción de que los inmigrantes no contribuyen a las sociedades en que viven, sino que más bien se benefician de los servicios sociales y otras infraestructuras existentes, muchas veces en detrimento de la población “autóctona”, lo cual alimenta el racismo y los sentimientos y prejuicios contra éstos. Además, como ocurre en general con las cuestiones relacionadas con la migración, no existe o no se divulga debidamente información detallada sobre la existencia de una demanda de mano de obra migrante o sobre la participación de los inmigrantes en las economías de los

---

<sup>134</sup> BUSTAMANTE, Jorge. 2006. Op. cit. Págs. 13 y 14.

países de acogida. Ante ello, el Relator Especial ha señalado creer “que es fundamental que aumenten la comprensión y el reconocimiento de la necesidad de mano de obra migrante y de las numerosas aportaciones positivas que hacen los migrantes a las sociedades en que viven, y reducir así su vulnerabilidad a numerosas violaciones de los derechos humanos. Esta información también desempeñaría una función central en la formulación de políticas de migración acordes con las realidades y necesidades de los países concernidos”<sup>135</sup>.

Como puede apreciarse, el estudio de las migraciones internacionales bajo la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permitido entrelazar los conceptos de vulnerabilidad, integración y derechos fundamentales de los migrantes. Conforme a esta nueva perspectiva, la vulnerabilidad es presentada como una condición inherente a la calidad migratoria en virtud de los diversos factores que han sido reseñados, y entre los que se cuentan: vivir y trabajar en un país de cual no se es ciudadano; discriminación en la sociedad; diferencias de idioma, costumbres y culturas; dificultades económicas y sociales. Esta particular condición exige que los migrantes sean protegidos frente a los diversos obstáculos que deben sortear, y las vías que se han adoptado para lograr dicha protección son dos. En primer lugar, la promoción de un proceso de integración que suponga una voluntad de respeto y adaptación mutua por parte de los migrantes y de los nacionales de las sociedades de destino y que les permita interactuar de modo positivo y pacífico. En segundo lugar, y como presupuesto básico de

---

<sup>135</sup> Ibid. Pág. 14.

todo proceso de integración, el reconocimiento de que los migrantes, como seres humanos que son, tienen, por esa sola calidad, derechos frente al Estado que éste tiene el deber de respetar y garantizar.

La integración y el respeto de los derechos fundamentales son valores asociados que permiten lograr que los migrantes vivan cómodamente en las sociedades de destino. Los migrantes aceptados y respetados por otros miembros de la sociedad se encuentran en una buena posición para aprovechar su potencial y realizar aportes a su país de adopción. La cohesión social ofrece a los migrantes y a los nacionales un sentimiento de seguridad y de objetivo común, y es un importante ingrediente del éxito económico. Por su parte, el reconocimiento de los derechos humanos del migrante constituye una condición esencial para reducir la vulnerabilidad estructural y cultural que afecta a este grupo humano, y les permite relacionarse en un pie de igualdad con los nacionales del país de acogida, favoreciendo con ello la integración y la cohesión social.

## **2. Derechos humanos del migrante: fundamentos ético-filosóficos**

Los derechos humanos, concebidos como “atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer”<sup>136</sup>, constituyen una de las más importantes conquistas de la humanidad en el siglo XX y, actualmente, representan

---

<sup>136</sup> NIKKEN, Pedro. 1994. El Concepto de Derechos Humanos. Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Costa Rica. Pág. 1.

también una base esencial sobre la cual se estructura todo Estado de Derecho. En base a ello, no puede discutirse que las personas migrantes son titulares de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pues las normas presentes en éstos son aplicables a todos los individuos de la especie humana por el solo hecho de ser tales, sin excepción alguna.

Ahora bien, dadas las particularidades que presenta la condición de “migrante” (como se ha señalado: vivir y trabajar en un país de cual no se es ciudadano; discriminación en la sociedad; diferencias de idioma, costumbres y culturas; dificultades económicas y sociales) ha comenzado a discutirse si el enfoque tradicional de los derechos humanos basta para dar una adecuada protección jurídica, a nivel internacional y nacional, a los migrantes, en el entendido de que éstos constituyen un grupo étnico minoritario dentro de las sociedades a las cuales arriban. Así, han surgido voces críticas contra la política de igual dignidad para todos, que subyace bajo la perspectiva de los derechos humanos, puesto que la misma supone considerar que los derechos individuales permiten perfectamente acomodar las diferencias, porque la verdadera igualdad exige derechos iguales para cada individuo sin tener en cuenta la raza o la etnicidad. Quienes se oponen a la política de dignidad igualitaria, estiman que ésta desconoce las profundas diferencias étnicas o de raza que, cada vez con mayor fuerza, se manifiestan en las sociedades democráticas actuales, las que, se quiera o no, tienen un marcado acento multicultural, agravando dicho desconocimiento los conflictos etnoculturales que se producen en las mismas.



Will Kymlicka, uno de los autores más importantes que ha estudiado el resurgimiento de los grupos minoritarios nacionales y étnicos, así como las múltiples reivindicaciones planteadas por ellos, sostiene, en su obra *“Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías”*, que “tras la Segunda Guerra Mundial, los derechos de las minorías se abordaron bajo la óptica de los derechos humanos, ya que se creía, desde una postura liberal, que el nuevo énfasis en estos derechos resolvería los conflictos de las mismas, pues, más que proteger directamente a los grupos vulnerables mediante derechos especiales para los miembros de grupos concretos y explicitados, las minorías culturales se protegerían indirectamente garantizando los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, con independencia de su filiación o grupo de permanencia. Los liberales dieron por supuesto que, allá donde se protegieran los derechos individuales, no era necesario atribuir derechos adicionales a los miembros de minorías étnicas o nacionales específicas”<sup>137</sup>. Por tal razón, “la mayoría de los liberales de la postguerra, tanto de derecha como de izquierda, han siempre rechazando la idea de una diferenciación permanente en los derechos o estatus de los miembros de determinados grupos. Niegan la afirmación según la cual los derechos específicos de grupo son necesarios para reconciliar diferencias culturales tradicionales más que para remediar discriminaciones históricas. Se han opuesto por doquier y de forma repetida a la idea de que debería concederse a los grupos étnicos o nacionales

---

<sup>137</sup> KYMLICKA, Will. 1996. *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, España, editorial Paidós. Pág. 15.

específicos una identidad política permanente o un estatus constitucional”<sup>138</sup>.

Sin embargo, a juicio de este autor, cada vez está más claro que “los derechos de las minorías no pueden subsumirse bajo la categoría de derechos humanos. Las pautas y procedimientos tradicionales vinculados a los derechos humanos son simplemente incapaces de resolver importantes y controvertidas cuestiones relativas a las minorías culturales como las siguientes: ¿qué lenguas deberían aceptarse en los parlamentos, burocracias y tribunales? ¿Se deberían dedicar fondos públicos para escolarizar en su lengua materna a todos los grupos étnicos o nacionales? ¿Se deberían trazar fronteras internas tendentes a lograr que las minorías culturales formen una mayoría dentro de una región local? ¿Deberían distribuirse los organismos políticos de acuerdo con un principio de proporcionalidad nacional o étnica? ¿Qué grado de integración cultural puede exigirse de los inmigrantes y los refugiados antes de que adquieran la ciudadanía?”<sup>139</sup> Sostiene que “el problema no es que las doctrinas tradicionales sobre los derechos humanos den una respuesta errónea a tales cuestiones, sino, más bien, que a menudo no dan ninguna. El derecho a la libertad de expresión no nos dice cuál es la política lingüística adecuada; el derecho a la movilidad y libre circulación nada nos dice sobre cómo debe ser una política adecuada de inmigración y nacionalización. Estas cuestiones se han dejado a los procedimientos habituales de toma de decisiones mayoritarias

---

<sup>138</sup> Ibid. Pág. 17.

<sup>139</sup> Ibid. Págs. 17 y 18.

de cada Estado. El resultado de ello es que las minorías culturales son vulnerables a injusticias significativas a manos de la mayoría, así como el agravamiento del conflicto etnocultural”<sup>140</sup>.

El autor propone que, para resolver estas cuestiones de una manera equitativa, deben complementarse los principios tradicionales de los derechos humanos con una teoría de los derechos de las minorías, pues, a su juicio, en un Estado multicultural, una teoría de la justicia omniabarcadora debe incluir tanto derechos universales, asignados a los individuos independientemente de su pertenencia de grupo, como determinados derechos diferenciados de grupo, es decir, un “estatus especial” para las culturas minoritarias.

La propuesta de Kymlicka nace porque, a su juicio, en la actualidad la mayoría de los países son culturalmente diversos y, una de las fuentes de esta diversidad cultural, es precisamente la inmigración individual y familiar. Estos emigrantes acostumbran a unirse en asociaciones poco rígidas y evanescentes, que el autor denomina *grupos étnicos*. A grandes rasgos, dichos grupos desean integrarse en la sociedad de la que forman parte y que se les acepte como miembros de pleno derecho de la misma. Si bien a menudo pretenden obtener un mayor reconocimiento de su identidad étnica, su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a

---

<sup>140</sup> Ibid. Pág. 18.

las diferencias culturales. Así, un Estado será *poliétnico* si acepta como inmigrantes a un gran número de individuos y familias de otras culturas y les permite mantener algunas de sus particularidades étnicas.

Kymlicka sostiene que “el compromiso básico de una democracia liberal es la libertad y la igualdad de sus ciudadanos individuales. Esto se refleja en los derechos constitucionales, que garantizan los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, independientemente de su pertenencia de grupo (...) ¿Cómo pueden entonces los liberales aceptar las reivindicaciones de derechos diferenciados en función del grupo de las minorías étnicas y nacionales? ¿Por qué los miembros de determinados grupos deberían tener derechos relativos a la tierra, la lengua, la representación, etcétera, que los miembros de otros grupos no tienen? Para muchas personas, la idea de derechos diferenciados en función del grupo parece asentarse en una filosofía o en una visión del mundo opuesta al liberalismo. Ello, porque tales derechos, a su parecer, reflejarían una perspectiva colectivista o comunitarista más que la creencia liberal en la libertad y la igualdad de los individuos”<sup>141</sup>. Sin embargo, para Kymlicka el reconocimiento de los derechos diferenciados en función del grupo puede justificarse plenamente desde la teoría liberal, que él comparte, por cuanto, necesariamente, estos derechos deben estar limitados por los principios de libertad individual, democracia y justicia social.

---

<sup>141</sup> Ibid. Pág. 57.

Para el autor, existen al menos tres formas de derechos específicos en función de la pertenencia grupal: *derechos de autogobierno*, *derechos poliétnicos* y *derechos especiales de representación*. A su juicio, los inmigrantes reivindican, principalmente, los llamados derechos poliétnicos, ya que éstos tienen como objetivo ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su integración en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante. El objetivo de los derechos poliétnicos no es el autogobierno, sino fomentar la integración en el conjunto de la sociedad. Así, por ejemplo, en virtud de estos derechos se han promovido cambios en el currículum educativo con la finalidad de explicar la historia y la contribución específica de cada una de las minorías étnicas, se han reivindicado diversas formas de subvención pública de sus prácticas culturales, reivindicación que incluye la subvención de asociaciones, revistas y festivales étnicos, cuestión que se ha defendido como una simple forma de asegurar que la financiación estatal de las artes y de la cultura no discrimine a estos grupos. También se ha exigido que las escuelas impartan docencia en la lengua de los inmigrantes.

Con respecto a las limitaciones que deben imponerse a estos derechos diferenciados en función del grupo, señala el autor que “los liberales únicamente pueden aprobar los derechos de las minorías en la medida en que éstos sean consistentes con el respeto a la libertad o autonomía de los individuos y con el respeto a la igualdad que debe existir entre ellos”<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Ibid. Pág. 110.

A juicio de Kymlicka, los liberales pueden y deben aprobar determinados derechos diferenciados en función del grupo para las minorías nacionales y grupos étnicos. Ello, por cuanto, “los principios liberales imponen dos limitaciones básicas a los derechos de las minorías. En primer lugar, una concepción liberal de tales derechos no justificará (excepto en circunstancias extremas) las “restricciones internas”, es decir, la exigencia de una cultura minoritaria de restringir las libertades civiles o políticas básicas de sus propios miembros (...) El liberalismo se compromete con la perspectiva según la cual los individuos deberían tener libertad y capacidad para cuestionar y revisar las prácticas tradicionales de su comunidad, aunque fuese para decidir que ya no vale la pena seguir ateniéndose a ellas”<sup>143</sup>. En segundo lugar, “los principios liberales también se avienen con las reivindicaciones de “protecciones externas”, que reducen la vulnerabilidad de la minoría ante las decisiones del conjunto de la sociedad. Pero incluso en este caso existen importantes límites. La justicia liberal no puede aceptar ningún derecho que permita que un grupo oprima o explote a otros grupos, como en el caso del *apartheid*. Las protecciones externas únicamente son legítimas en la medida en que fomenten la igualdad entre los grupos, rectificando las situaciones perjudiciales o de vulnerabilidad sufridas por los miembros de un grupo determinado”<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Ibid. Págs. 211 y 212.

<sup>144</sup> Ibid. Pág. 212.

Una perspectiva liberal exige libertad dentro del grupo minoritario, e igualdad entre los grupos minoritarios y mayoritarios. Un sistema de derechos de las minorías que respete ambas limitaciones es, a juicio del autor, impecablemente liberal. Es coherente con, y en realidad fomenta, los valores liberales básicos<sup>145</sup>.

Ante esta defensa liberal de los derechos diferenciados en función del grupo, el autor se pregunta ¿por qué los liberales, en lugar de considerar que tales derechos fomentan la libertad individual y la igualdad social, muestran tanta hostilidad hacia ellos? Para Kymlicka, ello se debe a la idea de que los “derechos diferenciados en función del grupo debilitarían el sentimiento de identidad cívica compartida que mantiene unida a la sociedad liberal. Estos derechos serían una fuente de desunión que puede llevar a la disolución del país o, siendo menos drásticos, a reducir la voluntad de hacer los sacrificios y las acomodaciones mutuas necesarias para que la democracia funcione”<sup>146</sup>.

Agrega que “muchos liberales creen que la única manera de desarrollar una identidad cívica compartida es teniendo un estatus de ciudadanía común e indiferenciado”<sup>147</sup>. Kymlicka cuestiona este planteamiento. Sostiene que “la mayor parte de los teóricos del liberalismo defienden sus teorías en términos de “igual respeto a las personas” e “iguales derechos para los individuos”, lo que sugiere que todas las

---

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> Ibid. Pág. 238.

<sup>147</sup> Ibid.

personas o individuos tienen derecho por igual a entrar en un Estado, a participar en su vida política y a compartir sus recursos naturales. Sin embargo, en la realidad estos derechos se reservan exclusivamente a los ciudadanos. Y no todo el mundo puede convertirse en ciudadano, aún cuando esté dispuesto a jurar fidelidad a los principios liberales. Por el contrario, existen millones de personas que quieren obtener la ciudadanía en diversas democracias liberales y pese a ello se les niega tal eventualidad (...) De hecho, a menudo se niega la entrada a los aspirantes a inmigrante, siendo habitual que en la frontera guardias armados les hagan volver sobre sus pasos. A tales personas se les niega el derecho a entrar y a participar en el Estado porque no han nacido en el grupo adecuado”<sup>148</sup>.

Por tanto, a juicio del autor, no puede sostenerse que el estatus de ciudadanía sea común e indiferenciado, por el contrario, “la ciudadanía es un concepto intrínsecamente diferenciado en función del grupo, puesto que la distribución de derechos y prestaciones en función de la ciudadanía supone establecer distinciones entre las personas en virtud de su pertenencia de grupo (...) Esto crea una profunda contradicción en el seno de la mayoría de las teorías liberales, pues los teóricos del liberalismo suelen empezar hablando de la igualdad moral de las personas, pero acaban hablando de la igualdad de los ciudadanos sin explicar ni aludir en modo alguno a dicho cambio”<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Ibid. Pág. 174.

<sup>149</sup> Ibid. Págs. 174 y 175.



La ciudadanía es, por definición, una cuestión de tratar a las personas como individuos con iguales derechos ante la ley. Pero, si ya admitimos que la ciudadanía misma es un concepto intrínsecamente diferenciado en función del grupo, puesto que la distribución de derechos y prestaciones en función de la ciudadanía supone establecer diferencias entre quienes son ciudadanos y quienes no los son, ¿por qué oponerse entonces al concepto de “ciudadanía diferenciada”, que supone la adopción de derechos poliétnicos, de representación o de autogobierno específicos en función del grupo?

“A los críticos de la ciudadanía diferenciada les preocupa que los propios términos de ésta lleven a los grupos a la introversión y a centrarse en su diferencia (...) La ciudadanía no puede desempeñar su vital función integradora si está diferenciada en función del grupo; deja de ser un mecanismo para cultivar el sentimiento de comunidad y el sentimiento de objetivo común (...) ya no proporciona una experiencia compartida o un estatus común, sino que se convertiría en otro factor de desunión en lugar de cultivar la unidad frente a la creciente diversidad social”<sup>150</sup>. Específicamente, con respecto al reconocimiento de los derechos poliétnicos, se teme que éstos “impidan la integración de los inmigrantes, creándoles una desconcertante situación a medio camino entre su antigua nación y la ciudadanía en la nueva (...) Pero en la práctica estas preocupaciones parecen infundadas (...) Resulta sorprendente la falta de evidencias que demuestren que los inmigrantes plantean algún tipo de amenaza a la unidad o a la estabilidad de un país (...) La abrumadora

---

<sup>150</sup> Ibid. Pág. 241.

mayoría de los inmigrantes quieren integrarse y, de hecho, se han integrado. Además, les preocupa enormemente la unidad de su nuevo país. Ciertamente están a favor de la reforma de las principales instituciones de la sociedad, para que éstas puedan acomodar sus diferencias culturales y reconocer el valor de su herencia cultural. Pero el deseo de estos derechos poliétnicos es un deseo de inclusión coherente con la participación en las principales instituciones que fundamentan la unidad social”<sup>151</sup>.

¿Por qué entonces no se ha logrado ver el impulso integrador de los derechos poliétnicos? Para Kymlicka, “ello se debe en parte a un prejuicio contra los nuevos inmigrantes, la mayoría de los cuales son no blancos y no cristianos (...) Cuando se ha intentado acomodar a estos nuevos grupos, las personas han comenzado a quejarse por la tribalización de la sociedad y por la pérdida de una identidad común, aunque en realidad el objetivo fundamental de los derechos poliétnicos es fomentar la integración. Es difícil no llegar a la conclusión de que gran parte de la reacción contra el multiculturalismo se debe a un temor racista o xenófobo ante estos nuevos grupos de inmigrantes”<sup>152</sup>.

En una línea similar a la tesis de Kymlicka, Charles Taylor, en su obra “*El multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*”, plantea como premisa fundamental que “nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de éste; a menudo, también, por el falso

---

<sup>151</sup> Ibid. Pág. 245.

<sup>152</sup> Ibid. Pág. 246.

reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido”<sup>153</sup>. Así, para el autor, “el reconocimiento debido no sólo es una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital”<sup>154</sup>.

Taylor parte su ensayo retrocediendo en el tiempo para analizar cómo surgió y ha evolucionado este discurso del reconocimiento y de la identidad. En virtud de este retroceso temporal, señala que se pueden distinguir dos cambios que, en conjunto, hicieron inevitable la moderna preocupación por la identidad y el reconocimiento. El primero fue el desplome de las jerarquías sociales, que solían ser la base del honor, término que se emplea en el sentido del antiguo régimen, en que estaba intrínsecamente relacionado con la desigualdad porque, para que algunos tuvieran honor en este sentido, era esencial que no todos lo tuvieran. Contra este concepto del honor, surge el moderno concepto de dignidad, que hoy se emplea en un sentido universalista e igualitario que se materializa cuando hablamos de la inherente “dignidad de los seres humanos” o de la “dignidad del ciudadano”. Aquí, la premisa subyacente ya no es la desigualdad (como en

---

<sup>153</sup> TAYLOR, Charles. 1993. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. México, Fondo de Cultura Económica. Págs. 43 y 44.

<sup>154</sup> Ibid. Pág. 45.

el antiguo régimen), sino que, por el contrario, la igualdad, ya que todos comparten esa igual e inherente dignidad.

A juicio del autor, era inevitable que el antiguo concepto del honor cayera en desuso, por cuanto, el referido concepto de la dignidad es el único compatible con una sociedad democrática. Agrega que también las formas del reconocimiento igualitario han sido esenciales para la democracia, pues ésta desembocó en una política de reconocimiento igualitario, que adoptó varias formas con el paso de los años, y que actualmente retorna en la forma de exigencia de igualdad de estatus para las culturas y para los sexos.

Taylor sostiene que “con el tránsito desde el honor a la dignidad sobrevino la política del universalismo, que subraya la dignidad igual de todos los ciudadanos. El contenido de esta política fue la igualación de los derechos y de los títulos”<sup>155</sup>, lo que supone y exige siempre evitar la existencia de ciudadanos de “primera clase” y de ciudadanos de “segunda clase”.

Por contraste, el segundo cambio conceptual – que supuso el tránsito desde la dignidad a la identidad – hizo surgir la política de la diferencia. Desde luego, también ésta tiene una base universalista, que causa una confusión entre ambas políticas, pero, la diferencia radica en que, “con la política de la dignidad igualitaria lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, una “canasta” idéntica de derechos e

---

<sup>155</sup> Ibid. Pág. 60.

inmidades”<sup>156</sup>, en cambio, con la política de la diferencia, lo que se exige es que sea reconocida “la identidad única de un individuo o de un grupo, esto es, el hecho de que tal individuo o grupo es distinto de todos los demás”<sup>157</sup>. Ello, por cuanto, precisamente, esta condición de ser distinto es la que se ha pasado por alto y ha sido asimilada por una identidad dominante o mayoritaria.

“Estos dos modos de política que comparten el concepto básico de igualdad de respeto entran en conflicto. Para la política de la dignidad igualitaria, el principio de respeto igualitario exige que tratemos a las personas en una forma ciega a la diferencia (...) En cambio, para el caso de la política de la diferencia, debe reconocerse y aún fomentar la particularidad. El reproche que la primera hace a la segunda es, justamente, que viola el principio de no discriminación. El reproche que la segunda hace a la primera es que niega la identidad cuando constriñe a las personas para introducirlas en un molde homogéneo que no les pertenece como suyo. Esto ya sería bastante malo si el molde en sí fuese neutral: si no fuera el molde de nadie en particular. Pero en general la queja va más allá, pues expone que ese conjunto de principios ciegos a la diferencia – supuestamente neutral – de la política de la dignidad igualitaria es, en realidad, el reflejo de una cultura hegemónica. Así, sólo las culturas minoritarias o suprimidas son constreñidas a asumir una forma que les es ajena. Por consiguiente, la sociedad supuestamente justa y ciega a las

---

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> Ibid. Pág. 61.

diferencias no sólo es inhumana (en la medida en que suprime las identidades) sino también, en una forma sutil e inconsciente, resulta sumamente discriminatoria”<sup>158</sup>.

A juicio de Taylor, “hay una forma de la política del respeto igualitario, consagrada en el liberalismo de los derechos, que no tolera la diferencia, porque insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos, sin excepción, y desconfía de las metas colectivas. Desde luego, esto no significa que esta modalidad del liberalismo trate de abolir las diferencias culturales”<sup>159</sup>. Pero, según el autor, “es intolerante con la diferencia porque en ella no tiene cabida aquello a lo que aspiran los miembros de las distintas sociedades, esto es, la supervivencia”<sup>160</sup>.

Para Taylor, esta forma de liberalismo es culpable de las acusaciones que le dirigen los partidarios de la política de la diferencia. Sin embargo, indica que existe otro modelo de sociedad liberal que adopta una línea distinta a la señalada. Este modelo exige la defensa invariable de ciertos derechos, pero, igualmente, está dispuesto a sopesar la importancia de ciertas formas de trato uniforme contra la importancia de la supervivencia cultural, llegando, en algunos casos, a optar en favor de esta última<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Ibid. Pág. 67.

<sup>159</sup> Ibid. Pág. 90.

<sup>160</sup> Ibid.

<sup>161</sup> Michael Walzer, efectuando un comentario a la obra de Taylor, hace referencia a los dos tipos de liberalismo que éste describe. El primer tipo de liberalismo (“liberalismo 1”) se identifica fuertemente con los derechos individuales y, por ello, con un Estado rigurosamente neutral, es decir, un Estado sin perspectivas culturales o religiosas o, en realidad, con cualquier clase de metas colectivas que vayan más allá de la libertad personal y la seguridad física, el bienestar y la seguridad de sus ciudadanos. El segundo tipo de liberalismo (“liberalismo 2”) admite un Estado comprometido en hacer sobrevivir a una particular

Taylor sostiene que él aprueba este segundo modelo, por cuanto, indiscutiblemente, muchas “sociedades de hoy resultan ser multiculturales en el sentido de que incluyen más de una comunidad cultural que desea sobrevivir”<sup>162</sup>, lo que permite prever que las rigideces del primer modelo liberal sean impracticables en un futuro no muy lejano. Sin embargo, acepta la primera clase de liberalismo en las sociedades de inmigrantes (grupo étnicos, según Kymlicka) como la de Estados Unidos, dada la ausencia de minorías con una poderosa base territorial. Además, agrega que quienes emigran a sociedades como la estadounidense, hicieron ya su elección. Estaban dispuestos y preparados (y siguen estándolo) a correr los riesgos culturales cuando llegaron allí, al dejar atrás las certidumbres de su viejo modo de vida.

Como puede observarse, la propuesta de Taylor, en el sentido de que, con respecto a los grupos inmigrantes, al sopesar los derechos igualitarios y la supervivencia cultural, debe optarse por los primeros, adoptando el modelo de “liberalismo 1” en base a la voluntariedad que subyace, en general, a toda inmigración, difiere radicalmente del modelo propuesto por Kymlicka.

Bajo el “liberalismo 1”, el Estado es rigurosamente neutral y ciego ante las diferencias, lo que supone, para los críticos de este modelo, la no supervivencia cultural de los grupos inmigrantes o, por lo menos, que la

---

nación o a un conjunto (limitado) de naciones, culturas y religiones, con tal que los derechos fundamentales de los ciudadanos estén todos protegidos. En: Ibid. Págs. 139 a 145.

<sup>162</sup> Ibid. Pág. 91.

misma corre cierto peligro al tener la cultura de éstos un carácter minoritario. Sin embargo, para los partidarios de este modelo, no es necesario establecer derechos diferenciados en favor de los inmigrantes, por cuanto éstos, y tal como lo señala Taylor, al decidir emigrar aceptaron los riesgos culturales que conlleva todo proceso migratorio. Además, no es tan efectivo que la supervivencia cultural de estos grupos corra el riesgo de desaparecer, pues los derechos individuales permiten acomodar las diferencias.

Kymlicka, en cambio, sostiene que, en el caso de los inmigrantes, fomentar los rasgos positivos de la pertenencia cultural consiste básicamente en propiciar la integración, enseñándoles el idioma y combatiendo las discriminaciones y prejuicios. Para este autor, no basta con una política de respeto o dignidad igualitaria, ya que la verdadera igualdad justifica algunos derechos específicos en función del grupo. Agrega, que la supuesta neutralidad del Estado en materia de etnicidad no existe, ya que siempre las decisiones del gobierno con respecto a las lenguas, las fronteras internas, las festividades públicas y los símbolos estatales implican, inevitablemente, reconocer, acomodar y apoyar las necesidades e identidades de determinados grupos étnicos y nacionales. Considera, eso sí, que no hay razón para lamentar la existencia de lenguas oficiales y festividades públicas, pero, la única cuestión pendiente, es cómo asegurar que estas inevitables formas de apoyo a determinados grupos étnicos y nacionales se produzcan de forma equitativa; es decir, cómo asegurar que no privilegien a ciertos grupos en detrimento de otros.



La segunda premisa fundamental de la política del reconocimiento de Taylor, consiste en que todas las culturas no sólo merecen respeto (ser reconocidas), sino que merecen un mismo respeto porque todas ellas tienen igual valor. Desde este punto de vista, negar la igualdad de valor de todas las culturas puede parecer fruto del prejuicio o la mala voluntad, e incluso una negativa de igualdad de estatus. Y así como todos deben tener derechos civiles iguales e igual derecho al voto, cualesquiera que sean su raza y su cultura, así también todos deben disfrutar de la suposición de que su cultura tradicional tiene un valor<sup>163</sup>. Sin embargo, el punto criticable aquí es que Taylor contempla una política de amplio e igualitario reconocimiento, con un concepto equívoco de cultura. No precisa qué entiende por tal y, por ello, no queda claro quiénes pueden ser beneficiarios del reconocimiento. De su obra, puede concluirse que, indiscutiblemente, la cultura que exige ese reconocimiento es la cultura quebecua en Canadá, pero surge la interrogante de si otras culturas de minorías nacionales, e incluso de minorías étnicas, pueden exigir y merecer ese tan preciado reconocimiento, elemento base para forjar la identidad.

Dentro de esta misma discusión relativa a los derechos que deben reconocerse a los grupos de inmigrantes, Michael Walzer, en su obra *“Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad”*, señala que el bien primario que distribuimos entre nosotros es el de la pertenencia en alguna comunidad humana. Por ende, la pertenencia es, en primer lugar, un

---

<sup>163</sup> Ibid. Págs. 97 – 100.

bien social y de la mayor relevancia, puesto que “cuando pensamos en la justicia distributiva pensamos en ciudades o países independientes con la capacidad de diseñar, justa o injustamente, sus propios esquemas de división e intercambio. Damos por supuesto un grupo establecido y una población fija, con lo cual surge la primera y más importante pregunta distributiva: ¿cómo está constituido ese grupo?”<sup>164</sup> La respuesta a ello nos da el bien social de la pertenencia y cómo éste se distribuye.

Con respecto a los criterios de distribución de este bien social, Walzer señala que la pertenencia no la distribuimos entre nosotros, al ser ya nuestra, sino que la otorgamos a los extraños, entendiendo por éstos, “aquellos hombres y mujeres con quienes nos topamos por primera vez. No sabemos quiénes son ni qué piensan, pero igualmente los reconocemos como hombres y mujeres. Son como nosotros, pero no son uno de nosotros, de modo que cuando decidimos su pertenencia debemos considerarlos a ellos tanto como a nosotros mismos”<sup>165</sup>. Entonces, son los ciudadanos los que deben decidir a quién podrían admitir, si deberían dejar la admisión abierta, si podrían escoger entre los solicitantes, y cuáles serían los criterios adecuados para distribuir la pertenencia. Y todas estas decisiones tendrán contenidos diversos según sean los criterios que adopte libremente cada Estado.

---

<sup>164</sup> WALZER, Michael. 1993. Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad. México, Fondo de Cultura Económica. Pág. 44.

<sup>165</sup> Ibid. Pág. 45.

Sin embargo, a juicio del autor, al momento de distribuir la pertenencia entre todos aquellos que no forman parte de una comunidad política determinada, los Estados no sólo deben fijar políticas de admisión de extranjeros que determinen quiénes pueden ingresar a su territorio, sino que también es necesario que en tales políticas se precise qué categorías y derechos tendrán los extranjeros que ingresen al país en calidad de inmigrantes. Conforme a ello, cuando los Estados admiten el ingreso de “extraños” o extranjeros en sus territorios, el proceso de admisión no concluye con el mero ingreso de éstos, sino que debe existir una segunda etapa, que el autor denomina naturalización, en la cual lo que se discute es la ciudadanía y no la nacionalidad, pues todo inmigrante y todo residente son también ciudadanos o, al menos, ciudadanos potenciales.

Walzer señala que a menudo, los Estados llevan un control riguroso de la naturalización (es decir, en sus términos, del proceso por el cual se confiere la calidad de ciudadano a los extranjeros), pero, en cuanto a la inmigración son más flexibles (es decir, existe mayor flexibilidad al momento de determinar las políticas de admisión de extranjeros, al precisar únicamente quiénes pueden ingresar y quiénes no). Esto se traduce en que los inmigrantes se convierten en residentes extranjeros, y en nada más, salvo dispensa especial. Entonces, ¿por qué son admitidos? Porque liberan a los ciudadanos de tareas arduas y desagradables, convirtiendo al Estado en una familia con sirvientes viviendo en ella<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> Ibid. Pág. 64.

Así, para este autor, la admisión adecuada de extranjeros en el territorio de un Estado implica el reconocimiento de ciudadanía y consiguientes derechos para los trabajadores, y no la mera concesión de residencia. No reconocer la ciudadanía y poner sobre los huéspedes la amenaza de deportación contribuye a instaurar una “tiranía de ciudadanos sobre metecos”, a convertir a los potenciales ciudadanos en huéspedes – sirvientes.

Concluye Walzer señalando que “la distribución de la pertenencia no está íntegramente sujeta a las restricciones impuestas por la justicia. A través de un gama considerable de decisiones tomadas, los Estados sencillamente están en libertad de aceptar (o no) extranjeros (...) Pero la autodeterminación en la esfera de la pertenencia no es absoluta. Es un derecho ejercido, de la manera más frecuente, por clubes nacionales y familias, pero en primer lugar lo es por Estados territoriales. De ahí que esté sujeto, tanto a las decisiones internas de los miembros mismos, como al principio externo de la asistencia mutua. La inmigración, entonces, es materia lo mismo de opción política que de exigencia moral (esto último, en el caso de los refugiados). Por contraste, la naturalización es íntegramente apremiante: a todo nuevo inmigrante, a todo refugiado acogido, a todo residente y a todo trabajador se le deben ofrecer las oportunidades de la ciudadanía (...) El dominio de ciudadanos sobre no-ciudadanos, de miembros sobre no-miembros, es posiblemente la forma más común de las tiranías en la historia humana (...) pues, es sólo como miembros en algún lugar como las personas pueden tener la esperanza de compartir todos los

otros bienes sociales – seguridad, riqueza, honor, cargo y poder – que la vida comunitaria hace posible”<sup>167</sup>.

Con una visión más conservadora, Giovanni Sartori, en su obra “*La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*”, plantea que la buena sociedad es la sociedad pluralista, y esta última es también la sociedad abierta y, en esta óptica, la pregunta más importante que surge es ¿qué grado de apertura puede y debe llegar a tener esta sociedad? Actualmente, la elasticidad o apertura de la sociedad abierta está puesta a dura prueba tanto por las reivindicaciones multiculturales internas, como por la intensa presión de los flujos migratorios externos. Y ante esta última situación, la teoría del pluralismo se topa con el problema concreto de los “extraños o extranjeros”, de personas que, a diferencia de lo planteado por Walzer, no son “como nosotros”. Aquí la pregunta se convierte en: ¿hasta qué punto la sociedad pluralista puede acoger sin desintegrarse a extranjeros que la rechazan? Y, al contrario, ¿cómo se hace para integrar al extranjero, al inmigrado de otra cultura, religión y etnia muy diferentes?<sup>168</sup>

Para Sartori, la sociedad abierta es, en esencia, la sociedad libre tal como la entiende el liberalismo y, a partir de esta concepción, debe determinarse a qué y hasta qué punto debe ser abierta esta sociedad. ¿Puede llegar a incluir una sociedad multicultural y multiétnica basada en la “ciudadanía diferenciada”? Claramente su respuesta es negativa.

---

<sup>167</sup> Ibid. Págs. 73 y 74.

<sup>168</sup> SARTORI, Giovanni. 2001. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid, España, editorial Taurus. Pág. 8.

Este autor rechaza el argumento que plantea que una diversidad cada vez mayor y, por tanto, radical y radicalizante, sea por definición un “enriquecimiento”. Para él, el pluralismo es “un vivir juntos en la diferencia y con diferencias; pero lo es sólo si hay contrapartida. Entrar en una comunidad pluralista es, a la vez, un adquirir y un conceder. Los extranjeros que no están dispuestos a conceder nada a cambio de lo que obtienen, que se proponen permanecer como “extraños” a la comunidad en la que entran hasta el punto de negar, al menos en parte, sus principios mismos, son extranjeros que inevitablemente suscitan reacciones de rechazo, miedo y hostilidad”<sup>169</sup>. Clarifica su postura señalando que “hoy en Europa la xenofobia se concentra en los inmigrantes africanos e islámicos”<sup>170</sup>. ¿Cómo se explica ello? Argumenta que, “en términos étnicos, los asiáticos (chinos, japoneses, coreanos, etcétera) no son menos distintos de los blancos que los africanos. Y ni siquiera los indios (de India) son como nosotros. Y, sin embargo, ni los asiáticos ni los indios suelen suscitar reacciones de rechazo, ni siquiera allí donde ahora ya son numerosos (los asiáticos en Estados Unidos, los indios en Inglaterra). Hay que hacer notar también que los asiáticos no se dejan asimilar más que los africanos. De lo que se debe deducir que la xenofobia europea se concentra en los africanos y en los árabes, sobre todo si son y cuando son islámicos. Es decir, que se trata principalmente de una reacción de rechazo cultural – religiosa. La cultura asiática es también muy lejana a la occidental, pero sigue siendo “laica” en

---

<sup>169</sup> Ibid. Págs. 54 y 55.

<sup>170</sup> Ibid. Pág. 52.

el sentido de que no se caracteriza por ningún fanatismo o militancia religiosa. En cambio, la cultura islámica sí lo es. E incluso cuando no hay fanatismo sigue siendo verdad que la visión del mundo islámica es teocrática y que no acepta la separación entre Iglesia y Estado, entre política y religión. Y que, en cambio, esa separación es sobre la que se basa hoy – de manera verdaderamente constituyente – la ciudad occidental. Del mismo modo, la ley coránica no reconoce los derechos de la persona humana como derechos individuales universales e inviolables, otro fundamento de la civilización liberal. Y éstas son las verdaderas dificultades del problema. El occidental no ve al islámico como un “infiel”. Pero para el islámico el occidental sí lo es”<sup>171</sup>.

En este mismo sentido, con respecto a la inmigración y a las reivindicaciones de integración y de reconocimiento etnocultural que, a juicio de Kymlicka, plantean los inmigrantes, Sartori señala que éstos “poseen un plus de diversidades que se pueden reagrupar en cuatro categorías: a) lingüística; b) de costumbres; c) religiosa; y d) étnica. Lo que quiere decir que el extranjero nos resulta extraño o porque habla una lengua distinta (y quizás no habla la nuestra), o porque las costumbres y tradiciones de su país de origen son distintas, o también porque es de diferente religión y, por último, porque puede ser de otra etnia (negro, amarillo, árabe, etcétera). Y las dos primeras diversidades son muy diferentes de las segundas. Las dos primeras se traducen en “extrañezas” superables (si se

---

<sup>171</sup> Ibid. Págs. 52 y 53.

quieren superar); las dos segundas, en cambio, producen “extrañezas” radicales”<sup>172</sup>.

De lo anterior, deduce que una política de inmigración, que no distingue entre las distintas “extrañezas”, es una política equivocada destinada al fracaso. Por ello, el autor plantea las siguientes interrogantes: ¿integración de quién?, ¿integración cómo? e ¿integración por qué? Para responderlas, Sartori parte por rechazar la idea defendida por Walzer, de que la anhelada integración se logra transformando al inmigrado en ciudadano. “El cómo de la integración evidentemente depende del quién del integrando, y está claro que si los inmigrados son de naturaleza muy diferente, su integración no se puede gestionar con una receta única (...) En todo caso, el hecho es que la integración se produce sólo a condición de que los que se integran la acepten y la consideren deseable”<sup>173</sup>. Por tanto, la integración se produce sólo entre integrables, con lo que debe concluirse que la inmigración debe darse sólo entre sujetos que puedan y quieran asimilarse en la comunidad receptora. “La ciudadanía concedida a los inmigrantes inintegrables no lleva a integración sino que a desintegración (...) Hacer ciudadano a quien toma los bienes y derechos subjetivos, pero no se siente obligado en contrapartida a contribuir a su producción, implica crear ese ciudadano diferenciado que puede balcanizar la ciudad pluralista”<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Ibid. Págs. 107 y 108.

<sup>173</sup> Ibid. Págs. 113 y 114.

<sup>174</sup> Ibid. Pág. 114.



Para el autor, conceder ciudadanía no equivale a integrar, sino que la consecuencia más probable de esa concesión abierta es el surgimiento de agrupaciones de contraciudadanos. Ejemplifica esta consecuencia señalando que, si se concede ciudadanía, y con ello el derecho de voto, a las comunidades islámicas, es muy probable que ese voto sirva para hacer intocables a estas comunidades, para que éstas puedan imponer sus festividades religiosas e, incluso, en casos más extremos, la poligamia y la ablación del clítoris<sup>175</sup>.

Sobre la base de tales cuestiones, Sartori concluye que el multiculturalismo es un “proyecto creador de diversidades que, precisamente, fabrica la diversidad porque se dedica a hacer visibles las diferencias y a intensificarlas, y de ese modo llega incluso a multiplicarlas”<sup>176</sup>. El pluralismo, en cambio, “no refuerza, sino que atenúa las identidades con las que se encuentra. Éste se manifiesta como una sociedad abierta muy enriquecida por pertenencias múltiples, mientras que el multiculturalismo significa el desmembramiento de la comunidad pluralista en subgrupos de comunidades cerradas y homogéneas”<sup>177</sup>.

Entonces, ¿por qué es necesaria la asimilación a la que se oponen los multiculturalistas? Porque “durante milenios, la ciudad política ha visto en la división interna un peligro para su propia supervivencia y ha pretendido de sus súbditos una concordia sin discordia (...) El multiculturalismo, en

---

<sup>175</sup> Ibid. Pág. 118.

<sup>176</sup> Ibid. Pág. 123.

<sup>177</sup> Ibid. Pág. 127.

cambio, crea un desequilibrio estructural que nos hace pasar de un convivir en concordia sin discordia a un vivir dissociado de “discordia sin concordia”, no porque su predicación sea conflictiva, sino porque proyecta un mundo donde la concordia no tiene cabida”<sup>178</sup>.

Sartori utiliza un enfoque bastante restrictivo para aproximarse al estudio de las migraciones porque, en primer lugar, concibe que únicamente pueden admitirse aquellos inmigrantes que sean integrables, es decir, aquellos extranjeros que nos resultan extraños por una diversidad lingüística y de costumbres, “extrañezas” superables a juicio del autor. Pero no pueden admitirse aquellos que nos resultan extraños por diversidades religiosas y étnicas, porque éstas producen “extrañezas” radicales (radicalización que se incrementa, principalmente en las sociedades europeas, cuando se trata de personas que profesan el Islam). En segundo lugar, este enfoque resulta restrictivo porque Sartori propone la integración de los inmigrantes (que sean integrables) en términos de asimilación, es decir, su propuesta parte de la base que los inmigrantes deben abandonar todos los aspectos de su herencia étnica y asimilarse a las normas y costumbres culturales existentes en las sociedades receptoras. Precisa además, que esta añorada asimilación no se logra con la concesión de ciudadanía común, y de los derechos inherentes a ella, a todos los inmigrantes, porque necesariamente la integración depende de la persona del integrando. Por esto, apoya una fuerte selectividad en el proceso de admisión de extranjeros porque, sólo

---

<sup>178</sup> Ibid. Págs. 127 y 128.

garantizando el ingreso de individuos asimilables, la sociedad pluralista verá protegida y resguardada su supervivencia y cohesión.

Estos planteamientos llevan a Sartori a rechazar de manera total el modelo multiculturalista propuesto por Kymlicka, quien defiende, desde una perspectiva liberal, los derechos de las minorías, concibiendo la ciudadanía diferenciada como el único medio que permite consagrar, reconocer y garantizar los derechos diferenciados en función del grupo, cuyos titulares son los miembros de minorías nacionales y étnicas. Sartori comparte el temor, sostenido por muchos liberales, de que los derechos diferenciados en función del grupo pueden debilitar el sentimiento de identidad cívica compartida que mantiene unida a la sociedad liberal. Piensa que estos derechos serán una fuente de desunión que puede reducir la voluntad de hacer los sacrificios y las acomodaciones mutuas necesarias para que la democracia funcione.

Frente a esta postura crítica, Kymlicka sostiene que es necesario preguntarse si el auge de las reivindicaciones basadas en el grupo hará que se deteriore aún más el sentimiento compartido de finalidad cívica y de solidaridad. Su respuesta es negativa, pues estima que la mayor parte de las reivindicaciones poliétnicas realizadas por los grupos de inmigrantes demuestran que los miembros de éstos desean participar en el conjunto de la sociedad. Ellos sí están a favor de la reforma de las principales instituciones sociales, para que éstas puedan acomodar sus diferencias culturales y reconocer el valor de su herencia cultural, pero el deseo de estos derechos

poliétnicos es un deseo de inclusión coherente con la participación en las principales instituciones que fundamentan la unidad social ¿Por qué entonces no se ha logrado ver el impulso integrador de los derechos poliétnicos? Para Kymlicka, ello se debe, en parte, a un prejuicio contra los nuevos inmigrantes, la mayoría de los cuales son no blancos y no cristianos.

Sartori acepta la existencia de un temor racista o xenófobo con respecto a ciertos grupos de inmigrantes que no comparten los valores esenciales de las sociedades democráticas occidentales, pues, a su juicio, cuando de principios fundamentales se trata, es esencial la existencia del consenso porque la sociedad pluralista supone un convivir en concordia sin discordia. Existiendo consenso sobre esos principios fundamentales y sobre la forma de resolver los conflictos (mediante la regla de la mayoría), es lícito entrar en conflicto sobre la solución de las cuestiones concretas, en el campo de las políticas de gobierno. Pero es así porque el consenso sobre los principios fundamentales nos autolimita en el conflicto y lo domestica, lo transforma en conflicto pacífico. En cambio, el multiculturalismo, al no exigir consenso respecto de los principios fundamentales, y al ser un proyecto creador de diversidades, nos hace vivir en una discordia sin concordia, poniendo en peligro a toda la sociedad pluralista.

Como puede observarse, la reivindicación de derechos por parte de los grupos inmigrantes en las sociedades receptoras, ha suscitado importantes cuestionamientos en la forma como los Estados acostumbraban a definir sus políticas migratorias. En general, este tema había quedado

relegado a las decisiones internas propias de cada país, versando, principalmente, sobre los criterios de selectividad y admisibilidad de extranjeros y sobre la creación de categorías especiales de residencia para éstos, que suponían la concesión de ciertos derechos, básicamente, en atención a las circunstancias que motivaban el traslado (por ejemplo, turismo, estudios, trabajo, etcétera).

El surgimiento del modelo multiculturalista cuestiona los intentos por lograr la integración de los migrantes a través de su asimilación a la cultura imperante en las sociedades receptoras, sea cual sea el estatus que se conceda a éstos para lograr dicha “integración”, es decir, la asimilación es rechazada por el multiculturalismo tanto cuando sólo se concede a los migrantes un estatus de residentes permanentes (como ocurre con la propuesta de Sartori), como cuando se les reconoce el estatus de ciudadanos comunes con todos los derechos inherentes al mismo (como ocurre con las propuestas de Taylor y Walzer). Para el modelo multiculturalista de Kymlicka, las reivindicaciones de derechos planteadas por los migrantes sólo pueden satisfacerse a través de la concesión de un estatus de ciudadanía diferenciada en función del grupo, que supone reconocer a éstos, además de los derechos comunes y universales reconocidos a todos los individuos de la especie humana, ciertos derechos poliétnicos que responden a sus necesidades específicas y permiten hacer frente a la condición de vulnerabilidad que caracteriza y acompaña a todo inmigrante en el proceso migratorio (emigración – traslado – establecimiento en comunidad receptora).

En relación con esta materia, cabe agregar que los flujos migratorios que llegan a Europa plantean enormes desafíos en cuanto a su capacidad de integración y a la capacidad de las sociedades receptoras para adoptar medidas que permitan integrarlos, ya que muchos inmigrantes que se dirigen a Europa presentan diferencias étnicas y religiosas con respecto a la población receptora que, para muchos, son irreconciliables y pueden llegar a provocar la división de esas sociedades, surgiendo, a consecuencia de ello, reacciones de racismo y xenofobia. Por ello, el reto del multiculturalismo europeo es mayor en el sentido de que tiene que contemplar, como lo sostiene Kymlicka, protección, respeto y reconocimiento de estos nuevos inmigrantes no blancos y no cristianos, pero al mismo tiempo debe garantizar que estos nuevos grupos y sus reivindicaciones respeten también los principios de libertad e igualdad, tanto dentro de los grupos como fuera de ellos.

En Chile, en cambio, los principales grupos de inmigrantes que existen actualmente son aquellos conformados por peruanos, argentinos y bolivianos, seguidos éstos por ciudadanos de otros países americanos como Colombia y Cuba. Utilizando la terminología de Sartori, puede decirse que estos grupos de inmigrantes son perfectamente asimilables en nuestro país, porque entre “ellos” y “nosotros” existen “extrañezas” superables, derivadas únicamente de las diversas costumbres y tradiciones, pero existe consenso respecto de los principios fundamentales que estructuran la sociedad democrática: separación entre la Iglesia y el Estado, y respeto por

los derechos fundamentales de la persona humana. Con esto, no cabe aquí el común prejuicio de que los inmigrantes pueden “poner en peligro” la cohesión y unidad del país que los recibe, puesto que en general comparten y respetan las estructuras e instituciones políticas y económicas, y buscan integrarse en la sociedad chilena, ya que conciben la integración como la principal vía para alcanzar una mejor calidad de vida para ellos y sus familias. Por tanto, el más importante desafío que plantean los grupos inmigrantes en nuestro país es la adopción de un adecuado modelo de integración que no busque su asimilación, sino que les reconozca, además de ciertos derechos comunes, un núcleo especial de derechos que permita asegurar y garantizar los intereses específicos de estos grupos y de los miembros de las sociedades a las cuales arriban.

### **3. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>179</sup>**

El marco legal internacional de protección de los derechos humanos de los migrantes es sumamente amplio. Diversos tratados internacionales contienen disposiciones que amparan a todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad. Es el caso, por ejemplo, de los seis tratados básicos adoptados por la Organización de las Naciones Unidas

---

<sup>179</sup> La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990; entró en vigencia el 01 de julio de 2003. Chile ratificó esta Convención el 21 de marzo de 2005, siendo publicada en el Diario Oficial el 08 de junio de 2005.

entre 1965 y 1989<sup>180</sup>, y del documento fundacional de éstos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948. En el ámbito interamericano, tal cosa ocurre con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, también adoptada en 1948, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, y con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, de 1988, entre otros<sup>181</sup>.

Todos estos instrumentos consagran derechos aplicables a los no nacionales, como bien queda estipulado en sus respectivas y consecuentes cláusulas de no discriminación. Sin embargo, tal como se señaló en el apartado número 2 de este capítulo, abordar el tema de los derechos de los migrantes bajo la óptica tradicional de los derechos humanos ha recibido diversas críticas por cuanto éstos no otorgarían respuestas satisfactorias a las principales cuestiones que se suscitan en torno a este tema. En este sentido, cabe recordar lo señalado por Kymlicka en cuanto a que “el derecho a la libertad de expresión no nos dice cuál es la política lingüística adecuada; el derecho a la movilidad y libre circulación nada nos dice sobre

---

<sup>180</sup> Estos seis tratados básicos son: 1) La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR), de 1965; 2) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966; 3) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y su Protocolo Facultativo, ambos de 1966; 4) La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDM), de 1979; 5) La Convención Internacional Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CCT), de 1984; y 6) La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), de 1989.

<sup>181</sup> Entre estos otros instrumentos pueden señalarse la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem do Pará, de 1994.



cómo debe ser una política adecuada de inmigración y nacionalización. Estas cuestiones se han dejado a los procedimientos habituales de toma de decisiones mayoritarias de cada Estado. El resultado de ello es que las minorías culturales son vulnerables a injusticias significativas a manos de la mayoría, así como el agravamiento del conflicto etnocultural”<sup>182</sup>.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares supone, en cierto modo, superar ese enfoque tradicional pues ella no sólo contempla derechos ya consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, sino que también, por una parte, consagra esos derechos enfocándolos a la temática migratoria y, por otra, contiene ciertos derechos específicos cuyo reconocimiento constituye toda una innovación en la materia, logrando, de esta manera, una regulación más eficaz y realista del fenómeno migratorio, pero que jamás pierde de vista su elemento central: el ser humano.

### 3.1. Estructura y principales disposiciones de la Convención Internacional sobre Trabajadores Migratorios

Este instrumento internacional tiene por objeto establecer normas mínimas que los Estados miembros deben aplicar a los trabajadores migratorios y a sus familiares, independientemente de su condición migratoria.

---

<sup>182</sup> KYMLICKA, Will. Op. cit. Pág. 18.

La Convención consta de nueve partes: alcance y definiciones (parte I); no discriminación en el reconocimiento de derechos (parte II); derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, cualquiera sea su condición migratoria (parte III); otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular (parte IV); disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares (parte V); promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares (parte VI); aplicación de la Convención (parte VII); disposiciones generales (parte VIII); y disposiciones finales (parte IX).

### 3.1.1. Alcance y definiciones

Esta convención internacional, conforme a su artículo 1, se aplica a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares 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. Además, este instrumento es aplicable durante todo el proceso migratorio que experimentan los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias, extendiéndoles derechos y protección en todas las etapas del proceso: preparación, reclutamiento laboral, partida y tránsito,

permanencia en los Estados en que son empleados y su retorno y re inserción a su país de origen o Estado de residencia.

En el artículo 2.1 se define “trabajador migratorio” como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Ésta es “la definición más amplia de trabajadores migratorios de las que se encuentran en los instrumentos internacionales relativos a los migrantes”<sup>183</sup>. En el párrafo 2 de esta norma se definen los diversos tipos de trabajadores migratorios a los que se aplica esta Convención, a saber: trabajador fronterizo, trabajador de temporada, marino, trabajador en una estructura marina, trabajador itinerante, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto y trabajador por cuenta propia. Por su parte, en el artículo 3 se enumeran las personas a las que no se aplica esta Convención: los empleados de organizaciones internacionales; los funcionarios gubernamentales; las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio, o por un empleador en su nombre, que participen en programas de desarrollo y en otros programas de cooperación; los inversionistas; los refugiados y los apátridas; los estudiantes y las personas que reciben capacitación; los marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.

---

<sup>183</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH). 2005. La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité [en línea] Folleto Informativo N° 24 (Rev.1) <[http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs24rev1\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs24rev1_sp.pdf)> [consulta: 3 de marzo 2008] Pág. 4.

El artículo 4 señala que el término “familiares” se refiere a “las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”. En el artículo 5 se especifica que los trabajadores migratorios y sus familiares serán considerados documentados o en situación regular “si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”. Si no se cumplen esas condiciones, serán considerados no documentados o en situación irregular.

Por último, el artículo 6 señala que “Estado de origen” es “el Estado del que sea nacional la persona de que se trate”, “Estado de empleo” es “el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso”, y, finalmente, “Estado de tránsito” es “el Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual”.

### 3.1.2. El principio de no discriminación

El artículo 7 de la Convención establece que “los 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 esta 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.

En el artículo 1 también se declara que la Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna, aludiendo a los mismos motivos prohibidos de discriminación enunciados en el artículo 7 de este instrumento internacional.

Con respecto a la consagración de esta cláusula de no discriminación en la aplicación de la Convención (artículo 1) y en el reconocimiento de los derechos en ella establecidos (artículo 7), cabe señalar que este instrumento no hace más que repetir una fórmula ya utilizada en otros tratados internacionales de derechos humanos, donde también pueden encontrarse cláusulas de este tipo.

Así, en el sistema de tratados de las Naciones Unidas, se consagran cláusulas de no discriminación en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1, 2 y 7), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos (artículos 2.1, 3 y 26), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 1.1, 2.1 y 5), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 1.1, 2 y 15.1) y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 2).

Por su parte, en el sistema interamericano, también se encuentran cláusulas de no discriminación en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (artículos 1 y 24), en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador (artículo 3) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará (artículos 4.f, 5, 6.a y 9).

Si bien la enumeración de los motivos de distinción prohibidos que se contiene en cada una de las cláusulas de no discriminación existentes en los referidos tratados de derechos humanos es ilustrativa y no exhaustiva, cabe señalar que la lista presente en la Convención sobre trabajadores migratorios es más amplia que las que se encuentran en otras convenciones de derechos humanos, ya que agrega como motivos de distinción prohibidos la convicción, la nacionalidad y la situación económica.

Esta evolución refleja una creciente conciencia con respecto a la vulnerabilidad que afecta a hombres, mujeres y niños basada en una serie de características inherentes a éstos y que, por tanto, no son elegidas. Además, responde a la necesidad de protegerlos frente a esta vulnerabilidad y de prever remedios eficaces en casos de discriminación.

### 3.1.3. Derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares

En las partes III, IV y V de la Convención sobre trabajadores migratorios se conceden diversos derechos a estos trabajadores y a sus familiares. Sobre este punto, cabe resaltar que muchas de las disposiciones de esta Convención dicen exactamente lo mismo que las disposiciones existentes en otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, “aunque sustituyen el término “personas” o “individuos” por el de “trabajadores migratorios y sus familiares”. Pero la Convención también aborda necesidades específicas de protección, y otorga algunas garantías adicionales, teniendo en cuenta de este modo la específica vulnerabilidad de los trabajadores migratorios por encontrarse fuera de su país de origen”<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> COMISIÓN CATÓLICA INTERNACIONAL DE MIGRACIÓN (CCIM). Protección de los trabajadores migratorios y sus familiares a través de los tratados de derechos humanos [en línea] <[http://www.icmc.net/pdf/toolkit\\_sp.pdf](http://www.icmc.net/pdf/toolkit_sp.pdf)> [consulta: 3 de marzo 2008] Pág. 8.

En virtud de ello, al estudiar esta Convención pueden distinguirse derechos que ya han sido consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y que la Convención reitera en términos idénticos, dada la relevancia que estos derechos tienen. Tal cosa ocurre, por ejemplo, con el derecho a no ser sometido a tortura y a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, con el derecho a la personalidad jurídica y con el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Existen también derechos que esta Convención reitera, pero no ya en términos idénticos, sino que a través de una regulación especial que los adecúa a la realidad propia de los trabajadores migratorios y sus familiares. Ello ocurre, por ejemplo, con el derecho a la libertad de circulación y de residencia, los derechos políticos, el derecho al trabajo, entre otros. Por último, en la misma línea de las regulaciones especiales, pueden encontrarse también derechos que no tienen un reconocimiento previo en otros instrumentos internacionales y que, por lo tanto, esta Convención, innovando sobre la materia, consagra por primera vez. Un ejemplo de ello es el derecho a la información sobre las condiciones de la migración.

#### 3.1.3.1. Derechos civiles y políticos

##### a) **Derecho a la vida**

El artículo 9 de la Convención sobre trabajadores migratorios, en adelante CTM, señala que “el derecho a la vida de los trabajadores migratorios y sus familiares estará protegido por ley”.



Esta disposición, al estar ubicada en la parte III de la Convención, se aplica a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares, independientemente de su condición migratoria.

Al respecto, cabe señalar que si bien el artículo 9 de la CTM encomienda a la legislación interna de cada Estado la protección de este derecho, cualquier omisión legal no implica sostener que los trabajadores migratorios y sus familiares no sean titulares del mismo, por cuanto éste se consagra a favor de toda persona en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 6), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo I), en la Convención Americana (artículo 4) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 4.a). Incluso, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven consagra el derecho a la vida a favor de todo extranjero, cualquiera sea su condición migratoria (artículo 5.1.a).

**b) Derecho a la integridad física y síquica. Prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes**

La CTM no consagra expresamente el derecho a la integridad física y síquica, pero, en relación con ello, su artículo 10 establece que “ningún

trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, cualquiera sea su condición migratoria.

En términos similares, la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes también se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 5), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 7 y 10.1), en la Convención Internacional Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (artículos 1, 2, 4, 10 y 16), en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 19, 22, 23.1, 37.a y 39) y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 1, 2, 6 y 7).

Ahora bien, sin perjuicio de contener la referida prohibición, existe mención explícita al derecho a la integridad física y síquica en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.b), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo I), en la Convención Americana (artículo 5) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 1, 2, 4.b, 4.d y 4.e).

En la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven se establece que ningún extranjero, cualquiera sea su condición migratoria, puede ser sometido a

torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, en particular, ningún extranjero puede ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (artículo 6).

### **c) Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso u obligatorio**

El artículo 11 de la CTM señala que ningún trabajador migratorio o familiar suyo, cualquiera sea su calidad migratoria, puede ser sometido a esclavitud o a servidumbre. Tampoco puede exigírseles que realicen trabajos forzados u obligatorios, salvo en aquellos casos en que, conforme a la legislación del país, para ciertos delitos se admitan penas de prisión con trabajos forzados, los que podrán imponerse en cumplimiento de una sentencia dictada por tribunal competente.

Por su parte, el párrafo 4 de esta norma delimita el concepto de “trabajos forzados u obligatorios” al señalar que esta expresión no incluye:

- Los trabajos o servicios que normalmente debe realizar una persona que, en virtud de una decisión de la justicia ordinaria, se halle detenida o haya sido puesta ulteriormente en situación de libertad condicional.
- Los servicios exigidos en casos de emergencia o de desastre que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
- Los trabajos o servicios que forman parte de las obligaciones civiles normales, en la medida en que se impongan también a los ciudadanos del Estado de que se trate.

En términos similares, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso u obligatorio también se consagra en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 4), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 8), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10.3), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 6) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 11, 32, 34, 35 y 36).

En el ámbito interamericano, ambas prohibiciones se consagran en la Convención Americana (artículo 6), en el Protocolo de San Salvador (artículo 7.f) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 2.b).

#### **d) Derecho a la personalidad jurídica**

El artículo 24 de la CTM señala que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes e independientemente de su condición migratoria, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

En idénticos términos, este derecho humano se consagra a favor de todas las personas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 6), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(artículo 16), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVII) y en la Convención Americana (artículo 3).

**e) Derecho a la libertad y seguridad personal. Derechos del detenido o preso**

El artículo 16.1 de la CTM dispone que los trabajadores migratorios y sus familiares, cualquiera sea su condición migratoria, tendrán derecho a la libertad y la seguridad personales. En el párrafo cuarto de este artículo se agrega que éstos no podrán ser sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias; tampoco podrán ser privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca.

Conforme al párrafo quinto del artículo 16, cuando algún trabajador migratorio o familiar suyo sea detenido debe ser informado, en ese momento, de los motivos de la detención, de ser posible en un idioma que comprenda, y se le notificarán prontamente, y también en un idioma que comprenda, las acusaciones que se le hayan formulado. Por su parte, según el párrafo sexto, cuando un trabajador migratorio o familiar suyo sea detenido o preso a causa de una infracción penal debe ser llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad. La prisión preventiva de las personas que sean juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar

subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Por su parte, dispone el párrafo octavo del artículo en comento que “los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar procedimientos ante un tribunal, a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal. En el ejercicio de este recurso, recibirán la asistencia, gratuita si fuere necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado”. En los casos de detención o prisión ilegal, los trabajadores migratorios y sus familiares que hayan sido víctimas de tal ilegalidad tendrán derecho a exigir una indemnización, conforme a lo establecido en el párrafo nueve de esta norma<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Durante la tramitación del proyecto de acuerdo, iniciada con fecha 5 de julio de 1994, mediante el cual Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Presidente de la República en ese entonces, sometió a la aprobación del Congreso Nacional esta Convención, los Ministerios del Interior, de Relaciones Exteriores y de Justicia advirtieron serias dificultades para la aplicación en nuestro país de la norma contenida en el artículo 16, párrafo 9, de este instrumento. Se hizo notar que, si bien es cierto que la Constitución Política, en su artículo 21, establece el recurso de amparo o hábeas corpus a favor de todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, no contempla ningún tipo de indemnización, ni existe norma alguna que la autorice específicamente para esos casos en otros cuerpos legales. Además, se agrega que las complicaciones y el costo fiscal que comportaría una indemnización semejante hacen difícil, casi imposible, pensar en su establecimiento en Chile. Sin embargo, estas advertencias no prosperaron y, al ratificar esta Convención, se formuló reserva sólo con respecto a lo establecido en el artículo 22.5 y no con respecto a la disposición del artículo 16.9 de la Convención. Se deja expresa constancia de estos argumentos en el Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados de Chile, acerca del proyecto de acuerdo relativo a la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”. Boletín N° 1.256-10, de 3 septiembre de 1997 [en línea] <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?2,356](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?2,356)> [consulta: 3 de marzo de 2008].

Los derechos recientemente enunciados se consagran de manera similar en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 3 y 9), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.b), en la Convención Internacional Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 6.1) y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículos 37.b y 37.d). En el sistema interamericano, estos derechos se consagran en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I y XXV), en la Convención Americana (artículo 7) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 4.c). Además, en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven se establece que ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido ni arrestado, y sólo podrá ser privado de su libertad por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta (artículo 5.1.a).

Con respecto al derecho a la libertad y seguridad personal, cabe destacar que la CTM contiene disposiciones especiales. Es así como en el mismo artículo 16 se consagran los siguientes derechos que no tienen una consagración previa en otros instrumentos internacionales de derechos humanos porque responden a necesidades específicas de los trabajadores migratorios y sus familiares:

- Derecho a la protección efectiva del Estado contra toda violencia, daño corporal, amenaza o intimidación por parte de funcionarios públicos o de particulares, grupos o instituciones (artículo 16.2).
- Derecho a que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley verifiquen la identidad de los trabajadores migratorios o de sus familiares con arreglo a los procedimientos legales (artículo 16.3).
- Derecho a la asistencia consular en los casos en que un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluido en prisión o detenido (artículo 16.7).

En materia migratoria, el derecho a la asistencia consular tiene gran trascendencia pues, en virtud de este derecho, las autoridades consulares o diplomáticas del Estado de origen, o de un Estado que represente los intereses del Estado de origen, deben ser informadas sin demora, si lo solicita el inmigrante detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida, a fin de que tales autoridades puedan comunicarse y visitar al afectado, conversar con él y organizar su defensa ante los tribunales respectivos. Para tales efectos, se establece por esta Convención que la persona interesada en ejercer este derecho puede comunicarse con estas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a éstas será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de estas autoridades. Además, para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la asistencia consular, la CTM dispone que se debe informar sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son



aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal.

Por su parte, el artículo 23 de la CTM amplía el ámbito de aplicación de este derecho, posibilitando su ejercicio no sólo en los casos de arresto, prisión o detención, sino que también en todos aquellos casos en que resulten menoscabados los derechos reconocidos en este instrumento. En tal sentido, dicha norma señala que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho”. Además, conforme al artículo 65.2 de esta Convención, los Estados Partes deben facilitar, según corresponda, la provisión de servicios consulares adecuados y otros servicios que sean necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los trabajadores migratorios y sus familiares.

Por último, cabe resaltar que, dada la importancia que el derecho a la asistencia consular tiene en materia migratoria, éste se consagra en otros instrumentos internacionales que contienen disposiciones aplicables a los no nacionales. Así ocurre con la Declaración sobre

los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven (artículo 10) y con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (artículos 5.a, 5.e, 5.i, y 36), instrumentos que, al igual como ocurre con la CTM, consagran este derecho a favor de todo extranjero, cualquiera sea su condición migratoria.

Con respecto a los derechos que tienen los trabajadores migratorios o sus familiares privados de libertad, el artículo 17.1 dispone que éstos deben ser tratados humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural. Conforme al párrafo segundo de esta norma, aquellos inmigrantes que se encuentren acusados deberán estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y sometidos a un régimen distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. Si fueren menores de edad, deberán estar separados de los adultos y la vista de su causa tendrá lugar con mayor celeridad. Además, el párrafo cuarto dispone que “durante todo el período de prisión en cumplimiento de una sentencia impuesta por un tribunal, el tratamiento del trabajador migratorio o familiar suyo tendrá por finalidad esencial su reforma y readaptación social. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

Tales derechos se encuentran también consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 37.c) y en

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXV inciso tercero).

En esta materia, el artículo 17 de la CTM también consagra disposiciones especiales que regulan ciertas situaciones complejas que pueden enfrentar los trabajadores migratorios o sus familiares privados de libertad por encontrarse fuera de su país de origen:

- Derecho a que en los casos de detención por violación de las disposiciones sobre migración, el trabajador migratorio o su familiar sea alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperan ser juzgadas (artículo 17.3). Esta norma se refiere a la necesidad de que en los Estados Partes de esta Convención existan centros de detención administrativa en los que pueda recluirse a las personas que infringen la legislación migratoria vigente en los Estados de tránsito y de empleo, por cuanto, tal como se desprende del espíritu de esta norma, los inmigrantes infractores no pueden ser considerados como delincuentes comunes ni tampoco ser sometidos a la misma regulación que éstos, dada la tendencia internacional a despenalizar las migraciones.
- Derecho a recibir visitas de miembros de su familia durante la detención o prisión, en los mismos términos que los nacionales del Estado de que se trate (artículo 17.5).

- Derecho a que las autoridades competentes del Estado de que se trate presten atención a los problemas que se planteen a los familiares, en particular al cónyuge y los hijos menores, del trabajador migratorio privado de libertad (artículo 17.6).
- Derecho a gozar de los mismos derechos que los nacionales del Estado de empleo o del Estado de tránsito que se encuentren sometidos a cualquier forma de detención o prisión prevista por las leyes vigentes de esos Estados (artículo 17.7).
- Derecho a no correr con los gastos que ocasione el procedimiento que se inicia cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo es detenido con el objeto de verificar una infracción de las disposiciones sobre migración (artículo 17.8).

Por su parte, el artículo 20.1 de la CTM dispone que “ningún trabajador migratorio o familiar suyo será encarcelado por el solo hecho de no cumplir una obligación contractual”. Esta disposición prohíbe la prisión por deudas, cuestión que también se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXV inciso segundo) y en la Convención Americana (artículo 7.7).

Finalmente, este mismo artículo, en su párrafo segundo, consagra una disposición especial que no se contempla en otros instrumentos internacionales de derechos humanos porque responde a una situación específica que sólo puede afectar a los trabajadores migratorios y a sus

familiares. Conforme a esta norma, ningún trabajador migratorio o familiar suyo puede ser privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso.

#### **f) Garantías judiciales y debido proceso de ley en materia penal**

Con respecto a las garantías judiciales que deben regir en todo proceso, cualquiera sea la naturaleza de éste, el artículo 18.1 de la CTM establece que los trabajadores migratorios y sus familiares, sin importar cuál sea su condición migratoria, tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Tratándose de un proceso de naturaleza penal, dada la envergadura de los derechos que pueden resultar afectados, la CTM es más específica y consagra, en el párrafo segundo del artículo 18, el principio de la presunción de inocencia, al disponer que “todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a que se presuma su

inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Además, en el párrafo tercero de esta norma se establecen las garantías mínimas que deben concurrir para configurar el debido proceso penal. Al respecto, esta disposición establece que “durante el proceso, todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a las siguientes garantías mínimas:

- A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra.
- A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección.
- A ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciera de medios suficientes para pagar.
- A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.
- A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.
- A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”.

Otras garantías que configuran el debido proceso penal se encuentran consagradas en los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 18 y en el párrafo primero del artículo 19, los que establecen:

- Todo trabajador migratorio o familiar suyo declarado culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean examinados por un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (artículo 18.5).
- Cuando una sentencia condenatoria firme contra un trabajador migratorio o un familiar suyo haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, quien haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizado conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (artículo 18.6).
- Ningún trabajador migratorio o familiar suyo podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto mediante sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del Estado interesado (artículo 18.7).
- Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la

comisión. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el interesado se beneficiará de esa disposición (artículo 19.1).

En el caso de los menores de edad, el artículo 18.4 de esta Convención señala que en el procedimiento aplicable a éstos, debe tenerse en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social. En un sentido similar, el párrafo segundo del artículo 19 establece que al dictarse una sentencia condenatoria por un delito cometido por un trabajador migratorio o un familiar suyo, se deben considerar los aspectos humanitarios relacionados con su condición, en particular con respecto a su derecho de residencia o de trabajo.

Los derechos recientemente enunciados, referidos a las garantías judiciales que deben respetarse en todo proceso y a las normas mínimas que configuran el debido proceso penal, se consagran de manera similar en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8, 10 y 11), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 14 y 15), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 5.a y 6), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 15.2), en la Convención Internacional Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículos 7.3, 12, 13, 14 y 15) y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 40).



En el ámbito interamericano, los derechos enunciados se consagran en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XVIII, XXIV y XXVI), en la Convención Americana (artículos 8, 9 y 10), en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 8, 9 y 10) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 4.g).

Por último, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven, al regular los derechos de que gozan todos los extranjeros, señala que éstos tienen derecho a la igualdad ante los tribunales y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia y, en caso necesario a la asistencia gratuita de un intérprete (artículo 5.1.c).

**g) Derecho a la libertad de circulación y de residencia. Expulsión de extranjeros y asilo**

Con respecto a esta trascendental materia, la CTM contiene diversas disposiciones de interés, reconociendo ciertos derechos a favor de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, cualquiera sea su condición migratoria, y otros sólo a favor de aquellos que se encuentran en situación migratoria regular o documentada.

En este sentido, el artículo 8 de esta Convención reconoce a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, documentados e indocumentados, el derecho a salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Agrega que este derecho no puede estar sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades ajenos, y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la parte III de este instrumento internacional, que consagra los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, independientemente de su condición migratoria. Por su parte, el párrafo segundo de esta norma consagra el derecho que éstos tienen a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él. Llama la atención que en ninguna norma de esta Convención y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos se consagre como derecho fundamental, inherente a toda persona, el derecho a entrar a cualquier país distinto del propio, lo que significa reconocer la soberanía de los Estados para decidir y fijar las condiciones de ingreso de extranjeros a sus territorios.

El artículo 39 de la CTM consagra el derecho a la libertad de circulación y de residencia en el territorio del Estado de empleo sólo a favor de los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situación migratoria regular o documentada. Conforme a esta norma, estos derechos no pueden estar sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el

orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás, y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en esta Convención. Además, el artículo 38 reconoce a los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren documentados o en situación regular el derecho a ausentarse temporalmente del Estado de empleo, sin que ello pueda afectar a la autorización que tengan de permanecer o trabajar, según sea el caso. Agrega que, al autorizar estas ausencias temporales, los Estados de empleo deben tener presente las necesidades y obligaciones de estos trabajadores, particularmente en sus Estados de origen.

Con respecto a la expulsión de los trabajadores migratorios y de sus familiares, la CTM consagra dos normas fundamentales. La primera, contenida en el artículo 22, es aplicable a los casos de expulsión de todo trabajador migratorio o familiar suyo, cualquiera sea su condición migratoria. La segunda, contenida en el artículo 56, se aplica sólo en los casos de expulsión de trabajadores migratorios documentados o en situación regular.

El artículo 22 de esta Convención consagra, a favor de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, las siguientes garantías mínimas que deben respetarse en el procedimiento que se adopta para decretar una medida de expulsión:

- Los trabajadores migratorios y sus familiares no pueden ser objeto de medidas de expulsión colectiva, pues cada caso de expulsión debe ser examinado y decidido individualmente (artículo 22.1).
- Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo pueden ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley, la cual les será comunicada en un idioma que puedan entender, indicándoles también, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, los motivos de dicha decisión. Los Estados Partes tienen la obligación de informar estos derechos a los interesados antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento (artículos 22.2 y 22.3).
- Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados 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. Mientras se efectúa esta revisión, los interesados tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión que les afecta (artículo 22.4).
- Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate (artículo 22.5).

El Estado chileno, al ratificar esta Convención, formuló una reserva con respecto a lo prescrito en el párrafo quinto del artículo 22, referido al derecho a reclamar una indemnización conforme a la ley cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada. Las autoridades chilenas competentes justificaron esta reserva en el hecho de que esta norma sería inaplicable en nuestro ordenamiento jurídico en atención, principalmente, a tres motivos: a) Las complicaciones y el costo fiscal que comportaría una indemnización semejante; b) Para que la indemnización proceda en nuestro país, tanto la expulsión como la revocación tienen que emanar de sentencia judicial y cumplirse todos los demás requisitos contemplados en el artículo 19 número 7 letra i de la Constitución Política, para el caso de sobreseimiento o sentencia absolutoria; hipótesis casi inviable en Chile, donde la expulsión de extranjeros puede originarse en determinaciones meramente administrativas; y c) No puede reconocerse que los trabajadores migratorios tengan derecho a indemnizaciones por medidas administrativas, pues este derecho ni siquiera se contempla a favor de quienes son chilenos<sup>186</sup>.

- En caso de expulsión, el interesado tendrá el derecho a que se le confiera una oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras

---

<sup>186</sup> Se deja expresa constancia de estos argumentos en el Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados de Chile, acerca del proyecto de acuerdo relativo a la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”. Boletín N° 1.256-10, de 3 septiembre de 1997 [en línea] <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?2,356](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?2,356)> [consulta: 3 de marzo de 2008].

prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes (artículo 22.6).

- Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen (artículo 22.7).
- Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje (artículo 22.8).
- La expulsión del Estado de empleo no puede menoscabar por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido, de conformidad con la legislación de ese Estado, un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden (artículo 22.9).

Por su parte, el artículo 56 de la CTM confiere a los trabajadores migratorios y sus familiares, siempre que éstos se encuentren documentados o en situación migratoria regular, además de los derechos previstos en el artículo 22, las siguientes garantías en caso de expulsión:

- No podrán ser expulsados de un Estado de empleo, salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado y con sujeción a las salvaguardias establecidas en la parte III de esta Convención, aquellos trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situación migratoria regular (artículo 56.1).

- No se podrá recurrir a la expulsión como medio para privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo (artículo 56.2).
- Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario, y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo (artículo 56.3).

El derecho a la libertad de circulación y de residencia, así como la expulsión de extranjeros, son materias que también se encuentran reguladas en otros tratados internacionales de derechos humanos de manera bastante similar a la regulación contemplada en la CTM, aunque ésta, en ciertos aspectos, introduce innovaciones de interés.

Así, el artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, sin supeditar de manera expresa, como sí lo hace el artículo 39 de la CTM, el ejercicio de estos derechos a la circunstancia de que los individuos se encuentren en dicho territorio de manera documentada o autorizada. En el artículo 13.2 se establece, en los mismos términos que el artículo 8 de la CTM, que toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, no consagrándose el derecho a entrar a cualquier país, lo

que significa reconocer, como ya se ha señalado, la soberanía de los Estados para fijar las condiciones de ingreso de extranjeros a sus territorios.

Por su parte, el artículo 14 de esta Declaración establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. Sin embargo, este derecho no puede ser invocado contra una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Según la normativa existente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la libertad de circulación supone, en primer lugar, el derecho a circular libremente y a fijar residencia en el territorio de un Estado, facultades que se reconocen, tal como lo hace el artículo 39 de la CTM, sólo a las personas que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado determinado, no incluyendo, por tanto, a los migrantes indocumentados o en situación irregular. Esta circunstancia se desprende de lo prescrito en el artículo 12.1 del Pacto. Frente a esto, cabe recordar que el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que toda persona, cualquiera sea su condición migratoria, tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Ante esta divergencia, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “la condición migratoria regular o regularizada es un presupuesto básico para la protección de la libertad de movimiento y residencia, lo que implica



que tales garantías se extienden a los extranjeros solamente si su situación migratoria es legal”<sup>187</sup>.

El segundo aspecto del derecho a la libertad de circulación comprende el derecho de poder salir de cualquier país, incluso del propio, y el derecho a entrar al propio país. Estos derechos, al igual como ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la CTM, se reconocen a todas las personas sin distinción, y, tal como sucede con los textos de estos últimos instrumentos, de la lectura del Pacto no se desprende el derecho a entrar a cualquier Estado como corolario del derecho a salir de cualquier país.

El artículo 12.3 del Pacto consagra, en los mismos términos establecidos en los artículos 8.1 y 39.2 de la CTM, las restricciones impuestas al derecho a salir de un país, incluso del propio, y a la libertad de circulación y de residencia.

El artículo 13 del Pacto confiere ciertos derechos a los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado cuando éstos son afectados por una medida de expulsión. La redacción de esta norma es bastante similar a la contemplada en los párrafos segundo y cuarto del artículo 22 de la CTM, lo que permite concluir que esta Convención hace

---

<sup>187</sup> Así lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos en sus Comentarios Generales N° 15, párrafos 5 y 6, y N° 27, párrafo 4. Human Rights Committee, General Comment N° 15: The position of aliens under the Covenant, April 11, 1986; Human Rights Committee, General Comment N° 27: Freedom of movement (Art. 12), November 2, 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. EN: ZALAUETT, José. 2006. Migraciones y Derechos Humanos. ENCUENTRO IBEROAMERICANO sobre Migración y Desarrollo: 18 y 19 de julio de 2006. Madrid. Pág. 13.

extensivos a todos los extranjeros, documentados e indocumentados, los derechos que el artículo 13 del Pacto sólo reconoce a aquellos que estén documentados o en situación migratoria regular. Incluso, los otros párrafos del artículo 22 reconocen a todos los extranjeros, cualquiera sea su condición migratoria, otros derechos en caso de expulsión que no se contemplan en el Pacto, lo que robustece el ámbito de protección que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos confiere a éstos cuando en su contra se aplica esta drástica medida.

Otros instrumentos internacionales que también contienen referencias al derecho a la libertad de circulación y de residencia son la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 5.d.i y 5.d.ii), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 15.4) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 10.2).

En el ámbito interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de toda persona a fijar su residencia en el territorio del Estado del que se es nacional, a transitar libremente por él y a no abandonarlo sino por su voluntad (artículo VIII). La redacción de esta norma permite sostener que esta Declaración reconoce el derecho a la libertad de circulación y de residencia únicamente a favor de los nacionales del Estado de que se trate, lo que contrasta con lo dispuesto en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce a toda persona, nacional o extranjera, el ejercicio de este derecho

en el territorio de un Estado. Dicho contraste también se produce con lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 39 de la CTM, los que garantizan estos derechos a favor de toda persona, nacional y extranjera, pero, en el caso de esta última, siempre que se halle legalmente en el territorio de un Estado.

Por su parte, el artículo XXVI de la Declaración Americana consagra el derecho de asilo, tal como lo hace el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señalando que “toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos las materias referidas a la libertad de circulación y de residencia, expulsión de extranjeros y asilo, se regulan en el artículo 22, conforme al cual:

- El derecho a la libertad de circulación y de residencia en el territorio de un Estado se reconoce sólo a las personas que se hallan legalmente en dicho territorio (artículo 22.1). Lo mismo ocurre en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12.1) y en la CTM (artículo 39).
- El derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio se reconoce a toda persona, sin distinción alguna (artículo 22.2), tal

como ocurre en el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.1 de la CTM.

- El derecho a la libertad de circulación y de residencia, así como el derecho a salir de cualquier país, inclusive del propio, pueden ser restringidos por ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás (artículo 22.3). Restricciones similares se encuentran en el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 y 39.2 de la CTM.
- Además de las restricciones anteriores, el derecho a la libertad de circulación y de residencia puede ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público (artículo 22.4).
- Ninguna persona puede ser expulsada del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privada del derecho a ingresar en el mismo (artículo 22.5). Ésta es una norma novedosa pues en los artículos 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la CTM, solamente se establece que toda persona tiene derecho a regresar a su propio país y a permanecer en él, pero no se prohíbe expresamente decretar medidas de expulsión contra los nacionales del Estado de que se trate.
- A diferencia de los que ocurre con los nacionales, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado Parte sí pueden ser

expulsados de él, pero sólo en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley (artículo 22.6). Esta norma es similar a la contemplada en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ambas se aplican sólo a favor de los extranjeros documentados. Sobre el particular, cabe recordar que el artículo 22 de la CTM hace extensivos a todos los extranjeros afectados por una medida de expulsión, cualquiera sea su condición migratoria, los derechos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José reconocen sólo a aquellos que se encuentran documentados o en situación migratoria regular.

- Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos, y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales (artículo 22.7). De manera similar, el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consagran el derecho de asilo.
- En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas (artículo 22.8). Esta disposición resulta novedosa, pues en ella se consagra la aplicación del principio de no expulsión, devolución o extradición (*non refoulement*) a favor de todo extranjero – cuando concurren las causas que esta norma señala –, y no sólo de aquellos que tienen la

condición de refugiados, como lo dispone el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951.

En un sentido similar, el artículo 3 de la Convención Internacional Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes consagra el principio no expulsión, devolución o extradición a favor de toda persona, limitando la facultad soberana de los Estados para decretar una medida de este tipo. Según esta norma, ningún Estado Parte puede decretar 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. El párrafo segundo agrega que, para los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes deben tener en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Por su parte, contemplando un mayor número de causas que impiden la extradición o devolución, el artículo 13 inciso 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone que “no se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”.

- Se prohíbe en forma expresa la expulsión colectiva de extranjeros (artículo 22.9), prohibición que también se contiene en el artículo 22.1 de la CTM, norma que, por su ubicación, se hace extensiva a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares, independientemente de su condición migratoria.

Finalmente, en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven se regulan también las materias referidas a la libertad de circulación y de residencia, y a la expulsión de extranjeros (artículos 5.2. a, 5.3, 5.4 y 7), normativa que se condice con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 y 39 de la CTM y 22 de la Convención Americana.

#### **h) Derecho a la intimidad (vida privada), honra y dignidad (buen nombre)**

El artículo 14 de la CTM señala que ningún trabajador migratorio o familiar suyo, cualquiera sea su condición migratoria, será sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones, ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre. Todos los trabajadores migratorios tendrán derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

De manera similar, este derecho se reconoce a todas las personas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 16), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos V, IX y X), en la Convención Americana (artículo 11) y en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven (artículo 5.1.b).

#### **i) Libertad de pensamiento, conciencia y religión**

Conforme al artículo 12.1 de la CTM, los trabajadores migratorios y sus familiares, cualquiera sea su condición migratoria, tienen derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de profesar o de adoptar la religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza.

Los trabajadores migratorios y sus familiares no pueden ser sometidos a ningún tipo de coacción que limite su libertad de profesar y adoptar una religión o creencia de su elección, pero la libertad de expresar la propia religión o creencia puede quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el



orden, la salud y la moral públicos o los derechos y las libertades fundamentales de los demás (artículos 12.2 y 12.3).

Agrega el párrafo cuarto de esta norma que “los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

De manera similar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión se reconoce a toda persona en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.d.vii), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 14), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo III), en la Convención Americana (artículo 12) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 4.i).

Por último, este derecho se consagra a favor de todo extranjero en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven (artículo 5.1.e), y también a favor de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, conforme a lo establecido en los artículos 2.1 y 4.2 de la

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de 1992.

#### **j) Libertad de opinión y de expresión**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la CTM, el derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares, documentados e indocumentados, no puede ser objeto de injerencia alguna. Además, éstos tienen derecho a la libertad de expresión, derecho que comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña obligaciones y responsabilidades especiales. Por lo tanto, puede ser sometido a ciertas restricciones, a condición de que éstas hayan sido establecidas por ley y sean necesarias para:

- Respetar los derechos o el buen nombre ajenos.
- Proteger la seguridad nacional de los Estados de que se trate, el orden público o la salud o la moral públicas.
- Prevenir toda la propaganda en favor de la guerra.
- Prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

El derecho a la libertad de opinión y de expresión se consagra también en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 19 y 20), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 4, 5.d.viii), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículos 12, 13 y 17), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo IV), en la Convención Americana (artículos 13 y 14) y en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven (artículos 5.1.e y 5.2.b).

**k) Derecho a la reunión pacífica y libertad de asociación. Sindicatos y otras asociaciones**

Con respecto al derecho a la reunión pacífica y a la libertad de asociación, se observa una regulación especial en la CTM, pues en ella este derecho no se reconoce expresamente a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares. Sin embargo, esta omisión se salva con la consagración expresa de éste en otros cuerpos normativos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana, donde se reconoce como titulares del mismo a todas las personas.

En la CTM el derecho a la reunión y asociación se reconoce implícitamente a través del derecho a formar, afiliarse y participar en sindicatos y otras asociaciones, pero la regulación de este último derecho difiere según si se trata de un trabajador migratorio o de un familiar suyo documentado o indocumentado.

Así, el artículo 26 de la CTM reconoce a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, cualquiera sea su condición migratoria, el derecho a participar en las reuniones y actividades de los sindicatos u otras asociaciones establecidas conforme a la ley; el derecho a afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; y el derecho a solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de estas asociaciones. Agrega el párrafo segundo de esta norma que “el ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás”.

Por su parte, el artículo 40 de la CTM consagra, pero sólo a favor de los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren documentados o en situación migratoria regular, el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole. Además, conforme a su párrafo segundo, no pueden imponerse restricciones

al ejercicio de este derecho, salvo las que prescriba la ley y resulten necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

El derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas, así como el derecho a fundar sindicatos y afiliarse en ellos, se consagran expresamente a favor de todas las personas en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 20 y 23.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 21 y 22), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.1.a), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 5.d.ix y 5.e.ii) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 15).

En el ámbito interamericano, los derechos en comento se consagran a favor de todas las personas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XXI y XXII), en la Convención Americana (artículos 15 y 16), en el Protocolo de San Salvador (artículo 8.1.a) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 4.h).

Se concluye entonces que la CTM, siguiendo el mismo criterio imperante en los otros instrumentos internacionales de derechos humanos aludidos, reconoce a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, cualquiera sea su condición migratoria, el derecho a participar y afiliarse en

sindicatos y otras asociaciones. Pero, a diferencia de la mayoría de los tratados de derechos humanos vistos, el derecho a establecer sindicatos u otras asociaciones lo consagra sólo a favor de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o en situación migratoria regular.

En la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven se contempla un criterio más restrictivo que el contemplado en la CTM con respecto a estos derechos. En tal sentido, en la referida Declaración el derecho a la reunión pacífica se consagra a favor de todo extranjero (artículo 5.2.c), pero el derecho a afiliarse y participar en sindicatos y otras asociaciones, se reconoce sólo a favor de los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado (artículo 8.1.b), a diferencia de la CTM que lo contempla a favor de todo trabajador migratorio, documentado o no, debiendo entenderse que, en virtud del principio de especialidad, prima este último criterio.

Finalmente, en relación con el derecho a la reunión y asociación pacíficas, cabe destacar que en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas se establece que estas personas tienen el derecho a establecer y mantener sus propias asociaciones (artículo 2.4) y el derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ningún tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con

ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos (artículo 2.5).

### **1) Derecho a un nombre, a una identidad y a una nacionalidad**

Con respecto al derecho a un nombre y a una nacionalidad, el artículo 29 de la CTM establece que todos los hijos de los trabajadores migratorios, cualquiera sea la condición migratoria de ellos y de sus padres, tienen derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad. Como puede observarse, la titularidad de este derecho recae en los hijos de los trabajadores migratorios, tendencia ya consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2) y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 7).

En otros instrumentos internacionales de derechos humanos, la titularidad del derecho a un nombre y a una nacionalidad recae en todas las personas. Así ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 15), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.d.iii), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIX) y en la Convención Americana (artículos 18 y 20).

Tratándose del derecho a la identidad, el artículo 31 de la CTM, aplicable a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, cualquiera sea su condición migratoria, establece que los Estados Partes deben velar

porque se respete la identidad cultural de aquellos y no pueden impedir que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen. Además, los Estados Partes pueden tomar las medidas apropiadas para ayudar y alentar los esfuerzos a este respecto. Por su parte, el artículo 34 de esta Convención dispone que ninguna de las disposiciones de este instrumento internacional tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares, documentados e indocumentados, de la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de los Estados de tránsito y de empleo.

Normas similares referidas al derecho a la identidad se encuentran en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Artículo 8), en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven, donde se consagra que todo extranjero, sin distinción alguna, tiene derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones (artículo 5.1.f), y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, donde se insta a los Estados a proteger la existencia y la identidad de tales minorías (artículos 1, 2.1, 4.2 y 4.4).

#### m) **Derechos políticos**

En un sentido restrictivo, bajo la denominación común de “derechos políticos”, se comprenden: el derecho de toda persona a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar y ser elegido en elecciones periódicas y a tener acceso a las funciones públicas del país.



En materia migratoria, existe una regulación especial de los derechos políticos. Ello obedece a que, por regla general, la titularidad de estos derechos está asociada a la calidad de “nacional” o de “ciudadano” de un Estado determinado, calidades que el trabajador migratorio no detenta en el Estado de empleo, pero sí en su Estado de origen. Esta tensión entre derechos de ciudadanos y no ciudadanos se ha traducido en que comunidades significativas de migrantes tengan un nulo grado de participación política en los Estados de empleo y también en sus propios Estados de origen cuando estos últimos no garantizan el derecho al voto de sus ciudadanos residentes en el exterior.

La CTM regula los derechos políticos en su parte IV, es decir, donde consagra aquellos derechos que se reconocen sólo a los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentran documentados o en situación migratoria regular. Al respecto, esta Convención establece:

- Los trabajadores migratorios y sus familiares, siempre que estén documentados, tienen derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación.

Los Estados de que se trate deben facilitar, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos (artículo 41).

A través de esta norma, la CTM insta a los Estados de origen – que han ratificado este instrumento internacional – a reconocer y garantizar a sus emigrantes la titularidad de los derechos políticos, cuestión que ha sido concebida como fundamental para que éstos no pierdan los vínculos con dicho Estado, a pesar de no estar físicamente presentes en él, ni tampoco el interés por ser partícipes en el desarrollo y crecimiento del mismo.

- Los Estados Partes deben considerar la posibilidad de establecer procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta, tanto en los Estados de origen como en los Estados de empleo, las necesidades, aspiraciones u obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares, y deben considerar también, según proceda, la posibilidad de que los trabajadores migratorios y sus familiares tengan en esas instituciones sus propios representantes libremente elegidos (artículo 42.1).
- Los Estados de empleo deben facilitar, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales (artículo 42.2).
- Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos (artículo 42.3). En este punto, la CTM es respetuosa de la soberanía estatal, pues dispone que depende de ésta conceder este tipo de derechos a los inmigrantes documentados que se encuentren en el territorio del Estado de que se trate.

Con respecto a la regulación de los derechos políticos, cabe indicar que algunos instrumentos internacionales de derechos humanos hacen recaer la titularidad de éstos en todas las personas. Tal cosa ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.c) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XX, XXXII y XXXVIII).

Por su parte, en otros tratados internacionales de derechos humanos, siguiendo la tendencia tradicional, los derechos políticos están vinculados a la ciudadanía. Así ocurre en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25) y en la Convención Americana (artículo 23), donde se establece expresamente que la ley puede reglamentar el ejercicio de estos derechos, entre otras razones, por la nacionalidad, la residencia y el idioma.

Como puede observarse, la CTM supone un intento por superar el enfoque tradicional que vincula los derechos políticos con la ciudadanía, pues, como ya se ha dicho, no sólo busca que los Estados de origen garanticen estos derechos a sus emigrantes residentes en el exterior, sino que también insta a los Estados de empleo a garantizar una adecuada representatividad y participación de los inmigrantes existentes en sus territorios en instituciones creadas para tal efecto y en las comunidades locales. Además, permite que los inmigrantes documentados gocen de derechos políticos en el Estado de empleo, pero sólo si las autoridades de éste acuerdan concederles tales derechos.

Este nuevo enfoque se aprecia también en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas donde se consagra a favor de estas personas el derecho a participar efectivamente en la vida social, económica y pública, y el derecho a participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional (artículos 2.2 y 2.3).

#### **n) Derecho a la propiedad**

En la CTM también existe una regulación especial del derecho a la propiedad, pues no hay una referencia explícita a éste, sino que disposiciones que consagran meras consecuencias de la titularidad del mismo que, conforme a lo establecido en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, se reconoce a todas las personas y, por lo tanto, a todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

Sobre el particular, la CTM establece:

- Ningún trabajador migratorio o familiar suyo, cualquiera sea su condición migratoria, puede ser privado arbitrariamente de sus bienes, ya sean de propiedad personal exclusiva o en asociación con

otras personas. Cuando, en virtud de la legislación vigente en el Estado de empleo, los bienes de un trabajador migratorio o de un familiar suyo sean expropiados total o parcialmente, la persona interesada tendrá derecho a una indemnización justa y apropiada (artículo 15).

- Ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. En ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o documento equivalente de un trabajador migratorio o de un familiar suyo (artículo 21).
- Los trabajadores migratorios y sus familiares, documentados e indocumentados, al terminar su permanencia en el Estado de empleo, tienen derecho a transferir sus ingresos y ahorros y, de conformidad con la legislación aplicable de los Estados de que se trate, sus efectos personales y otras pertenencias (artículo 32).

Como puede apreciarse, este derecho que se reconoce a todos los trabajadores migratorios, sin distinción alguna, sólo puede ejercerse una vez que concluya la permanencia de éstos en sus Estados de empleo. La prevención se realiza porque el artículo 47 de la CTM, aplicable sólo a favor de los trabajadores migrantes documentados o en situación migratoria regular, dispone que éstos tienen derecho a

transferir sus ingresos y ahorros, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares, del Estado de empleo a su Estado de origen o a cualquier otro Estado, en todo momento, y no sólo cuando finalice su permanencia en el Estado de empleo.

Estas transferencias de ingresos y ahorros, que reciben el nombre de remesas, deben efectuarse con arreglo a los procedimientos establecidos en la legislación aplicable del Estado interesado y de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables. Además, los Estados interesados deben adoptar las medidas apropiadas para facilitarlas.

- Los trabajadores migratorios y sus familiares, siempre que se encuentren documentados o en situación migratoria regular, están exentos, con sujeción a la legislación aplicable de los Estados de que se trate y a los acuerdos internacionales pertinentes y las obligaciones de dichos Estados dimanantes de su participación en uniones aduaneras, del pago de derechos e impuestos en concepto de importación y exportación por sus efectos personales y enseres domésticos, así como por el equipo necesario para el desempeño de la actividad remunerada para la que hubieran sido admitidos en el Estado de empleo: a) En el momento de salir del Estado de origen o del Estado de residencia habitual; b) En el momento de su admisión inicial en el Estado de empleo; c) En el momento de su salida definitiva del Estado de empleo; d) En el momento de su regreso definitivo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual (artículo 46).

- Sin perjuicio de los acuerdos aplicables sobre doble tributación, los trabajadores migratorios y sus familiares, siempre que se encuentren documentados o en situación migratoria regular, en lo que respecta a los ingresos en el Estado de empleo: a) No deberán pagar impuestos, derechos ni gravámenes de ningún tipo que sean más elevados o gravosos que los que deban pagar los nacionales en circunstancias análogas; b) Tendrán derecho a deducciones o exenciones de impuestos de todo tipo y a las desgravaciones tributarias aplicables a los nacionales en circunstancias análogas, incluidas las desgravaciones tributarias por familiares a su cargo. Además, los Estados Partes procurarán adoptar las medidas apropiadas para evitar que los ingresos y ahorros de los trabajadores migratorios y sus familiares sean objeto de doble tributación (artículo 48)<sup>188</sup>.

En otros instrumentos internacionales de derechos humanos se consagran expresamente, a favor de toda persona, el derecho a la propiedad y otras manifestaciones de éste, como por ejemplo, el derecho a heredar, el derecho al acceso a préstamos, hipotecas y otros créditos, el derecho a indemnización en caso de expropiación y la prohibición de la usura. Así ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 17 y 27.2), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las

---

<sup>188</sup> Chile, al ratificar esta convención internacional, formuló una reserva con respecto a lo prescrito en el artículo 48 párrafo 2, señalando que el país dará por cumplido lo dispuesto en esta norma mediante los acuerdos internacionales para evitar la doble imposición, celebrados o que se celebren en el futuro. Así lo prescribe el Decreto N° 84 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, publicado en el Diario Oficial del 8 de junio de 2005.

Formas de Discriminación Racial (artículos 5.d.v y 5.d.vi), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículos 13.b, 14.2.g, 15.2 y 16.1.h), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXIII) y en la Convención Americana (artículo 21).

Por último, en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven se reconoce el derecho de todo extranjero, sin distinción alguna, a transferir al exterior sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias nacionales (artículo 5.1.g); a la propiedad individual o colectiva (artículo 5.2.d); y a no ser privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos (artículo 9).

### ñ) **Matrimonio y familia**

Con respecto a esta materia, cabe recordar que la CTM contiene disposiciones aplicables a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares, sin distinción alguna por los motivos señalados en su artículo 1. Además, en su artículo 4, señala qué se entiende por el término “familiares”, cuestión ya vista en el apartado 3.1.1. de este capítulo.

Desde un punto de vista normativo, el artículo 44 de la CTM, erróneamente ubicado – a nuestro juicio – en la parte IV de este instrumento, referida a los derechos que se reconocen sólo a los



trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentran documentados o en situación migratoria regular, dispone que los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio. Además, deben tomar las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo. Por su parte, los Estados de empleo, por razones humanitarias, deben considerar favorablemente conceder un trato igual al señalado a otros familiares de los trabajadores migratorios.

En esta misma línea de protección a la familia, el artículo 45 de la CTM, aplicable sólo a los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situación migratoria regular, reconoce a estos últimos ciertos derechos en el Estado de empleo y en condiciones de igualdad de trato con respecto a los nacionales de ese Estado. El artículo 50, también aplicable únicamente a los migrantes regulares, dispone que “en caso de fallecimiento de un trabajador migratorio o de disolución del matrimonio, el Estado de empleo considerará favorablemente conceder autorización para permanecer en él a los familiares de ese trabajador migratorio que residan en ese Estado en consideración de la unidad de la familia; el Estado de empleo tendrá en

cuenta el período de tiempo que esos familiares hayan residido en él. Se dará a los familiares a quienes no se conceda esa autorización tiempo razonable para arreglar sus asuntos en el Estado de empleo antes de salir de él”.

El derecho a contraer matrimonio, a formar una familia y a que ésta goce de la debida protección se consagra a favor de toda persona en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 16 y 25.2), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.d.iv), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 16) y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículos 9, 10, 20 y 22).

En el ámbito interamericano, el derecho a contraer matrimonio, a formar una familia y a que ésta sea protegida se consagra, a favor de toda persona, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos VI, VII y XXX), en la Convención Americana (artículo 17), en el Protocolo de San Salvador (artículos 15 y 16) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 4.e).

Por su parte, en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven se establece que todo extranjero, sin distinción alguna, tiene derecho a elegir cónyuge, a casarse y a fundar una familia (artículo 5.1.d). Además, conforme al artículo 5.4 de esta Declaración, se permite que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él. Esta última norma permite concluir que, tal como se aprecia en los artículos 44 y 45 de la CTM, la residencia legal en los Estados de tránsito y de empleo constituye un requisito básico para que se reconozca y garantice el ejercicio del derecho a la reunificación familiar.

### 3.1.3.2. Derechos económicos, sociales y culturales

#### a) **Derecho al trabajo**

Con respecto a este derecho, cabe señalar que la CTM se aplica precisamente a un cierto tipo de trabajadores, que ésta denomina “migratorios”, y cuya definición se encuentra en el artículo 2 de este instrumento internacional.

La CTM no se refiere expresamente al derecho al trabajo, pero sí consagra el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares, siempre que estén documentados o en situación migratoria regular, a elegir libremente su actividad remunerada, derecho que se encuentra sujeto a las

restricciones señaladas en sus artículos 52 y 53. Además, en esta materia deben mencionarse los artículos 49 y 51 de la Convención, también aplicables sólo a los trabajadores migratorios documentados, que se refieren a las autorizaciones de residencia y de empleo que deben obtener estos trabajadores en los Estados de acogida, pues, dada su calidad de extranjeros, tales autorizaciones les son exigidas por las legislaciones internas como requisito indispensable para ejercer el derecho al trabajo dentro de los mercados laborales formales.

Tratándose de los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren indocumentados o en situación migratoria irregular, la CTM no les reconoce el derecho al trabajo, ni tampoco el derecho a elegir libremente su actividad remunerada, pero, si éstos logran encontrar un empleo en los Estados de tránsito o de destino, tienen derecho, a pesar de su condición migratoria irregular, a gozar de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales de esos Estados con respecto a las remuneraciones y a las condiciones de trabajo y de empleo, conforme a lo establecido en el artículo 25 de la CTM.

A diferencia de la normativa existente en esta Convención, en otros instrumentos internacionales de derechos humanos se consagra expresamente, a favor de toda persona, el derecho al trabajo y otras consecuencias de éste, como por ejemplo, el derecho a la libre elección del trabajo y el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria. Ello ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23), en

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.e.i), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículos 11 y 16.1.g), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 32), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XIV y XXXVII) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 6).

**b) Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias**

Sobre el particular, la CTM establece:

- Los trabajadores migratorios, sin distinción alguna, tienen derecho a gozar de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo con respecto a la remuneración y a:
  - a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término; b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.

Es ilegal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato antes referido (artículos 25.1 y 25.2).

- Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios, sin distinción alguna, no sean privados de ninguno de los derechos derivados del principio de igualdad de trato a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades (artículo 25.3).

Este artículo refleja la inquietud formulada en el preámbulo de la Convención que establece que “la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios (...)”.

- Sin perjuicio del principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 25 de la CTM, los trabajadores migratorios documentados o que se encuentren en situación migratoria regular, tienen derecho a gozar también de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: a) La protección contra los despidos; b) Las prestaciones de desempleo; c) El acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo; d) El acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 52 de la Convención (artículo 54.1).
- Si un trabajador migratorio documentado alega que su empleador ha violado las condiciones de su contrato de trabajo, tiene derecho a

recurrir ante las autoridades competentes del Estado de empleo, en condiciones de igualdad con los nacionales del Estado de que se trate y con las debidas garantías (artículo 54.2).

- Los trabajadores migratorios documentados que hayan obtenido permiso para ejercer una actividad remunerada, con sujeción a las condiciones adscritas a dicho permiso, tienen derecho a igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de esa actividad remunerada (artículo 55).
- Los Estados Partes deben tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana (artículo 70).

De manera similar, este derecho se reconoce a favor de toda persona en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.e.i), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículos 11.1.b, 11.1.c, 11.1.d y 11.2), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículos 32.a y 32.b) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 7).

### **c) Derecho a la seguridad social**

Conforme al artículo 27.1 de la CTM, los trabajadores migratorios y sus familiares, sin distinción alguna, tienen derecho a gozar en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma. Agrega el párrafo segundo que “cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones”.

De manera similar, el derecho a la seguridad social se consagra, a favor de todas las personas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 22 y 25.1), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.e.iv), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículos 11.1.e, 13.a y 14.2.c), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño



(artículo 26), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XVI y XXXV) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 9).

#### **d) Derecho a la salud**

La regulación que realiza la CTM de este derecho difiere según si se trata de un trabajador migratorio documentado o indocumentado. Al respecto, el artículo 28 de este instrumento internacional consagra a favor de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, sin distinción alguna, no el derecho a la salud – el que carece de reconocimiento expreso en esta Convención –, sino que el derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado respectivo. Esta atención médica de urgencia no puede negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

En cambio, los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren documentados o en situación migratoria regular, además del derecho a la atención médica de urgencia, son titulares del derecho a gozar de igualdad de trato, respecto de los nacionales del Estado de empleo, en relación con el acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes (artículos 43.1.e, 43.2 y 45.1.c).

En otros instrumentos internacionales de derechos humanos las referencias al derecho a la salud son más explícitas, pues se establece que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 24) y del Protocolo de San Salvador (artículo 10).

#### **e) Derecho a la educación**

La CTM consagra una regulación especial del derecho a la educación, pues no se limita a reconocer éste a favor de los trabajadores migratorios y sus familiares, sino que, partiendo de la base de dicha titularidad, insta a los Estados Partes a promover la integración de los migrantes mediante el ejercicio de este derecho.

Lo anterior se explica porque muchas veces el inmigrante proviene de un país con una lengua y una cultura muy distinta a la existente en el Estado de acogida, lo que puede agravar la vulnerabilidad que lo caracteriza, y que está determinada, en principio, por el hecho de residir y trabajar en un país distinto a su país de origen.

Tal como señala Kymlicka, el mero reconocimiento del derecho a la educación nada nos dice con respecto a cuáles son las políticas educativas

más adecuadas que pueden adoptarse a favor de los migrantes, con el objeto de que éstos puedan integrarse a las sociedades receptoras. En este sentido, y en un intento por superar este enfoque tradicional, la CTM, además de garantizar el derecho humano básico de acceso a la educación para los hijos de todo trabajador migratorio sin distinción alguna, promueve la integración de éstos en el sistema escolar, poniendo énfasis en la enseñanza del idioma, sin desconocer la importancia de que también sean educados en los aspectos más relevantes de su lengua y cultura, permitiendo, por ejemplo, la existencia de planes especiales de enseñanza en la lengua materna de los hijos de trabajadores migratorios. Con estas medidas, se busca que los Estados Partes de este instrumento internacional promuevan una integración que no imponga la asimilación del migrante, sino que sea respetuosa de las diferencias.

Sobre el particular, las normas pertinentes de la CTM establecen:

- Todos los hijos de los trabajadores migratorios, sin distinción alguna, gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo (artículo 30).

- Los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren documentados o en situación migratoria regular gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con el acceso a las instituciones y servicios de enseñanza y de formación profesional, y de orientación y capacitación vocacional (artículos 43.1.a, 43.1.c, 45.1.a y 45.1.b).
- Los Estados de empleo, en colaboración con los Estados de origen cuando proceda, aplicarán una política encaminada a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local (artículo 45.2).
- Los Estados de empleo procurarán facilitar a los hijos de los trabajadores migratorios la enseñanza de su lengua y cultura maternas y, cuando proceda, los Estados de origen colaborarán a esos efectos (artículo 45.3).
- Los Estados de empleo podrán establecer planes especiales de enseñanza en la lengua materna de los hijos de los trabajadores migratorios, en colaboración con los Estados de origen si ello fuese necesario (artículo 45.4).

El derecho a la educación se reconoce también, a favor de todas las personas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 26), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 13 y 14), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.e.v), en la

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículos 10, 11.1.c y 14.2.d), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículos 28 y 29), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XII y XXXI) y en el Protocolo de San Salvador (artículos 13 y 16).

En un sentido similar al consagrado en la CTM, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas dispone que los Estados deben adoptar medidas apropiadas de modo que, siempre que sea posible, las personas pertenecientes a minorías puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucción en su idioma materno. Además, los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto (artículos 4.3 y 4.4).

#### **f) Derecho a una vivienda y a un nivel de vida adecuado**

Conforme al artículo 43.1.d de la CTM, los trabajadores migratorios que se encuentren documentados o en situación migratoria regular tienen derecho a gozar de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con el acceso a la vivienda, incluyendo los planes

sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres. Los Estados Partes deben promover condiciones que garanticen esta igualdad de trato y no podrán impedir que un empleador de trabajadores migratorios instale viviendas o servicios sociales o culturales para ellos (artículos 43.2 y 43.3).

Por su parte, el artículo 70 de la CTM dispone que los Estados Partes deben adoptar medidas para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana.

Con respecto a esta materia, cabe señalar que, aunque el artículo 43 de la CTM otorga a los trabajadores migratorios documentados ciertos derechos en lo que respecta a educación, salud, vivienda y cultura, no incluye expresamente la protección otorgada por la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales – como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño – a una adecuada calidad de vida. Sin embargo, dicha omisión puede salvarse a través de lo dispuesto en el referido artículo 70 de esta Convención.

De manera más explícita, el derecho a una vivienda y a un adecuado nivel de vida se consagra, a favor de toda persona, en la Declaración

Universal de Derechos Humanos (artículo 25.1), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 11.1 y 11.2), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.e.iii), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 14.2.h), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 27) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 6.1).

**g) Derecho a la cultura. Participación en la vida cultural**

Conforme al artículo 31 de la CTM, los Estados Partes deben velar porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares sin distinción alguna, y no pueden impedir que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen. Como contrapartida, el artículo 34 de este instrumento dispone que todos los trabajadores migratorios y sus familiares tienen la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de los Estados de tránsito y de empleo.

Por su parte, los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren documentados o en situación migratoria regular tienen derecho a gozar de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con el acceso a la vida cultural y la participación en ella (artículos 43.1.g y 45.1.d).

De manera similar, los derechos culturales se encuentran también consagrados, a favor de toda persona, en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 27), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 27), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 15), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 5.e.vi y 5.f), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 13.c), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículos 30 y 31), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos XIII y XXIX) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 14).

La Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven también contiene referencias a los derechos culturales, muy semejantes a la regulación que de éstos contempla la CTM. En tal sentido, su artículo 4 dispone que todos los extranjeros tienen el deber de respetar las costumbres y tradiciones del pueblo del Estado en que se encuentren. Como contrapartida, tienen derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones (artículo 5.1.f).

Por último, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas se contienen importantes normas referidas a esta materia:



- Los Estados deben proteger la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos, y deben fomentar las condiciones para la promoción de esa identidad (artículo 1).
- Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas tienen derecho a disfrutar de su propia cultura y a utilizar su propio idioma, en privado y en público libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo (artículo 2.1).
- Las personas pertenecientes a minorías tienen derecho a participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública (artículo 2.2).
- Los Estados deben adoptar medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales (artículo 4.2).

#### **h) Derecho al descanso, esparcimiento y tiempo libre**

En la CTM no existe una consagración expresa de este derecho, pero sí importantes disposiciones que suponen un reconocimiento implícito de éste:

- Los trabajadores migratorios, sin distinción alguna, tienen derecho a gozar de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo con respecto al descanso semanal y a las vacaciones pagadas. En los contratos privados no puede menoscabarse este principio de igualdad de trato, y los Estados Partes deben adoptar medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no serán privados de este derecho a causa de irregularidades en su permanencia o empleo (artículos 25.1.a, 25.2 y 25.3).
- Los Estados Partes además deben tomar medidas para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana (artículo 70).

Otros instrumentos internacionales de derechos humanos consagran expresamente este derecho a favor de toda persona. Ello ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7.d), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 13.c), en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículos 31.1 y 31.2), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XV) y en el Protocolo de San Salvador (artículo 7.h).

Por su parte, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven consagra expresamente el derecho al descanso y al esparcimiento pero sólo a favor de los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado (artículo 8.1.c).

### 3.1.3.3. Derecho a la información sobre las condiciones de migración

En materia migratoria, el derecho a la información tiene un carácter fundamental pues, a través de él, se busca que la decisión de migrar se adopte de manera seria y responsable, sopesando, en la mayor medida posible, todas las consecuencias que ella puede traer aparejada no sólo para el migrante, sino que también para su familia. Dada la trascendencia de este derecho, la CTM es el primer tratado internacional de derechos humanos que lo consagra de manera expresa y detallada.

En este sentido, las disposiciones que regulan este derecho establecen:

- Todos los trabajadores migratorios y sus familiares, sin distinción alguna, tienen derecho a que el Estado de origen, el Estado de empleo o el Estado de tránsito, según corresponda, les proporcione información acerca de: a) Sus derechos con arreglo a esta Convención; b) Los requisitos establecidos para su admisión, sus

derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado y cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado.

Los Estados Partes deben adoptar todas las medidas que consideren apropiadas para difundir la información mencionada o velar porque sea suministrada por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones apropiados. Según corresponda, cooperarán con los demás Estados interesados.

La información adecuada será suministrada a los trabajadores migratorios y sus familiares que la soliciten gratuitamente y, en la medida de lo posible, en un idioma que puedan entender (artículo 33).

- Antes de su partida, o a más tardar en el momento de su admisión en el Estado de empleo, los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren documentados o en situación migratoria regular, tienen derecho a ser plenamente informados por el Estado de origen o por el Estado de empleo, según corresponda, de todas las condiciones aplicables a su admisión y, particularmente, de las relativas a su estancia y a las actividades remuneradas que podrán realizar, así como de los requisitos que deberán cumplir en el Estado de empleo y las autoridades a que deberán dirigirse para que se modifiquen esas condiciones (artículo 37).
- Los trabajadores migratorios y sus familiares, siempre que se encuentren documentados, tienen derecho a ausentarse temporalmente del Estado de empleo y, en caso de querer ejercer este

derecho, tienen derecho a ser informados plenamente de las condiciones en que estén autorizadas esas ausencias temporales.

- Los Estados Partes deben mantener servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares. Sus funciones serán, entre otras: a) El intercambio de información, las consultas y la cooperación con las autoridades competentes de otros Estados Partes interesados en esa clase de migración; b) El suministro de información apropiada, en particular a empleadores, trabajadores y sus organizaciones, acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración y el empleo, los acuerdos sobre migración concertados con otros Estados y otros temas pertinentes; c) El suministro de información y asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares, sin distinción alguna, en lo relativo a las autorizaciones y formalidades y arreglos requeridos para la partida, el viaje, la llegada, la estancia, las actividades remuneradas, la salida y el regreso, así como en lo relativo a las condiciones de trabajo y de vida en el Estado de empleo, las normas aduaneras, monetarias y tributarias y otras leyes y reglamentos pertinentes (artículos 65.1.b, 65.1.c y 65.1.d).
- Los Estados Partes, incluidos los Estados de tránsito, deben colaborar con miras a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular. Entre las medidas que se adopten con ese objeto dentro de la jurisdicción de cada Estado interesado, se contarán aquellas medidas

que resulten adecuadas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración (artículo 68.1.a).

En relación con el derecho a la información, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven dispone que los Estados deben hacer públicas las leyes o reglamentaciones nacionales que afectan a los extranjeros (artículo 3). Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas establece que los Estados deben cooperar en las cuestiones relativas a las personas pertenecientes a minorías, entre otras cosas, en el intercambio de información y de experiencia, con el fin de promover la comprensión y la confianza mutuas (artículo 6).

#### 3.1.3.4. Derechos ante violaciones de los derechos o libertades reconocidos en la Convención Internacional sobre Trabajadores Migratorios

Conforme al artículo 83 de este instrumento internacional, cada uno de los Estados Partes en esta Convención se compromete a garantizar que:

- Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en la CTM hayan sido violados pueda obtener una reparación efectiva, aun cuando tal violación haya sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

Como puede observarse, la titularidad de este derecho recae en “toda persona”, por tanto, son titulares del mismo todos los trabajadores migratorios y sus familiares, sin distinción alguna.

- La autoridad judicial, administrativa o legislativa competente, o cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del Estado, decida sobre la procedencia de la demanda de toda persona que interponga tal recurso, y que se amplíen las posibilidades de obtener reparación por la vía judicial.
- Las autoridades competentes cumplan toda decisión en que el recurso se haya estimado procedente.

Con respecto a esta materia, la CTM no hace más que consagrar una tendencia ya presente en otros instrumentos internacionales de derechos humanos que también reconocen, a favor de toda persona, el derecho a un recurso efectivo y a una justa reparación en caso de violación de los derechos o libertades consagrados en los mismos. Así ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8 y 28), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 6), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 2.c), en la Convención Internacional Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículos 13 y 14) y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 4).

En el ámbito interamericano, esta tendencia se observa en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), en la Convención Americana (artículo 25), en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 8) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 7.f y 7.g).

#### 3.1.4. Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional

Una de las características más interesantes de la Convención es que, además de establecer las obligaciones que los Estados miembros tienen con respecto a los trabajadores migratorios, en su parte VI, establece un marco para la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional al cual dichos Estados deben atenerse.

Así, los Estados Partes tienen la obligación de mantener servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares, que se encargarán de la formulación y ejecución de políticas sobre migración, del intercambio de información con los otros Estados Partes, del suministro de información apropiada a empleadores y trabajadores acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración, y del suministro de información y



asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares (artículo 65).

Para proteger a los migrantes de los abusos, el artículo 66 dispone que sólo tendrán derecho a contratar trabajadores en otro Estado, los servicios u organismos públicos del Estado o los organismos privados autorizados. En el artículo 67 se establece que los Estados Partes cooperarán de la manera que resulte apropiada en la adopción de medidas relativas al regreso ordenado de los trabajadores migratorios y sus familiares al Estado de origen.

El artículo 68 es particularmente importante para la prevención y eliminación de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, pues insta a los Estados Partes a colaborar para impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales y clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular. Entre las medidas que deben tomar dichos Estados en esta materia cabe señalar: a) medidas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración; b) medidas para detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto; y c) medidas para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular. Como puede apreciarse,

se promueve la imposición de sanciones a determinadas personas o grupos, pero jamás al propio migrante ni a sus familiares que se encuentren en situación irregular.

En el segundo párrafo del artículo 68 se establece que los Estados de empleo deben adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la contratación de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores. Esas medidas deben complementarse con las disposiciones de los artículos 35 y 69.1 de la Convención, donde se señala que los Estados Partes, en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular, deben tomar medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista. En este mismo sentido, el artículo 69.2 estipula que cuando los Estados Partes interesados consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, deben tener en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar.

### 3.1.5. Disposiciones generales

En la parte VIII de esta convención internacional destacan las siguientes normas:

- Nada de lo dispuesto en la CTM puede afectar el derecho que cada Estado Parte tiene para establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes están sujetos a las limitaciones establecidas en esta Convención (artículo 79). Es decir, conforme a esta norma, y tal como se ha señalado, se reconoce la soberanía de los Estados para fijar los criterios de admisión de extranjeros a sus territorios. Pero, en lo que respecta a la situación legal y al trato que debe darse a los migrantes, las normas de la CTM limitan el ejercicio de la soberanía estatal.
- Nada de lo dispuesto en este tratado afectará a ningún derecho o libertad más favorable que se conceda a los trabajadores migratorios y a sus familiares en virtud del derecho o la práctica de un Estado Parte o de todo tratado bilateral o multilateral vigente para el Estado Parte interesado (artículo 81).
- Los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares previstos en esta Convención no pueden ser objeto de renuncia ni tampoco podrán ser revocados mediante contrato (artículo 82). Ésta es una norma trascendental que consagra el principio de la irrenunciabilidad e irrevocabilidad de los derechos reconocidos en la CTM.

- Los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para aplicar las disposiciones de esta Convención (artículo 84).

### 3.2. El Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

En el artículo 72 de la CTM se prevé el establecimiento de un órgano encargado de observar la aplicación de la Convención: el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, integrado por 10 expertos elegidos por los Estados Partes, cuyo número se elevará a 14 cuando se hayan registrado 41 ratificaciones<sup>189</sup>.

Con respecto a la competencia del Comité, relativa a las facultades que tiene para velar por la observancia de la CTM, cabe señalar, en primer lugar, que, conforme al artículo 73, los Estados Partes aceptan la obligación de presentar informes sobre las medidas que hayan tomado para aplicar la Convención, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la misma para el Estado Parte de que se trate y, en lo sucesivo, cada cinco años. Los informes deben indicar los problemas que afecten a la aplicación de la Convención y proporcionar información acerca de las características de las corrientes de migración en el país respectivo. Tras examinar los

---

<sup>189</sup> En marzo de 2004, el Comité celebró su período de sesiones inaugural, durante el que aprobó su reglamento provisional. En octubre de 2004, el Comité celebró reuniones oficiosas con el objeto de elaborar directrices para la preparación de los informes iniciales de los Estados Partes. El Comité aprobó oficialmente estas directrices en su segundo período de sesiones, celebrado en abril de 2005. En ese período de sesiones, el Comité también trató sus métodos de trabajo para el examen de los informes de los Estados Partes.

informes, el Comité hace llegar al Estado Parte del caso las observaciones que considera oportunas.

El artículo 76 contempla un procedimiento de comunicación entre Estados, según el cual, todo Estado Parte en la Convención podrá declarar, en cualquier momento, “que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanadas de la presente Convención”<sup>190</sup>. Sin embargo, hasta el mes de diciembre del año 2008 no se había recibido ninguna declaración de este tipo.

Por su parte, el artículo 77 dispone que todo Estado miembro podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas o en nombre de personas sometidas a su jurisdicción, que aleguen que ese Estado Parte ha violado los derechos individuales que les reconoce la Convención. El Comité no admitirá comunicación alguna relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración. Cuando el Comité se cerciore de que la misma cuestión no ha sido ni está siendo examinada en otro procedimiento de investigación o solución internacional, y que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, podrá pedir explicaciones por escrito y

---

<sup>190</sup> La redacción del artículo 76 de la Convención es igual a la de los artículos 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 21 de la Convención contra la Tortura, pues exigen que el Estado Parte haga una declaración reconociendo la competencia de los Comités respectivos para conocer y examinar comunicaciones entre Estados. Distinta redacción se encuentra en el artículo 11 de la Convención contra la Discriminación Racial donde se le reconoce a los Estados Partes esta facultad de efectuar comunicaciones respecto de otros Estados Partes ante el Comité respectivo sin que tengan que hacer previamente una declaración de reconocimiento de competencia en este sentido.

expresar sus opiniones tras haber examinado toda la información disponible. En el artículo se prevé que el procedimiento de comunicación individual podrá utilizarse cuando se hayan recibido diez declaraciones de Estados Partes<sup>191</sup>. Hasta el mes de diciembre del año 2008 no se había hecho ninguna declaración de aceptación del artículo 77.

### 3.3. Estado de ratificaciones de la Convención Internacional sobre Trabajadores Migratorios

A pesar de los importantes esfuerzos que se han realizado a nivel internacional para lograr la mayor y más amplia difusión y ratificación de la Convención sobre trabajadores migratorios, el número de ratificaciones sigue siendo bajo. Al mes de diciembre de 2008, 40 Estados habían ratificado este instrumento de las Naciones Unidas, resaltando el hecho de que, hasta la fecha, los Estados Partes de la Convención son, principalmente, países de origen de los migrantes (tales como México, Marruecos y Filipinas), para quienes la Convención no sólo es un vehículo importante para proteger a sus nacionales que viven en el exterior, sino que también es un instrumento jurídico que deben aplicar a favor de los extranjeros que viven en su propio territorio, ya que muchos de esos Estados son también países de tránsito y, en menor medida, de destino final,

---

<sup>191</sup> La redacción del artículo 77 de la Convención es igual a la de los artículos 22 de la Convención contra la Tortura y 14 de la Convención contra la Discriminación Racial, pues exigen que el Estado Parte haga una declaración reconociendo la competencia de los Comités respectivos para conocer y examinar comunicaciones individuales. Distinta redacción se encuentra en el artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, pues en estas normas se establece que por ser Partes en dichos Protocolos, los Estados reconocen la competencia de los Comités respectivos para conocer y examinar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas.

y la Convención resalta su responsabilidad en la protección de los derechos de los migrantes en su propio territorio<sup>192</sup>.

Sobre el particular, cabe agregar que ningún país occidental receptor de migrantes ha ratificado este instrumento, a pesar de que la mayoría de los trabajadores migratorios viven en Europa y Norteamérica. Otros importantes países receptores como la India, Japón, Australia y los Estados del Golfo, tampoco han ratificado la Convención.

Los principales argumentos esgrimidos por los Estados que se resisten a ratificar este tratado internacional pueden sintetizarse de la siguiente manera<sup>193</sup>:

- Algunos Estados consideran que su legislación nacional vigente protege de un modo satisfactorio a los trabajadores migratorios que se encuentran en sus territorios. Este argumento es sostenido principalmente por los países occidentales quienes, por lo mismo, estiman superfluo ratificar la Convención.

---

<sup>192</sup> Ratificaciones de la Convención a diciembre de 2008: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Honduras, Kirguistán, Jamaica, Jamahiriya Libia Árabe, Lesotho Mali, Mauritania, México, Marruecos, Nicaragua, Paraguay, Perú, Rwanda, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, República Árabe Siria, Tayikistán, Timor/Leste, Turquía, Uganda y Uruguay.

<sup>193</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). 2003. Kit Informativo sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes [en línea] < [www.unesco.org/migration/convention](http://www.unesco.org/migration/convention) > [consulta: 3 de marzo 2008]. Págs. 3 y 4.

- Algunos Estados tienen solamente un número pequeño de migrantes en su territorio y, por lo tanto, no se percibe la necesidad de legislar sobre este tema.
- En otros casos, la Convención no es bien conocida y no constituye una prioridad en la agenda política.
- Otros Estados carecen de la infraestructura legal y material necesaria para aplicar la Convención, por lo que se muestran reacios a ratificarla, puesto que al hacerlo estarían sujetos a un examen sobre la forma en que la implementan y, dadas sus carencias legales y materiales, podrían verse envueltos en situaciones embarazosas en las que sus incumplimientos en materia de derechos humanos serían expuestos a nivel internacional.
- Muchos países no desean ratificar convenciones internacionales que les impongan obligaciones respecto de sus políticas de inmigración, tema que consideran de índole estrictamente nacional. La inestabilidad económica y el alto nivel de desempleo llevan a algunos Estados a dar preferencia a sus nacionales por encima de los trabajadores foráneos en lo que respecta al reconocimiento y goce de los derechos fundamentales.
- Algunos Estados se muestran reacios frente a la Convención porque consideran que ésta otorga demasiados derechos a los trabajadores migratorios y a sus familiares, lo que los hace temer que este amplio reconocimiento de derechos convierta a sus territorios en lugares más atractivos para los migrantes indocumentados. La no ratificación de



la Convención se considera como parte de sus estrategias para desalentar a potenciales migrantes.

Los Estados y los grupos de la sociedad civil favorables a la ratificación afirman que todos estos temores son infundados y que los argumentos dados contra la ratificación se basan en una mala comprensión de la Convención, puesto que ésta no es un instrumento para formular políticas de inmigración más liberales. La Convención solamente asegura que los derechos humanos sean aplicados apropiadamente a los trabajadores migratorios y a sus familiares, ajustándose a sus necesidades particulares. Los Estados que ya respetan los derechos humanos y que han ratificado otros instrumentos en esta materia no tienen, por lo tanto, ninguna razón para resistirse a la ratificación de este instrumento internacional.

#### **4. Jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos en materia migratoria**

Efectuado el análisis normativo de las principales disposiciones de la Convención sobre trabajadores migratorios, cabe destacar la existencia de ciertos derechos consagrados a favor de las personas migrantes que adquieren una mayor relevancia dada su particular condición de vulnerabilidad, y cuyo reconocimiento y ejercicio resulta fundamental en todas las fases del proceso migratorio: decisión de migrar, desplazamiento, adaptación al lugar de destino y eventual retorno al lugar de origen.

El reconocimiento y goce de estos derechos emana de los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido reseñados, pero, con respecto a éstos, además existe importante doctrina y jurisprudencia elaborada por los sistemas universal e interamericano de derechos humanos que interpretan o aclaran el contenido, alcance o valor jurídico de los mismos.

A continuación, se expondrán algunos de los derechos que, a nuestro juicio, adquieren una especial relevancia en materia migratoria, y las principales cuestiones jurisprudenciales y doctrinarias que se han suscitado en torno a ellos.

**a) Derecho a la libertad personal y protección contra la privación arbitraria de la libertad**

“Por libertad personal se entiende la libertad física. Esta interpretación la confirma el párrafo segundo del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La libertad en sentido más amplio, es decir, en el sentido del derecho de la persona a desarrollar su vida de conformidad con sus propios valores y deseos, está comprendida implícitamente en el derecho a la intimidad, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, o en el derecho a la integridad moral, según la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> O'DONNELL, Daniel. 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Segunda Edición, Santiago de Chile. Pág. 280.

“El concepto de privación de libertad física incluye la reclusión en instituciones cerradas de toda índole, sea cárcel o prisión, campo de detención, hospital u otra. En su Observación General N° 8, el Comité de Derechos Humanos manifiesta al respecto que este concepto se extiende a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc.”<sup>195</sup>.

En el caso de la privación de libertad por razones no penales, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos relativa a esta materia “versa esencialmente sobre el criterio de arbitrariedad y sobre la privación de libertad a distintas categorías de personas, entre ellas testigos, migrantes ilegales y personas que sufren enfermedades mentales. La jurisprudencia consta de tres ejes que son: la finalidad de la medida, la necesidad de la medida y las salvaguardias utilizadas para evitar que la medida se extienda más allá de las circunstancias que la justifican”<sup>196</sup>.

Con respecto a la privación de libertad de migrantes ilegales, el caso J.R.C. c. Costa Rica fue uno de los primeros examinados por el Comité de Derechos Humanos sobre el tema. “El denunciante era un guerrillero de nacionalidad desconocida que tenía antecedentes de participación en la lucha armada de un país vecino, así como antecedentes penales en Costa

---

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> Ibid. Pág. 307.

Rica, que había regresado al territorio costarricense en forma irregular después de haber sido expulsado. Las autoridades migratorias resolvieron deportarlo de nuevo por considerar que representaba una amenaza a la seguridad pública y ordenaron su detención hasta identificar un país dispuesto a recibirlo. Con base en las circunstancias excepcionales del caso, el Comité declaró inadmisibles los alegatos relativos a una presunta violación de la libertad personal. La decisión descansa esencialmente en dos consideraciones. En primer lugar, la intención declarada del Estado de devolverle la libertad tan pronto como fuese factible expulsarlo del territorio nacional, y en segundo lugar, la renuencia del Comité a revisar los fundamentos de la decisión de las autoridades nacionales en el sentido de que el interesado representaba una amenaza a la seguridad nacional”<sup>197</sup>. Se advierte que este último factor fue decisivo para que se estimara que en este caso no existía una violación del derecho involucrado, por cuanto la privación de libertad se justificaba en que la libertad del afectado era considerada una amenaza para la seguridad pública, cuestión que se acreditaba a través de los antecedentes penales que aquél tenía en el Estado que presuntamente había incurrido en tal violación. El problema que puede suscitarse aquí es si se justifica que la medida privativa de libertad se mantenga hasta que se encuentre un Estado dispuesto a recibir al afectado, puesto que dicha búsqueda puede extenderse por un tiempo considerable, lo que hace que se esté frente a una medida que no tiene un límite claro de duración. Al respecto, el Comité ha hecho énfasis en la proporcionalidad de

---

<sup>197</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso J.R.C. c. Costa Rica, párrafo 8.4 (1989). En: O'DONNELL, Daniel. 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Segunda Edición, Santiago de Chile. Págs. 308 y 309.

la privación de libertad y en particular en la duración de la medida, señalando que: "... toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del periodo para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de huida y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un periodo determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal"<sup>198</sup>.

La jurisprudencia reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) relativa a la privación de libertad por razones no penales establece tres requisitos básicos: "... primero, la detención preventiva, por alguna razón de seguridad pública, debe basarse en fundamentos y procedimientos establecidos por ley; segundo, no puede ser arbitraria y, tercero, debe ofrecerse sin demora un control judicial de supervisión"<sup>199</sup>.

"En lo que concierne a la detención de migrantes, esta regla ha sido aplicada en el caso Ferrer-Mazorra sobre un grupo de cubanos que había ingresado a Estados Unidos en forma irregular. Los denunciante formaban

---

<sup>198</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso A. c. Australia, párrafo 9.4 (1997). En: Ibid. Pág. 311.

<sup>199</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos de América, párrafo 212 (2001); Coard y otros c. Estados Unidos de América, párrafo 45 (1999). En: Ibid. Pág. 313.

parte de un grupo mucho más grande que llegó en una flotilla de barcos cuando el gobierno cubano suspendió temporalmente las restricciones a la emigración en el año 1980. Después de revisar las circunstancias y antecedentes de dichas personas, las autoridades estadounidenses regularizaron la situación migratoria de la gran mayoría de ellos. Los que no reunían los criterios pertinentes, debido a su salud mental o presuntos antecedentes penales, eran sujetos a expulsión, pero como el país de nacionalidad se negó a permitir su regreso, la mayoría de las personas en dicha situación, calificadas como “extranjeros excluibles” por la legislación migratoria estadounidense, quedaron en “libertad condicional”. Los que representaban una amenaza para la comunidad, a criterio de las autoridades, fueron internados en instituciones penales”<sup>200</sup>. En este caso, la Comisión Interamericana sostuvo que, “si bien, los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad en materia migratoria, ello no implica que esa facultad no se encuentre sujeta a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Sustentó su posición en el Preámbulo de la Declaración Americana, donde se establece que “los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Otros artículos de la Declaración reiteran este postulado básico, tales como los artículos II y XVII. En concreto, los Estados miembros de la OEA están obligados a garantizar los derechos protegidos por la Declaración Americana a todas las personas que se encuentren bajo su autoridad y control, recayendo sobre el Estado la carga

---

<sup>200</sup> Ibid.

de probar la existencia de una disposición o una reserva permisible que explícitamente limite o excluya la aplicación de algunas o todas las disposiciones del instrumento a una clase determinada de personas, como los extranjeros excluibles. La Comisión consideró que el Estado no identificó o demostró que exista una disposición o reserva en este sentido. Los peticionarios estaban bajo la jurisdicción de Estados Unidos, ya que no sólo se encontraban físicamente en el territorio de dicho Estado, sino que, además, fueron objeto de procedimientos y medidas administrativas y judiciales. Por tanto, pese a que los tribunales nacionales consideraron que los “extranjeros excluibles” nunca ingresaron al territorio de Estados Unidos para efectos de la legislación interna, ello no puede servir de justificación para el incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos establecidos en la Declaración Americana, incluso para con los “extranjeros excluibles”, si éstos se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados Unidos”<sup>201</sup>.

La Ley de Inmigración y Naturalización estadounidense, fundamento legal de la detención de los peticionarios, consideró que los “extranjeros excluibles” no tenían derecho a la libertad. “A su vez, los tribunales nacionales coincidieron con la interpretación de la legislación respecto a que ésta hace la ficción de que tales extranjeros no ingresaron al territorio del Estado, lo cual, junto con el carácter administrativo de su detención, determina que estas personas sean privadas de su libertad, y que no tengan

---

<sup>201</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2001. Informe Anual, capítulo VI relativo al Tercer Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias [en línea] <<http://www.cidh.org/anual.esp.htm>> [consulta: 10 de diciembre 2007] Párrafos 51 y 52.

derecho al debido proceso y a un recurso judicial efectivo. Lo anterior llevó a los tribunales estadounidenses a la conclusión de que los “extranjeros excluibles” pueden estar detenidos indefinidamente, dado que la ley no establece un límite de tiempo en este sentido”<sup>202</sup>.

La CIDH consideró que esta legislación no sólo es violatoria de la libertad personal, sino que también es “la antítesis de las protecciones prescritas en los artículos I y XXV de la Declaración Americana, pues no reconoce ningún derecho a la libertad de parte de los peticionarios pese a su presencia física dentro del territorio del Estado”<sup>203</sup>.

En cuanto a los procedimientos aplicados, la CIDH señaló que “los procedimientos por los cuales se ha privado y se sigue privando de la libertad a los peticionarios son arbitrarios, por cuatro razones principales: no definen con suficiente detalle los fundamentos en base a los cuales se ha privado de la libertad a los peticionarios; colocan en el detenido la carga de justificar la liberación; están sujetos a un grado de discrecionalidad de parte de los funcionarios que supera los límites razonables, y no ofrecen garantías de revisión de la detención a intervalos razonables”<sup>204</sup>.

Finalmente, la CIDH concluyó que “las clasificaciones jurídicas de los migrantes no pueden crear ficciones jurídicas como la de los

---

<sup>202</sup> Ibid. Párrafo 63.

<sup>203</sup> Ibid. Párrafo 64.

<sup>204</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos de América, párrafo 212 (2001); Coard y otros c. Estados Unidos de América, párrafo 45 (1999). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 314.



“extranjeros excluibles” para justificar la denegación de derechos fundamentales a éstos. Los migrantes que se encuentren detenidos deben tener la posibilidad de acudir ante los tribunales para solicitar que se revise la decisión de mantenerlos privados de la libertad”<sup>205</sup>.

#### **b) Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (debido proceso legal)**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para que exista debido proceso legal es preciso que “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A este fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”<sup>206</sup>.

Para alcanzar sus objetivos, el debido proceso legal supone el reconocimiento de garantías judiciales mínimas y, en el caso de las personas migrantes y sus familiares, cabe resaltar las siguientes:

##### **b.1) El debido proceso en procedimientos civiles y administrativos**

---

<sup>205</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2001. Op. cit. Párrafo 77.

<sup>206</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva 16/99, de 1 de octubre de 1999. Párrafo 117. Pág. 68.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia importante sobre la relación de los párrafos 1 y 2 del artículo 8 de la Convención Americana, o sea, sobre las garantías del debido proceso que deben respetarse durante procesos civiles y administrativos. En el caso Tribunal Constitucional, referido a un juicio político de tres magistrados destituidos de sus cargos por una Comisión del Congreso, la Corte, con respecto al párrafo 1 del artículo 8, manifestó que: "... cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana"<sup>207</sup>.

Con respecto al segundo párrafo del artículo 8, la Corte Interamericana declaró lo siguiente: "... a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en este tipo

---

<sup>207</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso del Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), párrafo 70 (2001), citando el caso Paniagua Morales y otros (Fondo), párrafo 149. En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Págs. 363 y 364.

de materias, el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”<sup>208</sup>.

En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana aplicó esta jurisprudencia a las actuaciones de la Dirección General de Migraciones y Naturalizaciones del Perú, pues estimó que “las actuaciones administrativas se habían desarrollado en forma incompatible con el derecho de la víctima a conocer los cargos en su contra, así como con el derecho a presentar pruebas documentales y testigos que acreditaran su posición. La autoridad administrativa también carecía, en el derecho interno, de competencia para tomar la decisión que privaba a la víctima de su nacionalidad, lo que constituyó una violación del artículo 8 de la Convención”<sup>209</sup>.

La expresión más completa de la doctrina de la Corte Interamericana sobre esta materia se encuentra en la sentencia dictada en el caso *Baena Ricardo*, relativo a una acción administrativa que resultó en el despido de funcionarios de una empresa estatal. En este fallo, la Corte señaló: “En cualquier materia la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada. Por ejemplo, no puede la administración invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados, ni tampoco dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la

---

<sup>208</sup> Ibid. Pág. 364.

<sup>209</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ivcher Bronstein* (Fondo), párrafos 103- 104 (2001). En: Ibid. Pág. 365.

garantía del debido proceso. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”<sup>210</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido la aplicabilidad de ciertas garantías plasmadas en el párrafo 2 del artículo 8 a procesos administrativos sancionatorios. “En una decisión adoptada en 1999, relativa a la expulsión de tres misioneros de un país después de un procedimiento sumario – fueron interrogados en el aeropuerto internacional, donde habían sido llevados a la fuerza y sin advertencia previa, horas antes de su expulsión – la CIDH concluyó que se les había privado del derecho a ser asistidos por un defensor, del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulaban y, en consecuencia, para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas”<sup>211</sup>.

## b.2) El derecho a un intérprete

“El derecho del acusado que no comprende o no habla el idioma del tribunal a ser asistido gratuitamente por un intérprete está reconocido en el

---

<sup>210</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Baena Ricardo (Fondo), párrafos 124 – 126 y 128 (2001). En: Ibid. Pág. 366.

<sup>211</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Riebe Starr c. México, párrafos 59 - 60 (1999). En: Ibid. Pág. 367.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y por la Convención Americana. La disposición pertinente de la Convención es más amplia que la del PIDCP, al reconocer también el derecho a un traductor, si fuera necesario”<sup>212</sup>.

“En su Comentario General sobre el artículo 14 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos expresó que este derecho se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Tiene importancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión pueden constituir un obstáculo principal al derecho de defensa. En una serie de casos, el Comité ha insistido en los límites de este derecho. En uno de ellos, comentó que el requisito de un juicio con las debidas garantías tampoco obliga a los Estados Partes a proporcionar servicios de interpretación a una persona cuya lengua materna no sea el idioma oficial del tribunal si esa persona puede expresarse adecuadamente en el idioma oficial y comprender ese idioma. Sólo es obligatorio proporcionar servicios de interpretación si al acusado o a los testigos de descargo les resulta difícil comprender el idioma del tribunal o expresarse en ese idioma”<sup>213</sup>.

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que toda declaración de una persona que no comprende o no habla adecuadamente el idioma en el cual ésta le es tomada, carece de valor. Este

---

<sup>212</sup> O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 431.

<sup>213</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Cadoret y otros c. Francia, párrafo 5.6 (1991) En: Ibid. Pág. 432.

órgano también ha subrayado que el derecho a un intérprete o a un traductor es tan fundamental que debe ser respetado desde el inicio del sumario”<sup>214</sup>.

### b.3) El derecho a la asistencia consular

Con respecto al reconocimiento del derecho a la asistencia consular, existe importante jurisprudencia emanada de la Corte Internacional de Justicia, principal órgano judicial de las Naciones Unidas.

Con fecha 27 de junio de 2001, dicho órgano dictó sentencia en el denominado caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos). “En su fallo, la Corte comienza por destacar la historia de la controversia. Los hermanos Karl y Walter LaGrand – nacionales alemanes que residían permanentemente en los Estados Unidos desde su infancia – fueron detenidos en 1982 en Arizona por su participación en un robo frustrado a un banco, durante el cual el director de esa entidad fue asesinado y otro empleado resultó gravemente herido. En 1984 un tribunal de Arizona declaró culpables a ambos de asesinato en primer grado y de otros delitos y los condenó a la pena de muerte. Los hermanos LaGrand, al ser nacionales alemanes, habían de ser informados sin demora por las autoridades competentes de los Estados Unidos, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de su derecho a comunicarse con el Consulado de Alemania. Los Estados Unidos reconocieron que ello no ocurrió así. De hecho, el Consulado no tuvo conocimiento del caso hasta

---

<sup>214</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Informe Miskito, pp. 110 – 111 (1981). En: Ibid.

1992, año en que fue informado por los propios hermanos LaGrand, quienes a su vez habían sido informados por otras fuentes de los derechos que tenían. Por esa fecha, los hermanos LaGrand, como consecuencia de la doctrina del “procedimiento predefinido” que figuraba en la legislación de los Estados Unidos, no pudieron impugnar las sentencias condenatorias ni las condenas sobre la base de que habían sido infringidos los derechos que tenían con arreglo a la Convención de Viena”<sup>215</sup>.

“Karl LaGrand fue ejecutado el 24 de febrero de 1999. El día anterior a la fecha prevista para la ejecución de Walter LaGrand, es decir, el 2 de marzo de 1999, Alemania presentó el caso ante la Corte Internacional de Justicia. El 3 de marzo de 1999, la Corte dictó una providencia en la que se indicaba la adopción de medidas provisionales, y se señalaba, entre otras cosas, que los Estados Unidos deberían adoptar todas las medidas que estuvieran en su mano para asegurarse de que Walter LaGrand no fuera ejecutado en espera del fallo definitivo de la Corte. En esa misma fecha, Walter LaGrand fue ejecutado”<sup>216</sup>.

En la sentencia dictada en este caso, la Corte<sup>217</sup>:

- Consideró que, al no informar a Karl y Walter LaGrand sin demora, después de su detención, de los derechos que les correspondían en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención

---

<sup>215</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2005. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1997 – 2002 [en línea] Naciones Unidas, Nueva York <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1997-2002.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1997-2002.pdf)> [consulta: 10 de diciembre 2007]. Pág. 203.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> Ibid. Pág. 200.

de Viena sobre Relaciones Consulares y al privar a Alemania de la posibilidad de prestar oportunamente la asistencia prevista en la Convención a esas personas, los Estados Unidos infringieron las obligaciones que tenían con Alemania y con los Hermanos LaGrand con arreglo al párrafo 1 del artículo 36 de dicho instrumento.

- Consideró que, al no permitir la revisión y la reconsideración, a la luz de los derechos establecidos en la Convención, de las sentencias condenatorias y las penas impuestas a los hermanos LaGrand después de haberse determinado que se cometieron las infracciones señaladas, los Estados Unidos no cumplieron la obligación que tenían contraída con Alemania y con los hermanos LaGrand con arreglo al párrafo 2 del artículo 36 de la Convención.
- Consideró que, al no haber adoptado todas las medidas que estaban en su mano para lograr que Walter LaGrand no fuera ejecutado en espera de que la Corte Internacional de Justicia adoptara un fallo definitivo sobre el caso, los Estados Unidos infringieron la obligación que les imponía la providencia dictada por la Corte el 3 de marzo de 1999, en la que se indicaba la adopción de medidas provisionales.
- Tomó nota del compromiso contraído por los Estados Unidos de garantizar la aplicación de medidas concretas adoptadas en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención; y resolvió que había que considerar que ese compromiso se ajustaba a la petición de Alemania de que se dieran garantías generales de no repetición.



- Consideró que, al haber sido condenados los nacionales alemanes a graves penas, sin que se respetaran los derechos que les reconocía el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención, los Estados Unidos habían de permitir la revisión y la reconsideración de las sentencias condenatorias y de las penas, teniendo en cuenta la violación de los derechos consignados en la Convención.

Otro caso similar conocido por la Corte Internacional de Justicia es el llamado caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos), en el cual se dictó sentencia el 31 de marzo de 2004. Este fallo puso fin a un litigio que inició el gobierno de México el 9 de enero de 2003 contra los Estados Unidos por una presunta vulneración de los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, con respecto a 54 nacionales mexicanos que habían sido condenados a la pena capital en los Estados de California, Texas, Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma y Oregón.

“En su demanda, México sostuvo que los 54 casos demostraban que los Estados Unidos habían incumplido sistemáticamente su obligación, en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena, de informar a los nacionales mexicanos de su derecho a recibir asistencia consular, y de adoptar las disposiciones necesarias para enmendar dicho incumplimiento. México alegó que, por lo menos en 49 de esos casos, no había hallado pruebas de que las autoridades estadounidenses competentes hubieran tratado de aplicar el artículo 36 antes de que los nacionales mexicanos

fueran procesados, declarados culpables y condenados a la pena de muerte. También observó que, en cuatro casos, se había hecho algún intento de aplicar el artículo 36, pero que las autoridades seguían sin cumplir la obligación de notificación “sin demora”; y que, en un caso, se informó al nacional detenido de su derecho a notificar su situación y a tener acceso a la asistencia consular en relación con el procedimiento de inmigración, pero no en relación con los cargos pendientes de juicio que suponían la pena capital”<sup>218</sup>.

En su sentencia, la Corte Internacional de Justicia consideró<sup>219</sup>:

- Que, al no informar sin demora en el momento de su detención a los nacionales de México de los derechos que les confiere el párrafo 1 b) del Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que les incumben de conformidad con este apartado;
- Que, al no notificar sin demora al puesto consular mexicano pertinente de la detención de nacionales de ese país, privando así a México del derecho a prestar oportunamente a estas personas la asistencia prevista en la Convención de Viena, los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que le incumben de conformidad con el párrafo 1 b) del Artículo 36;

---

<sup>218</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). 2004. Informe de la Corte Internacional de Justicia a la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1 de agosto de 2003 a 31 de julio de 2004, (A/59/4) [en línea] <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/reports/report\\_2003-2004.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/reports/report_2003-2004.pdf)> [consulta: 10 de diciembre 2007]. Pág. 47.

<sup>219</sup> Ibid. Págs. 51 – 53.

- Que, en relación con los nacionales mexicanos, los Estados Unidos privaron a México del derecho a comunicarse oportunamente con esos nacionales, tener acceso a los mismos y visitarlos durante su detención, incumpliendo así las obligaciones que les incumben de conformidad con el párrafo 1 a) y c) del Artículo 36 de dicha Convención;
- Que, en relación con los nacionales mexicanos, los Estados Unidos privaron a México del derecho a proporcionar oportunamente representación legal a sus nacionales, incumpliendo así las obligaciones que les incumben de conformidad con el párrafo 1 c) del Artículo 36 de la Convención;
- Que, al no permitir el examen y la reconsideración, con arreglo a los derechos previstos en la Convención, de la declaración de culpabilidad y las sentencias dictadas en contra de nacionales mexicanos, después de que se hubieran demostrado las violaciones ya mencionadas respecto a estas personas, los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que les incumben de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 36 de la Convención;
- Que, la reparación adecuada consiste en la obligación de los Estados Unidos de realizar, por los medios que elijan, el examen y la reconsideración de las declaraciones de culpabilidad y las sentencias de los nacionales mexicanos implicados en este caso, teniendo en cuenta la violación de los derechos enunciados en el Artículo 36 de la Convención.

- Que, tomando nota del compromiso contraído por los Estados Unidos de garantizar la aplicación de medidas concretas adoptadas en cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con el párrafo 1 b) del Artículo 36 de la Convención de Viena, ha de considerarse que con este compromiso se da cumplimiento a la solicitud de México de adoptar garantías y seguridades de que no se va a repetir una situación similar a la denunciada en este litigio;
- Que, si no obstante los nacionales mexicanos fueran condenados a penas graves, sin que se respeten sus derechos de conformidad con el párrafo 1 b) del Artículo 36 de la Convención, los Estados Unidos deberían proceder, por el medio que elijan, a un examen y una reconsideración de la declaración de culpabilidad y la sentencia, a fin de atribuir la debida importancia a la violación de los derechos previstos en la Convención.

Por su parte, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha señalado que “los extranjeros, además de tener derecho a cada una de las garantías judiciales mínimas reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, tienen derecho en las causas penales y administrativas, como garantía judicial mínima, a comunicarse sin dilación alguna con su representante consular conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Esto debido a que la asistencia consular constituye un medio para la defensa del

inculpado, que repercute, y en ocasiones decisivamente, en el respeto de sus otros derechos procesales”<sup>220</sup>.

“La comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia”<sup>221</sup>.

Trascendental en esta materia es la Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por México con respecto al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal<sup>222</sup>.

Notificada de la consulta, la Comisión Interamericana precisó que “la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un tratado, en el sentido que da a este término el artículo 64 de la Convención Americana, y que su artículo 36 concierne a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, porque establece derechos individuales – no solamente

---

<sup>220</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 1999. Informe Anual, capítulo VI relativo al Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias [en línea] <<http://www.cidh.org/anual.esp.htm>> [consulta: 10 de diciembre 2007] Párrafo 11.

<sup>221</sup> Ibid. Párrafo 12.

<sup>222</sup> El 9 de diciembre de 1997, los Estados Unidos Mexicanos sometieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre “diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Según las manifestaciones del Estado solicitante, la consulta se relaciona con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.

deberes de los Estados – y porque el acceso consular puede proveer una protección adicional al detenido extranjero, el cual podría enfrentar dificultades para disponer de una situación de equidad durante el proceso penal. En aplicación del principio *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares tienen el deber de cumplir con las obligaciones que les impone esta última en todo su territorio, sin excepción geográfica alguna (...) Un Estado que no aplique en su territorio la normativa internacional respecto de la persona extranjera incurre en responsabilidad internacional y, por lo tanto, debe proveer los medios de reparación pertinentes (...) siendo incluso posible anular un proceso si se determina que la violación acarreó un perjuicio al acusado”<sup>223</sup>.

Sin embargo, la Comisión agregó que la violación del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no debe ser considerada, per se, como una violación del debido proceso, sino que da origen a una presunción de perjuicio, que podría ser desvirtuada si se demuestra que se respetaron todas las garantías procesales aplicables. Por tanto, “la carga de demostrar que, a pesar de esa violación, se respetaron todas las garantías procesales para asegurar un juicio justo, recae sobre el Estado que incumplió con las obligaciones que le impone el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y dicho Estado debe demostrar que creó las condiciones para asegurar el respeto al debido

---

<sup>223</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Op. cit., párrafo 26. Págs. 24 y 25.

proceso (obligación positiva) y que el detenido no fue privado arbitrariamente de un derecho protegido (obligación negativa)”<sup>224</sup>.

En esta Opinión Consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció:

- “Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular”<sup>225</sup>. Este derecho implica que el extranjero privado de libertad debe ser informado, “sin dilación”, de que tiene: a) derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y b) derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida “sin demora”. En opinión de la Corte, “el precepto es inequívoco al expresar que reconoce los derechos de información, notificación y comunicación consular a la persona interesada. En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del derecho internacional sobre la materia”<sup>226</sup>. Por tanto,

---

<sup>224</sup> Ibid.

<sup>225</sup> Ibid. Párrafo 141. Pág. 75.

<sup>226</sup> Ibid. Párrafo 82. Pág. 57.

el citado artículo 36 concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrado a la normativa internacional de los derechos humanos;

- “Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía”<sup>227</sup>, pues sería ilógico supeditar el ejercicio o cumplimiento de estos derechos o deberes a las protestas de un Estado que ignora la situación en que se encuentra su nacional. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte estima que “el derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado, pues la libertad de la persona humana y la manifestación de la voluntad son los principios fundamentales de los instrumentos preparados bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Por tanto, es indispensable que el individuo decida libremente si desea que el funcionario consular sea notificado de su detención y, en su caso, autorizar la intervención de éste en su favor”<sup>228</sup>;
- “Que la expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad”<sup>229</sup>;

---

<sup>227</sup> Ibid. Párrafo 141. Pág. 75.

<sup>228</sup> Ibid. Párrafo 90. Pág. 59.

<sup>229</sup> Ibid. Párrafo 141. Pág. 75.



- “Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención referida permite que adquiriera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables”<sup>230</sup>;
- “Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en esta circunstancias, la imposición de la pena de muerte, constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación”<sup>231</sup>.

Esta jurisprudencia fue invocada por los respectivos peticionarios y por la Comisión Interamericana en el informe de fondo N° 52/02, relativo al

---

<sup>230</sup> Ibid. Págs. 75 y 76.

<sup>231</sup> Ibid.

caso de Ramón Martínez Villareal contra Estados Unidos. El señor Martínez Villareal, ciudadano mexicano, fue condenado a muerte y recluido en el pabellón respectivo en la Prisión Florence, en el Estado de Arizona de ese país. Los peticionarios indicaron que el afectado padecía una enfermedad mental, por lo que era inimputable y no podía ser juzgado ni menos condenado a muerte. Agregaron además que Estados Unidos incumplió con la obligación de notificación consular establecida en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En el referido informe de fondo, “la Comisión determinó que ese Estado no demostró haber dado cumplimiento al artículo 36 de dicha Convención. Asimismo, determinó que, en atención a las condiciones personales del afectado, quién no hablaba inglés y desconocía el sistema jurídico, y a las incapacidades de la defensa, ya que fue representado por un abogado que no hablaba español, quién omitió ponerse en contacto con la familia del procesado y que reconoció que su desempeño había estado afectado por su inexperiencia e ineficacia, el derecho a la información sobre la protección consular es, en este caso, un componente fundamental de las garantías judiciales del debido proceso. De manera que, la omisión del Estado de informar al señor Martínez Villareal sobre su derecho a la protección consular resulta en la violación de su derecho al debido proceso y a un juicio imparcial. Aún más, si el Estado aplica la pena capital en contra de este individuo con fundamento en un proceso penal en el que se violaron estos derechos, se trataría de una privación arbitraria de la vida, contraria a la Declaración Americana. Por lo anterior, la Comisión determinó que la reparación adecuada a estas violaciones consiste en que se lleve a cabo un nuevo juicio en el que se

aseguren y garanticen estos derechos y, si ello no es posible, que se ponga en libertad al señor Martínez Villareal”<sup>232</sup>.

El informe de fondo aprobado por la Comisión fue remitido al Estado involucrado, al cual se le pidió que informara sobre las medidas que habría de adoptar para dar cumplimiento a las recomendaciones contenidas en dicho documento. Estados Unidos respondió a la Comisión rechazando el informe por tres razones: “primero, la Declaración Americana no es una fuente de obligaciones jurídicas; segundo, la petición no establece hechos que puedan constituir una violación de las obligaciones establecidas en dicho instrumento; y tercero, la Comisión no es competente para determinar el alcance y contenido de las obligaciones establecidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”<sup>233</sup>.

La Comisión también ha conocido casos donde “los expulsados son llevados a la frontera sin ser oídos ni darles la oportunidad de conocer y, por consiguiente, de controvertir los cargos por los cuales son repatriados o deportados. En otros casos, las expulsiones de extranjeros son llevadas en procedimientos administrativos sumarios y se les impide a los afectados cualquier acceso a un recurso judicial efectivo para la determinación de si tienen o no derecho a permanecer en el país. En ambos casos, la Comisión ha estimado que se configura una violación de los artículos 8 y 25 de la

---

<sup>232</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2003. Informe Anual, capítulo V relativo al Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias [en línea] <<http://www.cidh.org/anual.esp.htm>> [consulta: 10 de diciembre 2007] Párrafo 71.

<sup>233</sup> Ibid. Párrafo 72.

Convención Americana en cuanto significan una violación a las normas del debido proceso legal”<sup>234</sup>.

### c) **Derecho a la personalidad jurídica**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica “la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”<sup>235</sup>.

Doctrina y jurisprudencia del sistema universal de derechos humanos sobre esta materia, pueden encontrarse en el caso Toala, “relativo a las consecuencias de una ley que privó a un gran número de samoanos de la nacionalidad neozelandesa. Samoa estuvo bajo tutela de Nueva Zelanda por mandato de la Sociedad de Naciones por varias décadas, y en 1983 una decisión del Consejo Privado reconoció a todos los samoanos nacidos entre 1924 y 1949 la nacionalidad neozelandesa. Poco después, Nueva Zelanda promulgó una ley privando de su nacionalidad a los samoanos no residentes en su territorio”<sup>236</sup>. El Comité de Derechos Humanos, en su decisión sobre la admisibilidad de este caso manifestó que éste “plantea cuestiones

---

<sup>234</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 1999. Informe Anual, capítulo VI relativo al Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. Op. cit., párrafo 14.

<sup>235</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Bámaca (Fondo), párrafo 179 (2000). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 548.

<sup>236</sup> O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 569.

relacionadas con el artículo 16 del PIDCP respecto a la señora Toala y su hijo (...) ya que no fueron tratados como personas por derecho propio, sino como adiciones al señor Toala, quien fue considerado inmigrante irregular”<sup>237</sup>. Sin embargo, el Comité no se pronunció sobre el fondo de este alegato, por falta de agotamiento de los recursos internos.

La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “la legislación que permite la detención de inmigrantes ilegales por un plazo indefinido sin derecho a recurrir a los tribunales para hacer valer su derecho a la libertad, es violatoria del derecho a la personalidad jurídica y a la justicia, al tenor de los artículos XVII y XVIII de la Declaración Americana”<sup>238</sup>.

Por su parte, jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta materia, se encuentra en el caso de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico contra República Dominicana. “El caso se inició con una demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se alegó la violación de los siguientes derechos: al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), a las garantías judiciales (artículo 8), derechos del niño (artículo 19), a la nacionalidad (artículo 20), a la igualdad ante la ley (artículo 24) y a la protección judicial (artículo 25) de la Convención Americana, en conexión con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar

---

<sup>237</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Toala y otros c. Nueva Zelanda, párrafo 6.4 (2001). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 547.

<sup>238</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos, párrafo 243 (2001). En: Ibid. Pág. 549.

disposiciones de derecho interno (artículos 1 y 2), también de la Convención Americana”<sup>239</sup>.

Los hechos que configuran este caso consisten en que “las autoridades del Registro Civil de República Dominicana se negaron a emitir las actas de nacimiento de las niñas Yean y Bosico a pesar de que ellas nacieron en dicho Estado y que este país reconoce el principio de *ius solis* para determinar la nacionalidad. Al negarles dicho documento, las menores quedaron en condiciones de marginalidad y exclusión social, y se vieron obligadas a permanecer como apátridas hasta cuando les fue reconocida su nacionalidad dominicana. Por carecer de un documento de identidad, la niña Bosico no pudo asistir a la escuela. La Comisión Interamericana resaltó que en dicho Estado no existe un procedimiento que permita apelar las decisiones del Registro Civil, así como denunciar la discriminación de la que puede ser objeto una persona por las autoridades de ese organismo”<sup>240</sup>.

“La Corte inicia el examen del caso describiendo la importancia de la nacionalidad como hecho social que refleja el vínculo entre un individuo y un Estado y como prerequisite para el ejercicio y goce de algunos derechos. Pese a que la determinación de los criterios para otorgar la nacionalidad es una competencia estatal, la evolución del derecho internacional restringe estos criterios dentro de un marco de protección de

---

<sup>239</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2005. Informe Anual, capítulo V relativo al Séptimo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias [en línea] <<http://www.cidh.org/anual.esp.htm>> [consulta: 10 de diciembre 2007] Párrafo 73.

<sup>240</sup> Ibid. Párrafo 74.

la persona contra la arbitrariedad. A partir de lo anterior, y aplicando el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y el principio de no discriminación, la Corte considera que los Estados deben abstenerse de establecer normas discriminatorias o de aplicar aquellas que tengan un efecto discriminatorio en diferentes grupos de población al momento de ejercer sus derechos (...) De otra parte, los Estados tienen el deber de no adoptar legislación o prácticas que resulten en el incremento de personas apátridas, ya que esta condición deviene en la imposibilidad de gozar de derechos y causa extrema vulnerabilidad a las personas”<sup>241</sup>.

“Asimismo, la Corte rechaza el argumento esgrimido por las autoridades dominicanas con respecto a que las niñas no son dominicanas porque sus padres, trabajadores migratorios haitianos, son considerados como personas en tránsito, e insiste en la aplicación del principio de igualdad, independientemente de las condición migratoria de una persona. La Corte establece lo siguiente:

- El estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;
- El estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos; y

---

<sup>241</sup> Ibid. Párrafo 81.

- La condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”<sup>242</sup>.

“Por todo lo anterior, la Corte considera que, al negarles su nacionalidad, el Estado expuso a las niñas a condiciones de extrema vulnerabilidad que les impidieron recibir protección de éste y que las sometieron al temor de ser expulsadas del territorio nacional y ser separadas de su familia al no poder demostrar su nacionalidad dominicana (...) La Corte concluye que, al negarse a otorgarles la nacionalidad a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, el Estado violó sus derechos a la nacionalidad (artículo 20 de la Convención Americana) y a la igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención Americana), en relación con los derechos de los niños (artículo 19 de la Convención Americana) y con el deber de respetar y garantizar los derechos y deberes (artículo 1.1 de la Convención Americana). De otra parte, la condición de vulnerabilidad en la que se encontraban las niñas por carecer de nacionalidad incidió sobre su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 de la Convención Americana) y al nombre (artículo 18 de la Convención Americana) (...) También determina la Corte que el Estado violó el derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana) de las madres y una hermana de las niñas Yean y Bosico con la incertidumbre e

---

<sup>242</sup> Ibid. Párrafo 83.



inseguridad que les generó la situación de vulnerabilidad de las niñas y la posibilidad de que fueran expulsadas del Estado del que son nacionales”<sup>243</sup>.

“Con respecto a las reparaciones, la Corte consideró como parte lesionada a las niñas Yean y Bosico, y a sus madres y a la hermana de la niña Bosico, y, a partir de las violaciones referidas, condenó al Estado a pagar una indemnización a cada una de las niñas de US\$ 8,000. Con respecto a las madres y hermana de las niñas, la Corte estimó que su sentencia constituye una forma de reparación”<sup>244</sup>.

#### **d) Derecho a la libertad de circulación y de residencia**

##### **d.1) El derecho a la libertad de circulación**

En el sistema universal, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 27, señala que “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”<sup>245</sup>. En esta Observación también se aborda el problema que se suscita con respecto al requisito de hallarse legalmente en el territorio de un Estado, disponiendo al respecto que “(...) la cuestión de si un extranjero se encuentra legalmente dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un país, siempre que se adecue a las obligaciones

---

<sup>243</sup> Ibid. Párrafos 86, 87, 88 y 91.

<sup>244</sup> Ibid. Párrafo 92.

<sup>245</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 27, párrafos 1 y 4 (1999) En: O`DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 584.

internacionales de éste. Al respecto, el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (del PIDCP),<sup>246</sup>.

En su Observación General N° 15, el Comité de Derechos Humanos comenta que “el consentimiento para la entrada de un extranjero puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación (...) No obstante, agrega lo siguiente: una vez que un extranjero se encuentra lícitamente dentro un territorio, su libertad de circulación en el territorio y su derecho a salir de él pueden limitarse sólo de conformidad con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 12 (del PIDCP). Con arreglo a lo previsto en esa disposición, será necesario justificar las diferencias de trato a ese respecto entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros (...) tales restricciones, entre otras cosas, deben ajustarse a los demás derechos reconocidos en el Pacto (...)”<sup>247</sup>.

“En el caso Celepli, las autoridades habían ordenado la expulsión de un extranjero por considerar que representaba una amenaza a la seguridad nacional. No obstante, debido al riesgo de persecución de dicha persona en su país de nacionalidad, la orden no fue ejecutada y fue sustituida por restricciones a la libertad de residencia. El Estado sostuvo que la orden de expulsión, a pesar de la decisión de no ejecutarla, convirtió en ilegal la

---

<sup>246</sup> Ibid. Págs. 584 y 585.

<sup>247</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 15, párrafos 6 y 8 (1986). En: Ibid. Pág. 585.

presencia de este extranjero en el territorio. El Comité de Derechos Humanos rechazó esta interpretación y concluyó que la persona se hallaba legalmente en el territorio, para efectos del PIDCP, no obstante el criterio de las autoridades nacionales sobre la legalidad”<sup>248</sup>.

“La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la legitimidad de las restricciones a la libertad de circulación de extranjeros que representan un riesgo a la seguridad o al orden público, pero que no pueden ser devueltos a su país de origen en aplicación del principio de *non refoulement* o por consideraciones afines. En el caso Celepli, en el cual el extranjero sospechoso de tener vínculos con una organización terrorista fue obligado a permanecer en un municipio de 10 mil personas durante más de 4 años, el Comité consideró estas restricciones coherentes con el párrafo 3 del artículo 12 del PIDCP”<sup>249</sup>.

“Por último, cabe mencionar la doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre la obligación positiva del Estado frente a obstáculos y restricciones a la libertad de circulación impuestos por actores privados. La Observación General N° 27 establece que el Estado Parte debe velar porque se protejan los derechos garantizados por el artículo 12 (del PIDCP), no sólo de la injerencia pública, sino también de la privada. En el caso de la mujer, esta obligación de proteger es particularmente importante. Por ejemplo, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 12 que el derecho de

---

<sup>248</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Celepli c. Suecia, párrafo 9.2 (1994) En: Ibid. Pág. 585.

<sup>249</sup> Ibid. Págs. 585 y 586.

la mujer a circular libremente y elegir su residencia esté sujeto, por la ley o por la práctica, a la decisión de otra persona, incluido un familiar”<sup>250</sup>.

#### d.2) El derecho de residencia

El derecho de residencia contiene dos aspectos, “el derecho a permanecer en un país, y el derecho a decidir dónde fijar residencia dentro de su territorio. El énfasis dado a estos aspectos y los sujetos reconocidos varían de un instrumento y de un sistema a otro. La normativa del sistema universal pone más énfasis en el derecho a escoger el lugar de residencia dentro del territorio del Estado. El PIDCP reconoce a toda persona que se halle legalmente en el país como titular de este derecho, mientras que la Declaración Americana es ambigua al respecto. La normativa interamericana se refiere al derecho a residir o fijar residencia, sin referencia expresa al derecho a escoger el lugar de residencia. Si bien para la Declaración Americana este derecho es privativo de nacionales, la Convención lo extiende a toda persona que se halle legalmente en el territorio”<sup>251</sup>.

En el sistema universal, el Comité de Derechos Humanos sostiene, en su Observación General N° 27, que “el derecho a entrar en su propio país, plasmado en el párrafo 4 del artículo 12 del PIDCP, comprende el derecho a permanecer en el país, o sea, el derecho a establecer residencia en éste. La

---

<sup>250</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 27, párrafo 6 (1999). En: Ibid. Pág. 587.

<sup>251</sup> O`DONNELL, Daniel. Op. cit. Págs. 572 y 573.

Observación señala, además, que el concepto de “propio país” es más amplio que el del “país de su nacionalidad”, pues la primera expresión no se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Éste sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del Derecho Internacional. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia”<sup>252</sup>.

En su Observación General sobre la situación de los extranjeros con respecto a los derechos consagrados por el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente: “el Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no

---

<sup>252</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 27, párrafo 19 (1999). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 576.

discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”<sup>253</sup>.

“Esta doctrina tiene raíces en la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Aumeeruddy – Cziffra, en la cual declaró que la residencia común de marido y mujer ha de considerarse como la situación normal de una familia, de manera que la exclusión de un cónyuge del país de su pareja puede considerarse una injerencia en la familia, al tenor del artículo 17 del PIDCP, que reconoce el derecho a la intimidad de la familia. Este principio se aplica cualquiera sea la nacionalidad de los cónyuges, de manera que toda medida que impida o condicione la entrada o permanencia del cónyuge de un nacional en el territorio del país de éste, debe ser autorizada por la ley y no puede ser arbitraria. Este principio se aplica también a otros miembros de la familia de un nacional”<sup>254</sup>.

“En el caso Canepa, el Comité de Derechos Humanos señaló que el requisito de que la medida no sea arbitraria tiene una dimensión procesal y otra sustantiva. En cuanto a esta última, los propósitos, fines y objetivos de la medida deben ser compatibles con el PIDCP y las consecuencias de la exclusión o expulsión para la familia deben guardar proporción con respecto a los objetivos de la medida. En el caso concreto, el Comité consideró que la expulsión de un extranjero mayor de edad, autor de varios delitos, a fin de proteger la seguridad pública, no era arbitraria en las

---

<sup>253</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 15, párrafo 5 (1986). En: Ibid. Pág. 577.

<sup>254</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Aumeeruddy - Cziffra c. Mauricio, párrafo 9.2 (1981). En: Ibid. Pág. 578.

circunstancias del caso, a saber: que la persona era soltera sin hijos, y la expulsión no necesariamente significaba la ruptura total de contactos con sus padres y hermano”<sup>255</sup>. Por el contrario, en el caso Winata el Comité consideró la expulsión de un extranjero como una injerencia arbitraria en la intimidad de la familia. Se trataba de la deportación de los padres de un joven de 13 años que había nacido en Australia y ostentaba la nacionalidad de este país. El único motivo de la deportación de los padres fue su situación migratoria irregular<sup>256</sup>.

“La doctrina del Comité de Derechos Humanos indica que cuando un Estado decide admitir a un extranjero, puede imponer restricciones al ejercicio de ciertos derechos: el consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo”<sup>257</sup>.

Finalmente, “en el caso Ben Said, el Comité de Derechos Humanos reconoció que un extranjero puede tener derecho a entrar a un país para efectos temporales, sin derecho a establecer residencia. En este caso, un delincuente expulsado del país de nacionalidad de su ex esposa y de sus dos hijas había solicitado un visado a fin de asistir a audiencias relativas al derecho de visita a sus hijas. Cuando la solicitud fue denegada, éste viajó al país, fue detenido y devuelto a su país de nacionalidad sin poder asistir al

---

<sup>255</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Canepa c. Canadá, párrafo 11.4 (1997). En: Ibid.

<sup>256</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Winata c. Australia, párrafo 7.3 (2001). En: Ibid. Págs. 578 y 579.

<sup>257</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 15, párrafo 6 (1986). En: Ibid. Pág. 580.

proceso. El Comité opinó que el derecho a ser oído con las debidas garantías por un tribunal imparcial, garantizado en virtud del párrafo 1 del artículo 14 (del PIDCP), puede hacer necesario que el interesado pueda participar personalmente en las actuaciones judiciales. En esas circunstancias, el Estado Parte tiene la obligación de permitir que la persona esté presente en la audiencia, aún cuando ésta sea un extranjero no residente. No obstante, en este caso, el extranjero estaba representado en el proceso y su abogado no pidió un aplazamiento de la audiencia con el fin de permitir al autor participar personalmente. En estas circunstancias, el Comité concluyó que la continuación del proceso en ausencia del padre no había violado el artículo 14 del PIDCP”<sup>258</sup>.

En el Sistema Interamericano, el derecho de un extranjero a mantener residencia en un país que no es el suyo fue analizado en un informe adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000, que contiene la siguiente observación al respecto: “(...) aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. En este respecto, la Comisión también ha recibido documentos en los que se alega que en los procedimientos de expulsión no se toma en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar, particularmente cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la

---

<sup>258</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Ben Said c. Noruega, párrafo 11.3 (2000). En: Ibid.



condición de residentes permanentes. Teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención de los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin”<sup>259</sup>.

#### d.3) El derecho a salir de todo país y el derecho a un documento de viaje

En el sistema universal, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 27, ha señalado con respecto a este derecho que: “la libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica”<sup>260</sup>.

“El ejercicio de este derecho se ve afectado no sólo por prohibiciones y restricciones, sino también por trabas (...) burocráticas que afectan

---

<sup>259</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiados, párrafo 166. En: Ibid. Pág. 582.

<sup>260</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 27, párrafo 8 (1999). En: Ibid. Pág. 587.

innecesariamente el pleno ejercicio de los derechos de las personas a la libre circulación, a salir de un país, incluso del propio, y a adoptar una residencia”<sup>261</sup>.

Entre las medidas que pueden obstaculizar el libre ejercicio del derecho a salir de un país, la Observación menciona las siguientes: “(...) la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaporte sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país”<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> Ibid. Págs. 587 y 588.

<sup>262</sup> Ibid. Párrafo 17. Pág. 588.

“La doctrina recalca que para ser compatible con el PIDCP una restricción no debe ser discriminatoria. En particular, el requisito de que una mujer tenga permiso de su marido, padre u otro pariente masculino vulnera sus derechos a la libertad de circulación, residencia y a salir de un país”<sup>263</sup>.

Existe jurisprudencia que reconoce como válidas ciertas restricciones al derecho de salir de un país. En el caso González del Río, el Comité indicó que “una acción penal pendiente puede justificar las restricciones impuestas al derecho de una persona a salir de su país, pero cuando el procedimiento judicial se demora indebidamente, no se justifica la limitación a este derecho”<sup>264</sup>.

Por otra parte, el derecho a salir de cualquier país, entre ellos el propio, no se agota con la salida del país, sino que es un derecho amplio que comprende el derecho a viajar a cualquier país dispuesto a permitir el ingreso del viajero. El derecho a un pasaporte es un corolario del mismo. Esta interpretación ha sido confirmada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 27, donde señala: “a fin de que la persona pueda disfrutar de los derechos garantizados en el párrafo 2 del artículo 12 (del PIDCP), se imponen obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de la nacionalidad. Como para los viajes internacionales normalmente es necesario contar con documentos adecuados, en particular

---

<sup>263</sup> Ibid.

<sup>264</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso González del Río c. Perú, párrafo 5.3 (1993). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 589.

un pasaporte, el derecho a salir del Estado debe incluir el de obtener los documentos de viaje necesarios. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de la nacionalidad de la persona. La negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte”<sup>265</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos llegó a la misma conclusión en una decisión que establece lo siguiente: “la denegatoria del pasaporte en forma injustificada e ilegal a una persona es, en cierta forma, imponerle una *capitis diminutio*, desposeerlo del documento que hace constar su nacionalidad, impedirle viajar fuera de su patria, obligarle a que, por fuerza de esta circunstancia, se mantenga dentro del país y sometido a las autoridades que lo constriñen a ello, y es por tanto violar el derecho que reconocen a la persona humana el artículo VII de la Declaración Americana de Bogotá, y el artículo 13 de la Declaración Universal de París, no obstante que en ninguno de esos documentos se mencione expresamente el derecho al pasaporte como consecuencia lógica del derecho a salir de su país natal y regresar a él”<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 27, párrafo 9 (1999). En: Ibid. Págs. 589 y 590.

<sup>266</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso 2711 (Uruguay), Informe Anual 1982 – 1983, párrafo 143. En: Ibid. Pág. 590.

#### d.4) La expulsión de extranjeros

El Comité de Derechos Humanos se ha referido a esta materia en su Observación General N° 15, señalando que: “el artículo 13 del PIDCP regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por razones imperiosas de seguridad nacional. En la aplicación de este artículo no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros”<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 15, párrafo 9 (1986). En: Ibid. Pág. 592.

“La Observación confirma que el artículo 13 es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma. Agrega que, normalmente se debe permitir que todo extranjero expulsado se dirija a cualquier país que acceda a recibirlo”<sup>268</sup>. Este último concepto es reiterado por la Observación General N° 27, que dispone que “un extranjero que sea expulsado legalmente del país tiene derecho a elegir el Estado de destino, con sujeción al acuerdo de ese Estado”<sup>269</sup>.

“El derecho a no ser expulsado sin un mínimo de debido proceso – al igual que la libertad de circulación y de residencia – depende de la situación legal del extranjero. La Observación General N° 27 indica que la cuestión de la legalidad de la situación migratoria de un extranjero depende principalmente del derecho interno, pero agrega una condición importante: que las normas del derecho interno se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado. Lo esencial no es la legalidad de la entrada al país como tal, sino la situación actual del extranjero. Un extranjero que entró a un país en forma irregular puede haber regularizado su situación y, al contrario, un extranjero que entró en forma legal puede haber permanecido más tiempo del permitido, convirtiendo su presencia en ilegal. Si la legalidad de la presencia de un extranjero es controvertida en un

---

<sup>268</sup> Ibid.

<sup>269</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 27, párrafo 8 (1999). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 592.

procedimiento que lleva a la expulsión, la cuestión debe ser resuelta de conformidad con las garantías establecidas por el artículo 13 del PIDCP”<sup>270</sup>.

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que, cuando los Estados Partes aplican el artículo 13 del PIDCP, su función es determinar si éstos han interpretado y aplicado la ley de buena fe o si, al contrario, hay un evidente abuso de poder. Así, en el caso Hammel, “la expulsión de un extranjero sin entrega de copia de la orden correspondiente y manteniéndolo en custodia hasta la salida del avión, impidiendo todo acceso a los tribunales, se consideró violatoria del artículo 13. Asimismo, el Comité expresó que, de ser fundado el alegato de que la expulsión había sido motivada por las actividades en defensa de los derechos humanos del abogado afectado, sería indefendible e incompatible con el espíritu del Pacto”<sup>271</sup>.

En el Sistema Interamericano, “la decisión de la CIDH en el caso Riebe Star establece una interpretación muy estricta del párrafo sexto del artículo 22 de la Convención Americana, al considerar que una decisión adoptada por las autoridades nacionales sin el debido respeto de las garantías de protección judicial y debido proceso reconocidas en dicha Convención no puede considerarse una decisión adoptada conforme a la

---

<sup>270</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 27, párrafo 4 (1999); Observación General N° 15, párrafo 9. En: Ibid. Pág. 593.

<sup>271</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Hammel c. Madagascar, párrafos 18.2, 19.2 y 19.3 (1987). En: Ibid. Pág. 594.

ley. La decisión pone especial énfasis en el derecho a ser asistido por un asesor letrado”<sup>272</sup>.

La Comisión Interamericana, en sus informes sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana y Suriname, ha conocido casos en los que se denuncian violaciones al artículo 22 párrafos 5, 6 y 9 de la Convención Americana. Por ejemplo, en el Informe sobre República Dominicana, la CIDH señaló que “entre junio de 1991 y finales de septiembre del mismo año se habían expulsado de ese país alrededor de 60.000 haitianos, lo que significaba una violación del artículo 22, inciso 9, de la Convención, que prohíbe la expulsión masiva de extranjeros. De igual manera, la Comisión señaló que, en lo referente a las redadas y deportaciones indiscriminadas contra las personas que trabajaban en la zafra de azúcar, en muchos casos ello implicaba la expulsión de personas nacidas en República Dominicana, lo que traía consigo una violación del artículo 22, inciso 5, de la Convención que señala que “nadie puede ser expulsado del territorio del cual es nacional (...)”. Asimismo, la Comisión ha señalado que las deportaciones indiscriminadas constituyen una violación del artículo 22, inciso 6, de la Convención Americana, en cuanto quienes pueden probar su condición de residentes, también son deportados sin proceso legal”<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Riebe Star c. México, párrafos 107 y 123 (1999). En: Ibid. Pág. 595.

<sup>273</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 1999. Informe Anual, capítulo VI relativo al Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. Op. cit., párrafo 9.



Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se refiere a la expulsión y deportación de los no – ciudadanos en su Recomendación General XXX, que data del año 2004, donde señala que los Estados Partes en la Convención respectiva deben:

- “Asegurar que las leyes respecto a la deportación u otras formas de retiro de los no –ciudadanos en la jurisdicción del Estado Parte no efectúen discriminaciones en base a la raza, color, u origen étnico o nacional, y que los no – ciudadanos tengan un igual acceso a medidas efectivas, incluyendo el derecho a impugnar las órdenes de expulsión;
- Asegurar que en contra de los no – ciudadanos no se adopten medidas de expulsión colectiva, en particular cuando no existan garantías suficientes de que las circunstancias personales de cada afectado serán tomadas en cuenta;
- Asegurar que los no – ciudadanos no sean expulsados o deportados a un país o territorio donde corran el riesgo de sufrir serios abusos de derechos humanos, incluyendo tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- Evitar expulsiones de no – ciudadanos, especialmente de residentes de largo plazo, que puedan resultar en interferencias desproporcionadas en el derecho a la vida familiar”<sup>274</sup>.

---

<sup>274</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. 2004. Recomendación General XXX. Discriminación contra no – ciudadanos [en línea] < [www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones](http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones)> [consulta: 15 de diciembre 2007]. Párrafo 6.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al examinar el informe inicial presentado por México con arreglo al artículo 74 de la Convención respectiva, expresó su preocupación por la reserva formulada por este país al párrafo 4 del artículo 22 de la Convención sobre Trabajadores Migratorios, fundada en que el artículo 33 de la Constitución de ese Estado Parte indica que el Ejecutivo tiene la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. El Comité recomienda al Estado Parte adoptar las medidas legislativas necesarias con miras a retirar esta reserva, a fin de garantizar el derecho de los interesados a exponer las razones que les asisten para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a la autoridad competente. También recomienda que el Estado Parte:

- “Garantice que los trabajadores migratorios y sus familiares sólo sean expulsados del territorio del Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley;
- Comunique la decisión de expulsión a los trabajadores migratorios y sus familiares en un idioma que puedan entender e indique los motivos de la decisión, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional;

- Garantice el derecho a reclamar una indemnización conforme a la ley cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada”<sup>275</sup>.

#### e) **Derechos políticos**

Pueden considerarse derechos políticos en sentido amplio todos aquellos derechos destinados a tutelar la participación o el protagonismo del individuo en la sociedad, en particular, la libertad de expresión, de asociación y de reunión, es decir, aquella parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conocida como las libertades públicas. Sin embargo, la normativa internacional utiliza la expresión “derechos políticos” en sentido estricto, para referirse al siguiente grupo de derechos: derecho a participar en elecciones, derecho a participar en forma directa en la gestión de la vida pública y, por último, derecho a acceder a funciones públicas<sup>276</sup>.

“El individuo sujeto de los derechos políticos es concebido por la normativa internacional en términos más restrictivos que el sujeto de los otros derechos humanos, pues la nacionalidad es generalmente reconocida como requisito de su titularidad. Tanto el PIDCP como la Convención Americana identifican al ciudadano como sujeto de los tres aspectos de los derechos políticos, a saber: la participación en la gestión de los asuntos

---

<sup>275</sup> COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES. 2007. Informe correspondiente al Sexto período de sesiones (23 a 27 de abril de 2007), A/62/48 [en línea] Naciones Unidas, Nueva York <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/434/35/PDF/G0743435.pdf?OpenElement>> [consulta: 15 de diciembre 2007]. Párrafos 33 y 34.

<sup>276</sup> O`DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 743.

públicos, la participación en elecciones – voto y candidatura – y el acceso a las funciones públicas. La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a toda persona como sujeto de estos derechos en relación con “su país”, concepto que en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos tiene un contenido más amplio que el de “país de nacionalidad”. No obstante, la jurisprudencia del Comité sobre el significado de la expresión “su país” se ha limitado al contexto del derecho de residencia<sup>277</sup>. La Observación General del Comité sobre los derechos de los extranjeros menciona a los derechos políticos como “los únicos reconocidos por el PIDCP que son privativos de los ciudadanos”<sup>278</sup>. “La Declaración Americana, incluso, establece la obligación del extranjero a no intervenir en las actividades políticas que, por ley, son privativas de los ciudadanos (artículo XXXVIII). Una excepción a esta regla se encuentra en el reconocimiento, por el artículo XXIV de la misma Declaración, del derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución. La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos confirma que los extranjeros son sujetos del derecho a presentar peticiones”<sup>279</sup>.

En su Recomendación General XXX, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se refiere al tema del acceso a la ciudadanía,

---

<sup>277</sup> Ibid. Pág. 744.

<sup>278</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 15, párrafo 2 (1986). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 744.

<sup>279</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Interdicción de haitianos c. Estados Unidos, párrafo 181 (1997). En: Ibid.

señalando que los Estados Partes en la Convención respectiva deben, entre otras cosas:

- “Asegurar que grupos particulares de no – ciudadanos no sean discriminados con respecto al acceso a la ciudadanía o naturalización, y prestar la atención debida a posibles barreras para la naturalización que puedan existir para residentes de largo plazo o permanentes;
- Reconocer que la privación de la ciudadanía basándose en la raza, color, descendencia o nacionalidad u origen étnico es una brecha para las obligaciones de los Estados Partes de asegurar el goce no discriminatorio de los derechos a la nacionalidad;
- Tomar en consideración que algunos casos de negación de ciudadanía para residentes de largo plazo o permanentes pueden crear una desventaja creciente para ellos en el acceso a empleos y beneficios sociales, y una violación a los principios antidiscriminatorios de la Convención”<sup>280</sup>.

Sin duda, los derechos políticos representan “uno de los aspectos en los que se observa más claramente la tensión entre derechos de ciudadanos y no – ciudadanos, y en los que la presencia de comunidades significativas de migrantes ha presionado por una reformulación de estos conceptos y por la adopción de medidas que les garanticen algún grado de participación política. De otra parte, los Estados emisores de grandes flujos migratorios

---

<sup>280</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. 2004. Op. cit. Párrafo 4.

que no garantizan el derecho al voto de sus ciudadanos residentes en el exterior, han sentido la presión de éstos para modificar el sistema. Incluso, algunos Estados han reformulado su estructura parlamentaria y electoral a los efectos de incluir miembros elegidos para representar los intereses de los ciudadanos en el exterior”<sup>281</sup>.

Al respecto, cabe recordar que la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares reconoce a éstos, siempre que se encuentren documentados o en situación migratoria regular, el derecho a participar o a ser consultados en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales (artículo 42.2), pero establece en forma expresa que los trabajadores migratorios y sus familiares podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo sólo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos (artículos 42.3). Desde la perspectiva del país de origen, esta Convención reconoce a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se encuentren en situación regular, el derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen, y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación (artículo 41).

#### **f) Igualdad de las personas y prohibición de la discriminación**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza

---

<sup>281</sup> OLEA, Helena. Op. cit. Págs. 205 y 206.

del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”<sup>282</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 18 considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el PIDCP, “debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”<sup>283</sup>.

Los conceptos anteriores permiten sostener que los principios de igualdad y de no discriminación están estrechamente vinculados, pero no son idénticos. La forma en que estos principios han sido incorporados a los

---

<sup>282</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Párrafo 87.

<sup>283</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 18, párrafo 7 (1989). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 931.

distintos instrumentos internacionales parece confirmar que son complementarios. La Declaración Universal de Derechos Humanos los consagra en sus artículos 1 y 2, respectivamente, de cuya lectura se concluye que al ser las personas libres por naturaleza, deben ser iguales ante la ley, y ésta no debe permitir discriminación alguna. La misma idea de complementariedad entre igualdad y no discriminación aparece en la Declaración Americana de Derechos Humanos (artículo II), en el PIDCP (artículo 26) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 24). Por tanto, en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio<sup>284</sup>.

“El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”<sup>285</sup>.

En el sistema universal, el Comité de Derechos Humanos trata el tema de los derechos de los extranjeros en su Observación General N° 15. “Esta Observación hace hincapié en la obligación que todos los Estados Partes asumen en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del PIDCP, de

---

<sup>284</sup> O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 916.

<sup>285</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Op. cit. Párrafo 88.



garantizar los derechos consagrados por el Pacto a toda persona bajo su jurisdicción. Si bien la discriminación con base en la nacionalidad no está prohibida expresamente, sólo el artículo 25, relativo a los derechos políticos, y hasta cierto punto el artículo 12.4, que reconoce el derecho a entrar a “su propio país”, la autoriza. Por tanto, a juicio del Comité, los demás derechos deben estar garantizados sin discriminación entre nacionales y extranjeros”<sup>286</sup>.

El caso Gueye se refiere a una diferencia en la cuantía de la pensión recibida por ex combatientes en razón de su nacionalidad. El Comité estimó que “la nacionalidad adquirida mediante la independencia (de su país de origen) entra en el ámbito de la expresión “otra condición social”, que figura en la segunda oración del artículo 26 del PIDCP”<sup>287</sup>, y que “la diferenciación efectuada en atención a la nacionalidad era discriminatoria, pues la base para la concesión de la pensión fueron los servicios prestados al país, que eran idénticos en el caso de personas que retuvieron la nacionalidad y las que posteriormente la perdieron o la cambiaron”<sup>288</sup>.

El caso Simunek se refiere a una ley cuyo objetivo era compensar a las víctimas de confiscaciones discriminatorias realizadas en otra época. La legislación reconocía el derecho a una compensación, pero sujeto a restricciones basadas en la nacionalidad y residencia de las víctimas. El

---

<sup>286</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 15, párrafos 2, 4 y 7 (1986). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 926.

<sup>287</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Gueye y otros c. Francia, párrafos 9.4 y 9.5 (1989). En: Ibid. Pág. 926.

<sup>288</sup> Ibid. Pág. 939.

Comité estimó que estas restricciones no eran razonables pues todas las víctimas de confiscaciones, que el propio Estado Parte calificó de discriminatorias, tenían derecho a una reparación sin distinciones arbitrarias. Considerando que el primitivo derecho de los autores a sus respectivas propiedades no implicaba la condición de ciudadano ni de residencia, el Comité consideró que las restricciones basadas en la ciudadanía y en la residencia que figuraban en la nueva ley no estaban justificadas. Para adoptar esta decisión el Comité consideró, además, que los autores y muchas otras personas que se encontraban en su misma situación se marcharon de Checoslovaquia a causa de sus opiniones políticas, y que sus propiedades fueron confiscadas, bien a causa de esas opiniones, bien por haber emigrado del país. Esas víctimas de la persecución política buscaron una residencia y nacionalidad en otros países. Teniendo en cuenta que el Estado Parte es el responsable de la partida de los autores, sería incompatible con el Pacto exigirles que regresen definitivamente al país como requisito previo para la restitución de sus propiedades o para el pago de una indemnización apropiada<sup>289</sup>.

“En el caso *Karakurt*, el Comité de Derechos Humanos consideró que si bien los acuerdos internacionales que conferían un trato preferencial a los nacionales de los Estados Partes no eran forzosamente incompatibles con el PIDCP, las distinciones que establecían debían ser objetivas y razonables. En el caso concreto, el Comité consideró que la nacionalidad de un

---

<sup>289</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso *Simunek c. República Checa*, párrafo 11.6 (1995). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Págs. 939 y 940.

trabajador extranjero no tenía ninguna implicación en su capacidad de representar los intereses de los trabajadores o funcionarios de una empresa, de manera que la legislación que sólo concedía el derecho a ocupar dichos puestos a los nacionales no era razonable y, por tanto, era discriminatoria. Cabe señalar que esta decisión trata sobre un extranjero que gozaba del derecho a residir y trabajar en el país en cuestión”<sup>290</sup>.

En el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha adoptado jurisprudencia sobre la discriminación contra los extranjeros. “La extradición de un extranjero por un país cuya Constitución veda la extradición de nacionales no constituye discriminación, según la CIDH. La conclusión descansa en la diferenciación entre nacionales y extranjeros establecida por el párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Americana, que prohíbe la expulsión de nacionales”<sup>291</sup>.

En el caso denominado interdicción de haitianos, la CIDH concluyó que “la política de Estados Unidos de interceptar en alta mar a barcos provenientes de Haití, a fin de evitar la entrada a su territorio de haitianos en búsqueda de asilo era discriminatoria, porque los solicitantes de asilo provenientes de otros países sí eran llevados al territorio estadounidense cuando eran interceptados. La decisión recalca que la práctica impugnada hacía una diferenciación no razonable en lo que se refiere al tratamiento de personas de la misma clase o categoría y, por tanto, era violatoria del

---

<sup>290</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Karakurt c. Austria, párrafo 8.4 (2002). En: Ibid. Pág. 941.

<sup>291</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Tajudeen c. Costa Rica, párrafo 18 (1992). En: Ibid. Pág. 964.

derecho a la igualdad ante la ley”<sup>292</sup>. Se aplicó en este caso el artículo II de la Declaración Americana.

En el caso Ferrer-Mazorra, la CIDH concluyó que “la política de detención con duración indefinida y denegación del debido proceso aplicada a cierta categoría d inmigrantes ilegales admitidos en el territorio de Estados Unidos también era violatoria del artículo II de la Declaración Americana. El caso se refiere a personas admitidas por motivos humanitarios, quienes no cumplían con los requisitos para legalizar su situación migratoria, pero que no podían ser devueltas a su país de origen. La legislación vigente los privaba de la protección de los derechos constitucionales bajo el pretexto de que no tenían derecho a estar presentes en el territorio nacional. La CIDH concluyó que esta condición jurídica – la diferenciación entre los extranjeros “excluíbles” y cualquier otra persona presente en el país – no era razonable ni proporcionada. La decisión establece, entre otras consideraciones, lo siguiente: (...) la Declaración Americana, al igual que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no prescribe un derecho absoluto a la libertad. Por el contrario, la Declaración permite las privaciones del derecho a la libertad, potencialmente sobre una base extendida, sujetas al requisito de que las mismas no sean arbitrarias y estén sujetas a revisión inmediata y periódica de acuerdo con los requisitos consagrados en su artículo XXV. Además, el Estado no ha ofrecido un fundamento claro sobre por qué no se pueden

---

<sup>292</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Interdicción de haitianos c. Estados Unidos, párrafos 177 y 178 (1997). En: Ibid. Págs. 964 y 965.

adaptar las circunstancias de los peticionarios a este régimen, y por qué deben ser privados del derecho a su libertad en su totalidad y sujetos a una discrecionalidad casi ilimitada del Ejecutivo respecto a la duración de su detención. Por lo tanto, la Comisión considera que el tratamiento de los peticionarios como extranjeros excluibles de acuerdo con la legislación del Estado es desproporcionado y, también por ello, incongruente con el artículo II de la Declaración”<sup>293</sup>.

Trascendental en esta materia es la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 18/03, solicitada por México con respecto a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados<sup>294</sup>.

En sus observaciones escritas y orales con respecto a la solicitud planteada por México, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que:

- “El principio de no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone

---

<sup>293</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos, párrafos 241 y 242 (2001). En: Ibid. Págs. 965 y 966.

<sup>294</sup> El 10 de mayo de 2002 México sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano. Además, la consulta trata sobre el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su codificación.

a los Estados ciertas prohibiciones. Las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. Con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de estos derechos debe estar justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad”<sup>295</sup>.

- “El principio de igualdad no excluye la consideración del estatus migratorio. Los Estados tienen la facultad de determinar cuáles extranjeros pueden ingresar a su territorio y bajo qué condiciones, así como la facultad de establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores: 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de

---

<sup>295</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Op. cit. Párrafo 47.

medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos”<sup>296</sup>.

- “La elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral son objetivos legítimos del Estado. En la consecución de tales objetivos los Estados pueden adoptar medidas que restrinjan o limiten algunos derechos, siempre que se respeten los siguientes criterios: 1) ciertos derechos no son derogables; 2) hay derechos que se reservan exclusivamente a los ciudadanos; 3) hay derechos que están condicionados al estatus de migrante documentado, como los relativos a la libertad de movimiento y de permanencia; y 4) ciertos derechos pueden restringirse siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) la restricción debe estar prevista por ley; b) la restricción debe responder a un interés legítimo del Estado, manifestado explícitamente; c) la restricción debe estar racionalmente relacionada con el objetivo legítimo; d) y no deben existir otros medios de conseguir esos fines que sean menos onerosos para los afectados”<sup>297</sup>.
- “Los Estados americanos tienen la obligación de garantizar la protección básica de los derechos humanos, prevista en los tratados de derechos humanos, a todas las personas bajo su autoridad, y aquella obligación no depende para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición de inmigración. Por tanto, la condición

---

<sup>296</sup> Ibid.

<sup>297</sup> Ibid.

migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>298</sup>.

En esta Opinión Consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció:

- Que los Estados Partes tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. “Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política”<sup>299</sup>. Así, en cumplimiento de la referida obligación, los Estados “deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”<sup>300</sup>.
- “Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> Ibid.

<sup>299</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Op. cit. Párrafo 73.

<sup>300</sup> Ibid. Párrafo 173.

<sup>301</sup> Ibid.



- “Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno”<sup>302</sup>. Por consiguiente, “los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”<sup>303</sup>.
- “Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. 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>304</sup>.
- “Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”<sup>305</sup>.
- “Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”<sup>306</sup>. Por tanto, “la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y

---

<sup>302</sup> Ibid.

<sup>303</sup> Ibid. Párrafo 88.

<sup>304</sup> Ibid. Párrafo 173.

<sup>305</sup> Ibid.

<sup>306</sup> Ibid.

garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce todos quienes se hallen en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”<sup>307</sup>.

- Que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. “Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Ibid. Párrafo 118.

<sup>308</sup> Ibid. Párrafo 119.

- “Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”<sup>309</sup>.
- “Que los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica”<sup>310</sup>.
- “Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observación del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Toda actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos”<sup>311</sup>.

Con respecto al principio de igualdad y no discriminación existe un interesante caso relativo a la petición presentada por doña Margarita Cecilia Barbería Miranda contra el Estado chileno. En octubre de 2004, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el Informe de Admisibilidad N° 59/04 que se refiere al caso de la señora Barbería Miranda, una ciudadana cubana que contrajo matrimonio con un ciudadano chileno en 1985. La pareja se radicó en el país en diciembre de 1989. La señora Barbería adquirió la residencia permanente y desde entonces vive en Chile con su esposo y sus tres hijos, quienes son ciudadanos chilenos. La

---

<sup>309</sup> Ibid. Párrafo 173.

<sup>310</sup> Ibid.

<sup>311</sup> Ibid. Párrafo 172.

señora Barbería estudió Derecho en la Universidad Nacional Andrés Bello, en Santiago de Chile, y terminó sus estudios en 1996, tras rendir el examen de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y tras haber cumplido el requisito de un semestre de práctica profesional, con lo cual dio por cumplidos todos los requisitos académicos para ejercer el Derecho en Chile. La peticionaria presentó sus documentos ante el Departamento de Títulos de la Corte Suprema de Justicia del país, con el propósito de prestar juramento como abogada. Sin embargo, el máximo tribunal no le permitió prestar juramento por cuanto el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales establecía que sólo los chilenos podían ejercer la profesión de abogado, sin perjuicio de lo que dispusieran los tratados internacionales vigentes.

La peticionaria alegó que la legislación y las actuaciones de las autoridades chilenas violaban sus derechos a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación arbitraria (artículo 24 de la Convención Americana), ya que dicha normativa y actuaciones generaban discriminación en su contra fundándose en su nacionalidad, impidiéndole con ello ganarse la vida y emprender actividades económicas. Sostuvo que también existía violación de la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos y del deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 1 y 2 de la Convención Americana). Igualmente, la petición invocó la violación de los artículos 2, 3 y 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamado Protocolo de San Salvador.

El Estado chileno respondió a la petición alegando falta de agotamiento de los recursos internos, pues la señora Barbería, a pesar de haber interpuesto múltiples recursos en contra de la decisión de la Corte Suprema, omitió interponer un recurso jurisdiccional que le restaba y, por otra parte, la peticionaria siempre pudo optar por solicitar y adquirir la nacionalidad chilena, lo que no hizo. Con respecto a la violación del derecho a la igualdad, el Estado indicó que el requisito de la nacionalidad chilena para ejercer la abogacía deriva de la Constitución Política, la cual garantiza el derecho al trabajo, pero autoriza las limitaciones legales al mismo. El Estado agregó que la señora Barbería, una estudiante de Derecho en Chile, no puede argumentar el desconocimiento de la ley, en este caso, del requisito de la nacionalidad chilena para ejercer la profesión de abogada. Además, afirmó que no pueden alegarse violaciones al derecho al trabajo y a la libre iniciativa económica, ya que éstos no se encuentran garantizados en la Convención Americana. Con respecto a las violaciones al Protocolo de San Salvador, indicó que no puede atribuírsele responsabilidad por las mismas, ya que Chile no ha ratificado dicho instrumento. Finalmente, el Estado sostuvo que la responsabilidad le corresponde a la Facultad de Derecho de la universidad donde estudió la peticionaria, ya que ésta le permitió registrarse a pesar de ser extranjera y de conocer el requisito de la nacionalidad chilena para ejercer la abogacía. Por tales argumentos, el Estado chileno solicitó a la Comisión declarar la petición inadmisibile o rechazarla de plano porque no establecía la violación de derechos que conllevaran la responsabilidad de éste.

La Comisión consideró los argumentos de las partes y determinó que cambiar de nacionalidad no es un recurso interno que deba agotarse, como lo alegó el Estado, ya que precisamente la petición se refiere al derecho de un extranjero a ejercer la abogacía en Chile. Por lo anterior, la Comisión determinó que la petición cumplía con los requisitos del artículo 46 de la Convención y la declaró admisible, compartiendo el criterio sustentado por la peticionaria en el sentido de que la universidad donde ésta estudió no era responsable de la eventual violación de sus derechos, sino el Estado, quien es el que debe otorgarle la autorización para ejercer su profesión<sup>312</sup>.

Con fecha 8 de marzo de 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme a lo dispuesto en el artículo 50 de la Convención, emitió el Informe de Fondo N° 17/07 en el cual concluyó que, en este caso, el Estado chileno era responsable por la violación del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención), lo que implicaba violar también la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos sin discriminación (artículo 1.1 de la Convención) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para adecuar su legislación a la normativa internacional (artículo 2 de dicho instrumento). Frente a esta conclusión, la Comisión efectuó las siguientes recomendaciones al Estado de Chile:

---

<sup>312</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 2004. Informe Anual, capítulo VI relativo al Sexto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias [en línea] <<http://www.cidh.org/anual.esp.htm>> [consulta: 10 de diciembre 2007] Párrafos 66 – 75.

- Tomar medidas para la modificación de las normas de la legislación chilena que impiden a las personas el ejercicio de la profesión de abogado exclusivamente por su condición de extranjeras, en particular las del Código Orgánico de Tribunales.
- Reparar adecuadamente a la peticionaria por las violaciones establecidas en el Informe.
- Permitir a la peticionaria ejercer como abogada en Chile, en igualdad de condiciones con los demás abogados de dicho país.

La Comisión Interamericana transmitió este Informe al Estado chileno y le dio un plazo de 3 meses para cumplir con las referidas recomendaciones. Sin embargo, el país solicitó prórroga del plazo para informar sobre el cumplimiento de las mismas. La Comisión acogió esta solicitud confiriéndole al Estado 3 meses más para informar, prórroga que comenzó a contarse desde el 12 de diciembre del año 2007.

Esta petición puso en evidencia y alertó sobre una legislación y práctica discriminatoria injustificada y arbitraria amparada durante años en Chile, referida a la imposibilidad de los extranjeros para ejercer la abogacía en el país, a pesar de haber cursado sus estudios universitarios de Derecho en éste.

Atendiendo a los argumentos esgrimidos en el referido Informe N° 17/07 y en la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, puede estimarse que en el caso Barbería se han violado las siguientes disposiciones contenidas en la Convención Americana:

- Derechos a la igualdad y prohibición de la discriminación (artículo 24). Si bien tanto la Comisión como la Corte admiten que ciertos derechos pueden restringirse, consideran también que dicha facultad estatal está sujeta a limitaciones, pues las referidas restricciones deben cumplir con los siguientes requisitos: a) la restricción debe estar prevista por ley; b) la restricción debe responder a un interés legítimo del Estado, manifestado explícitamente; c) la restricción debe estar racionalmente relacionada con el objetivo legítimo; y d) no deben existir otros medios de conseguir esos fines que sean menos onerosos para los afectados.

En este caso, si bien la restricción (no ejercicio de la abogacía por extranjeros en Chile) estaba prevista por la ley (artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales), no podía justificarse racionalmente que ella respondiera a un interés legítimo del Estado, pues era imposible sostener que con dicha restricción éste buscara tutelar y controlar el ejercicio de la profesión de abogado en Chile, así como velar por un ejercicio profesional de excelencia, dado que se refería a profesionales que se han formado en universidades chilenas reconocidas y, en ciertos casos, acreditadas por el Estado. Distinta es la situación de los profesionales que han estudiado en el extranjero y que quieren ejercer su profesión en Chile porque aquí la exigencia de reconocimiento y revalidación de títulos no es arbitraria ni



injustificada y sí podría sostenerse que responde a un interés legítimo del Estado, consistente en velar porque los profesionales que se desempeñan en Chile sean de excelencia, íntegra formación y respondan a las necesidades del país.

Tampoco podía estimarse que existiera una relación racional entre la restricción y el objetivo legítimo a lograr con la misma, porque esta limitante buscaba como único objetivo que quienes se desempeñaban como abogados en Chile fuesen chilenos y no extranjeros. Sobre el particular, cabe preguntarse cuál era la legitimidad que amparaba a este objetivo si se estaba hablando de extranjeros que habían estudiado en Chile, es decir, de personas que habían recibido la misma formación profesional que los nacionales. A lo único que conducía esta restricción era a transformar en obligatoria la naturalización para todos aquellos extranjeros que estudiaban Derecho en Chile y que querían ejercer en el país.

Debe recordarse que, hasta antes de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial del 26 de agosto de 2005, la naturalización tenía efectos radicales, pues suponía perder la nacionalidad que se detentaba, ya que hasta esa fecha en el país no se admitía la doble nacionalidad y los extranjeros que obtenían carta de nacionalización debían renunciar expresamente a su nacionalidad anterior. A partir de las reformas constitucionales de agosto de 2005, puede adquirirse la nacionalidad chilena mediante la obtención de carta de nacionalización conforme a la ley, sin que se exija para ello renunciar previa y expresamente a la nacionalidad anterior.

Finalmente, queda de manifiesto que, al ser esta limitante arbitraria e injustificada, podía prescindirse completamente de ella, pues no existía razón alguna para continuar con la discriminación que generaba. Bajo la vigencia de esta restricción, si un chileno estudiaba Derecho en alguna universidad del país, terminaba su carrera y cumplía con todos los requisitos para titularse, no tenía ningún impedimento para ello y podía ejercer como abogado en Chile. Sin embargo, paradójicamente, el extranjero que cumplía con los mismos requisitos no podía ejercer dicha profesión.

- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 18/03, sostiene que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

Habiéndose concluido que el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales era una disposición de derecho interno que contenía una regulación discriminatoria, el Estado de Chile, conforme a la citada Opinión Consultiva, tenía la obligación, por ser un Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, de modificar esta disposición ajustándola a los estándares internacionales.

Conforme a estas consideraciones, y atendiendo a las conclusiones y recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana en el Informe N° 17/07, y por aplicación de la doctrina sustentada por este organismo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, puede preverse que, en caso de que esta petición sea sometida a la decisión de la Corte, podría hacerse efectiva su responsabilidad internacional por haber incumplido, mediante este tratamiento discriminatorio, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos establecida en el artículo 1 de la Convención Americana.

Dada esta situación, y para evitar una ulterior responsabilidad internacional, el Estado de Chile ha realizado diversas actuaciones tendientes a dar cumplimiento a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana:

- En cumplimiento de la recomendación de modificar el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales, un grupo de diputados chilenos presentó un proyecto de ley para modificar el citado precepto del Código Orgánico de Tribunales, con el objeto de permitir que las personas extranjeras que hubiesen cursado la totalidad de sus estudios de Derecho en el país pudiesen ejercer la profesión de abogado en éste<sup>313</sup>.

---

<sup>313</sup> El 8 de abril de 2003, Margarita Barbería Miranda presentó su petición ante la CIDH contra el Estado de Chile. Por su parte, el proyecto de ley para modificar el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales fue presentado para su tramitación el 31 de marzo de 2004.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile, recaído en el proyecto de ley que sustituye el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales, concerniente al ejercicio de la profesión de abogado, se indicó que para ejercer esta profesión, el proyecto en cuestión exige que los extranjeros tengan residencia en el país, pues, de acuerdo con la normativa vigente<sup>314</sup>, esa condición se impone en términos generales a toda persona que no posea la nacionalidad chilena y desee desarrollar en Chile alguna actividad productiva de bienes o servicios.

Se agregó que la Comisión estimó que el proyecto resolvía la situación específica de aquellos extranjeros que habían cursado todos sus estudios de Derecho en Chile, que habían obtenido el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y que satisfacían todos los demás requisitos para obtener el título de abogado que otorga la Corte Suprema, pero que, sin embargo, no podían ejercer en Chile, pues el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales, al exigir la nacionalidad chilena para dicho ejercicio profesional, los colocaba en una situación de desigualdad respecto de los chilenos que también cumplían con todos los requisitos antedichos, discriminación que resultaba arbitraria pues no se fundaba ni en la equidad ni en la razón. Se estimó que era un contrasentido que se permitiera a un extranjero cursar todas las

---

<sup>314</sup> Decreto Ley N° 1.094, de 1974 (Ley de Extranjería) y Decreto Supremo N° 597, de 1984 (Reglamento de Extranjería), ambos del Ministerio del Interior.

asignaturas que lo preparan para desempeñar una actividad profesional y luego se le impidiera por ley ejercerla.

Se reconoció que este trato desigual contravenía instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile, y vigentes en el país, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, el señor Ministro Secretario General de la Presidencia hizo presente a la Comisión, mediante oficio ordinario N° 994, de 9 de julio de 2007, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogió el reclamo contra el Estado chileno de una ciudadana cubana, casada con chileno y con residencia definitiva en Chile, quien detenta la calidad de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Andrés Bello, y a quien la Corte Suprema negó el título de abogado por su condición de extranjera.

Finalmente, el Congreso Nacional de Chile dio su aprobación a este proyecto de ley, el que fue promulgado como Ley de la República N° 20.211 el día 28 de agosto de 2007, y publicado en el Diario Oficial del 5 de septiembre de 2007. El artículo único de esta ley sustituye el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales, por el siguiente: “Los chilenos, y los **extranjeros residentes** que hayan cursado la totalidad de sus estudios de Derecho en Chile, podrán ejercer la

profesión de abogado. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales vigentes”<sup>315</sup>.

- En cumplimiento de la recomendación de permitir a la peticionaria, así como a los demás extranjeros que se encuentren en su misma situación, el ejercicio de la abogacía en Chile en igualdad de condiciones con los demás abogados del país, con fecha 12 de diciembre del año 2007, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictó una resolución que establece los requisitos que los extranjeros residentes en Chile deberán cumplir al momento de solicitar ante el máximo tribunal la apertura del expediente para obtener el título de abogado, conforme a la modificación del artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales.

Conforme a dicha resolución, tales requisitos son los siguientes:

- 1) Tener 20 años de edad y nacionalidad extranjera;
- 2) Tener residencia en Chile. Para este efecto, deberá requerirse al Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, que remita un certificado que acredite la residencia o permanencia definitiva del postulante;
- 3) Tener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas;
- 4) Haber cursado la totalidad de los estudios de Derecho en Chile;
- 5) No haber sido condenado ni estar actualmente acusado por delito que merezca pena aflictiva;

---

<sup>315</sup> El antiguo artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales señalaba: “Sólo los chilenos podrán ejercer la profesión de abogado. Lo dicho se entenderá sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales vigentes”.

6) Antecedentes de buena conducta; y

7) Haber cumplido satisfactoriamente una práctica profesional.

- Por último, con respecto a la recomendación de reparar adecuadamente a la peticionaria por las violaciones establecidas en el Informe, existen mayores discrepancias en torno a su efectivo cumplimiento. Para el Estado de Chile la sola aprobación, promulgación y publicación de la ley que modifica el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales, así como el permitir que la peticionaria pueda ya ejercer como abogada en el país, constituyen actos reparatorios per se de las violaciones cometidas por éste. Sin embargo, para la peticionaria tales actos, si bien ponen término a una práctica discriminatoria desarrollada por años en Chile, no constituyen una reparación completa de los perjuicios sufridos por no haber podido ejercer como abogada, a pesar de haber cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley para el ejercicio de dicha profesión. Por esta razón, exige el pago de una suma de dinero determinada a título de indemnización por el daño patrimonial y moral sufridos.

Sobre la misma materia relativa al principio de igualdad y prohibición de la discriminación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General XXX, se refiere a las medidas generales que sobre el tema deben adoptar los Estados Partes en la Convención respectiva:

- “Repasar y revisar apropiadamente la legislación, para garantizar que ésta se encuentra completamente ajustada a la Convención, en particular respecto al disfrute eficaz y sin discriminación de los derechos mencionados en el artículo 5 de la misma;
- Asegurar que las garantías legislativas contra la discriminación racial se apliquen a los no – ciudadanos sin importar su estatus migratorio, y que la puesta en práctica de la legislación no tenga un efecto discriminatorio en ellos;
- Prestar mayor atención al problema de discriminación múltiple que enfrentan los no – ciudadanos, especialmente sus hijos y cónyuges;
- Asegurar que las políticas migratorias no tengan un efecto discriminatorio contra las personas basado en la raza, color, nacionalidad u origen étnico;
- Asegurar que cualquier medida que se tome en la lucha contra el terrorismo no sea discriminatoria por motivos de raza, color, nacionalidad u origen étnico;
- Desplegar acciones para prevenir y erradicar las actitudes y comportamientos xenofóbicos contra los no – ciudadanos, en particular los discursos de odio y violencia racial, y promover una mejor comprensión del principio de no discriminación respecto de los ellos;
- Desplegar acciones para eliminar cualquier tendencia a estigmatizar a los no – ciudadanos, especialmente por parte de políticos, funcionarios, educadores y medios de comunicación.



- Combatir los malos tratos y la discriminación que frecuentemente reciben los no – ciudadanos por parte de la policía y funcionarios públicos, asegurando que todos aquellos funcionarios que tratan con éstos reciban instrucción especial, que incluya la educación en derechos humanos;
- Impulsar acciones para eliminar los obstáculos que impidan a los no – ciudadanos gozar de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en las áreas de la educación, vivienda, empleo y salud”<sup>316</sup>.

Por su parte, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al examinar los informes iniciales presentados por México y Egipto, con arreglo al artículo 74 de la Convención respectiva, recomendó a dichos países:

- “Intensificar sus esfuerzos para garantizar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren dentro de sus territorios o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la Convención sin distinción alguna, de conformidad con el artículo 7;
- Intensificar sus esfuerzos promoviendo campañas para sensibilizar a los funcionarios públicos que trabajan en el área de la migración, especialmente a nivel local, así como al público en general contra la discriminación de los migrantes y combatir su estigmatización y

---

<sup>316</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. 2004. Op. cit. Párrafos 2, 3, 5 y 7.

marginalización social, incluyendo en estas acciones a los medios de comunicación”<sup>317</sup>.

---

<sup>317</sup> COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES. 2007. Op. cit. Párrafos 45 y 87.

### **CAPÍTULO III: DERECHOS DEL MIGRANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO**

Conforme al Censo de Población y Vivienda realizado en nuestro país en el año 2002, los residentes extranjeros registrados fueron 184.464, lo que equivale al 1,2% del total de la población. Se establece además que, “al igual que en el Censo de 1992, la mayor cantidad de extranjeros residentes proviene de América del Sur, representando el 67,9% del total de residentes extranjeros. Por nacionalidad, se distribuyen en: 48.176 argentinos; 37.860 peruanos; 10.919 bolivianos; 9.393 ecuatorianos; 6.895 brasileños; 4.338 venezolanos; 4.095 colombianos; 2.241 uruguayos; 1.222 paraguayos; y 22 de otros países”<sup>318</sup>.

Por su parte, la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC), en su Boletín de Derechos Humanos del mes de febrero del año 2007, señaló que el número de inmigrantes que vivían y trabajaban, a esa fecha, en Chile, era superior a las 250 mil personas. La diferencia entre esta cifra y la señalada en el Censo 2002 no resulta sorprendente si se tiene en consideración que transcurrieron cinco años desde la realización del Censo y la elaboración de dicho Boletín, y que un número no menor de inmigrantes ingresan y/o permanecen en el país de manera irregular. Según

---

<sup>318</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE). 2003. Censo 2002. Síntesis de Resultados [en línea] <<http://www.ine.cl/cd2002/sintesis censal.pdf>> [consulta: 20 de marzo 2008] Pág. 18.

la FASIC, al mes de febrero del año 2007, “al menos un 10% de todos los extranjeros en Chile había ingresado clandestinamente y continuaba en esa situación”<sup>319</sup>.

A su vez, en marzo de 2008, un medio nacional de prensa escrita publicó que “de acuerdo con recientes estimaciones de las autoridades migratorias, los extranjeros en Chile representan el 1,6% de la población total. La cifra al mes de marzo del año 2008 supera las 290 mil personas”<sup>320</sup>.

Considerando las cifras expuestas, que reflejan un sostenido aumento de la población extranjera en el país, así como las características de la migración intrarregional<sup>321</sup>, que es el patrón migratorio más importante de Chile, conforme a lo señalado en el Censo 2002, cabe preguntarse si el marco normativo que regula actualmente las migraciones en Chile permite responder adecuadamente a las nuevas necesidades y requerimientos que plantean los inmigrantes que escogen nuestro país como país de destino, con el objeto de asentarse permanentemente en él y desarrollar sus actividades económicas y modos de vida.

---

<sup>319</sup> FUNDACIÓN DE AYUDA SOCIAL DE LAS IGLESIAS CRISTIANAS (FASIC). 2007. Boletín de Derechos Humanos, febrero de 2007 [en línea] <<http://www.fasic.org/bol/bol07/bol702.htm>> [consulta: 20 de marzo 2008].

<sup>320</sup> Los cambios y tendencias que muestran los inmigrantes en la región [en línea] El Mercurio.com, 23 de marzo 2008 <[http://diario.elmercurio.com/2008/03/23/reportajes/\\_portada/noticias/0EC3C545-00D3-47F5-A467-FFB21E3A3902.htm?id={0EC3C545-00D3-47F5-A467-FFB21E3A3902}](http://diario.elmercurio.com/2008/03/23/reportajes/_portada/noticias/0EC3C545-00D3-47F5-A467-FFB21E3A3902.htm?id={0EC3C545-00D3-47F5-A467-FFB21E3A3902})> [consulta: 23 de marzo 2008].

<sup>321</sup> Ver *supra* sección 4.2 del Capítulo I.

En el ordenamiento jurídico chileno, las principales fuentes normativas destinadas a regular las migraciones internacionales pueden clasificarse entre aquellas que derivan de iniciativas internacionales (multilaterales y bilaterales), que buscan mejorar la gestión de las migraciones a través de la cooperación entre los Estados, y aquellas propias del derecho interno, esto es la Constitución Política de la República y diversos cuerpos legales que conforman la legislación chilena sobre extranjería y migración.

### **1. Fuentes normativas internacionales**

La existencia de un mundo cada vez más globalizado, donde se incrementa la interrelación entre la esfera nacional e internacional y se acrecienta la libre circulación de capitales y mercancías, la internacionalización de las comunicaciones y de la cultura y la formación de bloques económicos multinacionales, así como la creación de organismos con competencias jurídicas supranacionales, ha puesto en evidencia que el concepto de las migraciones como parte exclusiva de las políticas internas de los países ha ido cediendo lugar, en las últimas décadas, a la concepción de que las mismas son también un componente esencial de las relaciones internacionales de los Estados. Por esta razón, los instrumentos internacionales existentes sobre la materia han pasado a ser considerados como un medio indispensable para reforzar la gobernanza de las migraciones internacionales, pues permiten equilibrar los intereses de los países de origen, tránsito y destino con el tan cuestionado derecho que

asiste a todas las personas para acceder a cualquier parte del planeta si así lo deciden voluntariamente, por ser más conveniente para sus intereses, o porque no tienen más remedio que hacerlo.

En Chile, como se verá a continuación, existen múltiples instrumentos internacionales que inciden en la regulación de los flujos migratorios que arriban al país.

### 1.1. Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes

Nuestro país ha ratificado e incorporado a su ordenamiento jurídico interno los siguientes tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas: a) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo, ambos de 1966; d) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979; e) Convención Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; f) Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de 1989; y g) Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990.

Por su parte, en el ámbito regional, nuestro país ha ratificado e incorporado a su derecho interno los siguientes instrumentos interamericanos de derechos humanos: a) Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, de 1969; b) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985; y c) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como “Convención de Belém Do Pará”, de 1994.

En virtud de estas ratificaciones, el Estado chileno ha asumido voluntariamente una serie de obligaciones a nivel internacional, que consisten, principalmente, en respetar, garantizar y promover los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos internacionales, cumplir progresivamente ciertas metas y cooperar con los órganos de supervisión y protección de los derechos humanos establecidos en los distintos pactos o convenciones del sistema universal e interamericano. Por consiguiente, tales instrumentos sientan la base para la protección de todas las personas en el territorio nacional, sean o no ciudadanos, pues los derechos humanos consagrados en ellos son aplicables a todo individuo, no en virtud de su nacionalidad o ciudadanía, sino porque esos derechos están vinculados a nuestra humanidad común, por tanto, constituyen las garantías mínimas que deben gozar todos los seres humanos, entre los cuales, por supuesto, se encuentran los migrantes.

## 1.2. Iniciativas multilaterales existentes en la región latinoamericana y que inciden en la regulación de las migraciones en Chile

Los países de América del Sur han sido gestores y participan en una serie de iniciativas multilaterales que buscan promover la cooperación internacional mediante la suscripción de acuerdos entre los Estados involucrados que permitan una correcta y eficaz gestión de los flujos migratorios que se verifican en la región, considerando no sólo los derechos e intereses de los migrantes, sino que también los derechos e intereses de esos Estados.

Entre las iniciativas multilaterales desplegadas en la región sudamericana, merecen destacarse cuatro, porque nuestro país tiene directa participación en ellas y porque, por ese mismo hecho, las declaraciones y acuerdos alcanzados en las mismas establecen importantes directrices a las que debería ceñirse la regulación migratoria nacional. Estas iniciativas multilaterales son: a) la Conferencia Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno; b) la Cumbre de las Américas; c) la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (CSM); y d) el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Con respecto a los acuerdos multilaterales alcanzados por los Estados que participan en dichas iniciativas, cabe resaltar el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, adoptado por la Conferencia Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, con ocasión de la XVII Cumbre, celebrada en Santiago de Chile los días 8, 9 y 10 de noviembre de



2007. Este Convenio Multilateral es el primer instrumento internacional, a nivel iberoamericano, que protege los derechos de los trabajadores y sus familias en materia de prestaciones económicas relativas a la Seguridad Social. “Persigue la conservación de los derechos sociales de los trabajadores migrantes iberoamericanos, en el sentido de que busca evitar que los trabajadores que tengan que trasladarse fuera de su país pierdan derechos y, con esto, se vean perjudicados en su protección social, particularmente en lo relativo a las prestaciones económicas de invalidez, de vejez, de supervivencia y de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Para lograr dicho propósito, este instrumento permite que los trabajadores migrantes, que hayan cotizado en los diferentes países que ratifiquen el acuerdo, puedan tener acceso a su pensión de manera proporcional en cada país y sumar los períodos para cumplir las exigencias. La idea de fondo es evitar que los trabajadores que migren de un país a otro caigan en la informalidad”<sup>322</sup>.

Se estima que “este convenio beneficiará a más de 5 millones de personas y contribuirá a crear una conciencia ciudadana iberoamericana, puesto que los derechos sociales que garantiza podrán ser reclamados judicialmente, cuando este instrumento haya entrado en vigor en los países de la Comunidad Iberoamericana”<sup>323 324</sup>.

---

<sup>322</sup> ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL (OISS). 2007. Boletín informativo de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social N° 29 [en línea] <[http://www.oiss.org/IMG/pdf/BIOISS\\_29\\_monograficored\\_.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/BIOISS_29_monograficored_.pdf)> [consulta: 18 de marzo 2008].

<sup>323</sup> Ibid.

<sup>324</sup> Como precisó el Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), obtenido el respaldo político de las máximas autoridades de Seguridad Social de los distintos países al acuerdo técnico alcanzado, y elevado este acuerdo a la consideración de los Jefes de Estado y de Gobierno

En el ámbito del MERCOSUR, la Reunión de Ministros del Interior puso a consideración del Consejo del Mercado Común (CMC)<sup>325</sup> el Proyecto de Acuerdo N° 12/02 sobre “Regularización migratoria interna de ciudadanos de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile”, “con el objetivo de procurar en instrumentos jurídicos de cooperación, la facilitación de los trámites para los ciudadanos de los Estados Partes y Asociados en el sentido de permitir su regularización migratoria sin la necesidad de regresar a sus países de origen”<sup>326</sup>. Este Proyecto fue aprobado en el marco de la XXIII Reunión del CMC realizada en Brasilia, Brasil, el 6 de diciembre de 2002.

Conforme a este instrumento, “los nacionales de un Estado Parte, que se encuentren en el territorio de otro Estado Parte, podrán efectuar la

---

– en el marco de la XVII Cumbre, celebrada en noviembre de 2007 – y, obtenido su respaldo, se inicia, por una parte, “el proceso de firma y ratificación formal del Convenio, conforme a la legislación interna de cada país y previos los trámites necesarios que aquéllas dispongan; y, por otra, se debe abordar la elaboración y negociación del Acuerdo de Aplicación del Convenio que, en algunos casos, precise y aclare su contenido y, en otros, establezca los procedimientos necesarios para su plena efectividad en un futuro”.  
En: Ibid.

En virtud de lo anterior, cabe señalar que, al mes de diciembre de 2008, este Convenio Multilateral de Seguridad Social aún no se encontraba vigente en nuestro país.

<sup>325</sup> El Consejo del Mercado Común (CMC) es el órgano superior del MERCOSUR al cual le incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción.

El 17 de diciembre de 1996, el CMC creó, en virtud de la Decisión 07/96, la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, ámbito donde se debaten los temas de migraciones, de seguridad y otros de competencia de estos ministerios, con el fin de avanzar en la cooperación, coordinación de políticas y elaboración de mecanismos comunes tendientes a profundizar la integración regional. Los instrumentos que se negocian en la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR y Estados Asociados, son vinculantes para los países que los suscriben y están delineando las bases de la política migratoria de América del Sur.

<sup>326</sup> XIV REUNIÓN DEL FORO ESPECIALIZADO MIGRATORIO DE LA REUNIÓN DE MINISTROS DEL INTERIOR DEL MERCOSUR Y ESTADOS ASOCIADOS. 2006. Tratamiento de la temática migratoria en la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR y Estados Asociados [en línea] Fortaleza, Brasil, 22 al 24 de agosto de 2006 < <http://www.un.org/spanish/News/focus.asp?focusID=11> > [consulta: 22 de enero 2008]. Pág. 6.

tramitación migratoria de su residencia en este último, sin necesidad de egresar del mismo. Este procedimiento se aplicará con independencia de la categoría con la que hubiera ingresado el solicitante y del criterio en el que pretendiere encuadrar su situación migratoria. Además, establece que para su aplicación, las Partes podrán conceder residencia temporaria o permanente, de conformidad con las categorías migratorias previstas en sus legislaciones internas. Recalca también que su finalidad es estrictamente migratoria y no contempla la regularización de los eventuales bienes y valores que se hayan ingresado en el territorio de los Estados Partes y Asociados”<sup>327</sup>.

También en el ámbito del MERCOSUR, la Reunión de Ministros del Interior puso a consideración del Consejo del Mercado Común (CMC) el Proyecto de Acuerdo N° 14/02 sobre “Residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile”, el cual fue aprobado en el marco de la citada XXIII Reunión del CMC.

“Este instrumento busca que los nacionales de un Estado Parte o Asociado que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte o Asociado, puedan obtener una residencia legal en este último, mediante la acreditación de su nacionalidad y presentación de los requisitos previstos en dicho Acuerdo. El referido permiso consiste en una residencia temporaria de hasta dos años, para cuya obtención se exige la presentación previa de documentos que acrediten la nacionalidad y la carencia de antecedentes

---

<sup>327</sup> Ibid.

judiciales y/o penales y/o policiales en el país de origen o en los que hubiera residido el peticionario durante los cinco años anteriores a su arribo al país de recepción o a su petición ante el Consulado, según sea el caso. La residencia temporaria podrá transformarse en permanente mediante la presentación del interesado ante la autoridad migratoria del país de recepción, dentro de los noventa días anteriores al vencimiento de la misma, acompañando la documentación exigida en este instrumento regional”<sup>328</sup>.

Este Acuerdo dispone, además, que las personas que hayan obtenido su residencia conforme lo dispuesto en él, “tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en el territorio del país de recepción, previo al cumplimiento de las formalidades previstas por éste y, sin perjuicio, de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y seguridad pública. También tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción, de acuerdo con las normas legales de cada país”<sup>329</sup>.

Asimismo, en este instrumento se enumeran una serie de derechos cuyos titulares son los inmigrantes y los miembros de sus familias, entre los que destacan: a) igualdad de derechos; b) reunificación familiar; c) trato igualitario con los nacionales; d) compromiso en materia previsional; e) derecho a transferir remesas; f) derechos de los hijos de los inmigrantes.

---

<sup>328</sup> Ibid. Pág. 4.

<sup>329</sup> Ibid. Pág. 5.

También en este Acuerdo se establecen diversos mecanismos de cooperación tendientes a “impedir, detectar y sancionar a personas físicas o jurídicas que empleen nacionales de los Estados Partes en condiciones ilegales. Dichas medidas no afectarán los derechos que pudieren corresponder a los trabajadores inmigrantes como consecuencia de los trabajos realizados en estas condiciones”<sup>330</sup>.

Finalmente, este Acuerdo dispone que “será aplicado sin perjuicio de normas o disposiciones internas de cada Estado Parte que sean más favorables a los inmigrantes”<sup>331</sup>.

Con respecto a esta materia, cabe agregar que los Acuerdos N° 12/02 y N° 14/02 fueron suscritos por el Estado chileno en el marco de la XXIII Reunión del CMC, celebrada en diciembre de 2002. Sin embargo, al mes de diciembre de 2008, nuestro país aún no había dado cumplimiento a las formalidades internas necesarias para la entrada en vigencia de estos instrumentos dentro de su territorio. Además, conforme a los artículos 5 y 14 de estos Acuerdos, respectivamente, a esa misma fecha, éstos aún no habían entrado en vigencia dentro del ámbito geográfico del MERCOSUR.

### 1.3. Iniciativas bilaterales que inciden en la regulación de las migraciones en Chile

---

<sup>330</sup> Ibid.

<sup>331</sup> Ibid.

Los acuerdos bilaterales se utilizan para oficializar arreglos de cooperación en materia de migración. Su objetivo es asegurar que las corrientes de migrantes se produzcan en condiciones que sean mutuamente beneficiosas para los países implicados.

Las cuestiones tratadas en estos acuerdos son diversas. “Según estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 57% incluye disposiciones para coordinar las prestaciones y los pagos por concepto de seguridad social; el 18% guarda relación con programas de trabajadores invitados o intercambios generales de migración de mano de obra; el 12% se refiere a la admisión de pasantes o jóvenes profesionales; y el 5% hace referencia a la migración estacional”<sup>332</sup>.

El Secretario General de las Naciones Unidas, en su *Informe sobre Migración Internacional y Desarrollo*, sostuvo que “los acuerdos bilaterales no deben utilizarse para incumplir o eludir las obligaciones derivadas de los tratados internacionales o del derecho consuetudinario”<sup>333</sup>. Además, por lo que respecta a la gestión de la migración, indicó que “la tarea de verificar la aplicación de múltiples tratados con diferentes disposiciones aumenta la carga administrativa. Por ello, podría resultar necesario formular mecanismos nacionales para garantizar la aplicación de los tratados

---

<sup>332</sup> SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Op. cit. Pág. 89.

<sup>333</sup> Ibid. Pág. 90.

bilaterales y facilitar la difusión y comprensión de las disposiciones contenidas en los acuerdos bilaterales que estén en vigor”<sup>334</sup>.

Sobre la base de tales recomendaciones, los acuerdos bilaterales suscritos por Chile en materia migratoria serán clasificados en atención a las materias que regulan, pudiendo distinguirse entre convenios bilaterales de cooperación laboral, convenios de seguridad social, convenios referidos al tránsito de personas e instrumentos migratorios suscritos en el ámbito de los procesos de integración.

### 1.3.1. Convenios bilaterales de cooperación laboral

“El Estado chileno ha suscrito con distintos países una importante cantidad de Acuerdos y/o Convenios Bilaterales de Cooperación Laboral. Éstos tienen por objeto asegurar el acceso de los trabajadores migrantes a los derechos laborales y el cumplimiento de normas internacionales mínimas relacionadas con cada uno de ellos. Actualmente, se encuentran en vigor Acuerdos o Convenios Bilaterales de Cooperación Laboral suscritos, por ejemplo, con Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, España y Uruguay; presentándose la particularidad de haberse suscrito también acuerdos con regiones específicas de algunos de los países mencionados, como es el caso de la Junta de Andalucía, en España”<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> Ibid.

<sup>335</sup> MUJICA, Javier. 2004. El desafío de la solidaridad. Condiciones de vida y de trabajo de los migrantes peruanos en Chile [en línea] Lima, Perú, Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

“Estos convenios cubren un amplio espectro de actividades a favor de los trabajadores que se encuentran laborando en el territorio de los países firmantes de cada instrumento. En este aspecto cabe mencionar, por ejemplo, al Convenio sobre Trabajadores Migrantes suscrito entre Chile y Argentina (1971), que se encarga de normar las siguientes materias:

- Define qué se entiende por trabajadores de temporada, comprendiendo en tal categoría a aquellas personas que se trasladan a cualquiera de los dos países para desarrollar actividades remuneradas en tareas no estacionales, sin ánimo de radicarse en el país receptor.
- Establece que estos trabajadores, si bien no requerirán de pasaporte o visado para ingresar al país en el que desempeñarán su ocupación, deberán presentar documentos de identidad, copia del contrato de trabajo o de enganche y certificado de antecedentes o buena conducta.
- Precisa las disposiciones comunes aplicables a los trabajadores cubiertos por el Convenio, estableciendo que éstos, en cuanto trabajadores extranjeros, tendrán los mismos derechos y estarán sujetos a las mismas obligaciones que los trabajadores nacionales.
- Establece que ambos países se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para evitar la migración clandestina entre ellos”<sup>336</sup>.

---

<[http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/doc\\_178/doc178.html](http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/doc_178/doc178.html)> [consulta: 18 de marzo 2008]. Págs. 37 y 38.

<sup>336</sup> Ibid. Pág. 38.



Del mismo modo, el Acuerdo de Cooperación celebrado entre el Ministerio del Empleo y el Trabajo del Reino de Bélgica y el Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile, se encuentra vigente desde el mes de octubre de 1995, y tiene como principales objetivos desarrollar y ampliar la cooperación entre ambos países, fomentando el intercambio en materia de trabajo; e intercambiar conocimientos y especialistas en materia de mercados de trabajo y condiciones de trabajo. Asimismo, este Acuerdo establece que las dos partes se reunirán periódicamente, al menos una vez todos los años, alternativamente en los dos países, con el objeto de examinar todas las materias relativas a la ejecución de este Convenio y establecer programas de trabajo, anuales y plurianuales<sup>337</sup>.

“Otro ejemplo de este tipo de acuerdos y convenios, es el Acuerdo Complementario celebrado entre Chile y la República Federativa del Brasil, en el año 1998, el cual contempla, entre sus principales contenidos, el desarrollo de proyectos y acciones de cooperación técnica, tales como talleres, cursos e intercambio de técnicos, en las áreas de inspección del trabajo, políticas de empleo y salario, relaciones de trabajo, formación profesional, seguridad y salud en el trabajo, sistemas integrales de atención a las poblaciones diferenciadas, e instrumentos de estudio y análisis”<sup>338</sup>.

### 1.3.2. Convenios de Seguridad Social

---

<sup>337</sup> Ibid.

<sup>338</sup> Ibid.

“En términos generales, los Convenios Bilaterales de Pensiones, o Convenios de Seguridad Social, suscritos por Chile, permiten a los afiliados al Sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones, chilenos o extranjeros, que registren cotizaciones tanto en Chile como en el otro Estado Contratante, obtener pensiones paralelas en ambos países, utilizando la totalización de períodos de seguro cuando ello sea necesario”<sup>339</sup>. Por tanto, “la suscripción de estos acuerdos tiene como fin principal que los ciudadanos de los Estados Partes puedan beneficiarse de los períodos de seguro cotizados en ambos países o reconocidos por éstos, manteniendo así la continuidad en su historia previsional, lo que les permitirá en definitiva gozar de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia en uno o ambos Estados, siempre que cumplan los requisitos internos de los respectivos regímenes previsionales”<sup>340</sup>.

Cabe precisar que para el cálculo de las pensiones, cada país considera únicamente las cotizaciones enteradas en él. Sin embargo, en virtud de estos Convenios, “si el otro Estado Contratante exige, para obtener una pensión, un mínimo de años cotizados, se permite considerar los períodos cotizados en Chile, con el único objeto de dar cumplimiento a este requisito. Del mismo modo, en el caso de Chile, para efectos de acceder a la garantía estatal de pensión mínima, se permite considerar los períodos enterados en el otro Estado, sólo para efectos de dar cumplimiento

---

<sup>339</sup> SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP). 2008. Convenios Bilaterales de Seguridad Social [en línea], Gobierno de Chile < <http://www.safp.cl/573/article-3026.html>> [consulta: 30 de enero 2008].

<sup>340</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Temas migratorios en acuerdos internacionales [en línea], Gobierno de Chile, Ministerio del Interior <[http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos\\_intern.html](http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos_intern.html)> [consulta: 30 de enero 2008].

al requisito de un mínimo de años cotizados. En caso de que existan períodos simultáneos de cotizaciones en ambos Estados, en Chile se considerarán exclusivamente los períodos cumplidos de acuerdo a sus disposiciones legales vigentes”<sup>341</sup>.

“En general, estos Convenios otorgan a los afiliados al sistema de capitalización individual, las siguientes garantías:

- Presentación de solicitudes en el Estado de residencia, para prestaciones adquiridas en el otro Estado.
- Derecho a percibir las prestaciones económicas fuera del Estado otorgante, sin exigencias de residencia ni disminución del beneficio.
- Derecho a la totalización de los períodos de seguro.
- Realización de exámenes médicos en el Estado de residencia, para acceder a pensiones de invalidez en el otro Estado.
- Establecimiento de condiciones especiales para los trabajadores desplazados en el territorio del otro Estado.
- Derecho a la asistencia de salud para los pensionados bajo la legislación de un Estado que residan en el otro Estado, en iguales condiciones que los pensionados de este último.
- Exención de la obligación de cotizar el 7% de salud, a todo afiliado al Sistema de Capitalización Individual que cotice voluntariamente como independiente durante el tiempo que resida en el otro Estado.

---

<sup>341</sup> SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP). Loc. cit.

- Las pensiones obtenidas en el otro Estado, se considerarán como si correspondieran a una pensión del Antiguo Sistema, para cumplir los requisitos establecidos en el artículo 17 transitorio del D.L. N° 3.500, para pensionarse anticipadamente en el Sistema de Capitalización Individual”<sup>342</sup>.

"Hasta mediados de los años ochenta, Chile había suscrito Convenios de Seguridad Social sólo con Argentina (1972), España (1981) y Uruguay (1982). Tales Convenios eran aplicables únicamente a quienes habían efectuado aportaciones a las Cajas de Previsión de ese entonces, que luego fueron fusionadas en el Instituto de Normalización Previsional (INP)”<sup>343</sup>. Actualmente, “para los afiliados al nuevo sistema de pensiones<sup>344</sup> existen en aplicación Convenios de Seguridad Social con los siguientes Estados: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Francia, Holanda (Países Bajos), Luxemburgo, Noruega, Perú, Portugal, Quebec, República Checa, Suecia, Suiza y Uruguay”<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> Ibid.

<sup>343</sup> MUJICA, Javier. Op. cit. Pág. 39.

<sup>344</sup> El sistema de AFP o de capitalización individual está vigente desde noviembre de 1980 y considera como principales beneficios las pensiones de Vejez, de Invalidez y de Sobrevivencia, que son administradas, como su nombre lo indica, por entidades privadas, denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Su objetivo fundamental es asegurar un ingreso estable a los trabajadores que han concluido su vida laboral, procurando que dicho ingreso guarde una relación próxima con aquél percibido durante su vida activa. En: SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP). 2008. Sistema de AFP [en línea], Gobierno de Chile < <http://www.safp.cl/573/propertyvalue-2492.html>> [consulta: 30 de enero 2008].

<sup>345</sup> SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP). 2008. Convenios en aplicación [en línea], Gobierno de Chile < <http://www.safp.cl/573/propertyvalue-1764.html>> [consulta: 30 de enero 2008].

Así, por ejemplo, el convenio de atención mutua en materia de seguridad social, suscrito en agosto de 2002 por los gobiernos de Perú y Chile, permite “el reconocimiento de los períodos cotizados por los trabajadores peruanos que residan en Chile, y viceversa. Facilita, al mismo tiempo, que continúen las aportaciones de estos trabajadores en caso de que decidieran vivir por largos períodos en cualquiera de los dos países. El acuerdo toma como base los principios derivados del Convenio N° 118 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que consagra la igualdad de trato a nacionales y a extranjeros en materia de seguridad social”<sup>346</sup>.

### 1.3.3. Convenios bilaterales referidos al tránsito de personas

De acuerdo a la información proporcionada por el Departamento de Extranjería y Migración, Chile ha suscrito convenios relativos al tránsito de personas con las Repúblicas de Argentina, Paraguay, Uruguay, Colombia, Ecuador y Brasil<sup>347</sup>.

Sin perjuicio de ello, en esta materia, cabe destacar la existencia del Convenio de Tránsito de Personas en la Zona Fronteriza Chileno – Peruana de Arica y Tacna, cuyo ámbito de aplicación, como su nombre lo dice, está conformado por las ciudades de Tacna y Arica, en las cuales el tránsito de

---

<sup>346</sup> MUJICA, Javier. Op. cit. Pág. 39.

<sup>347</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Temas migratorios en acuerdos internacionales. Convenios de libre tránsito [en línea], Gobierno de Chile, Ministerio del Interior <[http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/convenios\\_de\\_transito.pdf](http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/convenios_de_transito.pdf)> [consulta: 30 de enero 2008].

los nacionales de Chile y de Perú se rige por las normas establecidas en este convenio.

Este instrumento bilateral establece que los nacionales de Chile y de Perú que viajan a Tacna o Arica, respectivamente, deben estar provistos de un salvoconducto que acredite su identidad y los autorice para transitar libremente por las zonas regidas por este Acuerdo. Los salvoconductos tienen una vigencia de seis meses y permiten a sus titulares permanecer por períodos de hasta siete días en dichas zonas, pudiendo prorrogarse el período de permanencia en casos calificados. Los titulares de salvoconductos no pueden transitar fuera de los límites de tales zonas, además no están habilitados para ejercer en el otro país, con fines de lucro, trabajo, profesión, ocupación temporal o permanente, ni fijar domicilio. La contravención de estas normas prohibitivas se sanciona con el abandono inmediato del país, dentro de las 24 horas de comprobada aquella, y la prohibición temporal o definitiva de acogerse a las facilidades que otorga este acuerdo. Estas sanciones serán aplicadas por las autoridades políticas de mayor jerarquía de Arica o Tacna y deberán ser puestas inmediatamente en conocimiento de la Oficina Consular respectiva. En caso de detención de un nacional del otro país, las autoridades que tuvieren conocimiento o hubieren practicado la detención deberán comunicar este hecho a la Oficina Consular respectiva dentro de las 24 horas de producida la privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Asimismo, en este convenio se permite el otorgamiento de salvoconductos familiares, que incluyen al cónyuge e hijos, y colectivos a favor de delegaciones estudiantiles, culturales y deportivas de ambos países. Además, las autoridades políticas de mayor jerarquía de Arica y Tacna pueden otorgar, previo acuerdo entre ellas y en base a la reciprocidad, un “Pase Especial Permanente de Tránsito Fronterizo” a las principales autoridades de ambas ciudades, extensivo a sus cónyuges, el que requiere de visación consular y debe renovarse anualmente.

Otras iniciativas destacables en la materia se han concretado en conjunto con el Estado argentino, pues se creó la categoría de “Habitante de Zona Fronteriza”, posibilitando que las personas que habitan en la frontera entre Chile y Argentina puedan desplazarse de un país a otro con mayor facilidad. Asimismo, se han suscrito y se encuentran vigentes convenios entre ambos países sobre “Controles Integrados de Frontera”, cuyo objeto es que ambos Estados tengan sistemas administrativos y operativos compatibles, y en lo posible simultáneos, respecto del flujo de personas entre ambas naciones.

#### 1.3.4. La variable migratoria en los procesos de integración

Uno de los mecanismos utilizados para incorporar la variable migratoria en los procesos de integración ha sido contemplar en los Tratados de Libre Comercio (TLC) capítulos que reglamenten la entrada temporal de profesionales, que son nacionales de los Estados firmantes, en

el territorio de cualquiera de éstos. Así, en el marco de los acuerdos de libre comercio suscritos entre Chile y los Estados de México, Estados Unidos y Canadá, se especifican capítulos de entrada temporal de personas de negocios, cuyo fin es facilitar el otorgamiento de permisos de residencia en nuestro país<sup>348</sup>, estableciéndose las categorías de visitantes de negocios, profesionales, personal transferido dentro de una empresa y comerciantes e inversionistas.

De esta manera, en dichos capítulos se establece que si la persona de negocios califica en alguna de estas categorías, se le otorgará una visación de residente temporario, por el plazo máximo de un año. Esta visación de residencia permite trabajar (actividad económica lícita) en Chile sin necesidad de contar con una autorización expresa de empleo. Los familiares dependientes de la persona de negocios (es decir, los miembros de la familia que vivan con él, entendiéndose por tales al cónyuge, padres o hijo de ambos o de uno de ellos) podrán acompañarla, cumpliendo con la normativa general migratoria. En el caso que los familiares ingresen en calidad de dependientes, quedan facultados para estudiar en cualquier establecimiento educacional, pero no para realizar actividades remuneradas. Además, durante la vigencia de la residencia temporaria, las personas de negocios y sus dependientes, que hayan sido calificados como tales, podrán ingresar y reingresar a Chile cuantas veces lo estimen necesario. Vencida la

---

<sup>348</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Temas migratorios en acuerdos internacionales. Capítulos de entrada temporal en tratados de libre comercio [en línea], Gobierno de Chile, Ministerio del Interior < [http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos\\_intern.html](http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos_intern.html) > [consulta: 30 de enero 2008].



visación de residente temporario obtenida en virtud de un TLC, ésta podrá ser renovada si se mantienen las condiciones que motivaron su otorgamiento, o se podrá acceder a alguna de las categorías migratorias establecidas en la legislación chilena, conforme a los requisitos y procedimientos señalados en ella<sup>349</sup>.

Los TLC no reemplazan los requisitos de licencias, certificaciones o revalidaciones que los residentes temporarios deben tener respecto del ejercicio de una profesión o actividad de acuerdo con la normativa específica vigente en Chile para esa profesión o actividad, como tampoco alteran los requisitos generales de inmigración, los relativos al orden público, seguridad nacional, requisitos sanitarios y de pasaportes<sup>350</sup>.

Otro instrumento migratorio creado a partir de los procesos de integración es la Tarjeta de Viajes de Negocios APEC o *APEC Business Travel Card (ABTC)*, en la que participan las economías de Australia; Brunei Darussalam; Chile; República Popular China; Hong Kong; Indonesia; Japón; República de Corea; Malasia; Nueva Zelanda; Papúa Nueva Guinea; Perú; República de Filipinas; Singapur; China Taipei; Tailandia y Vietnam<sup>351</sup>.

---

<sup>349</sup> Ibid.

<sup>350</sup> Ibid.

<sup>351</sup> El Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico (APEC) es una de las instancias internacionales más importantes para facilitar el crecimiento económico, la cooperación, el comercio y las inversiones en la región del Asia Pacífico. Los países que integran el Foro son Australia; Brunei Darussalam; Canadá; Chile; República Popular China; Hong Kong, China; Indonesia; Japón; República de Corea; Malasia; México; Nueva Zelanda; Papúa Nueva Guinea; Perú; República de Filipinas; Federación Rusa; Singapur; China Taipéi ; Tailandia; Estados Unidos de América; y Vietnam. En: DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Temas migratorios en acuerdos internacionales. Foro de

Esta tarjeta puede ser solicitada en Chile por personas de negocios que tengan la nacionalidad chilena, a través de las Asociaciones Empresariales que colaboran con el Gobierno en este proceso, aún cuando no sean socios de éstas<sup>352</sup>. Dichas organizaciones harán llegar la solicitud y antecedentes del interesado al Departamento de Extranjería y Migración, órgano encargado de su tramitación ante las demás economías participantes del sistema.

La Tarjeta de Viajes de Negocios APEC tiene por objeto facilitar la movilidad de las personas de negocios en la Cuenca del Pacífico. En cumplimiento de dicho objetivo, y en el caso de personas de negocios extranjeras que deseen ingresar a Chile, esta tarjeta las faculta “para ingresar al territorio nacional por un plazo máximo de 90 días, sin necesidad de obtener una visa o autorización adicional, no constituyendo documento de viaje, y debiendo ser utilizada conjuntamente con pasaporte auténtico y vigente. Además, tiene una validez de tres años o por el período de vigencia del pasaporte, si éste fuere inferior al indicado, y sólo puede ser cancelada o anulada por el Ministerio del Interior”<sup>353</sup>.

## 2. Fuentes normativas nacionales

---

Cooperación Económica Asia Pacífico, APEC [en línea], Gobierno de Chile <[http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos\\_intern.html](http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos_intern.html)> [consulta: 30 de enero 2008].

<sup>352</sup> Asociaciones Empresariales participantes: Asociación de Exportadores de Productos Manufacturados, en Santiago (ASEXMA); Cámara Nacional de Comercio, sedes regionales y en Santiago; Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), sedes regionales y en Santiago; Cámara Chileno – China de Comercio, Industria y Turismo. En: Ibid.

<sup>353</sup> POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE (PDI). 2003. Manual de Extranjería y Policía Internacional. Santiago, Chile. Pág. 33.

En el ordenamiento jurídico chileno, las principales normas que regulan las materias referidas a extranjería y migración se encuentran contenidas en la Constitución Política de 1980 y en una serie de cuerpos legales, como se verá a continuación.

## 2.1. Constitución Política de la República de Chile

La Constitución Política de 1980 establece un marco integral de protección de los derechos de todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado chileno, incluyendo las salvaguardas y garantías necesarias para el ejercicio efectivo de estos derechos. Su artículo 1 dispone que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; y que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y tiene por finalidad promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Carta Fundamental establece.

Como se puede apreciar, la Constitución incluye en su esfera de protección, indistintamente y en sentido genérico, a todas las personas, hombres y mujeres, nacionales y extranjeros, lo que implica reconocer que todos los que se encuentran sometidos a la jurisdicción del Estado chileno gozan de la protección y de los derechos y garantías que este cuerpo normativo la Carta Fundamental consagra. Así, todas las personas, sean

chilenas o extranjeras, pueden invocar, en igualdad de condiciones y sin discriminación de ninguna clase, la protección de sus derechos fundamentales no sólo en el ámbito civil y político, sino que también en el ámbito económico, social, cultural y ambiental.

En materia de extranjería y migración, gran importancia tiene el Capítulo II de la Constitución Política, titulado “Nacionalidad y Ciudadanía”, el cual experimentó importantes modificaciones con la dictación de la Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005. Estas modificaciones se refieren principalmente a las siguientes cuestiones:

- **Personas que tienen la nacionalidad chilena** (artículo 10).

Conforme a la nueva redacción de este artículo, son chilenos:

1° Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena.

Este numeral no sufrió ninguna modificación con las reformas constitucionales de agosto de 2005.

2° Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1°, 3° ó 4°.

Este nuevo numeral introduce una importante modificación con respecto a la nacionalidad de los hijos de padre o madre chilenos nacidos en el extranjero. Antes de la citada reforma constitucional, la regla general era que estos hijos no tenían la nacionalidad chilena, salvo en dos casos excepcionales: a) cuando se trataba de hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose cualquiera de éstos en actual servicio de la República, quienes se consideraban para todos los efectos como nacidos en el territorio chileno; y b) cuando se trataba de hijos de padre o madre chileno nacidos en territorio extranjero que se avecindaban en Chile por más de un año.

En virtud de la ley de reforma constitucional, son chilenos todos los hijos de padre o madre chilenos nacidos en el extranjero, y no sólo aquellos que sean hijos de chilenos que estén al servicio del Gobierno y aquellos que hayan cumplido con el requisito del avecindamiento. Actualmente, para tener la nacionalidad chilena, sólo se les exige que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido esta nacionalidad por haber nacido en Chile, por haberse nacionalizado o por haber obtenido la especial gracia de nacionalización por ley.

3° Los extranjeros que obtuvieron carta de nacionalización en conformidad a la ley.

Este numeral también experimentó una trascendental modificación con las reformas constitucionales pues, antes de éstas, para que los extranjeros pudiesen obtener carta de nacionalización debían

renunciar expresamente a su nacionalidad anterior, cuestión que no se exigía únicamente con respecto a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, concediera este mismo beneficio a los chilenos. Hoy, ningún extranjero que obtenga carta de nacionalización debe renunciar a su nacionalidad anterior.

Otra modificación experimentada por este artículo se refiere a que la disposición relativa a los derechos políticos de quienes se nacionalicen de conformidad a lo establecido en este numeral, ya no se contiene en el artículo 10 de la Constitución, sino que en el actual inciso segundo del artículo 14 de ésta.

4° Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

Este numeral no sufrió ninguna modificación con las reformas constitucionales de agosto de 2005.

Por último, al igual que en su antigua redacción, el nuevo texto del artículo 10 dispone que una ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos. Al respecto, y por contenerse este mismo mandato constitucional en la Carta Fundamental de 1925, se dictó el Decreto Supremo N° 5.142, publicado en el Diario Oficial de 29 de octubre de 1960, que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros. Sin embargo, el texto de este Decreto Supremo, aún vigente, no se ha adecuado a las modificaciones introducidas en la Constitución Política en virtud de

la Ley N° 20.050, por tanto, urge dictar un nuevo decreto relativo a la nacionalización de extranjeros que sí contemple estas importantes modificaciones.

- **Causales de pérdida de la nacionalidad chilena** (artículo 11).  
Conforme a la nueva redacción de este artículo, la nacionalidad chilena se pierde:

1° Por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente. Esta renuncia sólo producirá efectos si la persona, previamente, se ha nacionalizado en país extranjero.

Con anterioridad a las reformas constitucionales, el número 1 del artículo 11 contemplaba como causal de pérdida de la nacionalidad chilena la nacionalización en país extranjero, salvo en el caso de aquellos chilenos que hubieran obtenido otra nacionalidad sin renunciar a su nacionalidad chilena, y en el caso de aquellos chilenos que, en virtud de disposiciones constitucionales, legales o administrativas del Estado en cuyo territorio residan, adoptaran la nacionalidad extranjera como condición de su permanencia en él o de igualdad jurídica en el ejercicio de los derechos civiles con los nacionales del respectivo país.

2° Por decreto supremo, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados.

Este numeral no sufrió ninguna modificación con las reformas constitucionales de agosto de 2005.

3° Por cancelación de la carta de nacionalización.

4° Por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia.

Al igual que en su antigua redacción, el nuevo texto del artículo 11 dispone que los que hubieren perdido la nacionalidad chilena por cualquiera de las causales establecidas en este artículo, sólo podrán ser rehabilitados por ley. La novedad en la redacción de esta norma radica en que ésta no contempla como causal de pérdida de la nacionalidad chilena aquella contenida en su antiguo número 3, y que se refería a la pérdida de la nacionalidad por sentencia judicial condenatoria por delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado, así considerados por ley aprobada con quórum calificado.

- **Personas que tienen la calidad de ciudadanos chilenos** (artículo 13). Al igual que en su antigua redacción, el nuevo texto del artículo 13 dispone que son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido 18 años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. Agrega que la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran.

La novedad en la redacción de este artículo radica en la incorporación de un inciso tercero que establece que, tratándose de los chilenos a que se refieren los números 2 y 4 del artículo 10 (hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero y los que obtuvieron



especial gracia de nacionalización por ley, respectivamente), el ejercicio de los derechos que les confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado avecindados en Chile por más de un año.

Como puede observarse, en el antiguo texto constitucional a los hijos de padre o madre chilenos nacidos en el extranjero se les exigía el requisito de avecindamiento por más de un año en Chile para poder adquirir la nacionalidad chilena. En cambio, actualmente, este requisito de avecindamiento se les exige, no para obtener la nacionalidad chilena, sino que para poder ejercer los derechos políticos que se derivan de la ciudadanía.

- **Derechos políticos de los extranjeros** (artículo 14). Al igual que en su antigua redacción, el nuevo texto del artículo 14 dispone que los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13 (haber cumplido 18 años de edad y no haber sido condenados a pena aflictiva), podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley.

La novedad en la redacción de este artículo radica en la incorporación de un segundo inciso referido, como se señaló, a los derechos políticos de quienes se nacionalicen en conformidad a lo establecido al número 3 del artículo 10, es decir, de aquellos que obtienen la nacionalidad chilena a través de una carta de nacionalización. Señala este inciso que esos nacionalizados tendrán la opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en

posesión de sus cartas de nacionalización. Con anterioridad a las reformas constitucionales, esta misma disposición se contenía en el artículo 10 (que establecía quiénes eran chilenos), específicamente en su número cuatro, relativo a aquellos extranjeros que obtenían carta de nacionalización<sup>354</sup>.

- **Causales de pérdida de la ciudadanía** (artículo 17). Conforme al nuevo texto de este artículo, la calidad de ciudadano se pierde:

1° Por pérdida de la nacionalidad chilena.

2° Por condena a pena aflictiva.

3° Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

En el antiguo texto del artículo 17, las causales 1° y 2° eran idénticas. En cambio, la redacción de la causal 3° es novedosa por cuanto, antes de las reformas constitucionales, sólo hacía referencia a las condenas por delitos que la ley califica como conductas terroristas y no se contenía la referencia hecha al delito de tráfico de estupefacientes.

Por su parte, el nuevo texto del inciso final del artículo 17 dispone

---

<sup>354</sup> El artículo 42.3 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares dispone que los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo, sólo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos. En consonancia con esta disposición, la normativa constitucional permite a los extranjeros el ejercicio de los derechos políticos siempre que cumplan con tres requisitos. Dos de éstos también son exigidos a los nacionales, y se refieren al cumplimiento de una edad mínima y a no haber sido condenado a pena aflictiva. El tercer requisito, aplicable sólo para los extranjeros, se refiere al cumplimiento de un período mínimo de avecindamiento.

que los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. En tanto que los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3 podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena. Con anterioridad a las reformas constitucionales, este inciso establecía que los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal señalada en el número 2 podían solicitar su rehabilitación al Senado, una vez extinguida su responsabilidad penal. En tanto que los comprendidos en la causal prevista en el número 3 (únicamente referida a los delitos terroristas), sólo podían ser rehabilitados en virtud de una ley de quórum calificado, una vez cumplida la pena.

En materia de extranjería y migración, también tiene relevancia el Capítulo III de la Carta Fundamental, titulado “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, el cual establece, en su artículo 19, que la Constitución asegura a todas las personas (por ende, a hombres y mujeres, a nacionales y extranjeros) los derechos fundamentales que se enumeran en dicho artículo, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y síquica, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la libertad de conciencia y de religión, el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual<sup>355</sup>, el

---

<sup>355</sup> En virtud del reconocimiento de este derecho, todas las personas, por su sola condición de tales, tienen, entre otros, derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros; a no ser privadas de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes; y a no ser arrestadas o detenidas sino por

derecho a la protección de la salud, el derecho a la educación, el derecho a reunirse pacíficamente, el derecho a presentar peticiones a la autoridad, el derecho a la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la seguridad social y el derecho a que los preceptos legales que, por mandato de la Constitución, regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no afecten los derechos en su esencia, ni impongan condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Aunque ciertamente ésta no pretende ser una revisión exhaustiva de la totalidad de los derechos que la Constitución Política reconoce a todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado chileno, puede apreciarse cómo la misma reconoce un amplio abanico de derechos que constituyen la base para una integración social en condiciones de igualdad y dignidad para

---

orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal.

De lo anterior se desprende que el artículo 19 N° 7, letra a) de la Constitución, consagra el derecho a la libertad de residencia, permanencia y circulación, así como el derecho a entrar y salir del territorio nacional, sin efectuar distinciones entre hombres y mujeres, ni entre nacionales y extranjeros. Si bien el texto constitucional no hace alusión a una residencia “legal”, se entiende que las libertades de residencia, permanencia y circulación se reconocen sólo a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio nacional, pues esta misma disposición señala, como limitación al ejercicio de tales libertades, el respetar las normas legales, las que exigen a los extranjeros residir legalmente en el país para gozar de los derechos previstos en la Constitución y en las leyes. Por tanto, con respecto a las libertades de residencia, permanencia y circulación, la Carta Fundamental contempla una regulación similar a la de algunos tratados internacionales de derechos humanos que reconocen el ejercicio de tales libertades sólo en la medida que exista una “residencia legal” (artículo 12 del PIDCP; artículo 39 de la CTM; y artículo 22.1 de la Convención Americana).

Tratándose del derecho a entrar y salir del territorio nacional, la normativa constitucional es similar a la existente en los tratados internacionales de derechos humanos pues, en ambas normativas, este derecho se reconoce a favor de todas las personas (artículo 13.2 de la Declaración Universal de DDHH; artículos 12.2 y 4 del PIDCP; artículo 8 de la CTM; y artículo 22.2 de la Convención Americana).

Por último, cabe agregar que el artículo en comento señala dos limitaciones que se imponen al ejercicio del derecho a la libertad de residencia, permanencia y circulación y del derecho a entrar y salir del territorio nacional, cuales son respetar las normas establecidas en la ley y no perjudicar a terceros.

todos los individuos y, de modo particular, para aquellos que, en forma voluntaria o por una razón ajena a su voluntad, viven la circunstancia de residir y trabajar en un país que no es el suyo.

En virtud del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, el pleno respeto de éstos constituye una obligación primaria de todas las autoridades chilenas. Por ello, y para asegurar su cumplimiento y proteger a los titulares de tales derechos frente a cualquier manifestación de abuso de poder, la Constitución contempla la existencia de acciones dirigidas a repeler cualquier acto u omisión que pueda menoscabar el ejercicio de estos derechos, y que buscan restablecer el imperio de los mismos en cuanto ello sea posible. En este sentido, las acciones que contempla la Carta Fundamental son las siguientes:

- La **Acción de Protección** (artículo 20). Ésta es una acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante la Corte de Apelaciones respectiva con el objeto de solicitar que se adopten inmediatamente todas las providencias que se juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle al afectado la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece en forma

expresa y taxativa<sup>356</sup>, sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes<sup>357</sup>.

En contra de la sentencia que dicta la Corte de Apelaciones, acogiendo, rechazando o declarando inadmisibles la acción de protección, procede el recurso de apelación ante la Corte Suprema.

- La **Acción de Amparo o Hábeas Corpus** (artículo 21). Ésta es una acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante la Corte de Apelaciones respectiva con el objeto de solicitar que se adopten inmediatamente todas las providencias que se juzgen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle al afectado la debida protección, dejando sin efecto o modificando cualquier acción u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación o amenaza a la libertad personal y seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de dichos atentados<sup>358</sup>.

Esta acción constitucional puede ejercerse únicamente para proteger el derecho a la libertad personal y seguridad individual, consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política.

En contra de la sentencia que pronuncie la Corte de Apelaciones al momento de fallar la acción de amparo, procede el recurso de apelación ante la Corte Suprema, el que deberá interponerse en el

---

<sup>356</sup> Esta acción constitucional puede ejercerse únicamente para proteger los derechos y garantías que la Carta Fundamental específicamente señala en su artículo 20, y que son aquellos contemplados en el artículo 19 N° 1, 2, 3 – inciso cuarto –, 4, 5, 6, 8, 9 – inciso final –, 11, 12, 13, 15, 16 – incisos 1, 2 y 4 –, 19, 21, 22, 23, 24 y 25.

<sup>357</sup> MATURANA, Cristian. 2003. Los recursos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal. Pág. 296.

<sup>358</sup> Ibid. Pág. 316.

perentorio término de 24 horas contado desde la notificación del fallo.

## 2.2. Legislación migratoria

En materia de extranjería y migración, además de las disposiciones constitucionales ya mencionadas, existe, en el ordenamiento jurídico chileno, un amplio repertorio de normas aplicables al estatuto de los migrantes<sup>359</sup>. No obstante, los aspectos centrales relacionados con el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, la salida, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros en Chile, se encuentran regulados en el Decreto Ley N° 1.094, conocido comúnmente como Ley de Extranjería, y en el Decreto Supremo N° 597, que contiene el Reglamento de Extranjería, los cuales otorgan al Estado chileno un conjunto de

---

<sup>359</sup> Leyes y decretos que regulan la permanencia, estadía, nacionalización y turismo de los extranjeros en Chile: a) Ley N° 19.581, que crea la categoría de ingreso de habitante de zona fronteriza (publicada en el Diario Oficial del 1 de septiembre de 1998); b) Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre extranjeros. Regula el ingreso, residencia, egreso, reingreso, expulsión y control de extranjeros en Chile (publicado en el Diario Oficial del 19 de julio de 1975); c) Decreto con Fuerza de Ley N° 69, que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia (publicado en el Diario Oficial del 8 de mayo de 1953); d) Decreto N° 597, que aprueba el nuevo Reglamento de Extranjería (publicado en el Diario Oficial del 24 de noviembre de 1984); e) Decreto N° 818, que delega atribuciones a los intendentes regionales relativas a extranjeros (publicado en el Diario Oficial del 8 de septiembre de 1983); f) Decreto N° 2.043, que delega atribuciones para cambiar la condición jurídica de los turistas (publicado en el Diario Oficial del 10 de febrero de 1982); g) Decreto N° 888, que crea la Comisión Asesora sobre Migraciones (publicado en el Diario Oficial del 9 de septiembre de 1977); h) Decreto N° 137, referido al otorgamiento de franquicias a los extranjeros que ingresan al país con visa de inmigrante (publicado en el Diario Oficial del 11 de junio de 1966); i) Decreto N° 5.142, que fija el texto refundido de las disposiciones legales sobre nacionalización de extranjeros (publicado en el Diario Oficial del 29 de octubre de 1960); j) Decreto N° 521, que aprueba el Reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953 (publicado en el Diario Oficial del 27 de noviembre de 1953). En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2008. Legislación chilena sobre extranjeros [en línea] <[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2006-05-16.1264867506/area\\_2.2006-05-16.6751874530](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-05-16.1264867506/area_2.2006-05-16.6751874530)> [consulta: 20 de marzo 2008].

atribuciones, a la vez que lo someten a obligaciones que se correlacionan con los derechos de las personas que migran hacia y desde Chile.

### 2.2.1. Decreto Ley N° 1.094 (Ley de Extranjería) y Decreto Supremo N° 597 (Reglamento de Extranjería)

El Decreto Ley N° 1.094, en adelante Ley de Extranjería, fue promulgado el 14 de julio de 1975 y publicado en el Diario Oficial el 19 de julio de ese mismo año. El Decreto Supremo N° 597, en adelante Reglamento de Extranjería, fue promulgado el 14 de junio de 1984 y publicado en el Diario Oficial el 24 de noviembre de ese año.

Conforme al artículo 1 de la Ley de Extranjería, el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros en Chile se rigen por las normas establecidas en ésta. A su vez, el Reglamento de Extranjería agrega que tales materias se regulan, además, por las normas contenidas en éste y en el Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de 27 de abril de 1953.

La normativa contenida en la Ley y en el Reglamento de Extranjería regula las materias reseñadas de la forma que se pasa a exponer:

#### a) **Entrada y residencia**<sup>360</sup>

---

<sup>360</sup> Artículos 2 al 14 del Decreto Ley N° 1.094 y artículos 2 al 17 del Decreto Supremo N° 597.



Según el artículo 2 de la Ley de Extranjería, para ingresar al territorio nacional, los extranjeros deben cumplir con los requisitos establecidos en este cuerpo legal, y para residir en él deben observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones. El inciso 2 de esta norma agrega que, por decreto supremo, puede prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros, por razones de interés o seguridad nacionales.

Con respecto a las labores de control y fiscalización, la normativa nacional dispone que corresponde a la Policía de Investigaciones de Chile, o a Carabineros de Chile en aquellos lugares donde no existen unidades de Policía de Investigaciones, controlar el ingreso y egreso de los extranjeros e impedir que entren o salgan del territorio nacional personas que no cumplan los requisitos legales y reglamentarios exigidos para ello. Le corresponde, asimismo, denunciar ante el Ministerio del Interior las infracciones de que tome conocimiento, sin perjuicio de cumplir las demás obligaciones que le impone la Ley y el Reglamento de Extranjería. En los puertos de mar en que no existan unidades de la referida Policía, estas funciones serán cumplidas por la Autoridad Marítima respectiva.

Ahora bien, para que la entrada al territorio nacional sea legal, la Ley de Extranjería y su Reglamento exigen la concurrencia de tres requisitos copulativos: a) que se efectúe por lugares habilitados, es decir, por aquellos lugares que son controlados por la Policía de Investigaciones de Chile, o por Carabineros de Chile, o por la Autoridad Marítima respectiva, cuando corresponda. Los lugares habilitados para el ingreso deben ser determinados

por el Presidente de la República mediante decreto supremo que llevará las firmas de los Ministros del Interior y de Defensa Nacional; b) que se efectúe con documentos idóneos, teniendo el carácter de tales los pasaportes auténticos y vigentes, u otros documentos análogos que califique el Ministerio de Relaciones Exteriores, como asimismo, la documentación que determinen los acuerdos o convenios suscritos sobre la materia por el Gobierno de Chile; y c) que se efectúe sin que existan causas de prohibición o impedimento para ingresar al territorio nacional.

Una vez que se ha ingresado al territorio nacional, los extranjeros están obligados a presentar a las autoridades correspondientes, cuando éstas lo requieran, sus documentos de identidad o de extranjería para acreditar que su entrada, permanencia o, en su caso, residencia en Chile, es legal. Para estos efectos, se exige que en tales documentos conste la respectiva visación, es decir, el permiso otorgado por la autoridad competente, estampado en un documento idóneo (pasaporte válido u otro análogo) y que autoriza a su portador para entrar al país y permanecer en él por el tiempo que determine. La visación se considerará válida desde el momento que se estampe en el respectivo documento. Asimismo, al momento de estamparse una visación se anotarán en la misma la clase de visa de que se trata, el plazo de vigencia de ella y las demás menciones señaladas por el Reglamento de Extranjería.

El otorgamiento de las visaciones a los extranjeros que se encuentren fuera de Chile será resuelto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el

que autorizará para tal efecto a los funcionarios del Servicio Exterior, de acuerdo con las instrucciones generales que imparta conjuntamente con el Ministerio del Interior. Por su parte, las visaciones, cambios, prórrogas y trasposos de las mismas, salvo las diplomáticas y oficiales, y la permanencia definitiva de los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, serán resueltas o concedidas por el Ministerio del Interior. A éste le corresponderá también resolver y otorgar las ampliaciones y prórrogas de las autorizaciones de turismo y otros permisos que se establecen en el Reglamento de Extranjería. El Ministerio de Interior ejercerá estas atribuciones discrecionalmente, atendiendo, en especial, a la conveniencia o utilidad que reporte al país la concesión de estos permisos y a la reciprocidad internacional, previo informe, cuando corresponda, de la Policía de Investigaciones de Chile.

Finalmente, en cuanto al control de los medios de transporte internacional de pasajeros, la Ley de Extranjería y su Reglamento disponen que las empresas de transporte internacional no podrán aceptar pasajeros con destino a Chile que no estén premunidos de la documentación idónea que les habilite para ingresar al país, de acuerdo con la respectiva calidad de ingreso. Además, estas empresas están obligadas a reembarcar, por su propia cuenta, en el menor tiempo posible y sin responsabilidad para el Estado, a los pasajeros cuyo ingreso sea rechazado por carecer de documentación o no estar en regla la que tuvieren. La misma obligación tendrán con respecto a los tripulantes extranjeros que queden en el territorio nacional sin contar con la debida autorización. También, la normativa

vigente dispone que las empresas de transporte internacional de pasajeros están obligadas a presentar a las autoridades controladoras ya señaladas, al momento del ingreso o salida del país de sus respectivos medios de transporte, listas de pasajeros y tripulantes, así como todos los datos necesarios para su identificación cuando éstas lo requieran. Ningún pasajero o tripulante podrá embarcar o desembarcar antes de que la autoridad efectúe la inspección y control correspondientes; asimismo, ningún medio de transporte internacional podrá salir del país sin que antes se haya practicado la revisión total de los documentos de sus pasajeros y de su tripulación por dichas autoridades.

**b) Prohibiciones e impedimentos de ingreso<sup>361</sup>**

Conforme a la legislación de extranjería vigente, se prohíbe el ingreso al país de los extranjeros que se encuentren en alguno de los casos enunciados en el artículo 15 de la Ley de Extranjería y en el artículo 26 de su respectivo Reglamento.

Las prohibiciones contempladas en los números 1, 2 y 3 de esos artículos se refieren a extranjeros cuyo ingreso y permanencia en Chile puede resultar peligrosa para la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país, por tratarse de personas que propagan o fomentan doctrinas que buscan destruir o alterar el orden social del Estado o su sistema de gobierno; personas que se dedican al tráfico

---

<sup>361</sup> Artículos 15 al 17 del Decreto Ley N° 1.094 y artículos 26 al 30 del Decreto Supremo N° 597.

ilícito de drogas, al contrabando, a la trata de blancas o que ejecutan actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres; y personas que han sido procesadas o condenadas por delitos que la ley chilena califica de crímenes o que son prófugas de la justicia por la comisión de delitos no políticos.

Por su parte, las prohibiciones contempladas en los números 4 y 5 de las citadas normas se refieren a extranjeros cuyo ingreso y permanencia en Chile no resulta conveniente ni reporta utilidad alguna para el país, sino que, por el contrario, y a juicio de la normativa vigente, constituyen cargas para éste, por tratarse de personas que no tienen o no pueden ejercer profesión u oficio o que carecen de recursos para subsistir en el territorio nacional, y personas que sufren enfermedades que la autoridad sanitaria califica como de aquellas que constituyen un impedimento para ingresar a Chile.

Las prohibiciones establecidas en los números 6, 7 y 8 de los artículos 15 de la Ley de Extranjería y 26 del Reglamento se refieren a extranjeros cuyo ingreso al país se prohíbe por haber infringido la normativa de extranjería vigente en el territorio nacional, pues se trata de personas que han sido expulsadas u obligadas al abandono del país por resolución o por decreto supremo, sin que previamente éstos se hayan derogado; personas que no han dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la Ley de Extranjería y su Reglamento para ingresar a Chile; y personas que han incurrido en la comisión de delitos que atentan contra el orden

migratorio nacional, y que a su respecto han prescrito las acciones penales o las penas correspondientes, en su caso, encontrándose éstas fuera del país.

La legislación de extranjería vigente dispone, además, que podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros:

- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos.
- Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, y no estén comprendidos en el número 6 de los artículos 15 de la Ley de Extranjería y 26 del Reglamento (este número se refiere a aquellos extranjeros que no pueden ingresar al país por haber sido expulsados u obligados al abandono del territorio nacional por resolución o decreto supremo, sin que previamente éstos se hayan derogado).
- Los expulsados de otro país por autoridad competente.
- Los menores de 18 años que viajen a Chile sin ser acompañados de su padre, madre o guardador y carezcan de autorización escrita de uno de ellos o del tribunal competente, debidamente refrendada por autoridad chilena.

Además, de manera genérica, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley de Extranjería, y el inciso final del artículo 28 de su Reglamento, disponen que, por decreto supremo, podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacional.

Las autoridades contraloras establecidas en la legislación de extranjería tienen la obligación de rechazar el ingreso de todos los extranjeros que se encuentren en alguna de las causales de prohibición o de impedimento de ingreso recién analizadas, en base a los antecedentes que obran en su poder. Estas autoridades deben informar al Ministerio del Interior las medidas de prohibición que hayan adoptado, y esta Secretaría de Estado, en caso de confirmarlas, procederá a dictar una resolución administrativa suscrita por el Subsecretario del Interior “por orden del Presidente de la República”. Estas resoluciones podrán ser suspendidas o revocadas de oficio o a petición de parte, mediante solicitudes presentadas al efecto en los Consulados de Chile en el exterior.

Los extranjeros que ingresen al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las causales de prohibición de ingreso, o que durante su residencia incurran en alguna de las causales señaladas en los números 1, 2 y 4 del artículo 15 de la Ley de Extranjería, podrán ser expulsados del territorio nacional.

### c) **Categorías de extranjeros en Chile**<sup>362</sup>

Dispone la Ley de Extranjería y su Reglamento que los extranjeros pueden ingresar a Chile en calidad de turistas, residentes, residentes oficiales e inmigrantes. A estas categorías de ingreso, cabe agregar la de habitante de zona fronteriza, creada en virtud de la Ley N° 19.581,

---

<sup>362</sup> Artículos 4 y 18 al 53 del Decreto Ley N° 1.094; artículos 9 y 31 al 110 del Decreto Supremo N° 597.

promulgada el 19 de agosto de 1998 y publicada en el Diario Oficial el 1 de septiembre de ese mismo año.

Con respecto a los inmigrantes, la normativa vigente dispone que éstos se rigen por el Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de 27 de abril de 1953, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley y del Reglamento de Extranjería que les sean aplicables<sup>363</sup>.

Conforme a lo anterior, en la citada ley y en su reglamento pueden distinguirse las siguientes calidades con las que un extranjero puede ingresar y permanecer en el país:

c.1) Turistas:

Tienen la calidad de turistas los extranjeros que ingresan al país con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios, de gestiones de negocios, familiares, religiosos u otros similares, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas.

Todo turista deberá acreditar, cuando lo estime necesario la autoridad policial de frontera, que tiene los medios económicos suficientes para subsistir durante su permanencia en el país.

---

<sup>363</sup> Por esta razón, esta categoría de ingreso será analizada al examinar el referido Decreto con Fuerza de Ley.



Los turistas pueden permanecer en Chile hasta por un plazo de 90 días, prorrogable por un período igual en la forma que determina el Reglamento de Extranjería. En casos excepcionales, cuando se aleguen y prueben motivos de fuerza mayor, se podrá conceder una segunda prórroga por el tiempo que sea estrictamente necesario para que el turista abandone el país.

Para ingresar al territorio nacional, los turistas deben estar premunidos de pasaporte u otro documento análogo otorgado por el país del cual sea nacional, estando exentos de la obligación de obtener visación consular. Al momento del ingreso al país se otorgará al turista la denominada “Tarjeta de Turismo”, con la cual acreditará esta calidad mientras permanezca en Chile.

Se prohíbe a los turistas desarrollar actividades remuneradas, aún cuando éstas sean canceladas en el extranjero. Sin embargo, el Ministerio del Interior podrá autorizarlos para que, en casos calificados, trabajen en el país por un plazo no mayor de 30 días, prorrogables por períodos iguales hasta el término del permiso de turismo.

Los turistas pueden solicitar el cambio de su calidad por la de residente o residente oficial, según proceda, si se encuentran comprendidos en alguno de los casos enumerados por la Ley y el Reglamento de Extranjería (artículos 49 y 102, respectivamente), los cuales se basan en la existencia de vínculos familiares, en la calificación o destreza profesional,

en la calidad de refugiado o asilado político o en ser los turistas acreedores de este beneficio.

Los apátridas podrán ingresar como turistas siempre que estén premunidos de pasaporte otorgado por el país de procedencia o por algún organismo internacional reconocido por Chile, y cumplan con los demás requisitos previstos en la legislación de extranjería.

#### c.2) Residentes:

Los residentes deben ingresar al país premunidos de pasaporte u otro documento análogo debidamente visado. Según el tipo de visación que se les otorgue, los residentes se clasifican en: residente sujeto a contrato, residente estudiante, residente temporario, residente con asilo político o refugiado, y tripulantes.

- Residente sujeto a contrato: Se otorga visa de residente sujeto a contrato a los extranjeros que viajen al país con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de trabajo con un empleador domiciliado en Chile. La misma visación se podrá otorgar a los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional y que se radiquen en el país para dar cumplimiento a un contrato de trabajo. Igual clase de visación será otorgada a los familiares de estos extranjeros que determine el Reglamento, siempre que vivan a expensas del titular de la visa.

“El contrato de trabajo debe cumplir con la legislación laboral vigente en el país pero, además, requiere, para su aprobación, de la suscripción de ciertas cláusulas especiales relacionadas con la condición de extranjero del empleado. Estas cláusulas son: a) cláusula de viaje, por la cual el empleador se compromete, al término del contrato suscrito, a pagar el pasaje de regreso del trabajador y de los miembros de su familia, a su país de origen o al que acuerden las partes; b) cláusula de vigencia, en virtud de la cual el contrato se hace efectivo sólo una vez que el solicitante obtenga el permiso de residencia al que postula o un permiso especial de trabajo para extranjeros con visa en trámite; c) cláusula de régimen previsional, por la cual los extranjeros deben cotizar en el régimen previsional chileno, salvo las excepciones legales; y d) cláusula de impuesto a la renta, en virtud de la cual el empleador está obligado a responder por el pago de impuesto a la renta correspondiente, en relación con la remuneración pagada”<sup>364</sup>.

Este tipo de permisos puede otorgarse hasta por 2 años, prorrogables por períodos iguales de manera sucesiva. Con todo, el titular de visa sujeta a contrato que complete dos años de residencia en tal calidad, podrá solicitar la permanencia definitiva.

La restricción más importante que afecta a este tipo de visación es que ella permite “el desarrollo de actividades remuneradas sólo con el empleador con quien se suscribió el contrato de trabajo. Además, si

---

<sup>364</sup> FLORES, Reginaldo. Los profesionales extranjeros en Chile [en línea], Sección de Estudios del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior de Chile <[http://www.cse.cl/public/Secciones/seccionpublicaciones/doc/49/cse\\_articulo427.pdf](http://www.cse.cl/public/Secciones/seccionpublicaciones/doc/49/cse_articulo427.pdf)> [consulta: 3 de septiembre 2007]. Pág. 119.

este contrato termina por cualquier razón, el permiso de residencia caducará en la misma fecha en que el contrato que le ha servido de antecedente haya finalizado, sin perjuicio del derecho de los titulares de la visa para solicitar una nueva o la permanencia definitiva si procediere”<sup>365</sup>.

Cabe destacar que, conforme a la normativa vigente, puede concederse esta visación en forma gratuita y prescindirse de la presentación del contrato escrito, cuando se trate de profesionales calificados y de gran relevancia en el ámbito cultural o de notorio prestigio, que sean patrocinados por entidades públicas o privadas de reconocida solvencia, y que desarrollen sus actividades en Chile con fines de beneficencia, enseñanza o difusión.

- Residente estudiante: Se otorga visación de residente estudiante al extranjero que viaje a Chile con el objeto de realizar estudios como alumno regular en establecimientos de enseñanza del Estado o particulares reconocidos por éste, o en centros u organismos de estudios superiores o especializados, siempre que acrediten su correspondiente matrícula. Igualmente, podrá otorgarse a los extranjeros que, encontrándose en el país, acrediten haberse matriculado en alguno de estos establecimientos, como asimismo, al grupo familiar dependiente del beneficiario.

Esta visación tiene una vigencia máxima de un año y puede ser renovada por períodos iguales, en forma sucesiva y gratuita.

---

<sup>365</sup> Ibid.

El residente estudiante no podrá desarrollar actividades remuneradas dentro del país, a menos que sea autorizado previamente por el Ministerio del Interior. Además, el residente estudiante que tenga más de un año de residencia en Chile, podrá solicitar otra de las visas establecidas en la Ley de Extranjería, y puede solicitar la permanencia definitiva al término de sus estudios, siempre que tuviere, a lo menos, dos años de residencia en el país.

- Residente temporario: Se otorga visación de residente temporario al extranjero que tenga el propósito de radicarse en Chile, siempre que acredite tener vínculos de familia o intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa. Por tanto, este tipo de visación “se otorga a familiares directos de ciudadanos chilenos, inversionistas extranjeros, hombres de negocios, religiosos, científicos, profesionales y, en general, a personas que el Estado considere beneficiosas para el desarrollo del país”<sup>366</sup>. Además, esta visa temporaria se hace extensiva a los familiares del extranjero que vivan con él.

Conforme al texto actual del inciso primero del artículo 51 del Reglamento de Extranjería, los hijos de extranjeros transeúntes nacidos en Chile, y los hijos de padre o madre chilenos nacidos en el exterior, tendrán acceso a esta visación. A estos últimos se les concederá por el tiempo estrictamente necesario para que cumplan con el período de avecindamiento.

---

<sup>366</sup> Ibid. Pág. 120.

Como puede observarse, dicha norma, en su parte referida a los hijos de padre o madre chilenos nacidos en el exterior, no guarda concordancia con la actual redacción del artículo 10 N° 2 de la Constitución Política, pues éste establece que los hijos de padre o madre chilenos nacidos en el extranjero, son chilenos y, por tanto, ya no se les exige el requisito de avecindamiento por más de un año en el país para tener dicha nacionalidad. Actualmente, ellos tienen la nacionalidad chilena y, por ende, no cabe considerarlos dentro de esta categoría de ingreso, aplicable sólo en el caso de determinados extranjeros. Urge adecuar la legislación migratoria a las modificaciones constitucionales que tienen incidencia en la misma.

Por su parte, esta visación también se podrá conceder a los extranjeros que regresen al país después de haber estado ausentes por un plazo no superior a cinco años, siempre que hubieren permanecido anteriormente en Chile como residentes, a lo menos, durante un año o que, habiendo tenido permanencia definitiva, ésta hubiere caducado.

El solicitante de la visa temporaria “debe presentar una oferta de trabajo, especificando función y remuneraciones, firmada ante notario. Este documento debe contener una cláusula de vigencia que indique que el trabajador podrá comenzar el ejercicio de sus funciones una vez que obtenga la visa o la autorización para trabajar correspondiente”<sup>367</sup>.

La visación de residente temporario tendrá una vigencia máxima de un año y podrá prorrogarse sólo una vez por igual período. El titular

---

<sup>367</sup> Ibid.

de esta visa que complete un año de residencia en tal calidad, podrá solicitar su permanencia definitiva, y si completa dos años de residencia en Chile, estará obligado a pedirla. En caso de no hacerlo, deberá abandonar el país.

Cabe tener presente que la visa temporaria, “a diferencia de la visa sujeta a contrato, no presenta restricciones para el ejercicio de actividades laborales distintas de las de cualquier ciudadano chileno. No existen cláusulas especiales que deban ser incluidas en los contratos y los interesados en obtener el permiso pueden prestar servicios profesionales, estudiar y, en general, realizar cualquier actividad lícita en Chile”<sup>368</sup>.

- Asilados políticos o refugiados: Se podrá conceder visación de residente con asilo político a los extranjeros que, en resguardo de su seguridad personal y en razón de las circunstancias políticas predominantes en el país de su residencia, se vean forzados a recurrir ante alguna misión diplomática chilena solicitando asilo. Esta visación se hará extensiva a los miembros de la familia del asilado político que hubieren obtenido, junto con él, asilo diplomático.

Los refugiados también tienen derecho a que se les otorgue esta visación de residencia. Para los efectos de la legislación migratoria, se considera como refugiado a toda persona que se encuentre en

---

<sup>368</sup> Ibid.

alguna de la situaciones previstas en las convenciones internacionales vigentes en Chile<sup>369</sup>.

Asimismo, se podrá conceder la visa de residente con asilo político a los extranjeros que, en resguardo de su seguridad personal y en razón de las circunstancias políticas predominantes en el país de su residencia, se vean forzados a abandonar dicho país e ingresen al territorio nacional irregularmente. En este caso, los extranjeros estarán obligados a presentarse ante la autoridad de control que señala la Ley y el Reglamento de Extranjería, e invocar que se les conceda este beneficio, debiendo formalizar por escrito la petición dentro de 10 días, contados desde la presentación ante la mencionada autoridad. El Ministerio del Interior, previo informe de la Policía de Investigaciones, se pronunciará sobre el otorgamiento o el rechazo de la petición. Mientras se resuelve en definitiva la solicitud, los extranjeros que estén en esta condición serán sometidos a las medidas de vigilancia y control que sean necesarias a juicio de la autoridad o podrán ser trasladados al lugar que determine dicho Ministerio. Cuando existan fundados temores de que esto extranjeros pueden burlar los controles o medidas de vigilancia o no presenten antecedentes para su total identificación, se les podrá privar de

---

<sup>369</sup> La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, fue ratificada por Chile el 28 de enero de 1972 y publicada en el Diario Oficial el 19 de julio de 1972. El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1966, fue ratificado por Chile el 27 de abril de 1972 y fue publicado en el Diario Oficial el 20 de julio de 1972. La Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, definen a éstos como aquellas personas que, con fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país.



libertad hasta por 15 días. Sin embargo, las personas que, habiendo ingresado ilegalmente al territorio nacional, soliciten esta visa y ellas les sea concedida, no serán sancionadas en razón de dicho ingreso.

Podrán también solicitar esta visación los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional en calidad de turistas, residentes o residentes oficiales y que, por motivos políticos debidamente calificados que hayan surgido en su país de origen o en el de su residencia habitual, se vean impedidos de regresar a ellos.

La visación de residente con asilo político tendrá una duración máxima de dos años, podrá prorrogarse por períodos iguales en forma indefinida, siempre que subsistan las circunstancias que motivaron el asilo político y, en el caso de que éstas desaparezcan, podrá cambiarse por otra visación de las contempladas en la Ley de Extranjería. El residente con asilo político podrá solicitar la permanencia definitiva al cumplir dos años de residencia en Chile.

Los titulares de esta visa podrán realizar cualquier tipo de actividades remuneradas u otras compatibles con su condición. El Ministerio del Interior podrá autorizarlos para trabajar mientras se resuelve el otorgamiento de la visación. Además, estos titulares pueden ser sometidos al control que determine dicho Ministerio.

Con respecto a esta materia, resulta importante destacar que la legislación migratoria nacional consagra el principio de no expulsión o no devolución, conocido también como *principio de non refoulement*, al disponer que un refugiado o asilado político no podrá ser expulsado hacia el país donde su vida o libertad peligre por causa

de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinados grupos sociales u opiniones políticas. Tampoco podrán ser expulsados los extranjeros que soliciten refugio mientras se encuentren residiendo en territorio nacional, a menos que la solicitud fuere rechazada<sup>370</sup>.

Cabe señalar que una Comisión de Reconocimiento asesorará al Ministerio del Interior en el otorgamiento y revocación de la visa de residente con asilo político o refugiado.

- Tripulantes: Los extranjeros, tripulantes de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre o ferroviario pertenecientes a empresas que se dediquen al transporte internacional de pasajeros y carga, serán considerados, para todos los efectos, como residentes con la calidad especial de tripulantes. También se tendrá como tales a los miembros extranjeros de la dotación de personal de naves que realicen transporte de carga entre puertos nacionales. Estos extranjeros sólo pueden permanecer en el territorio nacional el tiempo que determine la autoridad de control, el que será establecido en el documento que se les otorgue a su ingreso, que se denomina “Tarjeta de Tripulante” y cuya duración no puede exceder de 30 días.

### c.3) Residentes oficiales:

---

<sup>370</sup> El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados consagra este principio al prohibir la expulsión o devolución (“*refoulement*”) de refugiados a territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

Los residentes oficiales sólo podrán ingresar al país premunidos de pasaporte u otro documento análogo debidamente visado. Se considerarán residentes oficiales los miembros del Cuerpo Diplomático y Consular acreditados ante el Gobierno y los de organizaciones internacionales reconocidos por Chile, a quienes se concederán visaciones diplomáticas u oficiales. Se otorgará este mismo tipo de visaciones a los miembros de sus familias que vivan con ellos, al personal administrativo y al de servicio y a las demás personas que determine el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Estos residentes pueden permanecer en Chile con tal calidad hasta el término de las misiones oficiales que desempeñen en el país, circunstancia que estarán obligados a comunicar al referido Ministerio dentro de un plazo de 15 días, contado desde el término de la misión.

Los residentes oficiales, con exclusión del personal administrativo o de servicio, podrán solicitar, al término de sus respectivas misiones, permanencia definitiva. Por su parte, el personal administrativo o de servicio, podrá solicitar al término de sus funciones, visación de residente sujeto a contrato o de residente temporario y, en caso de que esas funciones terminen después de un año de residencia en Chile, la permanencia definitiva.

Los residentes oficiales no podrán realizar actividades remuneradas ajenas a las misiones o funciones que desempeñan, salvo que el cargo oficial lo sirvan *ad – honorem*, exceptuándose de estas restricciones a los

extranjeros de países que se encuentren en las situaciones prescritas en acuerdos o convenios bilaterales que autoricen el desempeño de cometidos remunerados.

#### c.4) Habitante de zona fronteriza

La Ley N° 19.581, publicada en el Diario Oficial el 1 de septiembre de 1998, crea como categoría de ingreso de extranjeros al país, la categoría de habitante de zona fronteriza, aplicable para todos aquellos nacionales, residentes o radicados permanentes de Estados que sean fronterizos con Chile y que tengan domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional. Estas personas podrán ingresar al país mediante un documento denominado “Tarjeta Vecinal Fronteriza”, que no autoriza a sus titulares para ejercer trabajo remunerado o lucrativo en el territorio nacional.

Corresponde al Ministerio del Interior establecer las zonas limítrofes chilenas dentro de las cuales podrán internarse estas personas, la duración de la tarjeta, la forma y procedimiento de su otorgamiento y el lapso de permanencia que se le puede autorizar al extranjero en Chile, la que no podrá exceder del plazo de siete días en cada oportunidad. Para estos efectos, se tendrá en especial consideración la reciprocidad internacional. La internación de estas personas a zonas del territorio nacional no comprendidas en el beneficio, o el excederse en el plazo de permanencia autorizado, será sancionado con amonestación escrita, abandono del territorio nacional o el término del beneficio, según sea el caso, todo lo cual

será dispuesto por el Gobernador Provincial correspondiente, mediante resolución exenta.

En todos los aspectos no regulados por esta ley, se aplicarán las normas generales sobre migración.

Vistas las categorías de ingreso, cabe agregar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento de Extranjería, los extranjeros que hubieren obtenido visación de residente como titulares en las calidades señaladas en dicho Reglamento, podrán solicitar su cambio por otra calidad distinta a la que poseen. En tal caso, las solicitudes y las resoluciones respectivas que las aprueben deberán hacerse extensivas a los dependientes. Asimismo, los extranjeros que posean visaciones de residentes en la condición de dependientes, podrán solicitar su cambio a la calidad de titulares de estas visaciones u otra calidad distinta. El Ministerio del Interior resolverá estas peticiones a condición de que la calidad original de residencia se encuentre vigente. Por su parte, los extranjeros que permanecen ilegalmente en el país podrán cambiar esta condición por la de residente en alguna de las calidades establecidas, a condición de que en forma previa las autoridades competentes hayan impuesto sanción administrativa que no sea la de expulsión y de que se dé cumplimiento a los requisitos previstos en el Reglamento.

Asimismo, todos los extranjeros comprendidos en alguna de las categorías de ingreso recientemente expuestas, salvo los turistas y los

habitantes de zonas fronterizas, pueden solicitar y obtener la permanencia definitiva en el territorio nacional, siempre que cumplan las condiciones y requisitos establecidos en la Ley y en el Reglamento de Extranjería.

La permanencia definitiva es un permiso concedido a los extranjeros para radicarse indefinidamente en Chile y desarrollar cualquier clase de actividades, sin otras limitaciones que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. Este permiso se otorga por resolución del Ministerio del Interior.

El otorgamiento de este permiso a los extranjeros que tengan las calidades de residentes oficiales o residentes, se hará con sujeción a los plazos de residencia en el país que señalan las normas pertinentes para cada categoría de extranjeros. Estos plazos deberán ser ininterrumpidos, entendiéndose que no ha habido interrupción cuando las ausencias del interesado sumen hasta 180 días dentro del último año de la visación de residencia. La permanencia definitiva quedará tácitamente revocada al cumplir su titular un plazo ininterrumpido superior a un año fuera del país.

Finalmente, los extranjeros mayores de 18 años, con excepción de los turistas y residentes oficiales, deberán obtener cédula de identidad e inscribirse en los registros especiales de extranjeros que lleva la Policía de Investigaciones de Chile, dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de su ingreso a Chile. En cambio, los turistas, los residentes, los residentes oficiales, aquellos que cambien su calidad, los extranjeros que

permanecen irregularmente en el país y, en general, a quienes se conceda en Chile la permanencia definitiva o una visación que no sea diplomática u oficial, deberán cumplir con las obligaciones mencionadas dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de emisión del certificado de permanencia definitiva o de vigencia de la respectiva visación.

La cédula de identidad que se otorgue a los extranjeros titulares de visación de residente tendrá un plazo de validez igual al de su respectiva visación. En cambio, al titular de permanencia definitiva se le expedirá dicha cédula válida por cinco años.

Los menores de 18 años titulares de permanencia definitiva o de una visación que no sea diplomática u oficial podrán registrarse y obtener cédula de identidad. Estarán obligados a hacerlo dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que cumplan la mayoría de edad.

A los hijos de extranjeros nacidos en Chile se les otorgará cédula de identidad de acuerdo con las normas del Registro Civil.

#### **d) Egreso y reingreso<sup>371</sup>**

Conforme a la legislación migratoria, para salir del territorio nacional los extranjeros no requieren salvoconducto de la autoridad contralora, sino sólo en aquellos lugares habilitados para el tránsito fronterizo que no estén

---

<sup>371</sup> Artículos 54 al 61 del Decreto Ley N° 1.094 y artículos 111 al 124 del Decreto Supremo N° 597.

incorporados en el sistema de informática de la Policía de Investigaciones de Chile, en igualdad de condiciones que los chilenos. Aún en dichos lugares, no requerirán salvoconducto los residentes oficiales, los turistas que salgan dentro del plazo consignado en la tarjeta de turismo, los que sean obligados a abandonar el territorio nacional por la autoridad competente y los expulsados. Para los efectos de la Ley y del Reglamento de Extranjería se entiende por salvoconducto, el documento emitido por las unidades dependientes de la Policía de Investigaciones, que habilita a su titular para abandonar el territorio nacional.

El artículo 56 de la Ley de Extranjería dispone: “Los extranjeros que se encuentren con prohibición judicial de salir del territorio nacional deberán obtener autorización del respectivo tribunal, lo cual tendrá que acreditarse ante la autoridad correspondiente”. En virtud de esta norma, conforme al sistema procesal penal vigente en el país, los fiscales del Ministerio Público están facultados para solicitar al juzgado de garantía respectivo que otorgue la correspondiente autorización judicial y, asimismo, están habilitados para oponerse a esta autorización si estiman que con ella se puede burlar la persecución penal o la colaboración y/o participación del imputado en el proceso.

Según el artículo 114 del Reglamento de Extranjería, los extranjeros residentes que incurran en alguna de las infracciones susceptibles de ser sancionadas administrativamente, para salir del país deberán acreditar ante la autoridad contralora en el lugar habilitado de egreso, que han dado



cumplimiento a la respectiva sanción o que cuentan con la autorización del Ministerio del Interior.

Con respecto al reingreso, resulta relevante destacar que los extranjeros que tengan, a lo menos, seis meses de domicilio en alguna de las localidades o comunas fronterizas del territorio nacional y que posean residencia legal en Chile, podrán salir del país y retornar a él sin que les sea exigible salvoconducto. El Ministerio del Interior, previo informe de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado, determinará las localidades o comunas fronterizas afectas a este régimen especial de viajes para extranjeros residentes. Podrá, del mismo modo y mediante resolución fundada, disponer su extensión a otras áreas del país, cuando así lo aconseje el interés nacional.

e) **Rechazos y revocaciones**<sup>372</sup>

Los Ministerios del Interior y de Relaciones Exteriores, para resolver el otorgamiento de ampliaciones y prórrogas de turismo, visaciones, cambio y prórrogas de visaciones, permanencia definitiva y demás autorizaciones que se contemplan en la ley, deberán considerar las causales de rechazo que se establecen en la Ley y en el Reglamento de Extranjería.

---

<sup>372</sup> Artículos 62 al 67 del Decreto Ley N° 1.094 y artículos 136 al 144 del Decreto Supremo N° 597.

En virtud de esta normativa, deben rechazarse las solicitudes que presenten los peticionarios comprendidos en alguna de las causales de prohibición de ingreso al territorio nacional; que presenten los que ingresan al país valiéndose de documentos de ingreso falsificados o adulterados o expedidos a favor de otra persona, y los que incurran en iguales falsedades con respecto a la documentación de extranjería otorgada en Chile; y que presenten los que no cumplan con los requisitos que habilitan para obtener el beneficio impetrado.

Por su parte, pueden rechazarse las solicitudes que presenten los condenados en Chile por crimen o simple delito; que presenten los que hagan declaraciones falsas al solicitar visaciones, la permanencia definitiva, la cédula de identidad, el registro, y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas; que presenten los que durante su residencia en Chile realicen actos que puedan significar molestias para algún país con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o para sus gobernantes; que presenten los que, por circunstancias ocurridas con posterioridad a su ingreso a Chile, carezcan de recursos para subsistir en el país o contraigan enfermedades que constituyen causal de impedimento para ingresar a éste; que presenten los que infrinjan las normas establecidas en la Ley y en el Reglamento de Extranjería; que presenten los residentes sujetos a contrato que por su culpa dieron lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo; y que presenten los que no cumplan con sus obligaciones tributarias. Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacionales.

En cuanto a las revocaciones, la normativa vigente dispone que deben ser revocados los permisos y autorizaciones otorgados en el extranjero a personas comprendidas en alguna de las prohibiciones de ingreso establecidas en la ley; los permisos y autorizaciones otorgados en el país infringiendo la normativa que ordena el rechazo de determinadas solicitudes; y los de extranjeros que, con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso del que son titulares, propaguen o fomenten doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, o bien, se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, a la trata de blancas o a cualquier otro acto contrario a la moral o a las buenas costumbres. Deben también revocarse los permisos y autorizaciones otorgados a extranjeros que, luego de haber ingresado a Chile como turistas o luego de haberseles otorgado el permiso del que son titulares, se constate que ingresaron al país utilizando documentos de ingreso falsos o adulterados o expedidos a favor de otra persona o que incurrieron en iguales falsedades con respecto a la documentación de extranjería otorgada en el país.

Por su parte, pueden revocarse los permisos de aquellos extranjeros que, con motivo de actuaciones realizadas o de circunstancias producidas con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso o autorización del que son titulares, queden comprendidos en alguno de los casos señalados en los artículos 64 de la Ley de Extranjería y 138 de su Reglamento, referidos a las solicitudes que pueden rechazarse.

Corresponde al Ministerio del Interior resolver los rechazos y revocaciones reseñadas precedentemente. Estos rechazos y revocaciones se dispondrán por resolución fundada en la que, además, se fijará un plazo prudencial no inferior a 72 horas para que el afectado abandone voluntariamente el país, sin perjuicio de que se aplique a su respecto alguna sanción de amonestación por escrito, pecuniaria, penal, o se resuelva su expulsión del territorio nacional.

Cuando sea permisible el rechazo o revocación, el Ministerio del Interior, con el solo mérito de los antecedentes, podrá sustituir la medida de abandono voluntario del país por el otorgamiento de una visación de igual calidad a la solicitada o a la que poseía anteriormente el extranjero afectado por el período especial que se determine, caso en el cual el éste deberá poner su pasaporte a disposición de la autoridad competente en el plazo que para tal efecto se fije en la resolución respectiva.

Al vencimiento de los plazos señalados, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto fundado de expulsión.

Resulta importante destacar que, sin perjuicio de la facultad que tiene el Ministerio del Interior para dejar sin efecto una resolución que rechaza o revoca un permiso de turismo, de residencia o de permanencia definitiva, por contar con nuevos antecedentes que lo ameriten, en contra de dicha resolución puede interponerse el recurso de reconsideración ante la

autoridad que dictó la resolución recurrida, dentro de los tres días siguientes a su notificación, la que deberá efectuarse personalmente o por carta certificada. La interposición de este recurso suspende los efectos de la resolución impugnada mientras la autoridad no se pronuncie con respecto a él.

f) **Infracciones y sanciones**<sup>373</sup>

En materia de infracciones, la Ley de Extranjería tipifica ilícitos penales y administrativos.

Los ilícitos penales se encuentran tipificados en los artículos 68, 69, 75, incisos 1° y 2°, y 87, inciso 1°, de dicho cuerpo legal. En todos estos delitos el sujeto pasivo es el Estado chileno pues, la realización de cualquiera de estas conductas típicas, antijurídicas y culpables, atenta contra el orden migratorio nacional que tutela bienes jurídicos como la seguridad interior y el orden público.

Conforme a la redacción de estas disposiciones, puede señalarse que:

- El artículo 68 tipifica tres delitos penales diversos, cuyos sujetos activos pueden ser únicamente los extranjeros, es decir, sólo quienes,

---

<sup>373</sup> Artículos 68 al 80 del Decreto Ley N° 1.094 y artículos 145 al 163 del Decreto Supremo N° 597.

conforme a la Constitución Política, no tienen la nacionalidad chilena<sup>374</sup>:

**1° Ingresar al país con documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona.**

Este delito se consuma una vez que la persona extranjera logra ingresar al país utilizando estos documentos. Si antes de ingresar a Chile las autoridades de frontera detectan el uso de esta documentación, le impedirán al extranjero ingresar al territorio nacional, sin que se configure delito alguno conforme a la ley penal chilena.

**2° Intentar egresar del país con documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona.**

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo “intentar” significa tener la intención de hacer algo, o bien, preparar, iniciar la ejecución de una cosa. Por tanto, este delito se consuma con la sola intención de egresar de Chile utilizando dicha documentación. Se entiende que, para la configuración de este ilícito, esta intención debe manifestarse cuando, ante las autoridades de frontera competentes, se presentan tales documentos con el objeto de lograr la salida del país.

Sobre esta materia, cabe señalar que entre los dos delitos reseñados existe una importante diferencia. El primero se consuma sólo una vez que se ha producido el ingreso del extranjero al territorio nacional

---

<sup>374</sup> Véase el artículo 56 del Código Civil chileno.

utilizando estos documentos. El segundo, en cambio, se consuma con solo intentar egresar de Chile valiéndose de tal documentación, es decir, no exige que se logre la salida del país. La diferencia en el rigor de la ley penal chilena al tipificar estos ilícitos se explica porque, en el primer caso, si el extranjero es sorprendido utilizando esos documentos antes de ingresar al país, no hay delito que llegue a consumarse en el territorio nacional. El solo intento de ingresar con tales documentos no podría penalizarse por la ley chilena pues se trata de una conducta desplegada fuera de las fronteras del país. En cambio, en el segundo caso, para que el delito se consume al legislador le basta con el solo intento de egresar del país utilizando documentación adulterada, falsificada o expedida a nombre de otra persona, pues se trata de una conducta ilícita que se ha desplegado dentro de las fronteras nacionales.

### **3° Utilizar documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona durante su residencia en Chile.**

Como se ha señalado, los extranjeros pueden ingresar al país en calidad de turistas, residentes (sujeto a contrato, estudiante, temporario, con asilo político o refugiado y tripulante), residentes oficiales, inmigrantes y habitantes de zona fronteriza. Cualquiera que sea la calidad que detente el extranjero durante su residencia en Chile, e incluso si se encuentra en condición migratoria irregular, si utiliza este tipo de documentación para poder efectuar actividades que su calidad migratoria no le permite, o para poder sortear los

obstáculos de una situación irregular, o con cualquier otra finalidad, incurre en la conducta típica contemplada en esta norma.

Conforme al artículo 68, estos tres delitos son sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo (es decir, quienes incurren en estos ilícitos arriesgan una sanción penal que va desde los 3 años y un día a los 5 años), debiendo disponerse, además, la expulsión de los extranjeros que sean condenados por la comisión de los mismos, sanción que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena privativa de libertad impuesta.

Agrega este artículo que en estos delitos no procede la remisión condicional de la pena como medida alternativa a la pena privativa de libertad establecida en esta norma, aún cuando concurren los requisitos que la hacen procedente conforme al artículo 4 de la Ley N° 18.216<sup>375</sup>.

Finalmente, cabe resaltar que lo dispuesto en el artículo 68 no rige en el caso que el extranjero efectúe la declaración del inciso segundo del artículo 35 de la Ley de Extranjería. Ello significa que, no obstante haber incurrido el extranjero en alguna de las conductas típicas

---

<sup>375</sup> El antiguo texto del artículo 68 del Decreto Ley N° 1.094 señalaba: “En estos delitos no procederá la libertad provisional del afectado ni la remisión condicional de la pena”. En virtud de Ley N° 19.806 se introdujeron modificaciones a dicho Decreto Ley con el objeto de adecuar su texto al nuevo sistema procesal penal, manteniendo en cambio todas las disposiciones relativas a facultades y atribuciones de la Administración y de las Policías para la aplicación de lo dispuesto en ese texto, que no digan relación con investigaciones penales.

Con respecto al artículo 68 reseñado, se dispuso que se elimina en su inciso segundo la expresión: “la libertad provisional del afectado ni”, quedando, por tanto, la redacción: “En estos delitos no procederá la remisión condicional de la pena”. Por consiguiente, en los procesos penales del nuevo sistema en que intervengan los fiscales del Ministerio Público, lo relativo a la libertad de los imputados se regirá por las reglas generales del Código Procesal Penal y en lo que se refiere a la remisión condicional de la pena, los fiscales deberán oponerse a la concesión de este beneficio por el tribunal correspondiente.



previstas en esta disposición, no se aplicarán en su contra las sanciones señaladas por la misma si declara su verdadera identidad, en el caso de no contar con documentos para acreditarla, o si manifiesta que el documento de identidad o pasaporte que presenta es auténtico. Si se establece que este documento no es auténtico y no lo hubiere declarado, quedará sujeto a las sanciones que establece la referida ley.

Esta declaración debe efectuarse ante los funcionarios respectivos de la Dirección General de Investigaciones, de Carabineros de Chile, en aquellos lugares en que no haya unidades de Investigaciones, o de la Autoridad Marítima, en los puertos de mar en que no existan dichas unidades. Así, quien incurre en alguna de las conductas previstas en el artículo 68, para resultar favorecido con lo dispuesto en el inciso tercero de esta norma, debe presentarse ante dicha autoridad y efectuar la declaración respectiva dentro de un plazo de 10 días, contado desde que se presenta ante la misma.

- El artículo 69 tipifica cuatro delitos penales diversos, cuyos sujetos activos también pueden ser únicamente los extranjeros, es decir, sólo quienes, conforme a la Constitución del Estado, no tengan la nacionalidad chilena:

**1° Ingresar al país clandestinamente.**

Este delito se consuma sólo una vez que la persona extranjera logra ingresar al país de manera clandestina. Si antes de ingresar a Chile

esa persona es sorprendida por las autoridades de frontera, éstas le impedirán ingresar al territorio nacional, sin que se configure delito alguno conforme a la ley penal chilena.

El artículo 146 del Reglamento de Extranjería establece que el ingreso es clandestino cuando se burla en cualquier forma el control policial de entrada.

## **2° Intentar egresar del país clandestinamente.**

De acuerdo al significado del verbo “intentar” antes aludido, puede decirse que este delito se consuma con la sola intención de egresar de Chile en forma clandestina. Ahora bien, tomando como base la definición de ingreso clandestino dada por el Reglamento de Extranjería, el egreso clandestino se producirá cuando se burle en cualquier forma el control policial existente para salir del país. Por tanto, la intención de egreso clandestino que, conforme a esta norma, basta para configurar el delito, se manifiesta cuando, ante la presencia de las autoridades de frontera, se busque burlar en cualquier forma el control policial de egreso.

Entre los dos delitos reseñados existe una importante diferencia. El primero se consuma sólo una vez que se ha producido el ingreso clandestino del extranjero al territorio nacional. El segundo, en cambio, se consuma con solo intentar egresar clandestinamente de Chile, es decir, no exige que se logre la salida del país. La diferencia en el rigor de la ley penal chilena al tipificar estos ilícitos se explica porque, en el primer caso, si el extranjero es sorprendido intentando ingresar al país clandestinamente, no hay delito que llegue a

consumarse en el territorio nacional. El solo intento de ingresar de esa manera no podría penalizarse por la ley chilena pues se trata de una conducta desplegada fuera de las fronteras del país. En cambio, en el segundo caso, para que el delito se consume al legislador le basta con el solo intento de egresar del país de manera clandestina, pues se trata de una conducta ilícita que se ha desplegado dentro de las fronteras nacionales.

Conforme al inciso primero del artículo 69, estas dos conductas ilícitas se sancionan con la pena de presidio menor en su grado máximo (es decir, quienes incurren en estos ilícitos arriesgan una sanción penal que va desde los 3 años y un día a los 5 años), debiendo disponerse, además, la expulsión de los extranjeros que sean condenados por la comisión de los mismos, sanción que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena privativa de libertad impuesta.

### **3° Ingresar o intentar egresar de Chile por lugares no habilitados.**

Conforme al artículo 7 del Reglamento de Extranjería, se entiende por lugar habilitado aquél que es controlado por las autoridades de migración (es decir, por los funcionarios respectivos de la Dirección General de Investigaciones, de Carabineros de Chile, en aquellos lugares en que no haya unidades de Investigaciones, o de la Autoridad Marítima, en los puertos de mar en que no existan dichas unidades). Por tanto, lugar no habilitado es aquél que no es controlado por dichas autoridades.

Con respecto al ingreso, la conducta típica se configura sólo una vez que el extranjero logra entrar a Chile a través de un lugar no habilitado para el ingreso. En cambio, en el caso del egreso, para que el delito exista basta la sola intención de salir del país a través de alguno de estos lugares no habilitados.

El inciso segundo del artículo 69 señala que este delito es sancionado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo (es decir, quienes incurren en este ilícito arriesgan una sanción penal que va desde los 61 días a los 5 años), sin perjuicio de que, una vez cumplida la pena impuesta, los extranjeros condenados por la comisión del mismo deberán ser expulsados del territorio nacional.

**4° Ingresar al país por lugares no habilitados o clandestinos, existiendo además, a su respecto, causal de impedimento o prohibición de ingreso dispuesto por las autoridades competentes.**

Conforme al inciso tercero del artículo 69, este delito es sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (es decir, quienes incurren en este ilícito arriesgan una sanción penal que va desde los 3 años y un día a los 10 años), debiendo disponerse, además, la expulsión de los extranjeros que sean condenados por la comisión del mismo, sanción que se llevará a efecto tan pronto el afectado cumpla la pena privativa de libertad impuesta.

En este caso, la mayor gravedad de la pena se explica porque con esta conducta se cometen dos contravenciones. Una, a la normativa que

regula los impedimentos y prohibiciones ingreso. La otra, a la normativa que establece y regula los lugares habilitados para ingresar al territorio nacional.

- El Artículo 75, en sus incisos 1° y 2°, tipifica como delito el **celebrar un contrato de trabajo con un extranjero incurriendo en simulación, fraude o falsedades, con el objeto de que a éste se le otorgue la respectiva visación** (visa de residente sujeto a contrato). Como esta conducta típica supone la celebración de un contrato de trabajo, los sujetos activos de la misma son, por una parte, el supuesto trabajador extranjero y, por otra, el empleador o patrón (con la advertencia de que siempre quien simula ser trabajador debe ser una persona extranjera, o sea, una persona que no tenga la nacionalidad chilena, en tanto que el empleador o patrón puede ser una persona nacional o extranjera que tenga su residencia en Chile). Conforme al inciso primero del artículo 75, al supuesto trabajador extranjero que incurra en esta conducta típica se le aplicará la medida de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponderle. Cabe precisar que ni la Ley de Extranjería ni su Reglamento establecen con precisión la sanción penal que arriesga el extranjero en caso de cometer este delito. Por su parte, según el inciso segundo de esta norma, el empleador o patrón que incurra en este ilícito, será sancionado con la pena de multa de 0,22 a 11,14 ingresos mínimos. En caso de reincidencia, la pena será de presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días), sin

perjuicio de la multa a que haya lugar y de la obligación de pagar el pasaje de salida del extranjero.

Finalmente, y para facilitar la investigación del delito tipificado en esta norma, el inciso primero de la misma dispone que las autoridades dependientes del Ministerio del Trabajo y Previsión Social deben denunciar, al Ministerio del Interior o a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales en su caso, cualquier infracción que sorprendan en la contratación de extranjeros.

- El artículo 87, en su inciso 1º, tipifica como delito el ser reincidente en la conducta consistente en ingresar al país por lugar habilitado encontrándose vigente el decreto o resolución que ordenó la expulsión o abandono del territorio nacional.

Cuando se incurre en esta conducta por primera vez, la legislación migratoria dispone que el extranjero infractor será expulsado sin necesidad de nuevo decreto. Pero, si se trata de un extranjero reincidente en esta conducta, éste será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio (es decir, arriesga una pena que va desde los 61 días a los 3 años), debiendo aplicarse la medida de expulsión sin más trámite al término de la condena.

Lo anterior se entenderá siempre que la infracción no sea constitutiva, además, de alguno de los delitos contemplados en el artículo 69 de la Ley de Extranjería o en otras disposiciones especiales.

La comisión de cualquiera de los delitos penales tipificados en la legislación de extranjería y migración da origen a una investigación de carácter penal en la que se aplican las normas procesales penales de carácter general contempladas en el Código del ramo, y también las de carácter especial contempladas en el artículo 78 de la Ley de Extranjería. Conforme a dicho artículo, estas investigaciones sólo podrán iniciarse por denuncia o querrela del Ministerio del Interior o del Intendente Regional respectivo. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Procesal Penal.

El Ministro del Interior o el Intendente podrán desistirse de la denuncia o querrela en cualquier momento y el desistimiento extinguirá la acción penal. En tal caso, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal dispondrá el inmediato cese de las medidas cautelares que se hubieren decretado. Por su parte, los fiscales del Ministerio Público, en el evento de que se produzca ese desistimiento, deberán instar por el sobreseimiento definitivo al tribunal de garantía o al tribunal del juicio oral, según corresponda, suspendiendo toda otra actividad en el proceso por cuanto éste debe terminar por sobreseimiento definitivo.

Cuando las autoridades respectivas se desisten de la denuncia efectuada o de la querrela interpuesta, ello tiene por objeto evitar que se imponga una sanción penal al extranjero que ha cometido alguno de los delitos tipificados por la Ley de Extranjería, pues con el desistimiento se extingue la acción penal y debe decretarse el correspondiente

sobreseimiento definitivo de la causa. Sin embargo, la extinción de la acción penal debe entenderse sin perjuicio de lo que ocurre con la sanción administrativa contemplada en los cuatro artículos que tipifican ilícitos penales en este cuerpo legal (artículos 68, 69, 75 y 87), cual es, la expulsión del territorio nacional, sanción que continúa vigente y que es la que, en definitiva, se aplica a estos extranjeros infractores cuando existe desistimiento por parte del Ministro del Interior o del Intendente.

Ahora bien, si no existe desistimiento y los extranjeros infractores resultan condenados a cumplir una pena privativa de libertad en virtud de una sentencia firme o ejecutoriada, deberán dar cumplimiento a esa sanción penal y, luego de ello, deberán ser expulsados del país. La redacción de los artículos 68, 69, 75 y 87 es clara en señalar que la expulsión es una sanción administrativa que debe adoptarse por las autoridades respectivas, exista o no el mencionando desistimiento, cuando se cometa alguno de los delitos contemplados en dichas normas. Como se trata de la comisión de ilícitos penales, tales autoridades no tienen la facultad discrecional para decidir si aplican o no la medida de expulsión ya que, por mandato legal, deben hacerlo.

Cabe señalar que, al contrario de lo que podría pensarse en virtud de la redacción del artículo 78 de la Ley de Extranjería, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público ha sostenido que los ilícitos contemplados en esta ley son delitos de acción penal pública, cuya investigación corresponde al Ministerio Público, con la salvedad de establecerse como requisito de



procesabilidad, la existencia de una denuncia o querrela del Ministerio del Interior o del Intendente Regional, cuyo desistimiento hace extinguir la acción penal. De este modo, si bien la investigación de los delitos tipificados en dicho cuerpo legal sólo puede iniciarse por denuncia o querrela de esas autoridades, en lo demás se somete a las disposiciones del procedimiento ordinario del Código Procesal Penal para los crímenes y simples delitos de acción penal pública. Agrega este organismo que “es un error considerar que estos delitos de la Ley de Extranjería sean de acción penal privada por la necesidad de un requerimiento previo del Ministerio del Interior o del Intendente Regional respectivo, pues este requisito debe cumplirse sólo para los efectos de dar inicio al correspondiente proceso criminal de una manera similar a lo que ocurre con los delitos tributarios y aduaneros”<sup>376</sup>.

Por último, el artículo 94 de la Ley de Extranjería dispone que: “Los tribunales con competencia en lo criminal<sup>377</sup> y los tribunales militares, en su caso, deberán comunicar al Servicio de Registro Civil e Identificación y a la Policía de Investigaciones de Chile, dentro del plazo máximo de cinco días, el hecho de haberse dictado medidas de prohibición de abandono del territorio nacional o sentencias condenatorias respecto de extranjeros, así como autos de procesamiento, tratándose de la jurisdicción militar. La Dirección General de Investigaciones pondrá estos antecedentes en conocimiento del Ministerio del Interior e informará al mismo tiempo sobre

---

<sup>376</sup> FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. 2004. Oficio N° 475, relativo al Decreto Ley 1.094, de 1975, sobre normas de extranjeros en Chile [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>> [consulta: 20 de marzo 2008]. Pág. 6.

<sup>377</sup> Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

la condición de residencia en Chile del extranjero afectado por la resolución judicial. Gendarmería de Chile deberá comunicar oportunamente a la Dirección General de Investigaciones las fechas de término de las condenas impuestas a los extranjeros reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, y señalar con precisión las fechas en que deben salir en libertad absoluta o condicional”.

Por su parte, los ilícitos administrativos se contemplan en los artículos 70, 71, 72, 73, 74, 75, inciso tercero, y 77 de la Ley de Extranjería. Tal como ocurre en el caso de los delitos penales, el sujeto pasivo de los ilícitos administrativos es también el Estado chileno, pues la realización de cualquiera de estas conductas atenta contra el orden migratorio nacional.

Conforme a la redacción de estas disposiciones, puede señalarse que:

- El artículo 70 contempla como ilícito administrativo el **desarrollar actividades remuneradas sin estar autorizado para ello.**

El sujeto activo de esta acción sólo puede ser una persona extranjera que no cuente con los permisos que establece la ley nacional para poder realizar una actividad remunerada en Chile. El extranjero que incurra en esta conducta será sancionado con multa de 0,22 a 11,14 ingresos mínimos. Ahora, según el inciso segundo del artículo 80 de la Ley de Extranjería, si el infractor extranjero no paga la multa dentro del plazo fijado en esta norma, podrá ser expulsado del territorio nacional.

- El artículo 71 establece como ilícito administrativo el **continuar residiendo en Chile después de que se hayan vencido los plazos de residencia legal**, entendiéndose que ello ocurre cuando han expirado los plazos para presentar la correspondiente solicitud de prórroga, visación o permanencia definitiva.

Sólo los extranjeros pueden ser sujetos activos de esta conducta y, en tal caso, serán sancionados con multa de 0,22 a 4,46 ingresos mínimos, sin perjuicio que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión.

- El artículo 72 contempla como ilícito administrativo el **infringir las obligaciones que impone el Decreto Ley N° 1.094 y su respectivo Reglamento**. En este sentido, señala: “Los extranjeros que durante su permanencia en el país no dieron cumplimiento oportuno a la obligación de registrarse, de obtener cédula de identidad, de comunicar a la autoridad, cuando corresponda, el cambio de domicilio o actividades, serán sancionados con una multa de 0,22 a 4,46 ingresos mínimos, sin perjuicio de disponerse, en caso de infracciones graves o reiteradas a las disposiciones de este decreto ley, el abandono del país o su expulsión”.

El artículo 72 bis de la Ley de Extranjería dispone: “Tratándose de las personas comprendidas en los artículos 70, 71 y 72 precedentes, y siempre que no sean reincidentes en cualquiera de estas infracciones, el Ministerio del Interior, conociendo de ellas, podrá, de oficio o a petición de

parte, aplicarles como sanción, en reemplazo de la multa, una amonestación por escrito”. Como puede observarse, el reemplazo de la pena de multa por una pena de amonestación por escrito es una facultad que el Ministerio del Interior puede ejercer discrecionalmente, atendiendo a los antecedentes personales y de conducta de los extranjeros que han incurrido en alguna de estas infracciones. Lo mismo puede decirse con respecto a las sanciones administrativas de abandono obligado del país y de expulsión que contemplan dichas normas, pues su aplicación, conforme a lo dispuesto en ellas, es siempre facultativa, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la comisión de ilícitos penales.

- El artículo 73 contempla dos ilícitos administrativos que pueden cometer sólo las empresas de transporte internacional de pasajeros:  
**1° Conducir al territorio nacional a extranjeros que no cuenten con la documentación necesaria para ingresar al Chile.**

En este caso, dichas empresas serán multadas con 0,22 a 4,46 ingresos mínimos por cada pasajero infractor. El artículo 150 del Reglamento de Extranjería añade una condición para que proceda dicha multa (condición que no es mencionada por el artículo 73 de la Ley de Extranjería), la cual consiste en que esas empresas serán multadas si obstaculizan o impiden el reembarque de los pasajeros infractores. Ahora, tanto la ley como el reglamento disponen que, en caso de reiteración, el Ministerio del Interior, además de aplicar la multa que corresponda, informará al de Transportes, para que éste adopte las medidas o sanciones que sean de su competencia.

**2° Abandonar el territorio nacional antes de realizarse la inspección de salida por la autoridad que corresponda.**

En este caso, a dichas empresas se les aplicará una multa de 2,23 a 11,14 ingresos mínimos.

- El artículo 74 contempla como ilícito administrativo el **infringir las obligaciones establecidas en esta norma**, acción en la cual sólo pueden incurrir las personas, empresas o instituciones que tengan a su servicio o bajo su dependencia a extranjeros. Así, conforme a esta disposición: “No se podrá dar ocupación a los extranjeros que no acrediten previamente su residencia o permanencia legal en el país o que están debidamente autorizados para trabajar o habilitados para ello. Todo aquel que tenga a su servicio o bajo su dependencia a extranjeros, deberá informar, por escrito, al Ministerio del Interior en Santiago y a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales, en su caso, en el término de 15 días, cualquier circunstancia que altere o modifique su condición de residencia. Además, deberá sufragar los gastos que origine la expulsión de los citados extranjeros cuando el Ministerio del Interior así lo ordene. La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con multas de 0,22 a 11,14 ingresos mínimos por cada infracción”.
- El inciso tercero del artículo 75 consagra un ilícito disciplinario (entendido éste como una especie de ilícito administrativo) que se configura cuando se comprueba la **contratación, por parte de los**

**servicios u organismos del Estado o municipales, de extranjeros que no están debidamente autorizados o habilitados para trabajar.**

Conforme a la redacción de esta norma, los sujetos activos de la acción sólo pueden ser funcionarios de servicios u organismos estatales o municipales, razón por la cual se habla de ilícito disciplinario, cuya comisión implica necesariamente la imposición de la sanción disciplinaria que contemple la ley<sup>378</sup>. En este caso, para aplicar dicha sanción, el Ministerio del Interior debe solicitar a la autoridad que corresponda, la instrucción del pertinente sumario administrativo, a fin de que se aplique a los funcionarios infractores la multa de 1 a 15 días de sueldo. En caso de reincidencia, la sanción será la petición de renuncia.

El artículo 76 de la Ley de Extranjería agrega: “Los servicios y organismos del Estado y municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato”. Por su parte, el Reglamento de Extranjería añade que, si los extranjeros no pudieren cumplir con dichas exigencias, se deberá

---

<sup>378</sup> “Las sanciones disciplinarias se caracterizan porque están destinadas a preservar el funcionamiento de organizaciones sin las cuales la existencia de la sociedad se vería amenazada. Este es el caso de la Judicatura, la Administración Central del Estado, las Fuerzas Armadas, la policía, la organización municipal y algunas otras instituciones de la misma naturaleza e importancia que, por eso mismo, forman parte de la estructura estatal entendida en sentido más o menos lato. Sólo a este género de medidas se refiere el artículo 20 del Código Penal”. En: CURY, Enrique. 2001. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Segunda edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 83.

comunicar este hecho a la autoridad policial más cercana (artículo 155, inciso segundo).

- El artículo 77 contempla como infracción administrativa el **infringir las obligaciones establecidas en esta norma**, acción en la cual sólo pueden incurrir los propietarios, administradores, gerentes, encargados o responsables de recintos donde se alojen extranjeros, y los particulares que les den alojamiento u hospedaje, como asimismo, los propietarios o arrendadores que convengan o contraten con ellos arrendamiento.

Así, conforme a esta disposición: “Los propietarios, administradores, gerentes, encargados o responsables de hoteles, residenciales o casas de hospedaje que alojen a extranjeros, como asimismo, los propietarios o arrendadores que convengan o contraten con ellos arrendamiento, deberán exigirles previamente que acrediten su residencia legal en el país. El incumplimiento de esta obligación será sancionado con multa de 0,22 a 4,46 ingresos mínimos”.

El artículo 156 del Reglamento de Extranjería agrega que: “La obligación de exigir que se acredite la residencia legal regirá respecto de los particulares que dieren hospedaje o alojamiento a extranjeros. Si en contravención a la norma anterior dieron alojamiento a extranjeros en situación irregular, serán sancionados con la multa de 0,22 a 2,23 ingresos mínimos”.

Si los extranjeros no pudieren acreditar su residencia legal en el país, las personas mencionadas en el artículo 77 de la Ley de Extranjería, y

los particulares que les den alojamiento u hospedaje, deberán denunciar el hecho, dentro de las 24 horas siguientes, a la unidad policial más cercana (inciso tercero del artículo 156 del Reglamento). Por su parte, el artículo 157 del Reglamento de Extranjería enumera los documentos que, en general, permiten acreditar la residencia legal en el país: a) Tarjeta de Turismo o Tarjeta Especial de Trabajo; b) Tarjeta de Tripulante o Tarjeta Especial de Tripulante; c) Pasaporte con la respectiva visación estampada y Certificado de Registro; d) Título de Residencia; e) Comprobantes de solicitudes de ampliaciones y prórrogas del permiso de turismo, visaciones, cambio y prórrogas de las mismas, autorizaciones de trabajo para turistas o estudiantes y permanencia definitiva; f) Certificado de Permanencia Definitiva; g) Cédula de Identidad.

La comisión de cualquiera de las infracciones administrativas reseñadas da lugar a un procedimiento en el cual se determina la imposición de la sanción administrativa que corresponda conforme a la ley. De esta manera, la aplicación de esta sanción queda entregada a la autoridad administrativa, sin que corresponda intervención alguna al Ministerio Público, el cual sólo tiene competencia para intervenir, conforme a las reglas procesales penales, ante la comisión de un ilícito penal.

Según el artículo 79 de la Ley de Extranjería, las multas y amonestaciones establecidas en este cuerpo legal se aplicarán mediante resolución administrativa, con el sólo mérito de los antecedentes que las



justifiquen, debiendo oírse al afectado, siempre que ello sea posible. En la Región Metropolitana de Santiago y en el resto de las regiones del país, estas atribuciones serán ejercidas por los Intendentes Regionales respectivos, por delegación de facultades que en la materia corresponden al Ministerio del Interior. Tales autoridades comunicarán lo obrado al Departamento de Extranjería y Migración de dicho Ministerio.

En contra de la resolución administrativa que imponga la sanción de amonestación o multa, podrá interponerse el recurso de reconsideración, siempre que se cumplan los siguientes requisitos señalados en la Ley y en el Reglamento de Extranjería:

- La persona legitimada para interponer este recurso es el afectado, es decir, el individuo que, por medio de una resolución administrativa, ha sido sancionado con la pena de multa o de amonestación. Éste puede actuar personalmente o representado por otra persona o por un abogado.
- Este recurso debe interponerse ante el Intendente Regional respectivo que dictó la resolución impugnada.
- Este recurso debe interponerse dentro del plazo fatal de 10 días hábiles contados desde la notificación personal o por carta certificada, dirigida al domicilio o residencia del afectado, de la resolución que le imponga la amonestación o multa.

- Para la interposición de este recurso se exige que éste se encuentre fundado en nuevos antecedentes que el afectado acompañará al efecto.
- Para que el recurso sea admisible, el afectado deberá fijar domicilio y depositar el 50% del importe de la multa, mediante vale vista bancario tomado a la orden del Ministerio del Interior, el que le será devuelto en caso de ser acogido el recurso.

La resolución administrativa que dicte la autoridad competente, y en la que se imponga una amonestación o multa, se considerará ejecutoriada transcurrido que sea el plazo previsto para interponer el recurso de reconsideración (es decir, 10 días hábiles), sin que éste se haya interpuesto, o bien, desde que se ha notificado, personalmente o por carta certificada, la resolución que falla dicho recurso, la cual puede confirmar, modificar o dejar sin efecto la sanción aplicada.

Con respecto a las sanciones pecuniarias, la Ley de Extranjería señala que para la aplicación de las multas que contempla, debe considerarse como circunstancia atenuante el hecho de que el infractor se haya autodenunciado o concurrido ante la autoridad a requerir la regulación de su situación. Agrega el Reglamento de Extranjería que, además, se deben tener en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: a) vínculos familiares que el infractor tenga en el país; b) tiempo de permanencia en el país y lugar de residencia y domicilio; c) nivel cultural y situación económica; d) si es o no reincidente; e) período durante el cual se ha estado cometiendo la

infracción; f) antecedentes personales del infractor. De los hechos y circunstancias precedentemente indicadas deberá quedar expresa constancia en los antecedentes de la infracción y en la resolución administrativa que se dicte en cada caso.

La resolución administrativa firme constituye un título ejecutivo perfecto que permite cobrar la multa impuesta al infractor. Para estos efectos, el Ministerio del Interior o el Intendente Regional deberán ejercer la acción ejecutiva que corresponda. En todo caso, si el infractor extranjero no paga la multa dentro del plazo fatal de 15 días hábiles, contados desde que la resolución respectiva haya quedado a firme, podrá ser expulsado del territorio nacional.

Como puede observarse, la facultad discrecional que tiene el Ministerio del Interior para decretar la expulsión de todos los extranjeros infractores que no paguen, dentro del plazo legal, la multa a la que fueron condenados por resolución administrativa, puede ejercerse sólo tratándose de los ilícitos administrativos contemplados en los artículos 70, 71 y 72 de la Ley de Extranjería, pues únicamente en éstos el sujeto infractor es una persona natural que, además, es extranjera. En las demás infracciones administrativas que contempla este cuerpo legal, los sujetos activos son personas jurídicas, o bien, personas naturales que no tienen la calidad de extranjeras.

Finalmente, con respecto a las sanciones, cabe señalar que la Ley de Extranjería y su Reglamento contemplan sanciones migratorias de diversa naturaleza:

- Los artículos 68, 69, 75, incisos 1° y 2°, y 87, inciso 1°, que tipifican ilícitos migratorios de carácter penal, establecen, por tanto, sanciones penales que se traducen en la imposición de penas privativas de libertad para todos los extranjeros que infrinjan estas disposiciones e incurran en las conductas típicas que ellas consagran.

En el inciso segundo del artículo 75 se establece, en contra del empleador o patrón que incurre en el ilícito penal, una multa como sanción punitiva, la cual, en caso de reincidencia, va acompañada de una pena de presidio menor en su grado mínimo.

Ahora bien, el extranjero que resulte condenado por la comisión de alguno de los delitos tipificados en la Ley de Extranjería, deberá cumplir la respectiva pena privativa de libertad y, luego de ello, deberá ser expulsado del país. Es decir, se aplican en su contra una sanción penal (privación de libertad) y otra administrativa (expulsión).

- Los artículos 70, 71, 72, 72 bis, 73, 74 y 77, que contemplan infracciones de carácter administrativo, establecen sanciones de esta naturaleza, las que pueden clasificarse en<sup>379</sup>:

---

<sup>379</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Sanciones, infracciones a la Ley de Extranjería [en línea], Gobierno de Chile, Ministerio del Interior < <http://www.extranjeria.gov.cl/sanciones.html> > [consulta: 20 de marzo 2008].

1° **Amonestación:** Sanción escrita que aplica la autoridad migratoria (Intendencias Regionales) a las personas que incumplen lo establecido en los artículos 70, 71 y 72 de la Ley. En estos artículos se sanciona el ejercicio de actividades remuneradas sin estar autorizado para ello (artículo 70); se sanciona al que prolongue su estadía en el país después de haber vencido su permiso de turismo o de residencia (artículo 71); y se sanciona a las personas que, una vez que han obtenido sus permisos de residencia, no lo registren, o no obtienen su cédula de identidad, (salvo que sean menores de edad) en los plazos establecidos, o no informen los cambios de domicilio (artículo 72). Esta amonestación puede aplicarse siempre y cuando la persona que comete la infracción no sea reincidente.

2° **Multa:** Es una sanción en dinero que debe ser pagada por la persona que infrinja lo establecido en la legislación migratoria, específicamente, lo establecido en los artículos 70, 71, 72, 73, 74 y 77 de la Ley de Extranjería. Los montos de las multas varían dependiendo de la infracción que se haya cometido.

3° **Expulsión:** Es una sanción que consiste en el abandono obligado del país por parte del extranjero que ha incurrido en alguna de las causales establecidas en la Ley y en el Reglamento de Extranjería.

Cabe recordar que la comisión de un ilícito penal supone, además de una pena privativa de libertad, la expulsión, sanción administrativa que las autoridades migratorias están obligadas, por mandato legal, a imponer en contra del extranjero infractor. Por su parte, la comisión de una infracción administrativa supone la imposición de una multa o

de una amonestación por escrito. En este caso, la aplicación de la medida de expulsión en contra del extranjero infractor es una facultad discrecional de las autoridades migratorias, es decir, éstas deciden si la aplican o no en atención a las circunstancias del caso y a los antecedentes personales del afectado.

- El inciso tercero del artículo 75, que consagra un ilícito disciplinario (entendido éste como una especie de ilícito administrativo), contempla una sanción de este carácter consistente en la imposición de una multa de 1 a 15 días de sueldo, la que será aplicada luego de la instrucción del pertinente sumario administrativo. Ahora, en caso de reincidir en este ilícito, la sanción será la petición de renuncia.

**g) Medidas de control, traslado y expulsión<sup>380</sup>**

Conforme al artículo 81 de la Ley de Extranjería, los extranjeros que ingresen al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en esta ley y en su reglamento, que no observen sus prohibiciones o que continúen permaneciendo en Chile no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, serán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habilitado del territorio de la República, mientras se regulariza su permanencia o se dispone la aplicación de las sanciones correspondientes.

---

<sup>380</sup> Artículos 81 al 90 del Decreto Ley N° 1.094 y artículos 164 al 176 del Decreto Supremo N° 597.

Como se observa, dicha norma consagra las medidas de control y traslado que puede adoptar la autoridad migratoria nacional con respecto a los migrantes irregulares. Estas medidas tienen como principal objeto frenar los flujos migratorios irregulares que se verifican en el país.

Con respecto a las medidas de control, si un extranjero es sorprendido por la autoridad migratoria (funcionarios respectivos de la Dirección General de Investigaciones, de Carabineros de Chile o de la Autoridad Marítima) contraviniendo las disposiciones de la Ley y del Reglamento de Extranjería, esta autoridad procederá a tomarle la declaración pertinente, le retirará los documentos de identidad que pueda portar, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso que estime necesario, y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a la respectiva Unidad Policial.

Los antecedentes relacionados con la infracción y las medidas de control adoptadas por la autoridad policial que sorprende la infracción (que puede ser penal o administrativa), se pondrán en conocimiento del Ministerio del Interior o de la Intendencia Regional, por conducto de la Policía de Investigaciones de Chile, para los efectos de que se apliquen al infractor las sanciones que pudieren corresponderle<sup>381</sup>.

---

<sup>381</sup> Si se trata de una infracción penal, para que se dé inicio a la correspondiente investigación, se exige que el Ministerio del Interior o los Intendentes Regionales efectúen una denuncia o querrela ante las autoridades penales respectivas, continuando la tramitación del proceso conforme a las reglas del procedimiento por crimen o simple delito de acción penal pública establecidas en el Código Procesal Penal. Finalizada dicha tramitación, deberá aplicarse al infractor la sanción penal que corresponda y, una vez cumplida ésta, deberá aplicarse la sanción administrativa de expulsión del territorio nacional.

Las medidas de traslado también son dispuestas por las autoridades migratorias de control, con el objeto de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes. Será causal suficiente para expulsar del país al extranjero que eluda las medidas de control y traslado dispuestas en su contra.

Conforme al artículo 176 del Reglamento de Extranjería, para hacer efectivas las medidas de control, traslado y expulsión contempladas en la legislación migratoria, se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento a tales medidas. En atención a ello, cabe señalar que, aunque no lo mencione la Ley ni el Reglamento de Extranjería, si entre las medidas adoptadas por la autoridad migratoria existe alguna que implique la privación de libertad del extranjero infractor, debe darse estricto cumplimiento al derecho a la asistencia consular contemplado en los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que ha sido ratificada por Chile y se encuentra vigente en el territorio nacional. En virtud de este derecho, los extranjeros deben ser informados de la existencia del mismo por los oficiales del Estado receptor y pueden comunicarse con sus autoridades consulares cuando sean privados de libertad. Ahora bien, si esta medida tiene lugar durante la tramitación de los procesos penales o administrativos seguidos en contra del extranjero

---

Si se trata de una infracción administrativa, el Intendente Regional respectivo dará inicio al correspondiente proceso administrativo en el cual puede arribarse a la imposición de una sanción de esta naturaleza, como lo es la amonestación, la multa o la expulsión del país.



infractor, también debe darse estricto cumplimiento a este derecho, conforme a lo dispuesto en la normativa internacional<sup>382</sup>.

Las autoridades de control migratorio (Policía de Investigaciones, Carabineros y Autoridad Marítima) pueden permitir transitoriamente el ingreso al país de los extranjeros cuyos documentos adolezcan de alguna omisión o defecto puramente accidental o cuya autenticidad sea dudosa, dando cuenta de ello a la respectiva Unidad Policial, a fin de que se determine en definitiva la idoneidad de tales documentos o se adopten, en su caso, las medidas de control, vigilancia y traslado recién expuestas.

Por su parte, con respecto a la medida de expulsión, la legislación migratoria establece que ésta debe ser dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes. No obstante, la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia en el país con dicho permiso vencido, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón.

---

<sup>382</sup> Una vaga aproximación al reconocimiento del derecho a la asistencia consular se encuentra en los artículos 85 de la Ley de Extranjería y 169 de su respectivo Reglamento. Conforme a estas disposiciones, los tripulantes extranjeros de empresas mercantes o que se dediquen al transporte internacional de pasajeros, que desertaren de sus respectivos medios de transporte y no reunieren los requisitos para ser considerados turistas, serán expulsados del territorio nacional, sin más trámite, a menos que la respectiva empresa, **el representante consular o diplomático** que corresponda o el propio interesado realicen dentro de un plazo prudencial, las gestiones para su salida del país o para obtener la ampliación del permiso de tripulante. En todo caso, los gastos de la permanencia, traslado y expulsión serán de cargo de la respectiva empresa.

Las medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente, en cualquier momento y por las mismas autoridades que las adoptaron.

Para hacer efectivo el cumplimiento de las medidas de expulsión previstas en la legislación migratoria, el Intendente Regional o Gobernador Provincial de la jurisdicción en que se encuentre el extranjero afectado, tendrá facultad para disponer, en caso necesario, mediante decreto fundado, el allanamiento de determinada propiedad particular. En tal caso, el funcionario ejecutor de la orden de allanamiento deberá presentar copia autorizada del respectivo decreto al dueño de la propiedad o, a falta de éste, a alguna persona mayor de edad que se encuentre en ella. Si no es habida ninguna de las personas mencionadas, fijará la copia aludida en la puerta de calle.

Para la práctica del allanamiento se evitará toda inspección inútil o molestias innecesarias, y sólo se podrá emplear la fuerza en caso estrictamente necesario y para el solo efecto de aprehender al extranjero afectado por la medida de expulsión. Además, el funcionario ejecutor deberá levantar acta circunstanciada de lo obrado, y la remitirá al Intendente o Gobernador respectivo.

Como se señaló anteriormente, si un extranjero ingresa al país por lugar habilitado encontrándose vigente el decreto o resolución que ordenó su expulsión o abandono del territorio nacional, será expulsado sin

necesidad de nuevo decreto. De tal circunstancia, la autoridad policial deberá informar al Ministerio del Interior. Si la conducta es reiterada, el infractor será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, debiendo aplicarse la medida de expulsión sin más trámite al término de la condena. Lo anterior se entenderá siempre que la infracción no sea constitutiva, además, de alguno de los delitos contemplados en el artículo 69 de la Ley de Extranjería o en otras disposiciones especiales.

El Ministerio del Interior debe llevar un rol actualizado de los extranjeros expulsados u obligados a abandonar el territorio nacional. Debe, asimismo, remitir copia del decreto o resolución respectiva al Ministerio de Relaciones Exteriores, el que lo comunicará a los funcionarios del Servicio Exterior, a fin de que se abstengan de otorgar visaciones a los afectados por estas medidas. Si, a pesar de lo dicho, se otorga en el exterior alguna visación, ella no significará la derogación del decreto de expulsión o de la medida que impuso el abandono del territorio nacional.

La expulsión dispuesta mediante decreto supremo o resolución administrativa se transcribirá a Policía de Investigaciones de Chile para su ejecución, y deberá ser notificada por escrito y personalmente al afectado, por la misma autoridad policial bajo su firma, debiendo indicarse además la fecha y hora en que se practicó. En caso de que éste se negare a firmar, se dejará constancia de este hecho en el mismo documento de la notificación, el cual debe ser firmado por los funcionarios encargados de esta gestión.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en la Ley de Extranjería y en su Reglamento, el extranjero afectado con una medida de expulsión dispuesta mediante decreto supremo fundado podrá, durante el acto de notificación, manifestar su intención de recurrir en contra de la misma o conformarse con ella. De la intención de recurrir o de la conformidad debe dejarse expresa constancia en el acta correspondiente bajo firma del afectado. Si éste manifiesta su conformidad con la medida de expulsión dispuesta en su contra, ésta se llevará a efecto sin más trámite. Pero, si en el acto de notificación, el extranjero afectado manifiesta su intención de recurrir en contra de la medida de expulsión, deberá interponer un recurso de reclamación ante la Corte Suprema por sí o por medio de algún miembro de su familia, dentro de un plazo fatal de 24 horas, contado desde la notificación del decreto de expulsión, plazo que se amplía según la tabla de emplazamiento si la notificación se efectúa en una ciudad distinta a la de Santiago.

El recurso de reclamación debe ser fundado y la Corte Suprema, procediendo breve y sumariamente, lo fallará dentro del plazo de 5 días, contados desde su presentación. La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación, el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen de oficio.

Transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación de la medida de expulsión, en el caso de que no se haya interpuesto el recurso de reclamación, o en el caso de no ser éste procedente, o transcurrido el mismo plazo de 24 horas desde que se haya denegado el recurso interpuesto, la autoridad de control migratorio procederá a cumplir la expulsión ordenada.

Por último, cabe señalar que, con respecto a las medidas de apremio<sup>383</sup> que pueden adoptarse por la autoridad administrativa o policial para hacer efectivo el cumplimiento de las medidas de control, traslado y expulsión contempladas en la legislación migratoria, todas las personas que se consideren afectadas en sus derechos, como consecuencia de la adopción en su contra de alguna de estas medidas, pueden ejercer las acciones constitucionales de protección o de amparo, según corresponda, o ejercer las respectivas acciones jurisdiccionales o ante los organismos contralores de la Administración Pública. Ello significa que todas estas medidas pueden ser revisadas por medio del ejercicio de las acciones jurisdiccionales y de los controles administrativos que el ordenamiento jurídico chileno consagra

---

<sup>383</sup> Como medidas de apremio pueden señalarse: a) si se contraviene la legislación migratoria, la autoridad de control procederá a tomarle la declaración pertinente al extranjero infractor, le retirará los documentos de identidad que pueda portar, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso que estime necesario, y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a la respectiva Unidad Policial (artículo 82 Ley de Extranjería); b) para hacer efectivas las medidas de control, traslado y expulsión contempladas en la legislación migratoria, se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento a tales medidas (artículo 176 del Reglamento de Extranjería); c) para hacer efectivo el cumplimiento de las medidas de expulsión previstas en la legislación migratoria, el Intendente Regional o Gobernador Provincial, tendrán facultad para disponer, en caso necesario, mediante decreto fundado, el allanamiento de determinada propiedad particular; d) durante la tramitación del recurso de reclamación, el extranjero afectado con una medida de expulsión permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen de oficio.

para salvaguardar los derechos y garantías consagrados en la Carta Fundamental.

En todo caso, tratándose del ejercicio de acciones jurisdiccionales o de controles administrativos frente a medidas tomadas por la autoridad administrativa en virtud de las facultades que le confiere la Ley de Extranjería y, siempre que no incidan en una investigación criminal a cargo del Ministerio Público por la comisión de un ilícito migratorio de carácter penal, no corresponderá la participación de los fiscales de dicho organismo en la tramitación de esas acciones o recursos, porque no se trata de medidas vinculadas a una investigación criminal propiamente tal, sino que son medidas adoptadas en un procedimiento de naturaleza administrativa.

#### **h) Institucionalidad migratoria<sup>384</sup>**

La institucionalidad migratoria, que en Chile se articula alrededor de un conjunto de entidades públicas encargadas de gestionar las políticas migratorias en vigor, se encuentra actualmente integrada por las siguientes instituciones:

- El Ministerio del Interior.
- El Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior.

---

<sup>384</sup> Artículos 91 al 93 del Decreto Ley N° 1.094 y artículos 177 al 178 del Decreto Supremo N° 597.

- La Dirección General de Asuntos Consulares y de Inmigración (DIGECONSU), del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Las Intendencias Regionales y Gobernaciones Provinciales.
- La Policía de Investigaciones, Carabineros y la Autoridad Marítima de Chile.
- El Servicio de Registro Civil e Identificación.

Con respecto a las atribuciones que el Ministerio del Interior tiene en materia migratoria, el artículo 91 de la Ley de Extranjería señala que corresponde a éste la aplicación de las disposiciones de dicho cuerpo legal y de su reglamento, ejerciendo, especialmente, las siguientes atribuciones: a) Proponer la política nacional migratoria o de extranjeros con informe de los organismos que tengan injerencia en cada caso; b) Supervigilar el cumplimiento de la legislación de extranjería, proponer su modificación o complementación, y aplicar, a través del Departamento de Extranjería y Migración, las disposiciones de la Ley de Extranjería y su Reglamento; c) Conocer e informar al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre los tratados o convenios internacionales que contengan disposiciones sobre materias de carácter migratorio o de extranjería; d) Habilitar los lugares de ingreso y egreso de extranjeros; e) Establecer, organizar y mantener el Registro Nacional de Extranjeros; f) Prevenir y reprimir la inmigración o emigración clandestina; g) Aplicar las sanciones administrativas que corresponden a los infractores de las normas establecidas en la Ley de Extranjería; h) Disponer la regularización de la permanencia de los extranjeros que hubieren ingresado o residan en Chile irregularmente, u

ordenar su salida o expulsión; i) Impartir instrucciones para la mejor aplicación de la Ley de Extranjería; j) Delegar en las autoridades de Gobierno Interior las facultades que sean procedentes; k) Declarar, en caso de duda, si una persona tiene la calidad de extranjera.

Por su parte, el artículo 178 del Reglamento de Extranjería dispone que al Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, le corresponde: a) Aplicar y supervigilar directamente el cumplimiento de las normas de la Ley de Extranjería y su Reglamento; b) Ejecutar los decretos, resoluciones, órdenes e instrucciones que dicte el Ministerio del Interior, en conformidad a la Ley de Extranjería y su Reglamento; c) Mantener actualizados, bajo su custodia, los roles y registros que esos cuerpos legales le encomiendan al Ministerio del Interior; d) Mantener una adecuada coordinación técnica y comunicación con los funcionarios de Gobierno Interior que cumplan las funciones de extranjería y migración, como asimismo, orientar y controlar las actuaciones administrativas inherentes a estas mismas; e) Otorgar un documento especial a los extranjeros a los cuales se les haya concedido visación en el país y sean apátridas o nacionales de países que no tengan representación consular en Chile o se encuentren impedidos de obtener pasaporte. Dicho documento se denomina “Título de Residencia”, y sólo tiene valor en Chile para acreditar la calidad de residencia. Su vigencia será igual a la visación otorgada (artículo 179 del Reglamento de Extranjería).



### 2.2.2. Decreto con Fuerza de Ley N° 69 (DFL N° 69) y Decreto N°521 (Reglamento)

El Decreto con Fuerza de Ley N° 69, que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia, fue promulgado el 27 de abril de 1953 y publicado en el Diario Oficial el 8 de mayo de ese mismo año. El Decreto N° 521, que aprueba el Reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69, fue promulgado el 31 de octubre de 1953 y publicado en el Diario Oficial el 27 de noviembre de ese año.

Ambos cuerpos legales se dictaron a principios de los años '50 en sintonía, sin duda, con muchas de las ideas que entonces orientaban las políticas migratorias vigentes en el mundo. Estas ideas, basadas en presupuestos de carácter demográfico e incluso étnico y racial, asociaban la propia supervivencia del país en el futuro con la inmediata realización de un efectivo plan inmigratorio que, en particular, estaba orientado a captar migrantes oriundos de la Europa de postguerra. Por esta razón, en el Preámbulo del DFL N° 69 se expusieron cuidadosamente las circunstancias que justificaban la inmediata realización de un efectivo plan inmigratorio. Por una parte, se señaló que Chile se encontraba en un proceso de industrialización intensivo en todos los órdenes de la producción, lo que hacía absolutamente necesario promover una inmigración no sólo de agricultores, sino que también de elementos técnicos, pescadores, obreros especializados y artesanos. Ello significaría, además, un aumento de la población del país, lo que se concebía como un factor fundamental para

potenciar la industrialización y el mercado de consumo interno. Por otra parte, se argumentó que esos elementos humanos debían buscarse en el continente europeo, aprovechando el interés de los gobiernos de dicho continente de buscar ubicación para sus excedentes de población en otras regiones del planeta. Esto implicaba promover un proceso de inmigración selectiva, pues solo un proceso de este carácter permitiría lograr: a) un aumento de la población, un mejoramiento técnico de la misma y una racionalización en el consumo que elevaría el estándar de vida del país; y b) un perfeccionamiento de las condiciones biológicas de la raza.

Ante este escenario, y considerando los beneficios que se esperaban obtener con la promoción de una inmigración selectiva, las autoridades de la época estimaron que resultaba imprescindible contar con todos los medios necesarios para orientar una corriente inmigratoria conveniente a los intereses nacionales. Dentro de estos medios, debía contemplarse una legislación adecuada que permitiera asegurar la radicación, trabajo, desarrollo y adaptación de los inmigrantes que recibiera el país. Para ello, se consideró necesario dictar una norma general de inmigración y la creación de un organismo dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, que orientara y supervigilara la política inmigratoria del Estado chileno y la aplicación de las normas legales pertinentes.

Basándose en tales consideraciones, la normativa contenida en el DFL N° 69 y en su respectivo Reglamento regula las siguientes materias de la forma que se pasa a exponer:

- El referido DFL N° 69 crea el Departamento de Inmigración, un organismo dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, y cuya función era aplicar las disposiciones de este cuerpo legal<sup>385</sup>. Los artículos 3 y 4 del DFL N° 69 se refieren a las funciones y atribuciones que tenía este organismo, las cuales, actualmente, son ejercidas por el Ministerio del Interior, a través del Departamento de Extranjería y Migración, y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y de Inmigración (DIGECONSU).
- Con respecto a la inmigración propiamente tal<sup>386</sup>, el artículo 5 del DFL N° 69 define al inmigrante como aquel extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones de este cuerpo legal.

Además, se clasifica la inmigración en libre o dirigida, según las condiciones en que ella se efectúe. Es “inmigración libre” aquella en que el extranjero costea los gastos de su viaje y de su establecimiento en Chile. Estos inmigrantes pueden ejercer libremente sus actividades económicas o de otro orden de acuerdo con las leyes del país. Es “inmigración dirigida”, o inmigración de colonos, aquella que se efectúa con la ayuda económica de instituciones nacionales, extranjeras o internacionales, y con el objeto de radicar al inmigrante en una zona determinada del país para que se dedique a labores

---

<sup>385</sup> Artículos 1 al 4 del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 y artículos 1 al 5 del Decreto N° 521.

<sup>386</sup> Artículos 5 al 13 del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 y artículos 6 al 13 del Decreto N° 521.

agrícolas, forestales, ganaderas, mineras, pesqueras, industriales u otras que para cada caso determina el Ministerio de Relaciones Exteriores.

El artículo 7 de este DFL dispone, a su vez, que a los extranjeros que deseen emigrar a Chile se les otorga una “Visación de Inmigración”, una vez que hayan cumplido todos los requisitos previstos en dicho cuerpo legal y en su reglamento. Esta visación le daba a su titular los siguientes derechos: a) derecho a ejercer libremente actividades económicas o de otro orden, si se trataba de inmigrante libre, o de acuerdo con las cláusulas del contrato cuando se trataba de inmigración dirigida; b) derecho a residir en Chile y a obtener la permanencia definitiva dentro de dos años, libre del pago de todo derecho; y c) derecho a obtener la nacionalidad chilena, si durante cinco años el inmigrante había permanecido ininterrumpidamente en el país, demostrando buenas costumbres, ejercitando actividades lícitas y que no se encontraba procesado ni había sido condenado por delito que mereciera pena aflictiva.

Para obtener esta visación se requería que los inmigrantes estuviesen en posesión de su “Cartilla de Inmigración”. Este documento era confeccionado por el Departamento de Inmigración y contenía, entre otras, las siguientes indicaciones: a) individualización completa del migrante y de todas las personas que lo acompañaban en el viaje; b) profesión u oficio del migrante, de su cónyuge y de cada uno de sus acompañantes; c) relación de las actividades desarrolladas durante los últimos años; d) certificado policial de buena conducta y de buenos

antecedentes; e) nombre y domicilio de personas que conocía en Chile; f) capital que aportaba y su monto; y g) relación de las actividades que pensaba desarrollar en Chile.

Correspondía al Ministerio de Relaciones Exteriores determinar anualmente los Consulados que podían otorgar la “Visación de Inmigración” a los extranjeros que deseaban entrar al país, teniendo presente su distribución en el territorio nacional, de acuerdo con las necesidades demográficas, sociales y económicas de cada región.

En relación con lo anterior, respecto a la categoría de “inmigrante”, el inciso tercero del artículo 80 del Reglamento de Extranjería dispone que éstos pueden obtener la permanencia definitiva cuando hayan cumplido 2 años de residencia en el país.

### 2.2.3. Fortalezas y falencias del marco normativo que regula las migraciones internacionales en Chile

Concluido el análisis de la legislación migratoria que se encuentra actualmente vigente en el país, cabe determinar si el marco normativo que regula las migraciones internacionales en Chile resulta o no plenamente eficaz para responder a las necesidades y nuevos desafíos que plantea la inmigración en el país, así como si se ajusta o no a la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que está siendo utilizada para aproximarse al fenómeno migratorio, y que supone, por una parte, reconocer la condición de extrema vulnerabilidad que caracteriza a los

inmigrantes, y de la cual se deriva una mayor necesidad de protección por parte del Estado y de la sociedad civil, y, por otra, reconocer que tales carencias se satisfacen a través de la consagración, respeto y garantía de sus derechos fundamentales y a través de una plena integración y participación activa en las sociedades de acogida, factores indispensables para lograr que la migración se transforme en una vía que favorezca y estimule el desarrollo de los Estados de origen, tránsito y destino.

De esta manera, considerando las fuentes normativas nacionales e internacionales que regulan la migración en Chile, y que han sido reseñadas, ¿puede estimarse que la regulación que ellas efectúan responde a las necesidades y requerimientos que plantean en el país los flujos migratorios actuales?, ¿cuáles son las principales fortalezas y debilidades de este marco normativo bajo la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Entre las fortalezas, pueden destacarse las siguientes cuestiones:

- En el ámbito universal<sup>387</sup>, nuestro país ha ratificado e incorporado a su ordenamiento jurídico interno los más importantes tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y también de la Organización de los Estados Americanos.

---

<sup>387</sup> Ver *supra* sección 1.1 de este Capítulo.

En virtud de estas ratificaciones, el Estado chileno ha asumido voluntariamente una serie de obligaciones a nivel internacional, las que consisten, principalmente, en respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en estos instrumentos internacionales, así como en cumplir progresivamente ciertas metas y cooperar con los órganos de supervisión y protección de los derechos humanos establecidos en los distintos pactos o convenciones del sistema universal e interamericano. Por consiguiente, estos instrumentos sientan la base para la protección de todos – nacionales y extranjeros, ciudadanos y no ciudadanos – en el territorio nacional.

- El Estado chileno ha sido gestor y participa en una serie de iniciativas multilaterales que buscan promover la cooperación internacional mediante la suscripción de acuerdos entre los Estados involucrados que permitan una correcta y eficaz administración del fenómeno migratorio en la Región Iberoamericana, considerando no sólo los derechos e intereses de los migrantes, sino que también los derechos e intereses de esos Estados. Entre estas iniciativas multilaterales merecen destacarse la Conferencia Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (CSM) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> Ver *supra* sección 1.2 de este Capítulo.

- Chile ha suscrito múltiples acuerdos bilaterales en materia migratoria que han sido utilizados para oficializar arreglos de cooperación en esta materia, con el objetivo de asegurar que las corrientes de migrantes se produzcan en condiciones que sean mutuamente beneficiosas para las personas y países implicados.

En materia de acuerdos bilaterales, gran importancia tiene, por su enorme aplicación práctica, el Convenio de Tránsito de Personas en la Zona Fronteriza Chileno – Peruana de Arica y Tacna, cuyo ámbito básico de aplicación está conformado por esas ciudades fronterizas, en las cuales el tránsito de los nacionales de Chile y de Perú se rige por las normas establecidas en este Convenio<sup>389</sup>.

- La Constitución Política de la República de Chile (1980) incluye en su esfera de protección, indistintamente y en sentido genérico, a todas las personas, hombres y mujeres, nacionales y extranjeros, lo que implica reconocer que todos los que se encuentren sometidos a la jurisdicción del Estado chileno gozan de la protección y de los derechos y garantías que la Carta Fundamental establece. Así, todas las personas, sean chilenas o extranjeras, pueden invocar, en igualdad de condiciones y sin discriminación de ninguna clase, la protección de sus derechos fundamentales no sólo en el ámbito civil y político, sino que también en el ámbito económico, social, cultural y ambiental.

---

<sup>389</sup> Ver *supra* sección 1.3 de este Capítulo.



En materia de extranjería y migración, tienen relevancia, por las cuestiones que regulan, los capítulos II y III de la Carta Fundamental, titulados, respectivamente, “Nacionalidad y Ciudadanía” y “De los Derechos y Deberes Constitucionales”<sup>390</sup>.

Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 54, número 1°, inciso quinto, de la Constitución Política, las disposiciones de un tratado sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional. Esta norma, incorporada por la Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005, tiene gran trascendencia en el ordenamiento jurídico chileno pues, como ya se ha señalado, en nuestro país se han ratificado y se encuentran vigentes diversos tratados de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas y otros tantos del sistema interamericano, lo cual implica que ninguna de sus disposiciones puede ser derogada, modificada o suspendida en una forma distinta de la que se prevé en esos mismos instrumentos o en las normas del derecho internacional. En virtud de ello, una vez que un tratado internacional se ha incorporado al ordenamiento jurídico nacional, ninguna autoridad ni persona alguna pueden modificar sus disposiciones, suspender su aplicación o estimarlas derogadas en virtud de la dictación de otra ley que se aparte de lo dispuesto en el citado artículo, aunque ésta tenga jerarquía constitucional.

---

<sup>390</sup> Ver *supra* sección 2.1 de este Capítulo.

- En la legislación migratoria vigente en el país existen distintas normas que confieren, en cada uno de sus ámbitos de aplicación, un adecuado marco regulatorio para las personas migrantes, ya sea por la mayor protección que les otorgan, o bien, por los beneficios que les reconocen<sup>391</sup>. Conforme a ello, entre los aspectos positivos de esta legislación, cabe destacar:

**1° Las obligaciones que la legislación migratoria impone a la empresas de transporte internacional de pasajeros.**

En virtud de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley de Extranjería y en el artículo 18 de su Reglamento, las empresas de transporte internacional no pueden aceptar pasajeros con destino a Chile que no cuenten con la documentación que les habilita para ingresar al país, de acuerdo con la respectiva calidad de ingreso. Considerando esta prohibición, dichas empresas están obligadas a reembarcar, por su propia cuenta, dentro del menor tiempo posible y sin responsabilidad para el Estado, a los pasajeros cuyo ingreso sea rechazado por no contar con su documentación en forma.

Además, estas empresas están obligadas a presentar a las autoridades de control migratorio, al momento del ingreso o salida del país de sus respectivos medios de transporte, listas de pasajeros y tripulantes, así como todos los datos necesarios para su identificación.

La infracción de cualquiera de estas obligaciones por parte de las empresas de transporte internacional de pasajeros es sancionada con

---

<sup>391</sup> Ver *supra* sección 2.2 de este Capítulo.

la imposición de multas, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Extranjería.

La existencia de estas normas resulta positiva para quienes deciden ingresar o salir del territorio nacional, pues permiten brindar una protección adecuada a las personas migrantes al obligar a las empresas que las transportan a que se hagan responsables por ellas y las incentiven a viajar con toda la documentación exigida por la ley nacional, lo que, a su vez, les permite evitar la imposición de sanciones por parte de la autoridad de control migratorio. De esta manera, a través de la imposición de estas obligaciones, se logra prevenir y reprimir la migración irregular, ya que debe fiscalizarse adecuadamente no sólo a las personas sino que también a las empresas de transporte de pasajeros que ingresen o egresen de Chile.

**2° La existencia de diversas categorías migratorias, entre las que se cuentan, la categoría de asilado político y refugiado, y la de habitante de zona fronteriza.**

En materia de asilo y refugio, el gobierno chileno ha adoptado diversas medidas tendientes a perfeccionar la normativa legal respectiva, armonizándola con los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, especialmente con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Adicional de 1966. “Este proceso ha dado lugar a la introducción de varias modificaciones en la Ley de Extranjería. Así, cabe mencionar que en

octubre de 1996, por medio de la dictación de la Ley N° 19.476<sup>392</sup>, y con el objetivo de proteger a los extranjeros que, por razón de sus ideas políticas, religiosas, culturales u otras, se encontraban perseguidos en sus países de origen y habían solicitado asilo o refugio ante las autoridades del gobierno de Chile, se reconocieron las siguientes garantías: a) El principio de no – devolución de los asilados o refugiados, o de quienes se encontraran tramitando dicha condición, a los Estados donde su vida o libertad corriera peligro en razón de su raza, religión, nacionalidad o pertenencia a determinados grupos sociales u opiniones políticas; b) La despenalización del ingreso irregular a territorio chileno de personas a las que, habiendo incurrido en tal conducta, se les reconozca la condición de asilado o refugiado; c) El otorgamiento a estas personas de un documento de viaje, si carecieran de un documento de identificación; d) La creación de una Comisión de Reconocimiento, para asesorar al Ministro del Interior en el otorgamiento y revocación de la visación de residente con asilo político o refugiado, garantizando el debido proceso en ambas materias”<sup>393</sup>.

“Para implementar cabalmente estas modificaciones legales, se dictó en 1998 un decreto supremo con el objeto de adecuar a las mismas el Reglamento de Extranjería y de derogar ciertas atribuciones del Ministerio del Interior que no guardaban consonancia con los estándares mínimos internacionales en la materia. En particular, las

---

<sup>392</sup> La Ley N° 19.476, que introduce modificaciones al Decreto Ley N° 1.094 de 1975, en materia de refugiados, fue promulgada el 14 de septiembre de 1996 y publicada en el Diario Oficial 21 de octubre de ese mismo año.

<sup>393</sup> MUJICA, Javier. Op. cit. Págs. 32 y 33.

que permitían al indicado Ministerio fijar a los asilados y refugiados su lugar de residencia y lugares donde no les sería permitido transitar, domiciliarse o residir. Del mismo modo, la facultad según la cual se podía cancelar la visa de residente del refugiado político o asilado por el sólo hecho de haber salido del territorio nacional sin permiso, el mismo que, de acuerdo a la legislación derogada, sólo podía ser de hasta quince días”<sup>394</sup>.

Por su parte, la Ley N° 19.581, publicada en el Diario Oficial el 1 de septiembre de 1998, crea la categoría de ingreso denominada “habitante de zona fronteriza”, la cual es aplicable para todos aquellos nacionales, residentes o radicados permanentes de Estados que sean fronterizos con Chile y que tengan domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional. Estas personas podrán ingresar al país mediante un documento denominado “Tarjeta Vecinal Fronteriza”, sin que estén autorizados para ejercer trabajo remunerado o lucrativo en Chile.

### **3° La existencia de un registro especial y de una cédula de identidad para extranjeros.**

El artículo 52 de la Ley de Extranjería dispone que los extranjeros mayores de 18 años, con excepción de los turistas y residentes oficiales, e incluso aquellos que ingresen irregularmente al país y se les conceda en Chile una visación, tienen la obligación de inscribirse en los registros especiales de extranjeros que debe llevar la Policía de

---

<sup>394</sup> Ibid. Pág. 33.

Investigaciones, dentro de los plazos que establece la ley. Asimismo, conforme al artículo 53 de dicho cuerpo legal, los extranjeros obligados a registrarse deben solicitar cédula de identidad dentro del plazo legal, la que tendrá un plazo de validez igual al de su respectiva visación. La cédula de identidad que se otorga al titular de permanencia definitiva tiene una validez de 5 años.

Todas estas normas tienen por objeto brindar una adecuada protección a los extranjeros, puesto que contemplan obligaciones que éstos deben cumplir para facilitar su control e identificación por las autoridades correspondientes y en los casos en que sea necesario. Además, la cédula de identidad para extranjeros les permite a éstos acceder a los servicios sociales que presta el Estado (salud, educación, vivienda, entre otros), en igualdad de condiciones con los nacionales del mismo.

#### **4° La permanencia definitiva.**

Este permiso confiere a los extranjeros el derecho para radicarse indefinidamente en el país y para desarrollar cualquier clase de actividades, sin otras limitaciones que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. Así, con el objeto de promover la residencia legal en Chile y de reconocer un mayor conjunto de derechos a los extranjeros que residen legalmente en el país, la legislación migratoria permite a éstos mejorar la calidad de sus visas. Los turistas, por ejemplo, pueden solicitar el cambio de su calidad por la de residente o residente oficial, siempre que acrediten

vínculos familiares o se encuentren comprendidos en alguno de los casos contemplados en el artículo 49 de la Ley de Extranjería. Obtenida la calidad de residente, podrán optar al permiso de permanencia definitiva en el país cumpliendo los requisitos que se les exijan según la naturaleza de la visa que detenten.

Los residentes sujetos a contrato, los estudiantes, los asilados políticos y refugiados, así como los inmigrantes, pueden solicitar su permanencia definitiva al cumplir 2 años de residencia en el país. Los titulares de visación de residente temporario que completen un año de residencia en tal calidad, podrán solicitar su permanencia definitiva y, si completan 2 años de residencia en Chile, estarán obligados a solicitarla. En caso de no hacerlo, deberán abandonar el país.

**5° La existencia de normas que buscan evitar la imposición de sanciones penales a quienes resulten condenados por la comisión de delitos migratorios.**

Con el objeto de no imponer penas privativas de libertad a aquellos extranjeros que son condenados por la comisión de alguno de los delitos migratorios tipificados en los artículos 68, 69, 75, incisos 1° y 2°, y 87, inciso 1°, de la Ley de Extranjería, a fin de evitar el contacto de éstos con la población penal existente en los recintos carcelarios por la comisión de delitos comunes, el artículo 78 de este cuerpo legal contempla la facultad discrecional que tiene el Ministro del Interior o el Intendente Regional para desistirse en cualquier momento de la denuncia efectuada o de la querrela interpuesta para

dar inicio a una investigación criminal por la comisión de un delito migratorio. El desistimiento extingue la acción penal y, en tal caso, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal dispondrá el inmediato cese de las medidas cautelares que se hubieren decretado. El proceso iniciado terminará con la correspondiente dictación del sobreseimiento definitivo, lo que implica que al inculpado no se le impone sanción penal alguna, pero sí debe imponérsele la sanción administrativa de expulsión del territorio nacional.

**6° La existencia de normas que buscan evitar la imposición de sanciones administrativas que resultan excesivas cuando la conducta desplegada no es de mayor gravedad.**

Con respecto a las infracciones administrativas que contempla la Ley de Extranjería en sus artículos 70, 71 y 72, y que se sancionan con la pena de multa, sin perjuicio de que puede disponerse el abandono obligado del país o la expulsión del extranjero infractor, el artículo 72 bis del mismo cuerpo legal confiere al Ministerio del Interior la facultad para reemplazar dicha sanción pecuniaria por una pena de amonestación por escrito, siempre que las personas involucradas no sean reincidentes. Cosa similar ocurre con las sanciones administrativas de abandono obligado del país y de expulsión que contemplan dichas normas, pues su aplicación, conforme a lo



dispuesto en las mismas, siempre es facultativa, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la comisión de ilícitos penales<sup>395</sup>.

Además, la legislación migratoria señala que, para la aplicación de todas las multas que contempla, debe considerarse como circunstancia atenuante el hecho de que el infractor se haya autodenunciado o concurrido ante la autoridad a requerir la regulación de su situación. Asimismo, se deben tener en cuenta, entre otras circunstancias, los vínculos familiares que el infractor tenga en el país, el tiempo de permanencia en el país y lugar de su residencia y domicilio, su nivel cultural y su situación económica, si es o no reincidente, el período durante el cual se ha estado cometiendo la infracción y los antecedentes personales del infractor.

**7° La existencia de normas que consagran recursos a través de los cuales pueden impugnarse resoluciones o medidas adoptadas por la autoridad administrativa.**

Conforme a ello, la legislación migratoria contempla los siguientes medios de impugnación:

a) El recurso de reconsideración para impugnar resoluciones dictadas por el Ministerio del Interior que rechacen o revoquen un permiso de turismo, de residencia o de permanencia definitiva, el que debe

---

<sup>395</sup> El Gobierno de Chile ha señalado que, ante la comisión de infracciones a la legislación migratoria, si bien la ley faculta a la autoridad administrativa para expulsar, su política ha sido tender a la regularización de la situación del extranjero migrante, especialmente de aquellos que se encuentran en condición de irregularidad y que tienen posibilidades laborales de inserción en la sociedad. En: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2006. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Quinto Informe Periódico del Estado de Chile [en línea] < <http://www.minrel.gov.cl/webMinRel/home.do?sitio=1> > [consulta: 20 de marzo 2008]. Pág. 64.

interponerse directamente ante la autoridad que dictó la resolución impugnada, dentro de los tres días siguientes a su notificación.

b) El recurso de reconsideración en contra de la resolución administrativa que dicte el Intendente Regional respectivo, y a través de la cual se imponga la sanción de amonestación o multa, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la Ley y en el Reglamento de Extranjería. Este recurso se interpone directamente ante el Intendente Regional respectivo que dictó la resolución impugnada, dentro de los diez días siguientes a su notificación.

c) El recurso de reclamación para impugnar una medida de expulsión dispuesta mediante decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior, el cual debe interponerse ante la Corte Suprema dentro de un plazo de 24 horas contado desde la notificación del decreto de expulsión, plazo que se amplía según la tabla de emplazamiento si la notificación se efectúa en una ciudad distinta a la de Santiago.

d) El recurso de reconsideración que puede interponer todo extranjero afectado con una medida de expulsión dispuesta mediante resolución del Intendente Regional respectivo.

Conforme al inciso segundo del artículo 84 de la Ley de Extranjería, la expulsión de los extranjeros que son titulares de un permiso de turismo o que prolonguen su estadía con dicho permiso vencido, se dispone, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón. Si bien, en este caso, la legislación migratoria no consagra la procedencia de recurso alguno en contra de dicha resolución, el Gobierno de Chile, en su

Quinto Informe Periódico presentado al Comité de Derechos Humanos, en virtud del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoció la procedencia de un recurso de reconsideración fundándola en el derecho de petición garantizado en la Constitución Política (artículo 19 N° 14), en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 8)<sup>396</sup> y en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, y porque, además, no existe razón alguna que justifique la no procedencia de este medio de impugnación cuando la referida sanción administrativa se adopte por resolución del Intendente Regional y no por decreto supremo del Ministro del Interior<sup>397</sup>. Negar la existencia de este recurso significaría amparar el establecimiento de diferencias arbitrarias e ilegales entre los propios extranjeros, derivadas de una justificación tan absurda como lo es el modo en que se decreta la medida de expulsión del territorio nacional.

Por tanto, durante el acto de notificación, el extranjero afectado con una medida de expulsión dispuesta por resolución del Intendente Regional respectivo, podrá manifestar su intención de recurrir en contra de la misma o conformarse con ella. Si el afectado manifiesta su conformidad con la medida dispuesta en su contra, ésta se llevará a efecto sin más trámite. Pero, si manifiesta su intención de recurrir en contra de la misma, deberá interponer un recurso de reconsideración,

---

<sup>396</sup> Este artículo dispone: “Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites. Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos”.

<sup>397</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Op.cit. Pág. 65.

personalmente o debidamente representado por otra persona o por un abogado, ante la misma autoridad que dispuso la expulsión, dentro de un plazo de 24 horas contado desde la notificación del decreto de expulsión. La interposición de este recurso suspende los efectos de la medida de expulsión, la que no puede llevarse a cabo sino una vez resuelto el recurso.

e) En contra de las medidas de apremio que pueden adoptarse por la autoridad administrativa o policial para hacer efectivo el cumplimiento de las medidas de control, traslado y expulsión contempladas en la legislación migratoria, todas las personas que se consideren afectadas en sus derechos, como consecuencia de la adopción en su contra de alguna de estas medidas, pueden ejercer las acciones constitucionales de protección o de amparo, según corresponda, o ejercer las respectivas acciones jurisdiccionales o ante los organismos contralores de la Administración Pública.

**8° La existencia de normas que buscan regularizar la permanencia de los extranjeros que han ingresado o residen irregularmente en el país.**

La Ley de Extranjería señala que se puede conceder visación de residente con asilo político a los extranjeros que se vean forzados a abandonar su país de residencia e ingresen al territorio nacional irregularmente. Además, si a estos extranjeros se les concede esa visación, no serán sancionados en razón de su ingreso irregular al territorio nacional (artículos 35 y 40 de la Ley de Extranjería).

Por su parte, conforme al artículo 78 inciso 4° del Reglamento de Extranjería, los extranjeros que permanecen irregularmente en el país, ya sea por un ingreso irregular o por una causa que sobreviene con posterioridad a un ingreso regular, pueden cambiar esta condición por la de residente en alguna de las calidades contempladas en la legislación migratoria, a condición de que en forma previa las autoridades competentes hayan impuesto una sanción administrativa que no sea la de expulsión (puede ser, por tanto, multa o amonestación por escrito), y siempre que cumplan los requisitos legales y reglamentarios de la calidad de residencia que solicitan o se encuentren en las situaciones del artículo 102 del Reglamento de Extranjería (tener vínculos familiares en Chile, ser profesional, técnico, profesor, refugiado o asilado político, entre otras).

Además, el artículo 81 de la Ley de Extranjería dispone que los extranjeros que se encuentren en situación migratoria irregular serán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habilitado del territorio de la República, mientras se regulariza su permanencia o se dispone la aplicación de las sanciones correspondientes. Como puede observarse, una vez que se sorprende la infracción, las autoridades están facultadas para adoptar medidas de control y traslado con respecto al extranjero infractor, las que se extienden sólo hasta que se logra regularizar su situación o hasta que se adoptan las sanciones que correspondan. Esta norma contempla entonces la posibilidad de que el extranjero, no

obstante haber cometido una infracción migratoria, pueda regularizar su permanencia en el país.

Con respecto a las falencias o debilidades que presenta el marco normativo nacional de las migraciones internacionales, cabe señalar la existencia de diversas cuestiones que inciden de manera negativa en la regulación aplicable a los migrantes que eligen Chile como país de destino:

- En el ámbito universal, y en relación con la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, nuestro país, al momento de ratificar esta Convención, formuló una reserva con respecto a lo prescrito en su artículo 22 párrafo 5, el que consagra el derecho a reclamar una indemnización conforme a la ley cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada. Sobre el particular, la Ley de Extranjería vigente en el país dispone que las medidas de expulsión pueden ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento, sin que se confiera a la persona afectada el derecho a reclamar una indemnización cuando la decisión de expulsión ya ejecutada sea posteriormente revocada.

De acuerdo al criterio sustentado por las autoridades chilenas, este derecho no se reconoce a nivel legislativo ni tampoco encuentra fundamento alguno en el ordenamiento jurídico nacional, ya que ni siquiera los nacionales tienen derecho a indemnización cuando una medida administrativa se revoca en las circunstancias previstas por la

Convención, razones que justificarían la reserva efectuada con respecto a lo señalado en el artículo 22, párrafo 5, de dicho instrumento internacional<sup>398</sup>.

Sobre esta materia, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al examinar el informe inicial de México, presentado con arreglo al artículo 73 de la Convención, recomendó a este país eliminar la reserva efectuada con respecto a la norma establecida en el citado artículo 22, párrafo 5, recomendación que también se hace extensiva a nuestro país, pues, a juicio del Comité, “todos los Estados deben intensificar sus esfuerzos para garantizar a los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la Convención sin distinción alguna”<sup>399</sup>.

Por su parte, en el ámbito interamericano, llama la atención que Chile no haya ratificado aún el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado “Protocolo de San Salvador”. Este instrumento fue aprobado el 17 de noviembre de 1988 por la Asamblea General de la OEA y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. El Estado chileno suscribió este Protocolo el 5 de junio de 2001 y, hasta el mes de diciembre de 2008, no había

---

<sup>398</sup> Ver *supra* sección 3.1.3.1, letra g), del Capítulo II.

<sup>399</sup> COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES. 2007. Informe correspondiente al sexto período de sesiones [en línea] Naciones Unidas, Nueva York <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/434/35/PDF/G0743435.pdf?OpenElement>> [consulta: 22 de enero 2008]. Párrafo 34.

depositado el instrumento de ratificación respectivo. Sin embargo, cabe destacar que, actualmente, se encuentra en tramitación un proyecto de ley destinado a aprobar este instrumento interamericano<sup>400</sup>.

La ratificación del Protocolo de San Salvador tiene gran relevancia pues, tal como se sostuvo en el Mensaje con que el Ejecutivo dio inicio a la tramitación del referido proyecto de ley, “los derechos económicos, sociales y culturales han alcanzado amplia aceptación, tanto en el Sistema de las Naciones Unidas, como en el Sistema Interamericano, ya que se ha reconocido la estrecha relación que existe entre la vigencia de esos derechos y la de los derechos civiles y políticos como un todo indisoluble cuya base se encuentra en la dignidad de la persona humana, sin que pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de los otros (...) si bien los derechos económicos, sociales y culturales han sido reconocidos en instrumentos internacionales universales y regionales, es importante su perfeccionamiento y protección para consolidar en América el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, la libre determinación y disposición de sus riquezas y recursos naturales”,<sup>401</sup>.

---

<sup>400</sup> La tramitación de este proyecto de ley, mediante el Boletín N° 4087-10, se inició el 24 de enero de 2006. Hasta el mes de diciembre del año 2008, dicho proyecto se encontraba en segundo trámite constitucional ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado.

<sup>401</sup> GOBIERNO DE CHILE. 2005. Mensaje N° 390 – 353 de S.E. el Vicepresidente de la República con el que inicia un Proyecto de Acuerdo que aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado “Protocolo de San Salvador” [en línea] < [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?1,4477](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?1,4477) > [consulta: 20 de marzo 2008].



- En el ámbito de los acuerdos multilaterales, muchas veces ocurre que los Estados suscriben este tipo de acuerdos pero luego tardan años en cumplir las formalidades que sus ordenamientos jurídicos internos exigen para que éstos tengan plena vigencia en sus territorios.

En nuestro país, la situación descrita ha ocurrido con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, y con los proyectos de Acuerdo N° 12/02 sobre “Regularización migratoria interna de ciudadanos de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile” y N° 14/02 sobre “Residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile”<sup>402</sup>.

- Con respecto a la normativa constitucional, al igual que en su antigua redacción, el nuevo texto del artículo 10 de la Constitución Política dispone que una ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos. Al respecto, y por contenerse este mismo mandato constitucional en la Carta Fundamental de 1925, se dictó el Decreto Supremo N° 5.142, publicado en el Diario Oficial de 29 de octubre de 1960, que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros. Sin embargo, el texto de este Decreto Supremo, aún vigente, no se ha adecuado a las modificaciones introducidas en la Constitución Política en virtud de la Ley N°

---

<sup>402</sup> Ver *supra* sección 1.2 de este Capítulo.

20.050, por tanto, urge dictar un nuevo decreto relativo a la nacionalización de extranjeros que sí contemple estas importantes modificaciones.

- El Gobierno de Chile ha sostenido que “el eje de la política migratoria nacional es el respeto de los derechos humanos de los migrantes, enfoque que exige regular este fenómeno de una manera que beneficie tanto a éstos como a los nacionales (...) la utilización de esta perspectiva exige perfeccionar la legislación migratoria con el fin de adaptarla a los nuevos modelos de desarrollo definidos para Chile, considerando los procesos de integración en los que el país participa y la entrada en vigencia en el territorio nacional de diversos tratados internacionales que se refieren a cuestiones migratorias, todo lo cual hace necesario incorporar las figuras jurídicas que contemplan estos instrumentos en la legislación interna”<sup>403</sup>.

Sobre la base de tales consideraciones, y al analizar las normas que contempla la legislación vigente, se hace patente la necesidad de impulsar la dictación de una nueva legislación migratoria para Chile que se adecúe a las características que presenta la inmigración en el país y a los compromisos internacionales que se han adquirido en la materia. Por tal razón, y dada su falta de adecuación a las nuevas exigencias que plantea la migración y a los referidos compromisos

---

<sup>403</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2007. La política migratoria en Chile. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior. Págs. 3 y 4.

internacionales, como aspectos negativos de la legislación migratoria nacional pueden señalarse:

**1° Los principios que fundamentan la legislación migratoria vigente en el país.**

El Decreto con Fuerza de Ley N° 69 promueve un proceso de inmigración selectiva, conforme al cual el factor humano debía buscarse exclusivamente en el continente europeo, no sólo por los excedentes de población que este continente presentaba a la época de dictación de dicho instrumento (año 1953), sino que también porque se consideraba que esa población elevaría el conocimiento y el nivel técnico de los habitantes del país, además de contribuir a mejorar las condiciones biológicas de la raza.

Estas ideas fundantes, además de expresarse en el Preámbulo, quedan corroboradas con la lectura del artículo 3 letra a) del DFL N° 69, el cual, refiriéndose a las funciones que correspondían al Departamento de Inmigración, señala que éste debía proponer una política de inmigración que incrementara la capacidad productora y técnica del país, y mantuviera y asegurara la unidad espiritual de la nación, mediante la incorporación de elementos aptos y fácilmente asimilables, evitando el ingreso de individuos indeseables o inadaptables, como lo eran, por ejemplo, todos aquellos extranjeros que no tenían o no podían ejercer profesión u oficio que los habilitara para ganarse la vida, quienes, hasta hoy, tienen prohibido ingresar al territorio nacional.

Por su parte, la Ley y el Reglamento de Extranjería se dictaron una vez instalado el gobierno militar en Chile, con lo que reflejan las especiales y difíciles circunstancias que el país enfrentaba en esos años. Chile se vio políticamente aislado, sumido en problemas humanitarios y económicos que afectaron gravemente su desarrollo interno. Ello motivó la dictación de estos cuerpos legales inspirados en una política de inmigración selectiva que se basaba en dos criterios de elegibilidad de los extranjeros. El primero consistía en que en toda política nacional de inmigración siempre debía primar el interés superior del país. El segundo suponía que estas políticas debían orientarse a incrementar la capacidad productiva y técnica del país, pero, a la vez, debían propender a asegurar la unidad espiritual de la Nación, procurando incorporar, por tanto, a elementos aptos y fácilmente asimilables o adaptables a la realidad sociocultural del país.

Estos principios fundantes permiten comprender por qué la Ley y el Reglamento de Extranjería se concentran en establecer una exhaustiva regulación de los requisitos que se exigen para el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros en Chile, sin que hagan referencia alguna a las garantías que asisten a los mismos. También puede comprenderse por qué estos cuerpos normativos promueven la inmigración de ciertos extranjeros, tal vez no ya sólo de europeos o norteamericanos, pero sí de extranjeros que sean útiles

para el desarrollo del país y asimilables a la realidad sociocultural del mismo.

Las siguientes disposiciones constituyen un fiel reflejo de los principios que inspiran dicha legislación:

a) “Por Decreto Supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales” (artículo 2 inciso segundo de la Ley de Extranjería).

b) “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva, serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones” (artículo 13 inciso primero de la Ley de Extranjería y 13 del Reglamento).

c) “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social” (artículo 15 número 4 de la Ley de Extranjería y 26 número 4 del Reglamento).

d) El Ministerio del Interior podrá establecer requisitos especiales y exigencias documentales complementarias que permitan efectuar una adecuada selección de los extranjeros que soliciten visaciones de residentes, cambios o prórrogas de las mismas y permanencia definitiva (artículo 127 del Reglamento de Extranjería).

Como puede observarse, los principios fundantes de la legislación migratoria vigente en el país están enfocados al inmigrante que se quiere y no al que, por regla general, llega al territorio nacional. Actualmente, como la mayor parte de los inmigrantes proviene de sectores populares con baja escolaridad y escasa calificación laboral, se requiere urgentemente un nuevo marco legal que se base en el respeto de sus derechos fundamentales y que, por tanto, les garantice condiciones laborales, de salud y de educación dignas.

## **2° El no reconocimiento explícito de los derechos humanos de los migrantes.**

Si bien la Constitución Política de la República, en su artículo 19, asegura a todas las personas un amplio conjunto de derechos que constituyen la base para una integración social en condiciones de igualdad y dignidad para todos los individuos, a nivel legislativo no existe ninguna referencia ni reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de las personas migrantes. La legislación vigente en el país sólo se ocupa de señalar cuáles son los derechos y obligaciones de carácter migratorio que detentan los extranjeros que ingresan y permanecen en el país, y que dependen de la categoría de ingreso y de permanencia en el territorio nacional (es decir, de si tienen la calidad de turistas, residentes, residentes oficiales, inmigrantes o habitantes de zonas fronterizas).

Esta regulación resulta deficiente si se compara, por ejemplo, con la que se contempla en la Ley de Migraciones N° 25.871 de la

República de Argentina, promulgada el 20 de enero de 2004 y publicada en el Boletín Oficial el 21 de enero de ese mismo año. En esta ley se reconoce como derecho esencial e inalienable de la persona humana el derecho a la migración, el cual se garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (artículo 4). Además, basándose en un enfoque de reconocimiento y respeto de los derechos humanos, este cuerpo normativo establece que<sup>404</sup>:

a) El Estado debe asegurar las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones (artículo 5).

b) El Estado debe asegurar el acceso igualitario de los inmigrantes y sus familias a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo y seguridad social (artículo 6).

c) Los extranjeros tienen derecho a la educación, a la salud y a la asistencia social o atención sanitaria, los cuales no podrán ser denegados ni limitados a causa de una condición migratoria irregular (artículos 7 y 8).

d) Los migrantes y sus familiares tienen derecho a que el Estado les proporcione información acerca de sus derechos y obligaciones, de los requisitos que deben cumplir para su admisión, permanencia y egreso, y acerca de cualquier otra cuestión que les permita o facilite cumplir con las formalidades administrativas o de otra índole establecidas en la legislación migratoria argentina (artículo 9).

---

<sup>404</sup> GIUSTINIANI, Rubén. 2004. Migración: un derecho humano. Ley de Migraciones N° 25.871. Buenos Aires, Prometeo Libros. Págs. 182 – 184.

e) Los inmigrantes tienen derecho a la reunificación familiar con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes (artículo 10).

f) El Estado debe facilitar la consulta o participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residen (artículo 11).

g) El Estado debe dar cumplimiento a todos los instrumentos internacionales que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes, siempre que hubiesen sido debidamente ratificados (artículo 12).

h) El Estado debe favorecer todas las iniciativas tendientes a la integración de los extranjeros en sus comunidades de residencia (artículo 14).

i) El Estado debe proveer lo necesario para la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros (artículo 17).

Claramente, la citada ley argentina, siguiendo la tendencia internacional, adopta el enfoque de los derechos humanos para aproximarse al fenómeno migratorio, cuestión que en Chile, a pesar de que la Constitución Política contempla un catálogo de los derechos esenciales de la persona humana, se ha tornado en extremo necesaria, principalmente si se toma en consideración que tales derechos no son debidamente reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y que los compromisos internacionales contraídos



por el país en esta materia exigen una consagración expresa de los mismos para brindar una adecuada protección a los migrantes, independientemente de su situación migratoria.

### **3° La existencia de categorías migratorias que no se adecúan plenamente a las características de la nueva inmigración en Chile.**

Según lo dispuesto en la legislación migratoria nacional, los extranjeros pueden ingresar al país en calidad de turistas, residentes (sujeto a contrato, estudiante, temporario, con asilo político o refugiado y tripulante), residentes oficiales, inmigrantes y habitantes de zona fronteriza. La mayoría de estas categorías de ingreso responde a los principios que inspiran la legislación migratoria vigente en el país, cuales son, como se ha señalado, la promoción de una política de inmigración selectiva y la utilización de dos criterios para la elección de los extranjeros (hacer primar el interés superior del Estado y asegurar la unidad espiritual de la Nación). En virtud de ello, muchas de estas categorías presentan difíciles problemáticas a la hora de aplicarse a la nueva inmigración en Chile, compuesta, principalmente, por migrantes económicos no calificados<sup>405</sup>.

---

<sup>405</sup> El término “migrante económico” ha sido utilizado para aludir a las personas que, habiendo dejado su lugar de residencia o domicilio habitual, buscan mejorar sus niveles de vida en un país distinto al de origen. También se utiliza para hacer referencia a personas que intentan ingresar a un país sin permiso legal y/o utilizando procedimientos de asilo de mala fe. Asimismo, se aplica a las personas que se establecen fuera de su país de origen por la duración de un trabajo de temporada, como las cosechas agrícolas, y que se denominan “trabajadores de temporada” o “temporeros”. Ver *supra* sección 5 del Capítulo I.

En tal sentido, como la mayor parte de los inmigrantes proviene, actualmente, de sectores populares con baja escolaridad y escasa calificación laboral, un número importante de éstos no puede optar a una visación de residente sujeto a contrato porque, la mayoría de las veces, emigran sin contar previamente con un contrato de trabajo que les permita obtener esta visación, y porque, además, muchas de las cláusulas que debe contemplar el contrato de trabajo de los extranjeros frenan la contratación de éstos, como ocurre, por ejemplo, con la llamada “cláusula de viaje”<sup>406</sup>. Tampoco pueden optar a una visa de residente estudiante porque, generalmente, no emigran con la finalidad de educarse, sino que de trabajar, y, en los casos en que ya tienen una educación suficiente, no buscan perfeccionarse, sino que su nivel educacional les permita acceder a un trabajo acorde a sus conocimientos y destrezas. La visa de residente temporario también les resulta difícil de obtener porque no siempre tienen vínculos familiares en Chile y, muchas veces, su calificación no es suficiente para que su residencia en el territorio nacional sea considerada útil o ventajosa. Igual cosa ocurre con la visa de residente con asilo político o refugiado porque, muchas veces, su emigración no responde a una violación sistemática de los derechos civiles y políticos en su país de origen, sino que a una violación de sus derechos económicos, sociales y culturales, condición que también los fuerza a emigrar pero

---

<sup>406</sup> Véase el artículo 37 del Reglamento de Extranjería que establece las cláusulas mínimas que debe contener el contrato de trabajo de los extranjeros que solicitan esta visación.

que no les permite ser considerados como asilados políticos o refugiados.

Más difícil aún les resulta obtener una visa de residente tripulante, de residente oficial o de habitante de zona fronteriza porque éstas son categorías migratorias en extremo específicas, aplicables, respectivamente, sólo a quienes se desempeñan en naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre o ferroviario pertenecientes a empresas que se dedican al transporte internacional de pasajeros y carga, a los funcionarios del Servicio Exterior de los Gobiernos, y a aquellos nacionales, residentes o radicados permanentes de Estados que sean fronterizos con Chile, y que tengan domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional.

Por otra parte, a estos migrantes económicos no calificados tampoco cabe aplicarles la categoría de “inmigrante” contemplada en el DFL N°69, pues, si bien esta categoría reconoce que los inmigrantes son extranjeros que ingresan al territorio nacional con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones constitucionales y legales existentes en el país de destino, al promoverse un proceso de inmigración selectiva – como ocurre con este cuerpo normativo – no se permite otorgar la “Visación de Inmigración” a los migrantes económicos que no tengan el grado de calificación profesional y de adaptabilidad exigido por éste. De esta manera, no puede desconocerse que la categoría de “inmigrante”, aunque antaño era reconocida a ciertos extranjeros en virtud de lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de 1953, el mismo que

formalmente no ha sido derogado, se encuentra en desuso desde hace más de 30 años.

En virtud de estas circunstancias, muchas personas que deciden viajar a Chile con claros fines de inmigración se ven forzadas a solicitar una visa de turista, la que evidentemente no responde a los requerimientos e intereses que tienen, pues esta visa sólo les permite permanecer en el país hasta por un plazo de 90 días, prorrogable por un período igual, y no los faculta para desarrollar actividades remuneradas (sin perjuicio de que el Ministerio del Interior puede autorizarlos para que, en casos calificados, desarrollen tales actividades por un plazo no mayor de 30 días, prorrogable, por períodos iguales, hasta el término del permiso de turismo). Esto significa que muchos inmigrantes que desean trabajar en Chile, pero que no cumplen con los requisitos exigidos por la ley para obtener las respectivas visaciones, ingresan regularmente a Chile con visa de turista, pero caen en la irregularidad migratoria por desarrollar actividades remuneradas sin tener permiso para ello, o bien, porque luego del vencimiento de esta visación continúan permaneciendo en Chile sin contar con el permiso debido.

Así, en un intento por mejorar la calidad de las categorías migratorias contempladas hasta entonces por la legislación nacional, durante el Gobierno del Presidente Patricio Aylwin se elaboró un proyecto de ley sobre migraciones en el cual se contemplaban, entre otras cosas, nuevas categorías migratorias derivadas de la necesidad de calificar el ingreso del inmigrante según la naturaleza de sus actividades, y de

la necesidad de lograr un mejor tratamiento estadístico de la información y control cualitativo de los extranjeros en Chile. En tal sentido, el proyecto definía cuatro grandes categorías de admisión, denominadas categoría de residente oficial, permanente, temporal y transitorio<sup>407 408</sup>:

a) La categoría de residente oficial estaba referida a los miembros del Cuerpo Diplomático, Consular y de Organizaciones Internacionales reconocidas por Chile.

b) La categoría de residente permanente, que agrupaba a los extranjeros autorizados para radicarse indefinidamente en el país, fijando en él su domicilio, contemplaba, a su vez, siete subcategorías: inmigrantes; inmigrantes con capital; rentistas, jubilados o pensionados; personas que hubiesen perdido la nacionalidad chilena por nacionalización en país extranjero; parientes extranjeros de chilenos; ex residentes; y residentes por gracia.

Las tres primeras subcategorías obedecían a las características específicas que tenía el extranjero en relación a su profesión, capital o recursos disponibles. El “inmigrante” era definido como el extranjero que venía a instalarse en Chile a fin de desarrollar por cuenta propia o en relación de dependencia cualquier clase de actividad que las autoridades competentes consideraran de interés

---

<sup>407</sup> GOBIERNO DE CHILE. 1993. Proyecto de ley sobre migraciones. Boletín N° 1114-06 [en línea] <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?1,2891](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?1,2891)> [consulta: 21 de marzo 2008].

<sup>408</sup> Este proyecto de ley ha sido calificado como “la principal colaboración jurídica realizada en las últimas décadas en Chile, tendiente a establecer una política nacional de migraciones”. MILOS, Juan Domingo. 1999. Inmigrantes peruanos y bolivianos en Chile: estudio sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Pág. 4. En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, FACULTAD DE DERECHO. 2003. Informe anual sobre derechos humanos en Chile: hechos de 2002. Santiago de Chile. Pág. 340.

para el país y que le permitiera al solicitante y a sus familiares vivir digna y congruamente, sin constituir, por consiguiente, una carga social y económica para el Estado chileno. Así, la categoría de “inmigrante” correspondía, básicamente, a aquel extranjero en el que sobresalían o destacaban sus características personales y profesionales, a diferencia de la categoría de “inmigrante con capital”, aplicable a aquellos extranjeros que se destacaban por el aporte de bienes económicos para realizar actividades productivas, comerciales o de servicio. Además, a la subcategoría de rentista, jubilado o pensionado, podían asimilarse aquellos extranjeros que acreditaban percibir ingresos permanentes y periódicos desde el exterior.

Por su parte, las subcategorías referidas a las “personas que hubiesen perdido la nacionalidad chilena por nacionalización en país extranjero”, y a los “parientes extranjeros de chilenos”, obedecían a vínculos reales que los extranjeros tenían con la nación chilena. La subcategoría referida a los “ex residentes”, era aplicable a aquellos que acreditaban haber sido titulares de una categoría de residente oficial o permanente y, en este último caso, la hubieren perdido por ausentarse del país. Por último, se consagraba la subcategoría de “residente por gracia” para ser otorgada, por la autoridad, como un reconocimiento y privilegio para el extranjero, según sus actividades, vínculos o intereses en Chile.

c) La categoría de residente temporal, que agrupaba a los extranjeros que ingresaban con el ánimo de residir en el país, mientras duraran

las actividades, causas o finalidad que habían dado origen a su ingreso y admisión, contemplaba, a su vez, ocho subcategorías: científicos, académicos, profesionales, técnicos o expertos; directores, gerentes y personal directivo de empresas extranjeras trasladados desde el exterior; periodistas y demás profesionales de los medios de comunicación social, deportistas y artistas; trabajadores en relación de dependencia (que correspondía a la actual visación de residente sujeto a contrato); estudiantes; religiosos; refugiados y asilados; y aquellos extranjeros que, sin estar comprendidos en los apartados que anteceden, eran excepcionalmente autorizados por el Ministerio del Interior o el de Relaciones Exteriores.

d) La categoría de residente transitorio agrupaba a los extranjeros que ingresaban y eran admitidos en el país en alguna de las siguientes seis subcategorías: turistas; agentes de negocios y empresarios; conferencistas e integrantes de espectáculos públicos, en razón de su actividad artística, cultural o deportiva; tripulantes de los medios de transporte internacional; trabajadores de temporada; y habitantes de zonas fronterizas.

En este proyecto de ley se contemplaba también la llamada “residencia legal precaria”, concebida para todos aquellos extranjeros que se encontraban en el país en alguna de las siguientes situaciones: extranjeros que se encontraban gestionando su cambio de categoría migratoria o la prórroga de su autorización de residencia, si antes de resolverse la solicitud ésta caducaba; extranjeros que solicitaban asilo o refugio, mientras se resolvía su situación; y las personas que,

encontrándose ilegalmente en el país, hubieran solicitado la regularización de su situación migratoria.

Para los autores de este proyecto, la “residencia legal precaria” venía a mejorar una de las más graves falencias que contemplaba – y contempla aún hoy – la legislación de extranjería vigente pues, conforme a esta normativa, los extranjeros que se encuentran en alguna de las situaciones referidas caen en una suerte de “indocumentación” migratoria que agrava sus condiciones de permanencia en Chile.

Si bien este proyecto de ley sobre migraciones no prosperó en su tramitación legislativa, no puede desconocerse el enorme avance que sus normas significan para reafirmar la necesidad de establecer nuevas categorías de ingreso de extranjeros al país que se adapten, no sólo a la actual realidad migratoria nacional, sino que también a un mundo globalizado donde los movimientos migratorios, dada su magnitud y complejidad, han pasado a ser un tema recurrente y de interés mundial.

Sin perjuicio de lo anterior, el reparo que puede señalarse con respecto a las categorías migratorias contempladas en este proyecto de ley consiste en que éstas tampoco resultan adecuadas para aplicarse a los migrantes económicos no calificados, principal componente de los flujos migratorios que se verifican actualmente en el país. En este sentido, la categoría de “inmigrante” que consagraba este proyecto, al igual como sucede con aquella que contempla el DFL N° 69 de 1953, fue concebida para ser otorgada sólo a ciertos



extranjeros, específicamente a aquellos que podían acreditar la actividad que desarrollarían en Chile, su solvencia económica y aptitud profesional o laboral. La categoría de “trabajador en relación de dependencia” establecida en este proyecto, equivalía a la actual categoría de residente sujeto a contrato, por lo que compartía las deficiencias de ésta (no podían optar a ella los extranjeros que no contaban con un contrato de trabajo previo). Por último, la categoría de “trabajador de temporada” sólo era aplicable a aquellos extranjeros que ingresaban al país por períodos limitados (permanencia por un plazo de 60 días, prorrogables por igual término), a fin de realizar tareas estacionales específicas (pero no todos los migrantes económicos ingresan al país para desarrollar tareas estacionales).

Por tanto, en la elaboración de este proyecto de ley, al igual como ocurrió con la Ley de Extranjería, se incurrió en la deficiencia de establecer una regulación migratoria orientada, principalmente, a la migración deseada y no a la real. Por ello, si actualmente se quisiera modificar la legislación migratoria vigente, muchas de las categorías contempladas en el citado proyecto podrían servir de referente, pero ellas no deberían ser el único porque, como se ha señalado, entre éstas no se encuentra una categoría de ingreso que pudiera ser aplicada al migrante económico no calificado.

Al respecto, cabe señalar que en la Ley de Migraciones Argentina (Ley N° N° 25.871), sí existe una categoría de ingreso que resulta aplicable a este tipo de migrante económico. Según esta ley, estos

inmigrantes pueden ingresar al país como residentes temporarios bajo la subcategoría de “trabajador migrante”, la cual se concede a los extranjeros que ingresan a Argentina para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita y remunerada, teniendo autorización para permanecer en dicho país por un máximo de tres años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples, y permiso para trabajar en relación de dependencia<sup>409</sup>, sin que se les exija acreditar la actividad que desarrollaran, su solvencia económica y aptitud profesional o laboral. La situación reseñada hace patente la necesidad del cambio legislativo, esta vez para adecuar las categorías de ingreso de los extranjeros al territorio nacional. Si la gran mayoría de éstos caben dentro de la categoría de migrantes económicos no calificados, resulta indispensable que exista un permiso de ingreso que les sea aplicable de manera adecuada. No puede exigirse al Estado que no busque atraer a extranjeros calificados que, por lo demás, efectúan un valiosísimo aporte al país, pero, en ese intento, el Estado tampoco puede olvidar a aquellos extranjeros que ingresan espontáneamente a su territorio con el objeto de mejorar sus condiciones de vida. Si ello ocurre, es el mismo Estado el que obliga a estas personas a cumplir sus objetivos por vías irregulares, ya sea recurriendo a quienes lucran con el tráfico de migrantes, o bien, utilizando permisos de ingreso no aptos para sus pretensiones y que, tarde o temprano, los harán caer en la irregularidad migratoria con todas las nefastas consecuencias que ella implica.

---

<sup>409</sup> GIUSTINIANI, Rubén. Op. cit. Págs. 185 y 186.

#### **4° La penalización de las migraciones irregulares.**

En la legislación vigente en nuestro país se tipifican ilícitos migratorios de carácter penal (artículos 68, 69, 75, incisos 1° y 2°, y 87, inciso 1°, de la Ley de Extranjería), los cuales se sancionan con penas de la misma naturaleza, esto es, con penas privativas de libertad, sin perjuicio de aplicar, en contra de quien resulte condenado por la comisión de alguno de estos delitos, la sanción administrativa de expulsión del territorio de la República, una vez que se dé íntegro cumplimiento a la pena privativa de libertad.

Con respecto a esta materia, cabe señalar, en primer lugar, que la legislación migratoria nacional no se ha adecuado a la tendencia internacional que busca despenalizar las migraciones irregulares, esto es, sustraer de la esfera del derecho penal aquellas conductas que suponen una violación del orden migratorio nacional al quebrantar disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ingreso de extranjeros al territorio de un Estado, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso y el reingreso, a fin de que tales conductas sean sancionadas exclusivamente por el derecho administrativo.

Esta tendencia se sustenta no sólo en el carácter secundario o subsidiario del derecho penal, conforme al cual la pena es un recurso de *ultima ratio*, pues “sólo debe emplearse cuando el ataque al bien jurídico no pueda sancionarse de manera apropiada acudiendo a los medios de solución de que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico”<sup>410</sup>, sino que también en el derecho a la libertad de

---

<sup>410</sup> CURY, Enrique. Op. cit. Págs. 54 y 55.

circulación, consagrado como un derecho humano fundamental. Sobre la materia, se ha señalado que “inherente al concepto de migración, el derecho a la libertad de circulación puede ejercerse con respecto a i) circular en el territorio de un país, ii) salir de cualquier país, y iii) regresar a su país (...) La limitación principal del derecho a la libertad de circulación es que, conforme al derecho internacional, no se desprende como corolario el derecho a entrar al territorio de otro país. De hecho, uno de los principios más reconocidos de la soberanía de los Estados es el derecho a decidir sobre las condiciones de ingreso”<sup>411</sup>. A pesar de esta limitación, la decisión de migrar está dotada de cierta legitimidad al ser una expresión propia del ejercicio del derecho a la libertad de circulación. Ahora bien, si a través de ese ejercicio se vulnera la normativa legal y reglamentaria que cada país contempla para normar el ingreso y residencia de extranjeros en sus territorios, ello no justifica acudir al medio de control social más violento de que puede servirse el Estado de Derecho. “En tanto la infracción no pone en peligro la posibilidad de convivencia, siempre serán preferibles las sanciones no punitivas para remediarla, eludiendo los efectos desocializadores del castigo penal”<sup>412</sup>.

Esta tendencia universal que busca la despenalización de las migraciones irregulares se consagró parcialmente en el proyecto de ley sobre migraciones presentado en el año 1993, pues en éste todas las conductas tipificadas como delitos penales conforme a la Ley de

---

<sup>411</sup> PERRUCHOUD, Richard. Op. cit. Pág. 294.

<sup>412</sup> CURY, Enrique. Op. cit. Pág. 56.

Extranjería fueron consideradas sólo como infracciones administrativas de carácter grave, sancionadas, por tanto, no con penas privativas de libertad, sino que con multas que iban desde las 7 hasta las 25 Unidades Tributarias Mensuales. Incluso, en este proyecto se disponía que quien ingresaba al país, no obstante estar afecto a causales de impedimento o prohibición de ingreso, debía ser expulsado del territorio nacional, sin que se le impusiera, además, una pena privativa de libertad, como efectivamente ocurre actualmente conforme al artículo 69, inciso tercero, de la Ley de Extranjería.

Conjuntamente con la despenalización de las migraciones irregulares, se promueve la tipificación de ciertos delitos que atentan contra el orden migratorio nacional e internacional y que son propios de la delincuencia organizada transnacional. Estos delitos son la trata de personas y el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire, conductas que, por su extrema gravedad, justifican el ejercicio del *ius puniendi* o poder punitivo del Estado.

En segundo lugar, conforme a lo dispuesto en la Ley de Extranjería y en su Reglamento, todos los ilícitos migratorios de carácter penal que tipifican estos cuerpos normativos se sancionan con penas privativas de libertad, sin perjuicio de que, una vez cumplida la condena, las autoridades respectivas deben imponer al infractor una sanción administrativa, cual es la expulsión del territorio nacional.

Al respecto, se ha señalado que “no es admisible que un mismo hecho se castigue con una sanción administrativa y una pena

criminal, pues eso constituye una infracción al principio *non bis in idem*. La circunstancia de que algunas leyes y reglamentos (como la Ley y el Reglamento de Extranjería) acepten expresamente esa posibilidad significa tan sólo un error que se debe impugnar enérgicamente, evitando, a toda costa, elevarlo a la categoría de norma general”<sup>413</sup>.

Sobre esta materia, corresponde aclarar que, efectivamente, la comisión de una única conducta puede traer como consecuencia que un sujeto incurra en responsabilidad administrativa, civil y penal. Esta triple responsabilidad es parte de la técnica legislativa, sin embargo, de ella deviene una discusión doctrinaria de no menor importancia referida a la vulneración del principio *non bis in idem*, como consecuencia de la aplicación de una sanción administrativa y penal sobre una misma conducta desplegada.

Así las cosas, conforme a lo establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, un mismo hecho sólo podrá ser castigado con una sanción administrativa ó penal. Sin perjuicio de esta garantía, el principio contrario, esto es, el *bis in idem*, tiene cabida cuando las sanciones previstas en la ley recogen presupuestos o fundamentos jurídicos distintos. Ello quiere decir que, existiendo identidad de sujeto y conducta, pero siendo los bienes jurídicos protegidos distintos, es plenamente aplicable la concurrencia de sanciones. Por el contrario, existirá vulneración al principio *non bis in idem* cuando haya concurrencia de sanciones aún a pesar de configurarse la triple

---

<sup>413</sup> CURY Enrique. Op. cit. Pág. 80.

identidad respecto de las mismas, esto es, identidad de sujetos, de hechos y fundamentos.

Conforme a lo anterior, estimamos que la regulación existente en la Ley y en el Reglamento de Extranjería sí vulnera el principio *non bis in idem* porque, respecto de un mismo sujeto (el extranjero), hechos (por ejemplo, ingresar al país o intentar egresar de él clandestinamente) y bienes jurídicos tutelados (orden migratorio nacional, seguridad interior) contempla la concurrencia de sanciones penales y administrativas (presidio menor en su grado máximo y expulsión del territorio nacional).

#### **5° La no referencia explícita a las garantías del debido proceso de ley en los procedimientos administrativos.**

La nula referencia a estas garantías puede observarse en los siguientes aspectos de la legislación migratoria vigente en el país:

a) Cuando las autoridades policiales sorprenden la comisión de una infracción migratoria (ingresar al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en la Ley de Extranjería; no observar sus prohibiciones o continuar permaneciendo en Chile no obstante haberse vencido el respectivo permiso) dan inicio a un procedimiento de carácter administrativo en el cual están facultadas para adoptar, con respecto al extranjero infractor, medidas de control y de traslado, mientras se regulariza la estada de éste o se dispone la aplicación de las sanciones que correspondan.

Si la infracción cometida es de naturaleza penal, debe existir denuncia o querrela del Ministerio del Interior o del Intendente Regional respectivo para que se dé inicio a la correspondiente investigación criminal a cargo del Ministerio Público, la cual, como se ha señalado, está regulada por las normas generales del Código Procesal Penal y por las normas especiales de la Ley de Extranjería. El primero de estos cuerpos legales contempla una serie de principios básicos que exigen la realización de una investigación y de un procedimiento racionales y justos, garantía que se reconoce a todas las personas y, por ende, a los extranjeros que incurran en la comisión de un delito migratorio o de cualquier otro tipo de delito.

Ahora bien, el problema se suscita porque en la legislación migratoria vigente no se regula con claridad el procedimiento que deben llevar a cabo las autoridades policiales que sorprenden la comisión de una infracción migratoria de carácter administrativo, el cual puede finalizar con la correspondiente regularización del extranjero, o bien, con la imposición en su contra de una sanción migratoria por parte de las autoridades competentes. La regulación es deficiente porque, en primer lugar, se hace una referencia genérica a las medidas de control y de traslado que pueden adoptarse<sup>414</sup>, sin que se distinga cuáles serán

---

<sup>414</sup> Entre las medidas de control, la Ley de Extranjería establece que la autoridad policial que sorprenda la infracción debe tomarle la declaración al infractor, retirarle los documentos que correspondan, señalarle una localidad de permanencia obligada por el lapso que estime necesario y fijarle la obligación de comparecer periódicamente a una determinada unidad policial. Debe, además, poner todos los antecedentes en conocimiento del Ministerio del Interior, por conducto de la Dirección General de Investigaciones. Por su parte, las medidas de traslado, ya sea a un lugar habilitado del territorio de la República o a una localidad de permanencia obligada, serán dispuestas por estas autoridades con el objeto de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes.



procedentes en caso de infracciones administrativas y cuáles deberán adoptarse en los casos en que la infracción tenga carácter penal. En segundo lugar, porque tampoco existe una referencia explícita acerca de cuáles son los derechos que asisten al extranjero infractor durante la realización de este procedimiento administrativo y, muy especialmente, en los casos en que como medida de control se disponga su privación de libertad. Las únicas referencias a garantías procedimentales se encuentran en el artículo 79 de la Ley de Extranjería que establece que en estos procedimientos debe oírse al afectado, siempre que ello sea posible, y que en contra de la resolución administrativa que imponga la sanción de multa o de amonestación por escrito puede interponerse el recurso de reconsideración conforme a la ley.

En virtud de la normativa internacional y constitucional vigente en Chile, todo procedimiento que se inicia, sea penal o administrativo, debe satisfacer ciertas garantías mínimas que permitan considerarlo como racional y justo, pero ninguna de estas garantías se consagra en forma expresa en la legislación migratoria nacional.

Sobre esta materia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que tales garantías consisten, básicamente, en que “se reconozca el derecho a ser asistido por un defensor, el derecho a un tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se formulan y, en consecuencia, para defenderse de ellas, y el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes

pruebas”<sup>415</sup>. En el caso de las personas migrantes y sus familiares, resulta también fundamental el reconocimiento del derecho a un intérprete – cuando ello sea necesario – y del derecho a un recurso efectivo.

Además, según los estándares internacionales, ante cualquier forma de privación de libertad, los extranjeros, sin importar su condición migratoria, tienen derecho a la asistencia consular y también tienen derecho a que se les reconozcan ciertas garantías como las señaladas en el artículo 17 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>416</sup>.

b) Si el procedimiento administrativo termina con la dictación de una resolución del Intendente Regional respectivo por medio de la cual éste impone una sanción de multa o de amonestación por escrito, el extranjero afectado puede interponer un recurso de reconsideración, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la Ley y en el Reglamento de Extranjería. Conforme a uno de estos requisitos, para que el recurso sea admisible, el afectado debe fijar domicilio y depositar el 50% del importe de la multa, mediante vale vista bancario tomado a la orden del Ministerio del Interior, el que le será devuelto en caso de ser acogido el recurso.

La exigencia de este requisito reduce la verdadera efectividad de este recurso como medio que permita revisar la legalidad y legitimidad de

---

<sup>415</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), caso Riebe Starr c. México, párrafos 59 - 60 (1999). En: O'DONNELL, Daniel. Op. cit. Pág. 367.

<sup>416</sup> Ver *supra* sección 3.1.3.1, letra e), del Capítulo II.

la sanción administrativa, pues el depósito del 50% de la multa puede convertirse muchas veces en un obstáculo para aquellos extranjeros que no cuenten con los recursos económicos suficientes para cumplir con este requisito, quienes se verán privados de ejercer este medio de impugnación.

c) Si el procedimiento administrativo concluye con la imposición de una medida de expulsión, debe distinguirse qué autoridad administrativa la dispuso para determinar los medios de impugnación que existen en su contra. En este sentido, si la medida de expulsión fue dispuesta por decreto supremo fundado suscrito por el Ministro del Interior, su legalidad será revisada por la Contraloría General de la República mediante el trámite de toma de razón y, además, el afectado puede interponer un recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Sin embargo, existen dos circunstancias que pueden reducir enormemente la verdadera efectividad de este recurso como medio de impugnación de dicha sanción administrativa. La primera, dice relación con que el plazo legal para interponerlo, además de ser fatal, es excesivamente reducido: 24 horas, contado desde la notificación del decreto de expulsión. Ello se agrava si se considera que este recurso debe ser fundado. La segunda circunstancia se refiere al hecho de que durante la tramitación de este recurso por la Corte Suprema, el extranjero afectado debe permanecer privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen de oficio. Aunque la Corte Suprema debe fallar el recurso en un plazo de 5 días, contados desde

su presentación, la privación de libertad tiene un poderoso efecto disuasivo, además de obstaculizar, salvo que se adopten las garantías adecuadas, el efectivo ejercicio del derecho a ser oído y del derecho a la defensa, con lo cual nuevamente se verían vulneradas las garantías del debido proceso de ley.

Por su parte, si excepcionalmente la medida de expulsión fue decretada por resolución del Intendente Regional respectivo, estará exenta del trámite de toma de razón, y ni en la Ley ni en el Reglamento de Extranjería se contempla el derecho del afectado para interponer un recurso en contra de dicha resolución administrativa. Frente a esta clara vulneración de las garantías del debido proceso, puesto que no se reconoce el derecho a un recurso efectivo, el Gobierno de Chile ha reconocido la procedencia del recurso de reconsideración en contra de la resolución que decreta la expulsión, fundándola en el derecho de petición garantizado en la Constitución Política, en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes<sup>417</sup>. Sin embargo, para que no exista ningún tipo de cuestionamiento siempre será más conveniente que la legislación contemple en forma expresa el medio de impugnación procedente y los requisitos para su interposición.

---

<sup>417</sup> Ver *supra* sección 2.2.3, número 7, de este Capítulo.

## **6° La deficiente regulación de la medida de expulsión conforme a los parámetros internacionales.**

La legislación migratoria nacional contempla una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión, a pesar de la gravedad y, por ende, del carácter excepcional que debería tener esta medida. Además, las normas pertinentes no precisan claramente cuáles son las consecuencias que se derivan de la aplicación de una medida de expulsión en contra de un extranjero.

Con respecto a esta materia, cabe señalar que en el citado proyecto de ley sobre migraciones presentado en el año 1993, se contemplaba la deportación como una nueva sanción migratoria, concebida como una medida sancionatoria intermedia entre la expulsión y la conminación al abandono voluntario del país por parte del extranjero infractor. Su creación obedecía entonces a la necesidad de distinguir entre una medida fundamentada en aspectos técnicos netamente migratorios, como era la deportación, y la fundada en preceptos de tipo delictivo, de conveniencia nacional o incluso de tipo político, como era la expulsión. Conforme a ello, se definía la deportación como un acto administrativo, dispuesto por el Ministerio del Interior, por el cual se ordenaba poner fuera de la frontera del territorio nacional al extranjero que se encontraba en alguna de las siguientes situaciones: a) haber ingresado clandestinamente al país; b) haber permanecido en el país una vez vencido el plazo legal de permanencia; c) haber permanecido en el país una vez declarada la revocación de su residencia, y habiendo vencido el plazo estipulado para hacer

abandono del territorio nacional; d) haber pertenecido a la tripulación de embarcaciones que ingresaron a aguas jurisdiccionales sin contar con la respectiva autorización de la autoridad nacional competente; e) no haber pagado la multa aplicada por infracción a la ley, dentro del plazo de quince días hábiles, que se contaba desde que la resolución respectiva hubiese quedado ejecutoriada. Podía también disponerse la deportación de un extranjero como medida alternativa a la sanción pecuniaria por una infracción grave.

Por su parte, la expulsión era definida como la orden emanada del Ministro del Interior por la cual un extranjero debía hacer abandono del territorio nacional en el plazo fijado al efecto. Correspondía decretar la expulsión de aquellos extranjeros que incurrieran en alguno de los siguientes actos o se encontraban en alguna de las siguientes situaciones: a) los que por sus antecedentes hacían presumir que podían alterar el orden público, comprometer la soberanía nacional, o la seguridad exterior; b) los que realizaban actos contrarios a la moral, a las buenas costumbres o a los intereses de Chile; y c) los que tenían antecedentes de practicar el comercio, consumo o tráfico ilícito de drogas, armas o personas, o el contrabando. Ahora bien, no obstante haberse acreditado algunas de las causales señaladas, el Ministerio del Interior podía no ordenar la expulsión del extranjero cuando tenía cónyuge o hijos nacionales chilenos – en claro resguardo del derecho a la protección de la familia –, cuando circunstancias especiales así lo aconsejaban y cuando el tiempo de permanencia en Chile, su categoría migratoria de residencia y su

composición familiar, ameritaban la aplicación de otra medida, en reemplazo de la expulsión.

Además, y como aspecto de gran relevancia, en este proyecto se precisaban los efectos de la deportación y de la expulsión. En este sentido, se señalaba que el decreto de expulsión implicaba la prohibición indefinida de reingreso al territorio nacional, en tanto que la resolución de deportación no podía prohibir indefinidamente el reingreso al país, debiendo señalarse el período que duraba el impedimento, para lo cual se tenían en cuenta las causas que habían motivado la medida, infracciones anteriores, tiempo y categoría de residencia. Si no se señalaba plazo, la prohibición de reingreso, en el caso de la deportación, duraba el término de tres años.

Dada la gravedad de la medida de expulsión, resulta conveniente que ésta no se consagre como sanción de carácter general, sino que se delimite expresamente su procedencia, reservándola a aquellos casos en que existen infracciones a preceptos de tipo delictivo, de conveniencia nacional o de seguridad interior. Además, es necesario precisar claramente los efectos o consecuencias que, para el afectado, supone la medida de expulsión, los derechos que lo asisten conforme a la normativa internacional de los derechos humanos y los casos en que es recomendable no aplicar esta medida, en atención a diversas circunstancias como, por ejemplo, el resguardo del derecho a la vida familiar<sup>418</sup>.

---

<sup>418</sup> Ver *supra* sección 3.1.3.1, letra g), del Capítulo II.

## **7° La no tipificación de los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas.**

Si bien en el ordenamiento jurídico nacional se encuentran plenamente vigentes la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos<sup>419</sup>, a nivel legislativo aún no se han tipificado como delitos contra el orden migratorio el tráfico de migrantes y la trata de personas. Cabe destacar, eso sí, que, actualmente, se encuentra en tramitación un proyecto de ley destinado a tipificar ambas conductas punibles, estableciendo normas para su prevención y más efectiva persecución criminal<sup>420</sup>.

Con respecto a esta materia, resulta interesante destacar que en la Ley de Migraciones Argentina se contemplan sanciones en contra de quienes promuevan o faciliten el tráfico ilegal de personas. Asimismo, se castiga penalmente a quien, mediante la presentación de documentación falsa, peticione para un tercero algún beneficio migratorio. Las penas se agravan cuando esta conducta se realiza con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad o inexperiencia de la víctima. Además, en relación con todas las conductas ilícitas tipificadas, las penas se incrementan cuando se hace de ello una actividad habitual,

---

<sup>419</sup> Con fecha 16 de febrero de 2005, se publicó en el Diario Oficial el decreto promulgatorio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de su Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y de su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

<sup>420</sup> Este proyecto ingresó, mediante el Boletín N° 3778-18, al primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, con fecha 5 de enero de 2005, y, al mes de diciembre de 2008, se encontraba en el segundo trámite constitucional ante el Senado.



interviene en el hecho un funcionario o empleado público, si se pone en peligro la vida, la salud o la integridad de los migrantes o cuando la víctima es menor de edad. Otra agravante se establece cuando el ingreso ilegal de personas se vincula con actos de terrorismo, narcotráfico, lavado de dinero o prostitución<sup>421</sup>.

Las problemáticas planteadas permiten demostrar la importante necesidad de que en nuestro país se dicte una nueva ley de migraciones que brinde una mayor protección a las personas migrantes y cumpla con los estándares internacionales existentes sobre la materia. Estos desafíos implican reconocer que la nueva legislación debe ajustarse a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos que resulten aplicables. De esta manera, inspirándose en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una nueva ley de extranjería y migración, debería:

- Consagrar expresamente los derechos humanos de los migrantes, cualquiera sea la condición migratoria de éstos.
- Despenalizar las migraciones irregulares, contemplando únicamente sanciones de carácter administrativo en contra de quienes vulneren la normativa nacional que regula el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso y el reingreso.

---

<sup>421</sup> GIUSTINIANI, Rubén. Op. cit. Pág. 39.

- Incorporar dentro de las categorías migratorias alguna que resulte aplicable al llamado “migrante económico no calificado”, pues respecto de estos inmigrantes no se han adoptado medidas concretas que permitan determinar la forma para integrarlos a la sociedad, con los beneficios legales y sociales que amerita cualquier residente en el país.

En virtud de ello, como nuevas categorías de ingreso al territorio nacional deberían incluirse la de “trabajador migratorio” y la de “trabajador migratorio de temporada”. La primera sería aplicable a todos aquellos extranjeros que desean ingresar a Chile con el objeto de dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita remunerada, pero que no cuentan con un contrato de trabajo antes de su ingreso al país. Los titulares de esta visa estarían facultados para trabajar bajo relación de dependencia, permanecer en el país por un período determinado de tiempo que sería prorrogable, y efectuar entradas y salidas múltiples durante su período de residencia.

La segunda categoría sería aplicable para aquellos extranjeros que desean ingresar a Chile por períodos limitados (por ejemplo, 90 días, prorrogables), con el fin de realizar tareas estacionales específicas.

- Garantizar que todos los migrantes y sus familiares, incluso aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular, tengan los mismos derechos que los nacionales del Estado receptor para presentar denuncias y acceder a mecanismos de reparación

ante los tribunales de justicia, en los casos en que sus derechos o libertades hayan sido violados.

- Abordar el problema de los malos tratos y otros actos de violencia contra los migrantes y sus familiares, independientemente de quien los cometa, garantizando la investigación de estos actos y que los responsables serán formalizados, acusados y condenados.
- Proteger a las mujeres migrantes, especialmente las trabajadoras domesticas, posibilitando el acceso de éstas a una situación migratoria regular y promoviendo una fiscalización más frecuente y sistemática de sus condiciones de trabajo.
- Garantizar a todos los hijos de migrantes nacidos en Chile, independientemente de la situación migratoria de sus padres, el derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad, de conformidad con el artículo 29 de la Convención sobre trabajadores migratorios, así como el derecho a que el Servicio de Registro Civil e Identificación les expida el correspondiente certificado de nacimiento.
- Garantizar a todos los hijos de migrantes, tanto documentados como indocumentados, el acceso a la educación y a la salud en condiciones de igualdad de trato con los niños chilenos, de conformidad con los artículos 28 y 30 de la citada Convención.
- Fortalecer la institución de la familia, permitiendo que los extranjeros que tengan vínculos de familia (padres, hijos, cónyuges) con chilenos o con extranjeros residentes en el territorio nacional tengan prioridad para su establecimiento en el país.

- Tipificar como delitos penales la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar o aire, garantizando una investigación apropiada de las denuncias efectuadas, y la persecución y sanción de los responsables.

### **3. Propuesta gubernamental: una política migratoria para Chile**

La eventual modificación o derogación de los principales cuerpos legales que regulan la migración en el país, así como la posterior promulgación y publicación de una nueva ley de extranjería y migración que se adecúe a las exigencias que, hoy en día, plantea esta materia, constituirían un enorme avance al momento de abordar las cuestiones que suscita la migración internacional en Chile. Sin embargo, la experiencia indica que, cuando la distancia entre un nuevo marco normativo y la realidad que debe ser cambiada es muy grande, resulta necesario formular políticas especiales que apunten a la aplicación y al cumplimiento efectivo de la nueva legislación.

Por ello, un adecuado tratamiento de la temática migratoria “supone no sólo la actualización de las legislaciones nacionales, sino que además demanda un gran esfuerzo de modernización de su gestión, el fortalecimiento institucional de los organismos nacionales con competencia

en estos temas, la capacitación de los funcionarios públicos y el desarrollo de mecanismos de coordinación entre los Estados participantes”<sup>422</sup>.

Sobre la materia, el Gobierno de Chile ha reconocido la necesidad de ajustar su política migratoria, esto es, precisar los criterios con los cuales se alentará, desalentará y regulará la migración en el país. En virtud de ello, bajo el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos se formó una Comisión Interministerial de Política Migratoria encargada de la redacción de una propuesta de Política Migratoria y que incorporó a diversos actores gubernamentales cuya gestión tiene incidencia en la temática migratoria o puede verse influida por ella. Especial relevancia adquirieron aquí los organismos públicos del área social, como los Ministerios de Salud, de Educación y de Vivienda, y el Servicio Nacional de la Mujer<sup>423</sup>.

En el mes de diciembre del año 2005, la propuesta de Política Migratoria elaborada por la Comisión fue remitida al Presidente de la República para su aprobación. Actualmente, aún se encuentra en el trámite de aprobación presidencial para su posterior oficialización<sup>424</sup>.

Esta propuesta “consta de tres componentes básicos; un diagnóstico, que presenta un análisis de los procesos migratorios que se han producido

---

<sup>422</sup> PRIMERA CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES. 2000. Declaración de Buenos Aires [en línea] Buenos Aires, Argentina, 18 y 19 de mayo de 2000 <[http://www.cimal.cl/conferencia/interior\\_conferencia/primera/declaracion\\_baires.htm](http://www.cimal.cl/conferencia/interior_conferencia/primera/declaracion_baires.htm)> [consulta: 10 de agosto 2007]. Párrafo 5.

<sup>423</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2007. La política migratoria en Chile. Op. cit. Págs. 1 y 2.

<sup>424</sup> Ibid.

en Chile a lo largo de su historia, y de las proyecciones que el fenómeno tiene en la actualidad. La segunda parte, reseña los principios que guían la acción del Gobierno en relación con esta materia, para finalmente, presentar un plan de acción que busca hacer operativos los principios definidos en este documento”<sup>425</sup>.

#### **a) Parte I: Diagnóstico de la situación migratoria**

“En esta sección se entregan antecedentes generales de la situación migratoria a nivel mundial y específicamente de lo que ocurre en Chile. Se hace referencia además, a la situación en América Latina en la década de los noventa, donde se abordan tres tendencias básicas: una sur – norte, desde Latinoamérica hacia el hemisferio norte, otra sur – sur con destino principal a Brasil y Argentina, y una tercera (cuantitativamente menor) desde los países de la zona andina hacia Chile”<sup>426</sup>.

#### **b) Parte II: Principios reguladores de la gestión migratoria**

“En esta sección se da cuenta de los principios que guiarán la acción estatal en relación con la inmigración, partiendo del supuesto de que los flujos inmigratorios hacia Chile podrían incrementarse en el futuro, lo que redundaría en que Chile deberá transformarse en un agente activo frente a la inmigración, con capacidad de cuantificarla y direccionarla, tendiendo

---

<sup>425</sup> TORREALBA, Nicolás. Op. cit. págs. 119 y 120.

<sup>426</sup> Ibid. pág. 120.

siempre a la integración del colectivo migrante”<sup>427</sup>. Se reconoce además que “el eje de la política migratoria nacional es el respeto de los derechos humanos de los migrantes, que deriva en dos principios de gestión, que son la regularización de las situaciones de residencia y la igualdad en la aplicación de los derechos laborales para nacionales y extranjeros, regulares e irregulares”<sup>428</sup>.

Conforme a lo anterior, el documento señala que los principios reguladores de la gestión migratoria del Estado, son<sup>429</sup>:

- **Promover la obtención y el mantenimiento de la nacionalidad:** La gestión migratoria debe facilitar los procedimientos que permitan que los chilenos nacionalizados en países extranjeros mantengan su nacionalidad de origen, así como facilitar los procedimientos para que los extranjeros residentes puedan obtener la carta de nacionalidad chilena.
- **Garantizar el derecho de residencia y la libertad de circulación:** El Estado debe garantizar estos derechos pero, a la vez, debe orientar el acceso a la residencia enfatizando ciertas áreas laborales o actividades lucrativas, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado y de los propios inmigrantes.
- **Garantizar la libertad de pensamiento y de conciencia:** Lo que significa el reconocimiento para que los extranjeros puedan

---

<sup>427</sup> Ibid. Págs. 120 y 121.

<sup>428</sup> Ibid. Pág. 121.

<sup>429</sup> Ibid. Págs. 121 – 123.

manifestar, tanto en público como en privado, sus creencias y costumbres, de acuerdo a lo establecido en la ley.

- **Establecer el acceso a la residencia en condiciones igualitarias y debidamente informadas:** Ello supone informar a los potenciales inmigrantes acerca de sus derechos y obligaciones como futuros residentes, así como acerca de los requisitos establecidos por la ley y los reglamentos para su admisión, y de cualquier otra cuestión relevante que les permita cumplir con los procedimientos para adquirir la residencia.
- **Garantizar el acceso a la justicia:** Los extranjeros son titulares del derecho a acceder a los tribunales o cortes en las mismas condiciones que cualquier nacional, y también del derecho a ser oídos públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente.
- **Promover la protección social de los inmigrantes:** Implica promover la igualdad de trato a los migrantes en materia laboral, de seguridad social, de derechos culturales y de libertades individuales, además de garantizar a los hijos de los extranjeros el acceso a la educación y el acceso a la salud, cualquiera que sea la condición migratoria de sus padres. En este sentido, el Estado debe no sólo favorecer el acceso a la residencia para las personas que opten por vivir en el país, sino que también debe generar las condiciones para el acceso a otros beneficios sociales que tengan incidencia directa en la integración del colectivo migrante.
- **Regularizar los flujos migratorios:** La gestión migratoria se orientará a facilitar y promover la regularización migratoria,



entendiendo que ello favorece el proceso de integración, al evitar las condiciones de trabajo desfavorables y, consecuentemente, desalentar la contratación irregular. Además, el Estado se compromete a sancionar y, en lo posible, terminar con la contratación de inmigrantes en situación irregular, imponiendo fuertes multas a los empleadores que recurran a este tipo de contratación, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos laborales generados, al margen de que la relación laboral se hubiere producido en situación de residencia irregular.

- **Promover la no discriminación:** Con arreglo a los mandatos derivados de las normas internacionales de derechos humanos que ordenan eliminar todas las formas de discriminación contra las personas, se prohíbe toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. En este sentido, es deber de los organismos del Estado, con incidencia en materia migratoria, velar por eliminar y porque se denuncien e investiguen las actividades de cualquier asociación que promueva la discriminación o xenofobia respecto de los inmigrantes.
- **Promover la reunificación familiar:** Implica reconocer que los extranjeros que tienen vínculos de familia (padres, hijos, cónyuges)

con chilenos o con extranjeros residentes, tienen prioridad para su establecimiento en el país.

- **Brindar una adecuada protección a refugiados y asilados:** Por razones de solidaridad y reciprocidad internacional, se propone promover condiciones adecuadas para que las personas que se hallen en esta condición, encuentren en Chile amparo frente a la persecución que las afecta en sus lugares de origen. De igual forma, se propone informarles respecto de los beneficios sociales a los que legalmente puedan acceder en el país y facilitarles el acceso a tales beneficios.
- **Facilitar la movilidad de las personas de negocios:** Con el objeto de aprovechar la contribución de estas personas al desarrollo del país, se propone el otorgamiento de facilidades para las personas que concurren a Chile buscando desarrollar actividades de negocios, comerciales, de inversión u otras relacionadas con el intercambio científico, tecnológico o de interés cultural.
- **Impulsar la desconcentración y descentralización de la gestión migratoria:** Ello implica ampliar los niveles de autonomía regional y provincial en el otorgamiento de los permisos de residencia temporales, siempre bajo las directrices que defina la política migratoria nacional.
- **Velar por la seguridad interior del Estado:** El Gobierno debe promover la migración segura y velar porque los efectos negativos del fenómeno migratorio no afecten la seguridad ciudadana. Se propone combatir el tráfico y la trata de personas, controlar los flujos de extranjeros en condición de irregularidad que deseen ingresar al

país, además de restringir el ingreso de personas que, en razón de sus antecedentes judiciales o policiales, constituyan un peligro para la sociedad.

- **Contemplar regulaciones especiales:** Éstas se establecen para enfrentar situaciones de carácter excepcional, relacionadas con períodos de recesión económica, saturación de algún mercado laboral, brotes de conflicto social u otras situaciones de crisis de similar factura, así como con el interés del Estado por poblar ciertas zonas del territorio nacional y/o promover el arribo de inmigrantes calificados para ciertas zonas del país o para determinadas actividades económicas. Por su naturaleza contingente, las regulaciones especiales se ajustarán a los criterios que, de acuerdo con cada contingencia, sean definidos por un Consejo Nacional de Política Migratoria, instituido como ente asesor del Gobierno chileno en este campo, cuyo objeto será, precisamente, proponer medidas especiales de carácter temporal que permitan encauzar adecuadamente los flujos migratorios.

### c) **Parte III: Plan de Acción**

La tercera parte de esta propuesta presenta un plan de acción que busca hacer operativos los principios y regulaciones vistos anteriormente. Entre los objetivos de este plan de acción, destacan<sup>430</sup>:

---

<sup>430</sup> Ibid. Págs. 123 – 127.

- Mejorar la institucionalidad migratoria, para que ella sea funcional a los principios que guían la acción estatal en materia de migraciones.
- Realizar un constante monitoreo de flujos migratorios, sobre la base de sistemas de información que consideren las diversas variables del fenómeno, con el fin de generar insumos apropiados para la toma de decisiones.
- Propender a la regularización de las personas que llegan al país con fines de residencia o trabajo.
- Garantizar el respeto a los derechos humanos de los migrantes y sus familias, para ello resulta indispensable adaptar la legislación migratoria a la Constitución Política de la República y a los tratados internacionales de derechos humanos que haya suscrito el país, procurando generar mecanismos que permitan al Estado velar por el cumplimiento de los preceptos emanados de dichos instrumentos.
- Garantizar los derechos laborales y, en general, de protección social a los trabajadores migrantes y sus familias, independientemente de la calidad migratoria.
- Actualizar la legislación migratoria con el objeto de modernizar el sistema de categorías migratorias y tipificar el delito de tráfico ilícito y trata de personas.
- Promover que los procesos migratorios, tanto de entrada como de salida del territorio nacional, cuenten con un nivel de seguridad que permita la preservación del orden institucional del país.

El panorama actual de Chile en materia migratoria dista mucho de los principios que inspiran la propuesta de Política Migratoria reseñada. Si bien, a nivel gubernamental, se ha reconocido la importancia de esta materia, lo que ha significado que ésta se incluya en los programas de gobierno y se hayan adoptado medidas para mejorar su gestión, la precariedad de los cuerpos legales que la regulan, y que aún se encuentran vigentes, no permite al Estado otorgar una adecuada protección a los migrantes, circunstancia que incrementa su vulnerabilidad y las dificultades que deben sortear para integrarse en la sociedad chilena. Dicha precariedad se debe, principalmente, a que la legislación migratoria vigente en Chile no se inspira en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se orienta a regular flujos migratorios deseados pero no reales.

En este escenario, la adopción de medidas legislativas orientadas a modificar la legislación migratoria vigente constituye un primer paso para lograr que en el ordenamiento jurídico chileno no sólo se reconozcan los derechos humanos de los migrantes, sino que también se garantice su efectiva aplicación. El segundo paso para lograr este objetivo, y que trasciende la esfera meramente normativa, involucra a todos los organismos estatales pues, como se ha señalado, exige adoptar una política migratoria que busque no sólo a mejorar las deficiencias legales, sino que también modernizar la gestión migratoria, fortalecer los organismos con competencia en la materia, capacitar a los funcionarios públicos y promover el desarrollo de mecanismos de coordinación entre los diversos Estados involucrados.

## CONCLUSIONES

Las migraciones internacionales impulsadas por las fuerzas de la globalización, los cambios demográficos, las persistentes disparidades entre los países y al interior de los mismos, así como los conflictos políticos y los desastres naturales, vuelven a cobrar importancia y se han convertido, actualmente, en un aspecto significativo de la vida económica, social y política en un mundo en constante movimiento.

En este escenario, hemos visto que los desafíos normativos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a los Estados con respecto a las migraciones internacionales son múltiples. Ello ocurre, principalmente, porque bajo el prisma de los derechos humanos, el factor central en la regulación del fenómeno migratorio es la persona humana, lo que implica considerar al migrante no sólo como fuerza de trabajo que se desplaza de un Estado a otro, sino que, en primer lugar, como un ser humano que trae consigo creencias, culturas y costumbres diversas, así como también múltiples vivencias derivadas del proceso migratorio, y que se vinculan con el dejar atrás su tierra y los fuertes lazos que lo unen a ella, para arribar a una sociedad que, en ciertas ocasiones, le es completamente ajena y extraña.

Sobre tal consideración, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos presenta a los migrantes como un colectivo altamente vulnerable, condición que se agrava en los casos de mujeres y niños migrantes, ante situaciones de migración irregular y también cuando se trata de migrantes no calificados, quienes, muchas veces, se ven expuestos en las sociedades receptoras a las más diversas reacciones de hostilidad, discriminación, e incluso, racismo y xenofobia

Para superar tales obstáculos, organismos supraestatales (como la ONU y la OEA), que utilizan este nuevo enfoque normativo, han instado a los Estados Partes a reconocer, respetar y garantizar los derechos humanos de los migrantes – como seres humanos que son –, y a implementar políticas que brinden una adecuada acogida e integración de éstos en las sociedades receptoras, a fin de que efectivamente puedan contribuir no sólo al desarrollo de éstas, sino que también al de sus comunidades de origen.

Ahora bien, tales medidas en ningún caso suponen interferir en la potestad que tienen los Estados para decidir quiénes ingresan al país y cuáles son los requisitos que deben cumplirse para residir en él, temporal o definitivamente, y para egresar y reingresar al mismo, por cuanto, de acuerdo a la óptica de los derechos humanos, el derecho a ingresar a un Estado distinto del propio no ha sido reconocido como tal, ni se desprende como corolario del derecho a salir del territorio de cualquier Estado, incluso del propio, que sí tiene el carácter de derecho fundamental.

Lo anterior significa reconocer que, bajo esta nueva perspectiva, los Estados son soberanos para regular, de acuerdo a sus requerimientos y necesidades, ciertas cuestiones relativas a extranjería y migración (ingreso, residencia, egreso, reingreso), pero, a su vez, están sujetos a una importante limitación: dicha regulación no puede ser contraria o desconocer los derechos fundamentales de la persona humana. Por tanto, sea que los Estados fijen políticas selectivas de inmigración o, por el contrario, políticas de apertura, si éstos admiten extranjeros en sus territorios – como generalmente ocurre en el mundo globalizado de hoy –, desde un punto de vista estrictamente jurídico, deben contemplar normas que brinden una adecuada protección a éstos y les permitan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los nacionales del Estado de que se trate, salvo situación excepcional que justifique un tratamiento diferenciado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los derechos políticos. Tales normas deben, además, garantizar la existencia de canales de información adecuados para que los migrantes no sólo sean conscientes de sus derechos, sino que también de sus obligaciones como residentes en un Estado que no es el propio.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, constituye un referente obligado para los países a la hora de adecuar sus normativas internas a los estándares internacionales existentes en materia de extranjería y migración. Sin embargo, como el número de ratificaciones aún es bajo, y proviene, principalmente, de Estados expulsores de migrantes, en aquellos



países que aún no han ratificado la Convención, tal referente puede buscarse en otros tratados internacionales de derechos humanos que contemplan un mayor número de ratificaciones, como son, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, en el continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso específico de Chile, dado que la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios está plenamente vigente en el ordenamiento jurídico interno, hemos utilizado este instrumento internacional para identificar ciertas falencias del marco normativo nacional aplicable a las personas migrantes. La más importante se refiere a la existencia de cuerpos legales obsoletos, que se inspiran en principios enfocados al inmigrante que se quiere y no al que, por regla general, llega al territorio nacional, pues buscan implementar una política nacional de inmigración en la que prime el interés superior del país y el incremento de su capacidad productiva y técnica, cuestiones que necesariamente exigen incorporar elementos aptos y fácilmente asimilables o adaptables a la realidad sociocultural del país.

Chile no puede eludir su obligación de dictar una nueva legislación migratoria, por tanto debe aprovechar las opciones que le brindan los tratados internacionales para diseñar una normativa moderna, equilibrada y acorde a sus necesidades y a las de los migrantes, que tome en consideración la experiencia comparada, y que le permita cumplir el

mandato constitucional de crear aquellas condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Carta Fundamental establece.

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes Bibliográficas

1. BIAGINI, ALDO. El fenómeno migratorio: Visión del Ministerio del Interior (Extranjería y Emigración). En: Política y Estrategia. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. Santiago, Chile. N° 73, sep./dic. 1997, p. 59-64.
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Políticas Migratorias. Serie Estudios, año XI (N° 257). Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Santiago, Chile. Julio de 2001.
3. CENTRO LATINOAMERICANO PARA LAS RELACIONES CON EUROPA (CELARE). 2006. Migraciones. Experiencias en América Latina y la Unión Europea.
4. CURY, ENRIQUE. 2001. Derecho Penal Parte General Tomo I. Segunda edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 376 p.
5. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2007. La política migratoria en Chile. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior.
6. DOÑA, CRISTIAN. Breve reseña y análisis de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. OIM Chile, Santiago. Junio de 2003.
7. ENCUENTRO CON LA SOCIEDAD CIVIL: “ENCUENTRO SOBRE MIGRACIONES”, 23 Y 24 DE NOVIEMBRE DE 2000. Santiago, Chile. La Cámara, año 2000.

8. GIUSTINIANI, RUBEN. 2004. Migración: un derecho humano. Ley de Migraciones N° 25.871. Buenos Aires, Prometeo Libros. 283p.
9. HERNÁNDEZ, HECTOR. 2003. Una política migratoria para Chile. Memoria de prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Concepción, Chile.
10. INFANTE, RICARDO. Migraciones Internacionales y Mercado de Trabajo Global. Conferencia Internacional: La migración, un derecho humano: Experiencias en América del Sur. Seminario convocado por los partidos políticos chilenos que integran la Internacional Socialista y por la Fundación Friedrich Ebert. Realizado en Santiago de Chile, 29 y 30 de julio de 2004.
11. KYMLICKA, WILL. 1996. Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Editorial Paidós. Barcelona – España.
12. MÁRMORA, LELIO. 2002. Las políticas de migraciones internacionales. OIM – Editorial Paidós. Buenos Aires – Argentina.
13. MARTÍNEZ, JORGE. Exigencias y posibilidades para políticas de población y migración internacional. El contexto latinoamericano y el caso de Chile. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población. Santiago, Chile. Marzo de 2002.
14. MATURANA, CRISTIAN. Los recursos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Julio de 2003.
15. MEDINA, CECILIA. 2002. Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago – Chile.
16. MEZZANO, SILVIA. Políticas de inmigración chilena desde 1845 hasta 1992. En: Diplomacia / Academia Diplomática de Chile Andrés Bello. N° 68, jun./ dic., 1995, p. 65-78.

17. MORA, OLIVIA. 2006. Historia de la migración chilena: los olvidados sin frontera. Seminario (Licenciatura en Comunicación Social), Universidad de Chile. Santiago – Chile.
18. NORAMBUENA, CARMEN. Políticas migratorias en Chile: La inmigración deseada y la inmigración real. En: Cuadernos de Difusión Académica: Trabajo de Investigación. Ministerio de Defensa. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. Santiago, Chile. N° 5, abril de 2002.
19. O'DONNELL, DANIEL. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Segunda edición. Santiago de Chile, abril de 2007.
20. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Conferencia Internacional del Trabajo, 92° Reunión, Informe VI. Ginebra, 2004.
21. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Encuesta de la OIT sobre migraciones, 2003: resúmenes por país. Ginebra, 2004.
22. OLEA, HELENA. Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno. Anuario de Derechos Humanos, año 2007. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 197 – 210.
23. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 2001. Introducción a: Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. OAS/Ser.L/V/I.4 Rev. 8, Washington, D.C.
24. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). 1991. Aspectos jurídicos e Institucionales de las Migraciones en Chile.

25. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). 2006. Los desafíos de las migraciones. Una mirada desde Chile. OIM – Chile.
26. PERRUCHOUD, RICHARD. Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes. En: Notas de Población, año XXIX (N° 73), Santiago de Chile. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División Población, 2001. 33p.
27. POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE (PDI). Manual de Extranjería y Policía Internacional. Santiago, Chile. Julio de 2003.
28. SARTORI, GIOVANNI. 2001. La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Madrid, España. Editorial Taurus.
29. SERANI, EDMUNDO. Políticas migratorias. En: Serie estudios, Biblioteca del Congreso Nacional. Año XI, no. 257. Santiago, Chile.
30. STEFONI, CAROLINA. 2003. Inmigración peruana en Chile: una oportunidad a la integración. Primera edición. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 133 p.
31. STEFONI, CAROLINA. Migración en el siglo XXI: Chile debe sumar. Revista Mensaje N° 562. Santiago de Chile. Septiembre de 2007.
32. TARAN, PATRICK y GERONIMI, EDUARDO. Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección. Programa de Migraciones Internacionales. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2003.
33. TAYLOR, CHARLES. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Fondo de Cultura Económica. México, 1993.
34. TORREALBA, NICOLAS. Políticas Migratorias. Conferencia Internacional: La Migración, un derecho humano: Experiencias en América del Sur. Seminario convocado por los partidos políticos

chilenos que integran la Internacional Socialista y por la Fundación Friedrich Ebert. Realizado en Santiago de Chile, 29 y 30 de julio de 2004.

35. TRONCOSO, SILVANA. 2003. Estatuto personal y condición de los extranjeros. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción, Chile.
36. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, FACULTAD DE DERECHO. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile: hechos de 2002. Santiago de Chile. Junio de 2003.
37. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, FACULTAD DE DERECHO. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile: hechos de 2004. Santiago de Chile. Junio de 2005.
38. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, FACULTAD DE DERECHO. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile: hechos de 2005. Santiago de Chile. Junio de 2006.
39. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, FACULTAD DE DERECHO. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile: hechos de 2006. Santiago de Chile. Junio de 2007.
40. VARGAS DEL CAMPO, ALBERTO. Hacia una política de inmigración: los inmigrantes económicos. Criterios para su elegibilidad. En: Diplomacia, Academia Diplomática de Chile Andrés Bello. Santiago, Chile. N° 73, sept./ dic. 1997, pp. 58-69.
41. VILLA, MIGUEL y MARTÍNEZ, JORGE. Migración Internacional en América Latina y el Caribe: Una revisión de patrones y tendencias. Conferencia Internacional: La migración, un derecho humano: Experiencias en América del Sur. Seminario convocado por los partidos políticos chilenos que integran la Internacional Socialista y por la Fundación Friedrich Ebert. Realizado en Santiago de Chile, 29 y 30 de julio de 2004.

42. VENTURA, MARIA. Multiculturalismo y Reforma del Estado. Revista de Antropología Social, Desacatos, enero – abril, N° 020. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. México, pp. 155 – 166.
43. WALZER, MICHAEL. Las Esferas de la Justicia: Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad. Fondo de Cultura Económica. México, 1993.
44. ZALAUQUETT, JOSE. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Material del curso, segunda parte. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, 2002. 79 p.

### **Fuentes Documentales**

1. CHILE. Código Procesal Penal. Ley N° 19.696. 12 de octubre de 2000 [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/176595.pdf>> [Consulta: 22 de febrero 2008]
2. CHILE. Constitución Política de la República. Texto refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto N° 100 de 17 de septiembre de 2005 [en línea] <<https://www.presidencia.cl/documentos/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%A9tica.pdf>> [Consulta: 20 de febrero 2008]
3. CHILE. Decreto con Fuerza de Ley N° 69. Crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. 8 de mayo de 1953 [en línea] < <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/4418.pdf>> [Consulta: 18 de febrero 2008]
4. CHILE. Decreto Ley N° 1.094. Establece normas sobre extranjeros en Chile. 19 de julio de 1975 [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/6483.pdf>> [Consulta: 18 de febrero 2008]



5. CHILE. Decreto N° 521. Reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953, que crea el Departamento de Inmigración. 27 de noviembre de 1953 [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/13968.pdf>> [Consulta: 19 de febrero 2008]
6. CHILE. Decreto Supremo N° 5.142. Fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros. 29 de octubre de 1960 [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/19444.pdf>> [Consulta: 25 de febrero 2008]
7. CHILE. Decreto Supremo N° 597. Reglamento de Extranjería. 24 de noviembre de 1984 [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/14516.pdf>> [Consulta: 19 de febrero 2008]
8. CHILE. Ley N° 19.581. Establece categoría de habitantes de zonas fronterizas. 1 de septiembre de 1998 [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/123603.pdf>> [Consulta: 07 de enero 2008]
9. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). 1969 [en línea] <<http://www.iin.oea.org/BADAJ2/pdf/Normativa%20interamericana/Conv%20Interam%20DDHH.pdf>> [Consulta: 10 de enero 2008]
10. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. 1984 [en línea] <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_cat39\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm)> [Consulta: 04 de enero 2008]
11. Convención de los Derechos del Niño. 1989 [en línea] <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)> [Consulta: 17 de enero 2008]

12. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. 1963 [en línea] <<http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/ConvVienaConsulares.htm>> [Consulta: 19 de enero 2008]
13. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”. 1994 [en línea] <<http://www.oas.org/CIM/Spanish/ConvencionViolencia.htm>> [Consulta: 23 de enero 2008]
14. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985 [en línea] <[http://www.derhuman.jus.gov.ar/normativa/pdf/CONVENCION\\_INTERAMERICANA\\_PARA\\_PREVENIR\\_Y\\_SANCIONAR\\_LA\\_TORTURA.pdf](http://www.derhuman.jus.gov.ar/normativa/pdf/CONVENCION_INTERAMERICANA_PARA_PREVENIR_Y_SANCIONAR_LA_TORTURA.pdf)> [Consulta: 04 de enero 2008]
15. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 1965 [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>> [Consulta: 05 de enero 2008]
16. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 1990 [en línea] <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m\\_mwctoc\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm)> [Consulta: 09 de octubre 2007]
17. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979 [en línea] <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw_sp.htm)> [Consulta: 23 de enero 2008]
18. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948 [en línea] <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos1.htm>> [Consulta: 10 de diciembre 2007]
19. Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. 1992 [en

línea]

<[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/d\\_minori\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/d_minori_sp.htm)>

[Consulta: 15 de diciembre 2007]

20. Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven. 1985 [en línea]

<[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/o\\_nonnat\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/o_nonnat_sp.htm)>

[Consulta: 20 de noviembre 2007]

21. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948 [en línea]

<<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [Consulta: 17 de

noviembre 2007]

22. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966 [en línea]

<[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ccpr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm)>

[Consulta: 17 de noviembre 2007]

23. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966 [en línea]

<[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ceschr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm)>

[Consulta: 18 de noviembre 2007]

24. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). 1988 [en línea]

<<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>> [Consulta:

19 de noviembre 2007]

25. Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966 [en línea]

<[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_opt\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_opt_sp.htm)>

[Consulta: 25 de noviembre 2007]

26. Protocolo Facultativo sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1999 [en línea]

<[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/opt\\_cedaw\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/opt_cedaw_sp.htm)>

[Consulta: 23 de enero 2008]

## Fuentes Electrónicas

1. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). 2008. Existen 14 millones de desplazados en el mundo, indica estudio estadounidense [en línea] <[http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=6616](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=6616)> [consulta: 15 de marzo 2008]
2. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 59/194 sobre protección de los migrantes, 59° período de sesiones. A/RES/59/194. 18 de marzo de 2005 [en línea] <<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r59sp.htm>> [consulta: 10 de marzo 2008]
3. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 60/169 sobre protección de los migrantes, 60° período de sesiones. A/RES/60/169. 7 de marzo de 2006 [en línea] <<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r60sp.htm>> [consulta: 12 de marzo 2008]
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2008. Legislación chilena sobre extranjeros [en línea] <[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2006-05-16.1264867506/area\\_2.2006-05-16.6751874530](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-05-16.1264867506/area_2.2006-05-16.6751874530)> [consulta: 20 de marzo 2008]
5. BUSTAMANTE, JORGE. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Comisión de Derechos Humanos, 62° período de sesiones. E/CN.4/2006/73. 30 de diciembre de 2005 [en línea] <[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=97](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97)> [consulta: 15 de febrero 2008]
6. BUSTAMANTE, JORGE. Migración, Derechos Humanos y vulnerabilidad. La migración de México a Estados Unidos; de la coyuntura al fondo. Mesa de Trabajo 2: Migración, Derechos Humanos y Ciudadanía. Encuentro Iberoamericano sobre Migración

y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia\\_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm](http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm)> [consulta: 15 de enero 2008]

7. BUSTAMANTE, JORGE. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Asamblea General de las Naciones Unidas, 61° período de sesiones. A/61/324. 11 de septiembre de 2006 [en línea] <[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=97](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97)> [consulta: 15 de febrero 2008]
8. BUSTAMANTE, JORGE. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Consejo de Derechos Humanos, 4° período de sesiones. A/HRC/4/24. 14 de febrero de 2007 [en línea] <[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=97](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=97)> [consulta: 16 de febrero 2008]
9. CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. COMISIÓN DE RELACIONES EXTERIORES, ASUNTOS INTERPARLAMENTARIOS E INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA. Informe acerca del proyecto de acuerdo relativo a la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”. Boletín N° 1.256-10, 03 de septiembre de 1997 [en línea] <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?2,356](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?2,356)> [consulta: 03 de marzo 2008]
10. COMISIÓN CATÓLICA INTERNACIONAL DE MIGRACIÓN (CCIM). Protección de los trabajadores migratorios y sus familiares a través de los tratados de derechos humanos [en línea] <[http://www.icmc.net/pdf/toolkit\\_sp.pdf](http://www.icmc.net/pdf/toolkit_sp.pdf)> [consulta: 03 de marzo 2008]
11. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). 2002. La migración internacional y la globalización. Globalización y Desarrollo. Capítulo 8, pp.243 – 272

[en línea] <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/10026/globa-c8.pdf>> [consulta: 08 de octubre 2007]

12.COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informes anuales sobre trabajadores migrantes. Años 1996 – 2005 [en línea] <<http://www.cidh.org/anual.esp.htm>> [consulta: 10 de diciembre 2007]

13.COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES (CMMI). Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Octubre de 2005 [en línea] <<http://www.gcim.org/mm/File/Spanish.pdf>> [consulta: 16 de septiembre 2007]

14.COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC). Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Quinto período de sesiones, 1990 [en línea] <<http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf>> [consulta: 27 de septiembre 2007]

15.COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Quinto Informe Periódico del Estado de Chile, 7 de febrero de 2006 [en línea] <<http://www.minrel.gov.cl/webMinRel/home.do?sitio=1>> [consulta: 20 de marzo 2008]

16.COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES. Informe correspondiente al Sexto período de sesiones (23 a 27 de abril de 2007), A/62/48. Naciones Unidas, Nueva York [en línea] <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/434/35/PDF/G0743435.pdf?OpenElement>> [consulta: 22 de enero 2008]

- 17.COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. 2004. Recomendación General XXX. Discriminación contra no – ciudadanos [en línea] <[www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones](http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones)> [consulta: 15 de diciembre 2007]
- 18.CONFERENCIA DE DURBAN. Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001 [en línea] <[http://www.un.org/spanish/CMCR/aconf189\\_12.pdf](http://www.un.org/spanish/CMCR/aconf189_12.pdf)> [consulta: 20 de diciembre 2007]
- 19.CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO. XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Declaración de Salamanca. España, 14 y 15 de octubre de 2005 [en línea] <<http://www.oei.es/xvcumbreddec.htm>> [consulta: 02 de diciembre 2007]
- 20.CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO. XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo. Uruguay, 3, 4 y 5 de noviembre de 2006 [en línea] <<http://www.oei.es/xvicumbrecompromiso.htm>> [consulta: 02 de diciembre 2007]
- 21.CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO. XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Declaración de Santiago. Chile, 8, 9 y 10 de noviembre de 2007 [en línea] <<http://www.oei.es/xviicumbreddec.htm>> [consulta: 02 de diciembre 2007]
- 22.CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES. Primera Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Declaración de Buenos Aires. Argentina, 18 y 19 de mayo de 2000 [en línea] <<http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP20133b.pdf>> [consulta: 11 de noviembre 2007]

23. CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES.  
Segunda Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Declaración de Santiago. Chile, 2 y 3 de abril de 2001 [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3986.pdf>> [consulta: 11 de noviembre 2007]
24. CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES.  
Tercera Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Declaración de Quito. Ecuador, 15 y 16 de agosto de 2002 [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3987.pdf>> [consulta: 12 de noviembre 2007]
25. CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES.  
Cuarta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Declaración de Montevideo. Uruguay, 6 y 7 de noviembre de 2003 [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3989.pdf>> [consulta: 13 de noviembre 2007]
26. CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES.  
Quinta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Declaración de La Paz. Bolivia, 25 y 26 de noviembre de 2004 [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2977.pdf>> [consulta: 14 de noviembre 2007]
27. CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES.  
Sexta Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Declaración de Asunción. Paraguay, 4 y 5 de mayo de 2006 [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4231.pdf>> [consulta: 14 de noviembre 2007]
28. CONFERENCIA SUDAMERICANA SOBRE MIGRACIONES.  
Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Declaración de Caracas. Venezuela, 1 al 3 de julio de 2007 [en línea] <<http://viicsm.mre.gob.ve/contenido/document.html#04>> [consulta: 15 de noviembre 2007]



29. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Introducción. Discriminación contra la mujer: la Convención y el Comité [en línea] <<http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/5%20CEDAW/5.3%20Introducci%C3%B3n.Discriminacion%20contra%20la%20Mujer1.pdf>> [consulta: 17 de enero 2008]
30. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 16/99. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del Debido Proceso Legal”. 1 de octubre de 1999 [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2208.pdf>> [consulta: 09 de octubre 2007]
31. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 18/03. “Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. 17 de septiembre de 2003 [en línea] <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)> [consulta: 11 de enero 2008]
32. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ). Informe de la Corte Internacional de Justicia a la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1 de agosto de 2003 a 31 de julio de 2004 (A/59/4) [en línea] <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/reports/report\\_2003-2004.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/reports/report_2003-2004.pdf)> [consulta: 10 de diciembre 2007]
33. DE LUCAS, JAVIER. Igualdad jurídica e inclusión política: por el Empowerment de los inmigrantes. Mesa de Trabajo 2: Migración, Derechos Humanos y Ciudadanía. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia\\_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm](http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm)> [consulta: 15 de enero 2008]

34. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2007. Desarrollo del fenómeno de las migraciones en Chile. Evolución de la gestión gubernamental desde 1990. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior [en línea] <<http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/migraciones.pdf>> [consulta: 10 de octubre 2007]
35. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2007. Proceso de regularización de ciudadanos extranjeros. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior [en línea] <[http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/INSTRUCTIVO\\_ULTIMA\\_VERSION.pdf](http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/INSTRUCTIVO_ULTIMA_VERSION.pdf)> [consulta: 10 de octubre 2007]
36. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Sanciones, infracciones a la Ley de Extranjería. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior [en línea] <<http://www.extranjeria.gov.cl/sanciones.html>> [consulta: 20 de marzo 2008]
37. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Temas migratorios en acuerdos internacionales. Capítulos de entrada temporal en tratados de libre comercio. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior [en línea] <[http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos\\_intern.html](http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos_intern.html)> [consulta: 30 de enero 2008]
38. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Temas migratorios en acuerdos internacionales. Convenios de libre tránsito. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior [en línea] <[http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/convenios\\_de\\_transito.pdf](http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/convenios_de_transito.pdf)> [consulta: 30 de enero 2008]
39. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2008. Temas migratorios en acuerdos internacionales. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior [en línea] <[http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos\\_intern.html](http://www.extranjeria.gov.cl/acuerdos_intern.html)> [consulta: 30 de enero 2008]

40. ENCUENTRO IBEROAMERICANO SOBRE MIGRACIÓN Y DESARROLLO. Conclusiones preliminares del Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo. Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.sre.gob.mx/dgomra/cibero/documentos/cibero\\_xvi/Con\\_Mgrcn.pdf](http://www.sre.gob.mx/dgomra/cibero/documentos/cibero_xvi/Con_Mgrcn.pdf)> [consulta: 11 de noviembre 2007]
41. FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Oficio N° 475, relativo al Decreto Ley 1.094, de 1975, sobre normas de extranjeros en Chile. Santiago, 7 de octubre de 2004 [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/index.asp>> [consulta: 20 de marzo 2008]
42. FLORES, REGINALDO. Los profesionales extranjeros en Chile [en línea] <[http://www.cse.cl/public/Secciones/seccionpublicaciones/doc/49/cse\\_articulo427.pdf](http://www.cse.cl/public/Secciones/seccionpublicaciones/doc/49/cse_articulo427.pdf)> [consulta: 13 de febrero 2008]
43. FORO MUNDIAL SOBRE MIGRACIÓN Y DESARROLLO. Informe Primera Reunión Bruselas. 9 – 11 de julio de 2007 [en línea] <[http://gfmd-fmmd.org/fr/system/files/Rapport+GFMD\\_ES\\_0.pdf](http://gfmd-fmmd.org/fr/system/files/Rapport+GFMD_ES_0.pdf)> [consulta: 22 de enero 2008]
44. FUNDACIÓN DE AYUDA SOCIAL DE LAS IGLESIAS CRISTIANAS (FASIC). Boletín de Derechos Humanos, febrero de 2007 [en línea] <<http://www.fasic.org/bol/bol07/bol1702.htm>> [consulta: 20 de marzo 2008]
45. GHOSH, BIMAL. 2006. Las remesas de migrantes y el desarrollo: mitos, retórica y realidades [en línea] <[http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/publicshed\\_docs/books/ghosh\\_spa](http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/publicshed_docs/books/ghosh_spa)> [consulta: 16 de septiembre 2007]
46. GOBIERNO DE CHILE. Proyecto de ley sobre migraciones. Boletín N° 1114-06, 2 de noviembre de 1993 [en línea] <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?1,2891](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?1,2891)> [consulta: 21 de marzo 2008]

47. GOBIERNO DE CHILE. 2005. Mensaje N° 390 – 353 de S.E. el Vicepresidente de la República con el que inicia un Proyecto de Acuerdo que aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado “Protocolo de San Salvador” [en línea] <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?1,4477](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?1,4477)> [consulta: 20 de diciembre 2008]
48. HUMAN RIGHTS EDUCATION ASSOCIATES (hrea.net). Guía de estudio sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [en línea] <<http://www.hrea.net/learn/guides/OEA.html>> [consulta: 05 de enero 2008]
49. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE). Censo 2002. Síntesis de resultados [en línea] <<http://www.ine.cl/cd2002/sintesis censal.pdf>> [consulta: 11 de diciembre 2007]
50. KOZAK, ROBERTO. El tratamiento multilateral de las migraciones en el ámbito Iberoamericano. Mesa de trabajo 3: Gobernabilidad Migratoria. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia\\_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm](http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm)> [consulta: 15 de enero 2008]
51. MÁRMORA, LELIO. Programas y políticas de regularización e integración del inmigrante. Mesa de Trabajo 3: Gobernabilidad Migratoria. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia\\_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm](http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm)> [consulta: 15 de enero 2008]
52. MARTÍNEZ, JORGE. El encanto de los datos. Sociodemografía de la inmigración en Chile según el Censo 2002. División de Población

de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Diciembre de 2003 [en línea] <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/14312/lcl2046-P.pdf>> [consulta: 15 de diciembre 2007]

53. MUJICA, JAVIER. 2004. El desafío de la solidaridad. Condiciones de vida y de trabajo de los migrantes peruanos en Chile. Lima, Perú. Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) [en línea] <[http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/doc\\_178/doc178.html](http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/doc_178/doc178.html)> [consulta: 18 de marzo 2008]

54. MÜSSIG, GÜNTHER. Acuerdos y programas de migración temporal. Mesa de trabajo 3: Gobernabilidad Migratoria: Políticas y Programas. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia\\_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm](http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm)> [consulta: 15 de enero 2008]

55. NORAMBUENA, CARMEN. Chile y sus nuevos inmigrantes. Ni acogidos ni rechazados. Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Santiago de Chile. Revista Universitaria N° 85, 2004 [en línea] <[http://www.uc.cl/ru/85/pdf/85\\_tema1.pdf](http://www.uc.cl/ru/85/pdf/85_tema1.pdf)> [consulta: 13 de noviembre 2007]

56. O'DONNELL, DANIEL. La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y contenido [en línea] <<http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%202.pdf>> [consulta: 10 de enero 2008]

57. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH). 2005. La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité. Folleto Informativo N° 24 (Rev.1) [en línea]

<[http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs24rev1\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs24rev1_sp.pdf)> [consulta: 3 de marzo 2008]

58.OFICINA REGIONAL PARA LATINOAMERICA Y EL CARIBE DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Aspectos normativos e institucionales relacionados con la migración en Chile [en línea] <[http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/doc\\_178/diagnos\\_4.pdf](http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/pdf/doc_178/diagnos_4.pdf)> [consulta: 5 de marzo 2008]

59.ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1997 – 2002. Naciones Unidas, Nueva York, 2005 [en línea] <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1997-2002.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1997-2002.pdf)> [consulta: 10 de diciembre 2007]

60.ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). 2003. Kit Informativo sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes [en línea] <[http://www.unesco.org/most/migration/convention/press\\_kit\\_esp.pdf](http://www.unesco.org/most/migration/convention/press_kit_esp.pdf)> [consulta: 16 de septiembre 2007].

61.ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL (OISS). 2007. Boletín informativo de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social N° 29 [en línea] <[http://www.oiss.org/IMG/pdf/BIOISS\\_29\\_monograficored\\_.pdf](http://www.oiss.org/IMG/pdf/BIOISS_29_monograficored_.pdf)> [consulta: 18 de marzo 2008]

62.ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). 2002. Informe Síntesis. Estudio Exploratorio Diagnóstico y Percepción sobre la Migración Limítrofe / Fronteriza en Chile. Misión en Chile – OIM [en línea] <[http://www.cimal.cl/investigacion/sintesis\\_estudios\\_caracterizacion\\_2002.pdf](http://www.cimal.cl/investigacion/sintesis_estudios_caracterizacion_2002.pdf)> [consulta: 3 de octubre 2007]

63. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Las Migraciones Internacionales: Análisis y perspectivas para una Política Migratoria. Equipo de Investigación, misión en Chile – OIM. Santiago, julio de 2003 [en línea] <[http://www.cimal.cl/publicaciones/documentos/Documento\\_trabajo\\_cimal\\_02.pdf](http://www.cimal.cl/publicaciones/documentos/Documento_trabajo_cimal_02.pdf)> [consulta: 3 de octubre 2007]
64. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Informe de la Reunión Consultiva Regional para las Américas de la Iniciativa de Berna. 9 y 10 de septiembre de 2004, Santiago de Chile [en línea] <[http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/international/es/iamm\\_be\\_initiative/konferenzen.Par.0039.File.tmp/Santiago\\_Chairman\\_Summary\\_s.pdf](http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/international/es/iamm_be_initiative/konferenzen.Par.0039.File.tmp/Santiago_Chairman_Summary_s.pdf)> [consulta: 6 de octubre 2007]
65. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). 2006. Glosario sobre migración N° 7 [en línea] <[http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/main/site/published\\_docs/serial\\_publications/greenbook7\\_spa.pdf](http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/main/site/published_docs/serial_publications/greenbook7_spa.pdf)> [consulta: 22 de enero 2008]
66. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Migraciones, cosechando los frutos de la migración y el desarrollo. Edición Especial, julio de 2007 [en línea] <[http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/EMAE-79LMZV/\\$file/OIM\\_Julio%20de%202007\\_Migraciones.pdf?openelement](http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/EMAE-79LMZV/$file/OIM_Julio%20de%202007_Migraciones.pdf?openelement)> [consulta: 17 de enero 2008]
67. PERRUCHOUD, RICHARD. Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes. Organización Internacional para las Migraciones (OIM) [en línea] <[http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/8852/lcg2124P\\_9.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/8852/lcg2124P_9.pdf)> [consulta: 11 de enero 2008]
68. PETIT, JUAN MIGUEL. 2003. Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos, Santiago – Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño de

Demografía (CELADE) – División de Población de la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) [en línea] <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/12572/lcl1909-p.pdf>> [consulta: 15 de agosto 2007]

69.PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS DE LA PRESIDENTA MICHELLE BACHELET [en línea] <<http://www.anuariodh.uchile.cl>> [consulta: 27 de agosto 2007]

70.REVISTA PUNTO FINAL. Trabajadores peruanos en Chile: la esperanza mira al sur [en línea] <<http://www.puntofinal.cl/515/peruanos.htm>> [consulta: 3 de septiembre 2007]

71.RODRÍGUEZ, ESTRELLA. Políticas de regularización e integración. Mesa de Trabajo 3: Gobernabilidad Migratoria. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia\\_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm](http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm)> [consulta: 15 de enero 2008]

72.SAUQUILLO, JULIAN. Como extranjeros entre ciudadanos: multiculturalismo y acatamiento de la soberanía por razón de la residencia [en línea] <<http://www.ucm.es/BUCM/revistas/fsl/15756866/articulos/ASEM0202110105A.PDF>> [consulta: 26 de septiembre 2007]

73.SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe sobre migración internacional y desarrollo. A/60/871, 18 de mayo de 2006 [en línea] <<http://www.un.org/spanish/News/migration/>> [consulta: 16 de septiembre 2007]

74.SENADO DE CHILE. COMISIÓN DE RELACIONES EXTERIORES. Informe recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, sobre aprobación de la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los



Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”. Boletín N° 1.256-10, 18 de diciembre de 2003 [en línea] <[http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?2,6212](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?2,6212)> [consulta: 06 de octubre 2007]

75. SOJO, CARLOS. El mito del preste Juan. Regularización e inclusión social de la población migrante. Mesa de Trabajo 3: Gobernabilidad Migratoria. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia\\_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm](http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm)> [consulta: 15 de enero 2008]
76. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP). 2008. Convenios Bilaterales de Seguridad Social. Gobierno de Chile [en línea] <<http://www.safp.cl/573/article-3026.html>> [consulta: 30 de enero 2008]
77. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP). 2008. Convenios en aplicación, Gobierno de Chile [en línea] <<http://www.safp.cl/573/propertyvalue-1764.html>> [consulta: 30 de enero 2008]
78. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES (SAFP). 2008. Sistema de AFP, Gobierno de Chile [en línea] <<http://www.safp.cl/573/propertyvalue-2492.html>> [consulta: 30 de enero 2008]
79. VARELA, JULIO. 2003. Migraciones, Globalización y Derechos Humanos. Instituto de Estudios Sociales y Población (IDESPO) de la Universidad Nacional de Costa Rica [en línea] <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista7/articulos/julio%20varela.htm>> [consulta: 02 de octubre 2007]
80. XIV REUNIÓN DEL FORO ESPECIALIZADO MIGRATORIO DE LA REUNIÓN DE MINISTROS DEL INTERIOR DEL MERCOSUR Y ESTADOS ASOCIADOS. Tratamiento de la temática migratoria en la Reunión de Ministros del Interior del

MERCOSUR y Estados Asociados. Fortaleza – Brasil, 22 al 24 de agosto de 2006 [en línea] <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/520/06/PDF/N0652006.pdf?OpenElement>> [consulta: 22 de enero 2008]

81. ZALAQUETT, JOSE. Migraciones y Derechos Humanos. Mesa de trabajo 2: Migración, Derechos Humanos y Ciudadanía. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, 18 y 19 de julio de 2006 [en línea] <[http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia\\_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm](http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Castellano/Conferencia_Iberoamericana/secib/Actividades/EncuentroMigraciones/inicio.htm)> [consulta: 05 de octubre 2007]