



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

LA VULNERABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU RECEPCIÓN EN CHILE EN EL CASO DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Ana Sofía Álvarez Jofré

Profesora guía: Dra. Liliana Galdámez Zelada

Santiago, Chile

2020

Escrita en el marco del proyecto ANID PIA SOC180008 “Migraciones contemporáneas en Chile: desafíos para la democracia, la ciudadanía global y el acceso a los derechos para la no discriminación”. Línea 2: “Normas, instituciones y jurisprudencia. El tema migratorio desde la perspectiva jurídica: retos y propuestas”.

“Cuando algún extranjero se establezca en el país de ustedes, no lo traten mal. Al contrario, trátelo como si fuera uno de ustedes. Ámenlo como a ustedes mismos, porque también ustedes fueron extranjeros en Egipto”.

(Levítico 19, 33-34)

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

A Ximena y Raúl, mis padres, por entregarme uno de los “regalos” más grandes: la educación; por su amor, apoyo y contención.

A Victoria y Carlos, mis abuelos maternos, por instarme a estudiar y cumplir mis sueños; por su apoyo, contención y amor infinito.

A Teresa, Juan y Carmen, mis abuelos paternos y bisabuela materna, cuyo apoyo y cariño siento a pesar de que ya no estén físicamente aquí.

A mi hermano Pedro Pablo, mis amigas Macarena, Constanza, Sofía y Alejandrina, mis primos Francisca y Víctor, mi familia ampliada y todas mis amistades, por su cariño, motivación y apoyo incondicional.

A todas y todos ellos, gracias por creer en mí siempre, incluso cuando yo misma no lo hacía.

A la profesora Liliana, por todo lo que me ha enseñado, por abrirme las puertas, confiar en mí y darme todas las posibilidades para crecer y desarrollarme en el ámbito profesional y humano. Siempre le estaré infinitamente agradecida.

A todo el equipo de investigación del proyecto anillos sobre migraciones contemporáneas, por el valioso trabajo interdisciplinario y todo lo que aprendí con ellas y ellos.

A las y los valientes que se atreven a migrar en busca de mejores condiciones de vida, esto es por y para ustedes.

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN	7
ABSTRACT	8
TABLA DE ABREVIACIONES	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD Y SU APLICACIÓN A LAS PERSONAS MIGRANTES INDOCUMENTADAS	13
I. CONCEPTO GENERAL.....	13
II. LA VULNERABILIDAD ENTENDIDA POR LA CORTE IDH.....	15
III. GRUPOS VULNERABLES	17
IV. APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD A LAS Y LOS MIGRANTES	18
a) CARACTERIZACIÓN	19
a. Causas	20
b. Estadísticas migratorias.....	24
c. Migrantes indocumentadas/os en específico	31
b) VULNERABILIDAD EN LAS PERSONAS MIGRANTES	35
DIMENSIONES DE VULNERABILIDAD.	37
INTERSECCIONALIDAD DE LAS DIMENSIONES	57
CAPÍTULO II: PERSONA VULNERABLE, MIGRANTE E INDOCUMENTADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA IDH	59
I. MENCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	60
II. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES	61
a. ESTADOS PARTE	63
b. CONTENIDOS.....	65
i. ALCANCES Y DEFINICIONES.....	65
ii. CATÁLOGO DE DERECHOS	66
iii. OTRAS CONSIDERACIONES	69
III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH	70
a. VULNERABILIDAD.....	73
b. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	75
c. DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL	78
d. DERECHOS RELACIONADOS CON LA LIBERTAD AMBULATORIA	82
e. LIBERTAD PERSONAL.....	88
f. DEBIDO PROCESO Y GARANTÍAS JUDICIALES.....	90
g. DERECHOS LABORALES	94
h. DERECHO A LA SALUD	97
i. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.....	99

CAPÍTULO III: CASO CONCRETO DE MIGRANTES INDOCUMENTADOS EN CHILE	112
I. CONTEXTUALIZACIÓN	112
II. NORMATIVA.....	118
a. DECRETO LEY N° 1.094 Y SU RESPECTIVO REGLAMENTO	119
b. INSTRUCTIVOS PRESIDENCIALES.....	127
c. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.....	129
d. DERECHO A LA EDUCACIÓN	131
e. DERECHO A LA SALUD	132
f. DERECHOS DE MUEJRES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	134
g. DERECHOS LABORALES	134
h. PROTOCOLOS DE CASOS SOCIALES.....	136
III. JURISPRUDENCIA	136
A. L.M.S. Y OTRA CONTRA DIRECTORA DE ESCUELA PÚBLICA REPÚBLICA DE CROACIA DE IQUIQUE DOÑA M.E.H.	137
B. REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCOSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LOS ARTÍCULOS 13, 64 N°2 Y 67 DEL DECRETO LEY N° 1.094, EN RELACIÓN CON LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN	139
C. RECLAMACIÓN DE NACIONALIDAD INTERPUESTO POR M.A.R.C. EN FAVOR DE SU HIJO D.E.P.R.	144
D. L.E.R.T. Y OTRO CONTRA INTENDENCIA REGIONAL DE TARAPACA Y JEFATURA NACIONAL DE EXTRANJERIA Y POLICIA INTERNACIONAL DE LA POLICIA DE INVESTIGACIONES DE CHILE	147
E. Y.A.R.S. CON DEPARTAMENTO DE EXTRANJERIA Y POLICIA INTERNACIONAL, INTENDENCIA REGION DE ANTOFAGASTA	149
F. RODOLFO NORIEGA CARDO/ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACION	151
G. R.M.D./DPTO. DE EXTRANJERIA Y MIGRACION DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PUBLICA	154
H. V.M.E./INTENDENCIA DE LA REGIÓN METROPOLITANA.....	157
I. A.J.D. CON DEPARTAMENTO DE EXTRANJERIA Y OTROS	160
CONCLUSIONES Y REFLEXIONES	163
ANEXOS	168
REFERENCIAS	174

RESUMEN

La presente memoria aborda la vulnerabilidad de las personas migrantes indocumentadas, en conjunto con el tratamiento que les ha sido dado por el sistema jurídico chileno e internacional de derechos humanos.

Las y los migrantes indocumentados han sido identificados como un grupo vulnerable, es decir, que se encuentran mayormente expuestos a sufrir una posible violación de sus derechos. A la vez, se ven enfrentados a múltiples obstáculos, como dificultades de acceso a derechos básicos, discriminación estructural y criminalización de su condición migratoria. Ante esto, se pretende vislumbrar cuál es la protección brindada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho chileno, con el fin de responder la pregunta de esta investigación: ¿el Estado de Chile cumple con los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos de migrantes indocumentados, o de lo contrario, sitúa a este grupo de personas en una posición de desprotección jurídica?

Para ello, en primer lugar, se procederá a definir el concepto de vulnerabilidad y aplicarlo al caso de migrantes indocumentados, analizando sus múltiples causas y dimensiones. Posteriormente, se identificarán los derechos garantizados a nivel internacional, a través del análisis de la ‘Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares’, en conjunto con jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, se analizará el caso concreto de personas migrantes indocumentadas en Chile, revisando normativa y jurisprudencia nacional.

Palabras clave: migración; migrantes indocumentados; vulnerabilidad; derechos humanos; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Derecho Migratorio; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This thesis addresses the vulnerability of undocumented migrants, in conjunction with the treatment that has been given to them by the Chilean and international human rights legal system.

Undocumented migrants have been identified as a vulnerable group, which means they are most exposed to suffer a possible violation of their rights. At the same time, they face multiple obstacles, such as difficulties in accessing basic rights, structural discrimination, and criminalization of their immigration status. Given this framework, this report intends to glimpse what is the protection provided by International Human Rights Law (IHRL) and Chilean Law, in order to answer the research question: Does the Chilean state comply with international human rights standards related to the protection of undocumented migrants, or, otherwise, place these people in a situation of lack of legal protection?

For this purpose, first, the concept of vulnerability will be defined and applied to the case of undocumented migrants, analyzing its multiple causes and dimensions. Subsequently, the rights guaranteed at the international level will be identified, through the analysis of the ‘International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families’, together with the Inter-American Court of Human Rights case-law. Finally, the specific case of undocumented migrants in Chile will be analyzed, reviewing national regulations and case-law.

Keywords: migration; undocumented migrants; vulnerability; human rights; International Human Rights Law; Migration Law; Inter-American Court of Human Rights.

TABLA DE ABREVIACIONES

Abreviación	Término
ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CDH	Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DAES	Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DEM	Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
LGBTIQ	Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales o transgéneros, intersexuales y queer.
NNA	Niños, niñas y adolescentes
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDESC	Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
Sistema IDH o SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SJM	Servicio Jesuita a Migrantes
SUDH	Sistema Universal de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional de la República de Chile
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNISDR	Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de Naciones Unidas

INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización ha generado condiciones propicias para el aumento de los flujos migratorios, pues ha proporcionado la base tecnológica y cultural para la movilidad. Con el internet, redes sociales y medios de comunicación masiva, se ha difundido el conocimiento sobre diversos países, oportunidades de trabajo o estudio y rutas de migración. Además, los viajes de corta y larga distancia son menos costosos y más accesibles, lo cual ha facilitado los desplazamientos internacionales (Castles 2010, 56 y 57).

En conjunto con el aumento de estos movimientos, han resurgido los nacionalismos exacerbados, reproduciendo sistemáticamente ‘discursos de odio’ que parecían extintos; sus contenidos no son más que *“perjuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad [...] prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”*¹.

Chile no ha quedado fuera de este fenómeno, con todas las implicancias que conlleva. Actualmente, se estima que hay 1.492.522 personas migrantes viviendo en el territorio Nacional (INE y DEM 2020). Frente a esto, un 47% de las y los chilenos está en desacuerdo con la inmigración y un 61% considera que es negativa (Activa Research 2019, 8 y 9). La Encuesta Bicentenario afirma que un 70% cree que la cantidad de inmigrantes es excesiva, sin embargo, un 87% sostiene no haber tenido malas experiencias con ellas y ellos (SJM 2020, 41). Por el lado de las personas migrantes, un 74,8% cree que su nivel de vida general es mejor en Chile, un 77,7% sostiene que su experiencia con personas chilenas ha sido amistosa o muy amistosa, y un 58,7 % dice no haber tenido malas experiencias con personas chilenas (SJM 2019, 60, 63 y 65).

De estas cifras se desprende una paradoja entre el rechazo a la migración y las buenas experiencias que han tenido con personas migrantes. Esto evidencia que las percepciones negativas se vinculan a prejuicios existentes producto de la estructura social, los discursos políticos y el rol de los medios de comunicación masiva, los cuales también generan que las

¹Corte IDH. Opinión Consultiva OC 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Resolución de 17 de septiembre de 2003, párr. 113.

personas chilenas no se relacionen con personas migrantes. *“El conflicto, por tanto, sería más desde las personas chilenas hacia las migrantes y no viceversa”* (SJM 2020, 41-43).

Lo anterior no es sino un ejemplo cotidiano del racismo solapado en la sociedad chilena, donde muchas personas creen -erróneamente- que las y los migrantes no son titulares de la totalidad de derechos fundamentales, como sí lo son los nacionales. Con ello justifican un trato discriminatorio que impregna a todo el aparato estatal y social.

Frente a ello, las personas migrantes han sido consideradas internacionalmente como un grupo en situación de vulnerabilidad, principalmente porque están expuestas a un mayor riesgo de violación de sus derechos humanos, en comparación con las y los nacionales. Sin embargo, no todos los migrantes son igualmente vulnerables, existen algunos grupos que están aún más expuestos a ese riesgo; tal es el caso de las personas migrantes indocumentadas, quienes según la ACNUDH, *“tienden a ser desproporcionadamente vulnerables a la discriminación, explotación y marginalización, a menudo viviendo y trabajando clandestinamente, con miedo a quejarse y siendo privados de sus derechos humanos y libertades fundamentales”*² (Asamblea General de las Naciones Unidas 2000).

La presente tesis se centrará en el estudio del sujeto vulnerable migrante e indocumentado, analizando las causas de su vulnerabilidad, cuál es su protección a nivel internacional y cuál es el tratamiento dado por el ordenamiento jurídico y administrativo chileno.

Así, la pregunta de investigación consiste en si Chile cumple con los estándares internacionales en materia de promoción, protección y efectividad de los derechos de los migrantes indocumentados. Su respectiva hipótesis consiste en que Chile no cumple con dichos estándares, dejando en evidencia el déficit estructural del país, cuyas políticas legislativas van encaminadas a una mayor restricción de derechos y no a una protección de los individuos.

Esta investigación está basada en un enfoque de derechos humanos, cuya consideración primordial es la dignidad intrínseca de las personas. El enfoque teórico es una mirada desde el constitucionalismo transformador propuesto por el profesor Armin von Bogdandy (von Bogdandy 2015), el cual consiste en la integración de las fuentes del derecho interno y las del

² Traducción libre y énfasis propio de la autora.

derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), esto en concordancia con la cláusula de apertura constitucional³. Por lo tanto, el análisis estará basado en una ‘doble fuente’, integrando tanto el DIDH como el derecho chileno para abordar el sujeto de estudio.

La estructura de este trabajo se organiza en base a los objetivos específicos de la investigación. El primer capítulo pretende definir y sistematizar el concepto de vulnerabilidad, aplicándolo al caso de las personas migrantes indocumentadas, analizando las múltiples casusas y dimensiones de esta. Además de caracterizar las migraciones indocumentadas actuales. En un segundo capítulo, se identificarán los derechos de este grupo consagrados a nivel internacional, analizando la ‘Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares’, en conjunto con jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el tercer y último capítulo, se analizará el caso concreto de las personas migrantes indocumentadas en Chile, revisando estadísticas, normativa y jurisprudencia nacional. Finalmente, las conclusiones expondrán si Chile realmente cumple con sus compromisos internacionales en materia de protección de los derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas.

Espero que esta tesis sea de agrado para las y los lectores, deseando que constituya un pequeño aporte al debate académico, legislativo, y, sobre todo, a la reflexión personal.

³ Artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, prescribe que los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes, son parte de nuestro Derecho interno: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

CAPÍTULO I: EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD Y SU APLICACIÓN A LAS PERSONAS MIGRANTES INDOCUMENTADAS

El presente capítulo pretende sistematizar la noción de vulnerabilidad con el fin de aplicar dicho concepto a las y los migrantes indocumentados, quienes son considerados como un grupo vulnerable que debe ser sujeto de especial protección⁴.

En primer lugar, se desarrollará el concepto de vulnerabilidad en general. Luego, se efectuará una caracterización del panorama migratorio general, para luego centrarse en los movimientos indocumentados. Posteriormente, se analizarán las diversas dimensiones que constituyen la vulnerabilidad reforzada de este grupo vulnerable.

I. CONCEPTO GENERAL

El concepto de ‘vulnerabilidad’ es sumamente complejo, pues encierra un sinnúmero de significados aplicables a ámbitos y disciplinas muy diversas como el derecho, la sociología, antropología, filosofía, economía, etc. La Real Academia Española define como ‘vulnerable’ a algo o alguien “*que, con mayor riesgo que el común, es susceptible de ser herido o lesionado, física o moralmente*”. Es decir, **la vulnerabilidad es la mayor probabilidad que se tiene de ser dañado**⁵. Así, el concepto puede ser aplicado desde a un sistema informático vulnerable a ser “hackeado”, hasta a una persona que tiene mayor probabilidad de ser víctima de violación a sus derechos fundamentales.

Desde las ciencias sociales se ha sostenido que todos los seres humanos son vulnerables, pues todas y todos están constantemente expuestos a daños, tales como enfermedades, sufrimientos y la propia muerte, principal daño del cual se tiene certeza (Hoffmaster 2006, 38). Esta es una

⁴ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 117.

⁵ Muchas veces se **utiliza erróneamente** el concepto de vulnerabilidad como sinónimo de pobreza. Es **importante erradicar esta concepción**, pues si bien las personas en situación de pobreza pueden ser un grupo vulnerable, no son el único. Es decir, no todas las personas que comprenden grupos vulnerables son pobres, pues la vulnerabilidad no necesariamente está dada por la condición socioeconómica, sino también por características personales, prejuicios, discriminaciones y estructuras sociopolíticas.

primera dimensión de la vulnerabilidad que afecta a todo ser humano; será llamada ‘vulnerabilidad antropológica’.

Una segunda dimensión del concepto de vulnerabilidad está dada por el hecho de que no todos los seres humanos son igualmente vulnerables. Hay grupos que por diversos factores están mayormente expuestos a sufrir múltiples daños. Esta dimensión será llamada ‘vulnerabilidad compleja’⁶. Estas personas son conocidas como ‘grupos vulnerables’, pues a consecuencia de las condiciones en el medio en que viven, factores personales u otros, tienen una mayor susceptibilidad de ser dañados (Feito 2007, 8-12).

De igual forma, concepto de vulnerabilidad ha sido desarrollado por diversos organismos de Naciones Unidas, lo cual surge a propósito de las catástrofes naturales y prevención de desastres; donde los conceptos de ‘vulnerabilidad’, ‘daño’, ‘amenaza’ y ‘resiliencia’ juegan un factor clave. La UNISDR⁷ publicó en 2009 la Terminología sobre reducción de riesgos de desastres donde define y comenta una serie de conceptos, destacándose el de vulnerabilidad como “*las características y las circunstancias de una comunidad, sistema o bien que los hacen susceptibles a los efectos dañinos de una amenaza*” (Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de Naciones Unidas 2009, 4).

El enfoque de Naciones Unidas actúa como una medida de las características y circunstancias de una persona o comunidad que los hace susceptibles de verse expuestos a amenazas que generen algún tipo de daño; teniendo en cuenta los factores de riesgo, los tipos de daño y la capacidad de resiliencia de las y los sujetos (Morondo Taramundi 2016, 209). Las características y circunstancias de una persona vulnerable, en conjunto con las estructuras sociopolítico-económicas, la exponen a una amenaza que puede ocasionar un daño. El riesgo consiste en las consecuencias a las que se enfrenta, en el caso de que la amenaza se concrete y genere un daño. Este riesgo sólo se da si las amenazas persisten en un tiempo y territorio dado, el cual sólo puede disminuir mediante la reducción de la vulnerabilidad frente a la amenaza (Estupiñan Silva 2014, 6).

⁶ De aquí en adelante, cuando se hable de ‘grupos vulnerables’ nos referiremos a las personas que se ven enfrentadas a una vulnerabilidad compleja, por lo que tienen mayor susceptibilidad de ser dañadas.

⁷ Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de Naciones Unidas (UNISDR).

A propósito de la reducción de la vulnerabilidad, surge el concepto de resiliencia: la capacidad de una persona o grupo de sobreponerse o adaptarse ante situaciones adversas (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2014, 28 y 29). Esta capacidad está dada por muchos factores. No todas y todos los individuos pueden ser igualmente resilientes, depende del contexto, situación personal, oportunidades y medios con que cuenta. Sin embargo, la vulnerabilidad no es determinismo al daño, es susceptibilidad posible de ser intervenida y cambiada.

En concordancia, la vulnerabilidad compleja puede ser reducida a través de un ‘responsive state’, donde el Estado, sus instituciones y la comunidad trabajen por empoderar y proteger a la población, generando políticas, oportunidades y condiciones óptimas. Esto con el fin de construir cohesión social y así prevenir daños, reducir la vulnerabilidad y permitir la recuperación de personas que han sufrido vulneraciones (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2014, 4-6 y 15).

II. LA VULNERABILIDAD ENTENDIDA POR LA CORTE IDH

La Corte IDH utiliza las nociones anteriormente mencionadas para su toma de decisiones y posterior argumentación de sentencias, construyendo un test de vulnerabilidad para evaluar cada caso que llega a su conocimiento. Para esto, toma en consideración diversos elementos y factores con los cuales llega a concluir que una persona, en su situación concreta, con ciertas particularidades, en un lugar y tiempo determinado fue víctima de una o múltiples violaciones a sus derechos humanos, principalmente los establecidos en la CADH.

La jurista Dra. Rosmerlin Estupiñan Silva conceptualiza y describe el test de vulnerabilidad utilizado por la Corte, en conjunto con la tipología de vulnerabilidad utilizada. Este test se estructura a partir de tres elementos, dos contextuales y uno particular del sujeto: las causas subyacentes, la exposición a presiones variables y la sensibilidad a la amenaza del sujeto. La tipología de vulnerabilidad es dividida porque la sensibilidad a la amenaza de un sujeto puede estar dada por su condición personal o por su situación específica (Estupiñan Silva 2014, 196-209). El análisis de la jurista es el siguiente:

Dentro del contexto, se encuentra, en primer lugar, las causas subyacentes, las cuales son “reenvíos a las circunstancias históricas, políticas y sociales de las violaciones convencionales”

(Estupiñan Silva 2014, 201). La Corte IDH en su Opinión Consultiva OC 18/03⁸, señala que la vulnerabilidad se ve propiciada por situaciones de iure y de facto. Las situaciones de iure consisten en la limitación de acceso a derechos, pues en la práctica no existe una igualdad de goce y ejercicio de derechos y prestaciones; la posibilidad de acceso y ejercicio de derechos está supeditada a factores culturales, sociales y económicos⁹. Las situaciones de facto consisten en los elementos estructurales del sistema estatal, los cuales dicen relación con dinámicas históricas de exclusión estructural que poseen una dimensión ideológica¹⁰, diferente según el contexto histórico de cada caso.

En segundo lugar, dentro del contexto se encuentra el elemento de exposición a presiones variables, lo cual significa que la vulnerabilidad contiene distintos grados de exposición, los cuales son definidos como *“la población, las propiedades, los sistemas u otros elementos presentes en las zonas donde existen amenazas y, por consiguiente, están expuestos a experimentar pérdidas potenciales”* (Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de Naciones Unidas 2009, 17) Dicha exposición a amenazas que generan un riesgo puede ser causada por acción u omisión. Esta omisión dice relación con la ausencia institucional frente a las problemáticas de determinados grupos de la sociedad; mientras que la acción tiene que ver con el accionar de macro fuerzas, las cuales son definidas como *“las fuerzas internas que actúan dentro de un sistema (en este caso: el Estado) en su contexto y frente a las personas o grupos que lo integran”* (Estupiñan Silva 2014, 207).

A los elementos contextuales, se suma el análisis de la supuesta víctima, la cual sólo será considerada como vulnerable si tiene un alto grado de afectación por los elementos combinados anteriormente descritos más la sensibilidad y exposición a la amenaza de violación de sus derechos. La sensibilidad a la amenaza depende de la posición de la persona o grupo dentro de la sociedad o el Estado; a la Corte IDH le interesan los sujetos que se sitúan en una posición desventajada o su debilidad es evidente por sus condiciones físicas o sociales. Es así como la

⁸ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 112.

⁹ Existen prácticas discriminatorias y de exclusión perpetradas por los Estados, las cuales generan en ciertos grupos de personas un estado de mayor vulnerabilidad. Por ejemplo, la dictación de leyes discriminatorias o leyes que no son discriminatorias pero su aplicación sí lo es, o el acceso a derechos supeditado a condiciones de cualquier índole.

¹⁰ Los prejuicios y estereotipos hacia ciertos grupos son causas directas de su vulnerabilidad. Como es el caso, entre otros, de la discriminación hacia comunidades LGTBI, la estereotipación de los roles de la mujer, los prejuicios contra los pueblos indígenas y el racismo y xenofobia contra migrantes.

sensibilidad a la amenaza es causada por la fragilidad física (características que pertenecen exclusivamente a un grupo de la sociedad) o la fragilidad social (pertenencia a cierto grupo socioeconómico, cultura, ideología, religión).

Finalmente, se establece una tipología de vulnerabilidad consistente en la “*combinación de contextos (exposición) y de fragilidades (sensibilidad) que afecta a los individuos o grupos de personas*”. Se habla de “*espacio de atributos*” consistente en la “*descripción de cada sujeto vulnerable, cuyos elementos de composición derivan de las descripciones proporcionadas por la Corte IDH*” (Estupiñan Silva 2014, 215). Es así como la Corte, a partir de las causas subyacentes, las exposiciones a presiones variables y la sensibilidad de la amenaza, reduce las categorías a ‘condición personal’ y ‘situación específica’.

El primer elemento de la tipología es la vulnerabilidad derivada de la condición personal de la persona o grupo. La vulnerabilidad está dada por las características propias de los sujetos, que, enfrentados a una sociedad intolerante y no garantista, son víctimas de violaciones a sus derechos. El segundo elemento de la tipología es la situación específica de una persona o grupo. La diferencia con el primer elemento es que la vulnerabilidad no está dada por una característica del sujeto frente a la sociedad, sino porque la persona se ve enfrentada a un determinado contexto que la sitúa en una posición de mayor vulnerabilidad en comparación con otras personas.

Por regla general, ocurre que una persona cumple con la tipología de vulnerabilidad producto de ambos elementos: su condición personal y situación específica en que se encuentra, lo cual configura una ‘vulnerabilidad reforzada’ compuesta por múltiples dimensiones. Producto de ello, la persona se ve enfrentada a una mayor exposición de violación de sus derechos. Ante esto, la Corte determina que estos grupos deben ser sujetos de una mayor protección internacional, por lo cual los Estados deben adoptar medidas concretas para el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

III. GRUPOS VULNERABLES

Los grupos vulnerables son aquellos “*con más probabilidades de sufrir un daño y, si lo sufren, de recuperarse peor o de no recuperarse*” (Morondo Taramundi 2016, 217) Son quienes en virtud de múltiples dimensiones como la edad, género, ‘raza’, origen, etnia, situación

socioeconómica o laboral, sufren de omisión, precariedad o discriminación por parte de la sociedad y el Estado. Existe una multiplicidad de grupos considerados como vulnerables: migrantes, pueblos indígenas o tribales, población rural, personas en extrema pobreza, personas mayores, NNA, población LGTBIQ, personas discapacitadas, personas privadas de libertad, desempleados/as, mujeres que sufren discriminación política y social, entre otros (González, Hernández y Sánchez Castañeda 2001, 227).

El PNUD sostiene la existencia de ‘grupos estructuralmente vulnerables’, los cuales poseen un mayor grado de vulnerabilidad producto del histórico trato desigual que han recibido, en comparación con el resto de la sociedad. Muchos de estos grupos enfrentan constantes barreras para construir resiliencia, principalmente por las normas sociales discriminatorias y las deficiencias institucionales que exacerbaban la vulnerabilidad. *“Las personas que son estructuralmente vulnerables pueden ser igual de capaces que el resto de las personas, pero se ven enfrentadas a barreras adicionales para superar condiciones adversas”* (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2014, 3).

Como fue señalado anteriormente, dichos grupos, producto de su vulnerabilidad reforzada, deben ser sujetos con una protección adicional para garantizar la efectividad de ejercicio y acceso a sus derechos. Por esto, mientras mayor sea el grado de vulnerabilidad, mayor es la protección que debiesen otorgar los Estados.

IV. APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD A LAS Y LOS MIGRANTES

Es pertinente responder la pregunta consistente en por qué las personas migrantes son consideradas como un grupo vulnerable y por qué los migrantes indocumentados poseen un mayor grado de vulnerabilidad en comparación con el resto. Para esto, en primer lugar, se caracterizará el panorama de la migración general y específicamente de la indocumentada, analizando sus causas y estadísticas. Posteriormente, se analizará en concreto las dimensiones que configuran la vulnerabilidad de las personas migrantes, principalmente de las indocumentadas.

A. CARACTERIZACIÓN

El fenómeno migratorio está presente en casi la totalidad de los Estados, sean estos países de emigración, inmigración o tránsito. Es decir, es un fenómeno de alcance mundial presente en las vidas de la mayoría de los seres humanos, ya sea por vínculos familiares, conexiones culturales, intercambios económicos, entre otros (OIM 2018, 11).

Del mismo modo, “[l]a migración internacional se ha convertido en una característica intrínseca de la globalización” (UNESCO 2005, 5)¹¹. Gracias a este proceso, la migración ha influido en las grandes transformaciones económicas, sociales, políticas y económicas, lo cual ha tenido como consecuencia que las agendas políticas de los Estados tengan como prioridad la temática migratoria (OIM 2019, 1).

Por otro lado, la *“migración es un poderoso impulsor del desarrollo sostenible, para los propios migrantes y para sus comunidades en los países de origen, tránsito y destino”*. (OIM 2018, 11). Para mediados de 2019, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas estimó que el número total de migrantes internacionales bordeaba los 271,6 millones de personas, lo cual representa el 3,5 % de la población mundial (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019). Un estudio de la Organización Internacional para las Migraciones en conjunto con McKinsey & Company, reveló que las personas migrantes producen más del 9% del PIB mundial, lo cual constituye aproximadamente 3 billones de dólares más que si hubieran permanecido en sus Estados de origen (OIM 2018, 11).

Lo anterior devela el gran aporte de la migración, pues las personas migrantes *“a menudo aportan beneficios significativos a sus nuevas comunidades en forma de capacidades, aumento de la fuerza de trabajo, inversiones y diversidad cultural. También desempeñan un papel en la mejora de las vidas de las comunidades en sus países de origen mediante la transferencia de capacidades y recursos financieros, lo que contribuye a logros positivos de desarrollo”* (OIM 2018, 11). Desde un enfoque de derechos humanos, se esperaría que el tratamiento a las personas migrantes reconociera su valiosa participación en las sociedades, además de su dignidad

¹¹ El proceso de globalización ha generado condiciones propicias para las migraciones, pues ha proporcionado la base tecnológica y cultural para la movilidad. Con el internet, redes sociales y medios de comunicación masiva, se ha difundido el conocimiento sobre diversos países, oportunidades de trabajo o estudio y las rutas de migración. En la actualidad, los viajes de corta y larga distancia son menos costosos y más accesibles, lo que ha producido que muchas personas efectivamente hayan podido migrar (Castles 2010, 56 y 57).

intrínseca por el hecho de ser seres humanos. Esto se materializaría en políticas migratorias que permitieran los flujos documentados y que otorgaran una debida protección y reconocimiento a los derechos fundamentales de las y los migrantes.

Sin embargo, lo anterior pareciese ser una utopía, pues las políticas migratorias de los Estados son cada vez más rígidas y menos garantistas en términos de acceso a derechos para personas migrantes. Es así como surge una de las paradojas más grandes de la globalización, por la cual la libre circulación de capitales, información o mercancías -lo cual necesita de un número considerable de trabajadores- convive con una limitada libertad de movimiento para esas mismas personas que constituyen parte importante de la fuerza laboral de países de destino (Jaegermann 2011, 208).

El Reporte Mundial de Migración 2020 de la OIM sostiene que se estaría atravesando por un período de descontento e incertidumbre geopolítica que algunos llaman ‘the age of anger’ - traducido al español como ‘la era de la ira’ - donde prima *“un enfoque dominante de la ‘lógica’ y ‘racionalismo liberal’ a expensas de la capacidad de respuesta emocional”*¹² (OIM 2019, 1). Esto devela el enfoque de los Estados, donde la mayoría de las y los inmigrantes son vistos como ‘no deseados’ y como una amenaza a la unificación nacional y pacificación interna. Ver a el inmigrante desde el miedo y la seguridad que se debe tomar en contra de ella o él, se traduce en *“la adopción de respuestas represivas contra la inmigración”* (Lages de Oliveira 2019, 30).

Ante esto, los desafíos de la temática migratoria son evidentes, por lo cual se hace urgente un cambio de paradigma a nivel mundial, pues es la única forma de ‘humanizar’ el tratamiento que se le dé a las personas migrantes.

a) Causas

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sostiene que las migraciones se caracterizan por diversos grados de compulsión, es decir, que un número creciente de personas migrantes se ve forzada a abandonar sus hogares por una combinación compleja de razones. Dentro de los motivos se encuentran la pobreza, la falta de acceso a prestaciones médicas y educaciones, la falta de suministros básicos -agua potable y luz-, la falta

¹² Traducción libre de la autora.

de alimentos o hambruna, el difícil acceso a la vivienda, la degradación ambiental y cambio climático, los conflictos bélicos y las persecuciones (ACNUDH s.f.).

Dentro de las causas de la migración se encuentra una serie de factores económicos, políticos y sociales. Las personas abandonan su país de origen, entre otras razones, por:

1. Conflictos que amenazan su vida o integridad: muchas personas huyen de guerras, luchas civiles, conflictos étnicos o violaciones generalizadas a los derechos humanos. En estos casos, la vulnerabilidad reforzada de estas personas es evidente y la necesidad de abandonar sus países en busca de seguridad se torna de extrema urgencia. Dichas personas se convierten en refugiados o asilados, algunos son reconocidos como tales por los Estados de tránsito o de destino, pero muchos otros se ven enfrentados al rechazo de sus solicitudes, lo cual genera que vivan en la indocumentación (Unión Interparlamentaria, OIT y ACNUDH 2015, UNESCO 2005, 17 y 18).

2. Empleo: la mayoría de las personas migran en busca de trabajo, además de estar motivadas por múltiples razones adicionales. Algunas personas se ven obligadas a trabajar en otros Estados por la necesidad imperiosa de satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familiares, ya sea por la falta de trabajo en sus países de origen, condiciones indignas de este o porque la remuneración que perciben no es suficiente para sobrevivir. En estos casos se da el fenómeno de las remesas de dinero¹³ que generan grandes flujos económicos internacionales, muchas veces desempeñando un rol fundamental en las economías de los Estados de empleo o de origen. Otro factor importante para considerar es el aumento de la demanda de mano de obra en países desarrollados o semi desarrollados¹⁴. De igual forma que en el punto anterior, muchas veces los inmigrantes se enfrentan a la falta de autorización de residencia o permiso de trabajo, por lo cual se convierten en trabajadores indocumentados, siendo víctimas de abusos laborales y condiciones de extrema vulnerabilidad (Unión Interparlamentaria, OIT y ACNUDH 2015, UNESCO 2005, 17 y 18).

¹³ Las y los inmigrantes envían dinero a sus familiares que se encuentran en otros países para que estos satisfagan sus necesidades básicas.

¹⁴ Estos países se han visto enfrentados al envejecimiento de sus poblaciones, lo cual trae emparejado la disminución de fuerza laboral y la necesidad de trabajadores inmigrantes tanto ‘calificados’ como quienes tienen menos calificación. Estos últimos realizan trabajos en los cuales el resto de la población no quiere participar, muchas veces a cambio de bajas remuneraciones y malas condiciones de empleo.

3. Búsqueda de mejores condiciones de vida: en la mayoría de los casos, los movimientos migratorios están motivados por una búsqueda de mejores condiciones de vida. Algunos motivos que no son precisamente huir de conflictos, hambruna o razones socioeconómicas, sino expectativas personales como cursar estudios, el deseo de vivir en el exterior, entre otros. Por otro lado, existen casos dados por los graves efectos del cambio climático y degradación ambiental, en donde la sequía, falta de alimentos, contaminación u otros, obligan a las personas a abandonar sus lugares de origen (Unión Interparlamentaria, OIT y ACNUDH 2015, UNESCO 2005, 17 y 18).

4. Vínculos familiares: otra motivación importante es la reunificación familiar. En muchos casos, las personas se ven motivadas a migrar con el fin de reunirse con familiares que ya se han establecido en el extranjero. De igual forma, la inmigración puede reflejar patrones migratorios dados por las mismas conexiones familiares y amistades o las llamadas redes migratorias¹⁵. (UNESCO 2005, 17 y 18) (Unión Interparlamentaria, OIT y ACNUDH 2015).

5. Extrema pobreza: hay países que se ven enfrentados por situaciones de extrema pobreza, donde la falta de alimentos, hambruna y falta de acceso a servicios y suministros básicos genera. Al igual que en los casos motivados por conflictos políticos, es imperiosa la necesidad de abandonar sus Estados de origen con el fin de acceder a bienes y servicios indispensables para la preservación de sus vidas y las de sus familiares. En algunos casos también es posible apreciar el rechazo de los países de destino, por lo cual las y los migrantes en cuestión caen en la indocumentación. (UNESCO 2005, 17 y 18) (Unión Interparlamentaria, OIT y ACNUDH 2015).

6. Estabilidad en el Estado de destino: las personas que no tienen un país predeterminado de elección deben tomar la decisión de a qué país emigrarán. Factores como la situación del

¹⁵ Las redes migratorias consisten en el traspaso de información entre personas que viven en un país extranjero y nacionales que viven en el país de origen de los primeros. Una vez que los primeros se establecen en el país, ‘traspasan’ información a sus cercanos con respecto a las condiciones de vida, las rutas, los posibles lugares donde pueden vivir, posibles empleos, recintos educacionales, etc. Estas redes se ven facilitadas por la globalización, pues a través de nuevas tecnologías y facilidades, el transporte, información, comunicación y relaciones interpersonales se tornan cada vez más rápidas y accesibles. Cuando se juntan varias redes migratorias, se configuran las llamadas ‘comunidades transnacionales’ compuestas por personas que poseen un sentimiento de pertenencia en dos o más Estados, por los cuales tiene relaciones sociales, culturales y políticas que atraviesan fronteras (Castles 2010, 56 y 57).

mercado laboral, estabilidad económica, social y política, cercanía-lejanía, idioma o redes interpersonales, son algunos de los que motivan dicha migración hacia cierto país en específico.

Por otro lado, es pertinente preguntarse cuál es la **causa de los movimientos migratorios indocumentados**, por qué una persona permanece en un país si ha vencido su autorización, o qué lleva a una familia a tomar la decisión de cruzar fronteras de modo clandestino. La respuesta parecería encontrarse en todas las causas mencionadas anteriormente; sin embargo, existe un factor detonante, cuya aparición determina si la persona migrante se convertirá en indocumentada o no. Este factor consiste en las políticas migratorias restrictivas. Una persona puede estar motivada por cualquier motivo para migrar, sin embargo, lo que define que esta se convierta en documentada o indocumentada, depende de una decisión estatal. Frente a la imposición de barreras, personas extranjeras que están determinadas a ingresar o permanecer en el país, caerán en la indocumentación¹⁶ (Castles 2010).

La probabilidad de que una persona migrante se convierta en indocumentada tiene directa relación con que posea mayores dimensiones de vulnerabilidad, relacionadas con el origen, situación social del país, capacidad económica, calificaciones educativas y profesionales, sexo, edad, entre otras. Los factores más determinantes estarían dados por la capacidad económica, país de origen y capital humano (calificaciones educativas y profesionales), lo cual generaría que las personas provenientes de países menos desarrollados o pobres, en situación de pobreza y con escaso ‘capital humano’, tengan mayor probabilidad de devenir en la ‘irregularidad’. Esto se debe a que los Estados imponen mayores barreras a estos últimos, justificándose en múltiples motivos¹⁷. De igual forma, se da el caso antes mencionado de personas que solicitan refugio, pero que devienen en la indocumentación al no serle reconocida su condición¹⁸ (Castles 2010, 61).

Pareciese ser que las personas migrantes con mayores dimensiones de vulnerabilidad y que debiesen recibir una mayor protección por parte de los Estados, son quienes tienen mayor

¹⁶ Al tener la necesidad extrema de abandonar su país, reunirse con sus familiares o buscar mejores condiciones de vida, si una persona se ve enfrentada a múltiples barreras migratorias, probablemente se arriesgue a residir o ingresar de forma indocumentada, sobre todo si la vida e integridad suya y de su familia dependen de ello.

¹⁷ Sus motivos serían que constituirían una ‘carga social’, que incrementaría la delincuencia, el país perdería su cultura o su ‘riqueza biológica’, entre tantos otros motivos racistas.

¹⁸ Esto debido a que los Estados, a pesar de haber ratificado la Convención sobre el estatuto de refugiados de las Naciones Unidas, rechazan gran cantidad de solicitudes

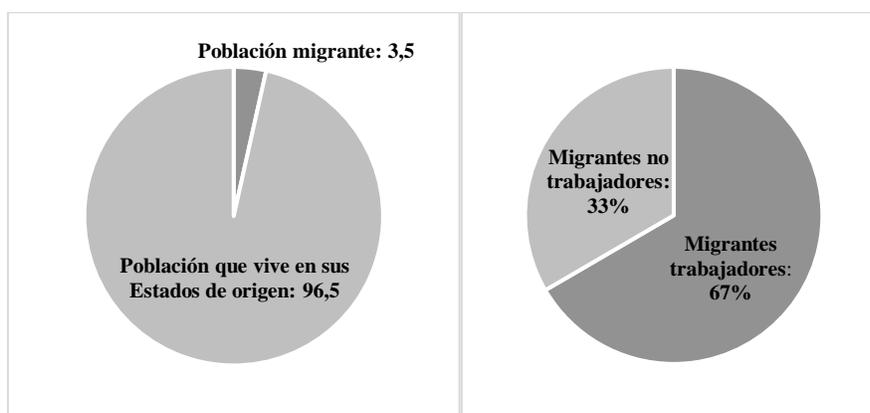
probabilidad de caer en la indocumentación. La multiplicidad de causas que originan la migración implica la necesidad de enfoques interdisciplinarios que comprendan la complejidad de los movimientos migratorios¹⁹.

b) Estadísticas migratorias

Para comprender el fenómeno migratorio es necesario dimensionar su magnitud y cifras. Saber hacia dónde migran las personas, de dónde provienen y comparar la cantidad de migrantes en comparación al resto de la población ayuda a derribar los mitos de la ‘sobrepoblación’ o ‘invasión migrante’²⁰.

Naciones Unidas sostiene que existen 7,5 mil millones de habitantes en el mundo, donde 271,6 millones de ellos son migrantes internacionales. Es decir, **solo un 3,5% de la población mundial es migrante**, un porcentaje bastante bajo en comparación al 96,5% de la población que vive en sus Estados de origen. De esos 271,6 millones de migrantes, 48% son mujeres y 52% son hombres, por lo cual se ve una migración más o menos equitativa con respecto al número de mujeres y hombres migrantes; de ellos, un 74% se encuentra en edad laboral, es decir, entre los 20 y 64 años (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019).

Gráfico 1: Porcentaje mundial de personas migrantes en comparación con el de personas que viven en sus Estados de Origen y porcentaje mundial de trabajadores migrantes en comparación a migrantes no trabajadores. Elaborado por la autora.



¹⁹ Debido a esto, los enfoques estatales centrados en la seguridad nacional son reduccionistas, pues son motivados por una estructura social cimentada en base al miedo y rechazo a lo desconocido, por lo cual ven al migrante como una amenaza, no siendo capaces de empatizar y ver al otro/a como un/a igual.

²⁰ Estos mitos resultan peligrosos, pues sustentan el racismo, la xenofobia y el surgimiento de grupos nacionalistas extremos, lo cual finalmente genera un menoscabo a la dignidad de las personas migrantes y una vulneración estructural a sus derechos.

De la cantidad total de migrantes, dos tercios de ellos son trabajadores migrantes, es decir, más de la mitad de las personas migrantes aportan con trabajo en sus Estados de destino o empleo. Al año 2017, el número de trabajadores migrantes varones superó en 28 millones al número de trabajadoras migrantes. De la totalidad de trabajadoras/es migrantes, 68 millones eran mujeres (42%) y 96 millones eran hombres (58%) (OIM 2019).

Entre 2013 y 2017, el número de trabajadoras/es migrantes disminuyó ligeramente en los países de altos ingresos (de 112,3 millones a 111,2 millones). A la inversa, los países de ingresos medios experimentaron un aumento de trabajadoras/es migrantes -de 17.5 millones a 30.5 millones-. A pesar de la disminución en países de altos ingresos, las remesas internacionales aumentaron considerablemente²¹ (OIM 2019). Esto no hace más que confirmar el aporte económico transnacional efectuado por las personas migrantes, quienes en su mayoría trabajan.

Tabla 1: Países con mayor cantidad de emigrantes hasta mediados de 2019 (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019). Elaborada por la autora.

PAÍS	HABITANTES	INMIGRANTES	% DE LA POBLACIÓN	EMIGRANTES
India	1,4 billones	5,2 millones	0,40%	17,5 millones
México	126,2 millones	1,1 millones	0,80%	11,8 millones
China	1,4 billones	1 millón	0,10%	10,7 millones

Tabla 2: Países con mayor cantidad de inmigrantes hasta mediados de 2019 (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019). Elaborada por la autora.

PAÍS	HABITANTES	INMIGRANTES	% DE LA POBLACIÓN	EMIGRANTES
Estados Unidos	327,2 millones	50,7 millones	15,40%	3,2 millones
Alemania	82,9 millones	13,1 millones	15,70%	4 millones
Arabia Saudita	33,7 millones	13,1 millones	38,30%	296,3 mil
Rusia	144,5 millones	11,6 millones	8,00%	10,5 millones
Reino Unido	66,5 millones	9,6 millones	14,10%	4,3 millones

²¹ En 2018, las remesas internacionales fueron de USD 689 mil millones, siendo los principales receptores: India (USD 78,6 mil millones), China (USD 67,4 mil millones) y México (USD 35,7 mil millones). Los principales países emisores fueron Estados Unidos (USD 68,0 mil millones), Emiratos Árabes Unidos (USD 44,4 mil millones) y Arabia Saudita (USD 36,1 mil millones) (OIM 2019).

Con respecto a los países con mayores tasas migratorias, los principales países de origen o con mayor cantidad de emigrantes son los mismos principales países receptores de remesas internacionales, India con 17,5 millones de emigrantes, México con 11,8 millones y China con 10,7 millones. Los principales países de destino o con mayor cantidad de inmigrantes son, en orden de mayor a menor: Estados Unidos, Alemania, Arabia Saudita, Rusia y Reino Unido (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019).

Tabla 3: Cantidad de inmigrantes con comparación con los habitantes por región hasta mediados de 2019 (OIM 2019). Elaborada por la autora.

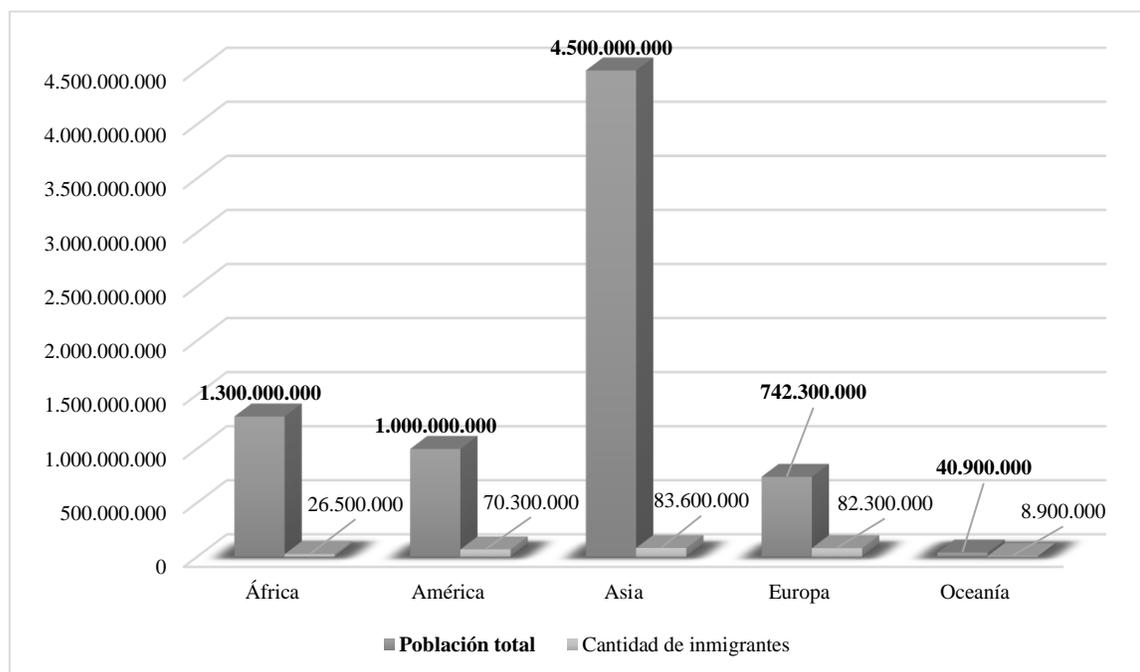
CONTINENTE	HABITANTES	INMIGRANTES	% DE LA POBLACIÓN
África	1,3 billones	26,5 millones	2,00%
América	1 billón	70,3 millones	8,90%
Asia	4,5 billones	83,6 millones	1,80%
Europa	742,3 millones	82,3 millones	11,00%
Oceanía	40,9 millones	8,9 millones	21,20%
TOTAL	7,5 billones	271,6 millones	No aplica.

De los datos de la tabla 3 es posible inferir que las principales regiones receptoras de inmigrantes son Asia y Europa, seguidas del continente Americano. Sin embargo, en este último continente, es importante considerar que, de los 70,3 millones de inmigrantes, 58,6 millones provienen de América del Norte, lo cual es lógico si se considera que Estados Unidos es el país con mayor cantidad de inmigrantes en el mundo (50,7 millones). Además, es importante precisar que ningún país supera las cifras inmigratorias estadounidenses. De hecho, el segundo y tercer país con más cantidad de inmigrantes (ambos con 13,1 millones de inmigrantes), ni siquiera juntos (26,2 millones) alcanzan la mitad de la cifra estadounidense.

Sobre los porcentajes de inmigrantes en comparación al total de la población, en Asia la cifra es mínima, solo representan el 1,8% del total de total de 4,5 billones de habitantes. El porcentaje más alto está dado por Oceanía (21,2%), sin embargo, son el continente con menor cantidad de habitantes e inmigrantes al mismo tiempo. El segundo porcentaje más alto es de Europa, el segundo destino migratorio principal con 82,3 millones de inmigrantes que representan el 11% de sus 742,3 millones de habitantes. El tercer continente con mayor cantidad de inmigrantes es América, con 1 billón de personas y 70,3 millones de inmigrantes, lo cual representa un 8,9%

de la población total²². Es menester mencionar el caso de África, el cual es el segundo continente con mayor cantidad de habitantes (1,3 billones), pero el cuarto en cantidad de inmigrantes, teniendo una cifra de 26,5 millones de inmigrantes²³ que representan el 2% de la población total del continente, un porcentaje similar al del continente asiático.

Gráfico 2: Población total en comparación con la cantidad de inmigrantes por región (OIM 2019). Elaborado por la autora.



Con respecto a las *estadísticas sobre migraciones indocumentadas*, la Organización Internacional para las Migraciones afirma que: “*la migración irregular es difícil de rastrear, porque se produce al margen de las normas reglamentarias de los países y, por lo general, procurando evitar la detección. Los cambios en la situación migratoria de una persona, de regular a irregular, y viceversa, también son difíciles de rastrear. Por estos motivos, el conocimiento actual de los niveles de migración irregular y de la dinámica de este tipo de migración es limitado, especialmente a escala mundial*” (OIM 2019).

²² En este sentido, comparando con el continente europeo, este último tiene una menor cantidad de población y, sin embargo, tiene 12 millones más de personas inmigrantes que América y 31,6 millones más que Estados Unidos.

²³ Es de relevancia mencionar que África es un continente donde priman las migraciones interregionales por sobre las internacionales, a excepción de la zona norte del continente donde hay gran cantidad de migrantes que se desplazan a otras regiones.

Es decir, casi no existen cifras sobre las migraciones indocumentadas y la mayoría de las que existen son de dudosa procedencia. Las fuentes que se utilizarán en este trabajo serán las estadísticas del ‘portal de datos mundiales sobre la migración’ de la Organización Internacional para la Migración (OIM 2019) y del ‘International Migrant Stock’ de Naciones Unidas (Departamento de Asuntos Economicos y Sociales de Naciones Unidas 2019), en conjunto con los resultados de los estudios del Pew Research Center, que se encuentran en su página web (Pew Research Center 2019).

La cifra más reciente y certera que se tiene es del Reporte Mundial de Migración 2010 de la OIM, en el cual se estima que al año 2009, los migrantes indocumentados representaban de un 15 al 20% del total de migrantes internacionales, lo cual se traduce que ***para 2010 entre 30 a 40 millones de personas se encontraban en situación migratoria indocumentada*** (ACNUDH 2014, 3, OIM 2010, 29).

En Europa, gracias al proyecto Clandestino, se tiene información más fidedigna. En 2005, se estimaba que en la Unión Europea había entre 2,4 a 5,4 millones de migrantes indocumentados; en el año 2008, entre 1,9 y 3,8 millones. Con respecto a los ingresos indocumentados anuales, en el año 2015 se incrementaron, calculando que ese año ingresaron más de 1 millón de personas por vía marítima²⁴. Se afirma que desde el 2015, hubo una considerable disminución de personas indocumentadas que ingresaron a países de la Unión Europea²⁵ (OIM 2019). Un estudio del Pew Research Center estima que la cantidad de migrantes indocumentados que vivían en Europa al año 2014 era posiblemente de 3 a 3,7 millones. Para el año 2016 la cifra supuestamente ascendió a 4,1-5,3 millones y para el año 2017 se estimaba que la población migrante indocumentada sería entre 3,9 a 4,8 millones (Pew Research Center 2019).

En el continente de América, Estados Unidos es el único país con cifras oficiales de migrantes indocumentados. Hasta mediados de 2019, dicho país poseía 327,2 millones de habitantes y 50,7 millones de inmigrantes que representan el 15,4% de la población (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019). Se estima que, en el año 1990, existían 3, 5 millones de migrantes indocumentados; para el año 2007, 12,2 millones; y para 10,7 millones

²⁴ Turquía y Grecia se transformaron en los principales Estados de tránsito. Esta ruta mediterránea ha sido utilizada por muchos migrantes y solicitantes de asilo para posteriormente ingresar a otros Estados europeos de destino final.

²⁵ En el año 2015 habrían ingresado aproximadamente 1 millón de migrantes indocumentados, el 2016 387.895 en el 2016, 176.452 en el 2017, 144.166 en el 2018 y 88.698 en 2019 (hasta el 13 de octubre) (OIM 2019).

en el año 2017, (Pew Research Center 2019)²⁶. Si suponemos que la cifra total de migrantes indocumentados mundiales del 2010 se hubiese mantenido estable para el año 2017 (30 a 40 millones de personas), Estados Unidos representaría aproximadamente entre el 27 al 37% de la población total migrante indocumentada, y en el caso de Europa, el continente representaría entre un 9,8 a un 13% (Pew Research Center 2019).

Con respecto a Chile, según la OIM y Naciones Unidas, a mediados de 2019, habitaban 18,7 millones de personas, de ellas 940.000 inmigrantes que representaban el 5% de la población (OIM 2019). Sin embargo, las estimaciones del Instituto Nacional de Estadísticas y el Departamento de Extranjería y Migración de Chile calculaban 1.251.255 personas migrantes residentes en el país al 31 de diciembre de 2018 (INE y DEM 2019) y 1.492.522 personas migrantes residentes al 31 de diciembre de 2019 (INE y DEM 2020).

Para el año 2018, el gobierno del presidente Sebastián Piñera estimó que en el país residían aproximadamente 300.000 inmigrantes indocumentados (Ministerio del Interior y Seguridad Pública 2018, 1). Sin embargo, dicha cifra es muy dudosa, pues es producto de estimaciones que se hicieron en el proceso de regularización migratoria del año 2018.

Tabla 4: Comparación de estadísticas migratorias entre Estados Unidos de América y Chile a mediados del año 2019.

	Estados Unidos de América	Chile
Habitantes	327.200.000 (OIM 2019)	18.700.000 (OIM 2019)
Inmigrantes	50.700.000 (OIM 2019)	940.000 (OIM 2019) 1.492.522 (INE y DEM 2020)
Inmigrantes como porcentaje de la población total	15,4% (OIM 2019)	5% (OIM 2019)
Emigrantes	3.200.000 (OIM 2019)	650.200 (OIM 2019)
Inmigrantes Indocumentados	10.700.000 al año 2017 (Pew Research Center 2019)	300.000 al año 2018 ²⁷ (Tumba 2018)

²⁶ Es decir, del año 1990 hasta 2007 se puede evidenciar un gran aumento de migrantes indocumentados, cifra que supuestamente fue disminuyendo considerablemente producto de las políticas migratorias extremadamente restrictivas y deportaciones. También, es pertinente agregar que el mayor número de migrantes indocumentados provenía de México; actualmente la migración indocumentada mexicana ha disminuido considerablemente, pero continúa siendo una cantidad importante, pues la cifra supuestamente bordea los 5 millones de personas (BBC 2019).

²⁷ Supuestamente esta cifra fue dada por el Gobierno de Chile. Sin embargo, es de dudosa procedencia, pues fue estimada teniendo en consideración el proceso de ‘regularización’ del año 2018, sin considerar las personas indocumentadas que no participaron en él.

A modo casi irónico²⁸, se compara el caso chileno con el estadounidense, con el exclusivo fin de dejar en evidencia los mitos de la sociedad chilena. Los supuestos 300.000 inmigrantes indocumentados que se tendrían para el 2018 representarían entre el 0,75 al 1% de la población total de Chile, porcentaje por lo cierto ínfimo.

Con esta información se concluye que las estadísticas sobre los flujos migratorios indocumentados son prácticamente desconocidas²⁹, pues es casi imposible contabilizar los movimientos migratorios que se producen al margen de la ley, sobre todo porque muchos migrantes indocumentados viven en la clandestinidad por temor a ser descubiertos y expulsados. A pesar de ello, tener algunos esbozos es importante para intentar dimensionar la cantidad de personas de las cuales estamos hablando, de dónde proceden y hacia dónde van.

De todas formas, como sostiene la OIM en el World Migration Report 2020, es probable que el patrón migratorio permanezca igual por muchos años, pues *“se prevé que las poblaciones en algunas subregiones y países en desarrollo aumenten en las próximas décadas, lo que ejercerá presión migratoria sobre las generaciones futuras”*³⁰ (OIM 2019). Sin embargo, la existencia de eventos agudos no permite predecir con precisión el futuro migratorio³¹. Al momento de finalizar el presente trabajo, el mundo entero se encuentra atravesando una pandemia ocasionada por el COVID-19, por lo cual las proyecciones migratorias, sus trayectorias y el futuro en general son altamente inciertos.

²⁸ Sin embargo, la comparación entre Chile y Estados Unidos no ha sido aleatoria, principalmente -como ya ha sido mencionado anteriormente-, es con el fin de derribar los mitos sobre la ‘invasión de migrantes’, particularmente en el país objeto de este estudio. Aunque Chile ha sido objeto de un aumento progresivo de flujos inmigratorios, sus cifras son ínfimas en comparación con otros países -sobre todo con el país con mayor cantidad de migrantes documentados e indocumentados- y ***es fundamental que la población esté informada de ello, pues ayuda a pensar racionalmente e ir perdiendo el temor infundado a la ‘invasión’ y ‘destrucción’ de lo nacional.***

²⁹ Los únicos casos donde se tiene ciertas estimaciones -pero tampoco cifras certeras- son los de la Unión Europea que con el ‘Proyecto Clandestino’ y Estados Unidos que a través de su Departamento de Seguridad Nacional ha tratado igualmente de monitorear los flujos migratorios ‘irregulares’ en el país, pues sostienen que la mayor parte de migrantes indocumentados son quienes ingresan de forma documentada, pero permanecen en el país luego que haya expirado su visa (BBC 2019).

³⁰ Traducción libre de la autora.

³¹ *“Es ampliamente reconocido que la escala y el ritmo de la migración internacional es notoriamente difícil de predecir con precisión porque está estrechamente relacionado con eventos agudos (como inestabilidad severa, crisis económica o conflictos), así como con tendencias a largo plazo (como cambio demográfico, desarrollo económico, avances en la tecnología de comunicaciones y acceso al transporte). También sabemos, a partir de datos a largo plazo, que la migración internacional no es uniforme en todo el mundo, sino que está determinada por factores económicos, geográficos, demográficos u otros, que dan como resultado distintos patrones de migración, como los “corredores” de migración³¹ desarrollados durante muchos años”* (OIM 2019, 2). Traducción libre de la autora.

c) *Migrantes indocumentadas/os en específico*

A menudo, nociones como *irregularidad*, *indocumentación* o *ilegalidad* son utilizadas para referirse a las personas inmigrantes que se encuentran en un Estado en el cual no son nacionales y que no cuentan con la documentación necesaria, permisos o autorizaciones para residir en ese territorio conforme a su ley. Cada uno de dichos términos demuestra la forma de entender e interpretar aquella situación; sin embargo, ninguna es capaz de abordarla a cabalidad.

La percepción pública de la migración es altamente politizada, cargada de estructuras y prejuicios históricos en torno al extranjero. En consecuencia, aquellas nociones están cargadas de juicios de valor, general y lamentablemente, negativos (Castles 2010, 52).

Haciéndose cargo de cada uno de estos términos, en primer lugar, es aberrante e inconcebible hablar de un ‘migrante ilegal’, puesto que ninguna persona puede ser catalogada como ‘lícita’ o ‘ilícita’. La licitud, entendiéndose como algo legalmente autorizado, puede medirse en actos u objetos. Por ejemplo, puede ser legal o no la tenencia de armas, el consumo de marihuana, el aborto, el acoso callejero, etc. Pero una persona no encaja dentro de la categoría de licitud o ilicitud, el ser humano simplemente es y existe. Por lo tanto, la noción de ‘migrante ilegal’ debe ser erradicada, puesto que ninguna persona puede ser ilegal. Utilizar este término es ilógico y ofensivo al estar reduciendo a las personas a la categoría de objetos.

En segundo lugar, el término ‘irregularidad’ parecería ser menos ofensivo, sin embargo, es igualmente incorrecto debido a que ninguna persona puede ser regular o no, en tanto son y existen. La existencia humana tampoco puede ser regular o irregular, simplemente ‘es’. Lo que sí puede ser regular o no es su situación migratoria, la cual consiste en el establecimiento, en un Estado extranjero, que no se adecúa a la normativa interna³².

Pareciese que el término más pertinente sería ‘indocumentado/a’, pues denotaría simplemente que una persona posee o no documentos, sin faltar el respeto ni reducirla a un objeto o acto legal-ilegal o regular-irregular. Sin embargo, el término también es dudoso porque no hay claridad si ese ‘no tener documentos’ se refiere a que la persona no tiene documento alguno o si efectivamente posee, pero no todos los necesarios. Por regla general, toda persona tiene un

³² Por tanto, es correcto hablar de situación migratoria regular o irregular, pero no lo es hablar de una persona regular o irregular.

documento de identidad, aunque sea de su Estado de origen. Por lo tanto, lo más correcto sería aclarar que este término dice relación con la situación migratoria de la persona en el país de destino. Es decir, la persona se encuentra en una situación de falta del documento necesario - uno o más- para una residencia en el país conforme a ley. El término ‘migrante indocumentado’ es utilizado ampliamente por el Sistema IDH, por lo tanto, será adoptado en este trabajo, atendiendo también que es un término más neutral y respetuoso de la dignidad de las personas migrantes.

Por otro lado, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores/as migratorios/as y de sus familias, *define como migrantes no documentados* aquellos que no *“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”* (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, art. 5). Naciones Unidas define la migración indocumentada como el *“movimiento de personas que se produce al margen de las leyes, las normas o los acuerdos internacionales que rigen la entrada o la salida del país de origen, de tránsito o de destino”* (OIM s.f.).

Como fue sostenido anteriormente, la migración indocumentada es causada principalmente por las políticas restrictivas de los Estados, las cuales develan una gran paradoja: el *“desequilibrio entre la demanda laboral en los países de destino y la capacidad o la voluntad de los gobiernos a establecer los canales legales de migración”* (Castles 2010, 49). Es decir, la mayoría de migrantes indocumentados son personas que migran en busca de trabajo, generalmente a países relativamente estables en términos político-económicos y que están necesitados de trabajadores, pero sus políticas migratorias están centradas en un enfoque de seguridad nacional que impone

CLASIFICACIÓN. -

Usualmente, cuando se habla de personas indocumentadas, la imagen popular es de grupos de personas ingresando de forma clandestina, cruzando difíciles fronteras a través largas caminatas por el desierto o cruzando océanos en precarias embarcaciones. Aunque este ingreso clandestino existe y es de particular preocupación -por el peligro para la integridad de las personas-, este tipo de persona indocumentada es la minoría. La mayoría de migrantes indocumentados ingresan al país con autorización y permanecen en él habiendo vencido su permiso, o realizan actividades remuneradas sin las autorizaciones necesarias (Castles 2010, 62).

Existen distintos ‘tipos’ de situaciones en las que se encuentran las y los migrantes indocumentados. Así, una primera clasificación sería entre *migrantes indocumentados de llegada* y *migrantes indocumentados sobrevenidos*. Los primeros son quienes ingresan al país de manera clandestina, por lo tanto, no cuentan las autorizaciones y documentos pertinentes para el ingreso y residencia en el país de destino. Los segundos son aquellos que, habiendo ingresado al Estado conforme a ley, pierden la autorización para permanecer en él. Dicha autorización puede perderse principalmente porque venció el plazo del permiso de estancia o de residencia, o porque dejó de cumplir alguna condicionante de dicho permiso, como es el caso de las visas sujetas a contratos de trabajo. La mayor cantidad de migrantes indocumentados son sobrevenidos, es decir, ingresaron al país con las autorizaciones correspondientes, pero se quedaron más de lo permitido, comenzaron a trabajar y se establecieron en el país.

El proyecto Clandestino de la Unión Europea distingue entre residentes extranjeros indocumentados (viven en países sin permiso legal) y trabajadores extranjeros indocumentados (trabajan sin permiso oficial). Estas dos categorías también se pueden dar en conjunto, por lo que este proyecto establece tres categorías, que también son aplicables a los Estados no miembros. En consecuencia, una segunda clasificación de migrantes indocumentados sería:

1. ***Residentes extranjeros indocumentados que no son trabajadores indocumentados***: incluye personas indocumentadas que no trabajan y personas con papeles falsos de residencia pero que tienen documentos reales de trabajo;
2. ***Residentes extranjeros indocumentados que a la vez son trabajadores indocumentados***: personas sin permiso de residencia, que trabajan en empleos regulares (pagan impuestos) o en empleos irregulares no registrados;
3. ***Residentes extranjeros documentados que son trabajadores indocumentados***: personas que tienen permiso de residencia, pero no de trabajo, y personas con permiso de residencia y trabajo que tienen empleos no regulados ni registrados (Castles 2010, 62 y 62).

Una tercera y última clasificación es de personas migrantes en situaciones ‘especiales’, las cuales se encuentran en un grado de aún mayor vulnerabilidad, en comparación con el resto de las personas migrantes indocumentadas. Estos migrantes serían:

1. ***Víctimas de tráfico***: aquellas personas que utilizan contrabandistas, organizaciones o ‘coyotes’, generalmente pagándoles, para entrar clandestinamente en un Estado (Castles

2010, 63). Dichas personas arriesgan su integridad al exponerse a recorridos (vía terrestre o marítima) que ponen en peligro su vida, quedando expuestos a bandas criminales, condiciones climáticas adversas, campos minados, naufragios, entre otros.

2. ***Víctimas de trata:*** aquellas personas que, en contra de su voluntad o mediante engaño, son llevadas, generalmente por bandas criminales organizadas, a otros Estados con fines de ser explotadas o comercializadas tanto en trabajos en condiciones de esclavitud y/o explotación sexual (Castles 2010, 63). Esta situación es de particular gravedad, pues implica el secuestro y sometimiento de seres humanos. Dichas personas sufren de una situación de vulnerabilidad extrema, pues se encuentran en absoluta clandestinidad, secuestrados y explotados. Son vulnerados en sus derechos de todas formas posibles: derecho a la vida, integridad física y psíquica, indemnidad sexual, libertad en todas sus formas, entre otros. Es particularmente preocupante el caso de mujeres y NNA que son víctima de trata para el comercio sexual, pues hay una suma de dimensiones de vulnerabilidad (son mujeres, algunas menores de edad, indocumentadas, secuestradas, separadas de sus familias, siendo explotadas sexualmente y sufriendo todo tipo de vejaciones).
3. ***Personas cuyo estatuto de refugio no fue reconocido:*** aquellas que su solicitud de reconocimiento de su condición de refugiada/o no fue aceptada, por lo tanto, devienen en indocumentación. Esto es causado porque la persona pretendía que, al momento de ingresar al Estado extranjero, este reconociera su estatuto de refugiado, sin embargo, no fue así. Esta situación es particularmente preocupante porque las personas refugiadas han huido o abandonado su país de origen o residencia habitual porque su vida o integridad -y la de sus familiares- se encuentra en peligro o ha sido vulnerada. Si el Estado decide no amparar, dichas personas quedan en una situación de vulnerabilidad reforzada porque antes de regresar al país donde corren peligro, muchas veces prefieren permanecer en el territorio de forma indocumentada o egresar de él de modo clandestino, evitando una deportación.

Es importante destacar que la noción de ‘migrante indocumentado’ no es estática. La ‘irregularidad’ en la situación migratoria de una persona puede cambiar, transitando del estatus de indocumentado al documentado y viceversa. Lo anterior se explica por los cambios de políticas migratorias y leyes. Por ejemplo, muchos países han llevado a cabo planes de ‘regularización’ en donde los inmigrantes indocumentados tienen la posibilidad de adquirir la documentación necesaria para residir. A su vez, una persona que se encuentra en situación

documentada puede derivar en la indocumentación porque dejó de cumplir con la condición a la cual estaba sujeta su visa, o porque esta derechamente venció. De igual forma, una persona refugiada puede ingresar a otro Estado de manera clandestina, quedando bajo un supuesto ‘fáctico’ -y erróneo- de migración indocumentada; sin embargo, si su condición de refugiada es posteriormente reconocida, en la práctica deja de ser considerada como migrante indocumentada y pasa a ser considerada como refugiada para todos los efectos administrativos y legales³³.

Por lo tanto, *para objeto del presente trabajo, un o una migrante indocumentada será considerada como aquella persona que en un momento y espacio específico no posee la autorización necesaria para ingresar o residir en el país de destino y/o no tiene permiso para trabajar en él*. Pueden ser migrantes indocumentados/as: (i) personas que tienen permiso para ingresar o residir y no tienen para trabajar, pero igualmente trabajan; (ii) personas que no tienen permiso para ingresar o residir, pero sí para trabajar; (iii) personas que no trabajan y no tienen permiso para ingresar o residir³⁴. Con respecto al ingreso o residencia, las personas indocumentadas pueden adquirir dicha situación migratoria por ingresar al país de manera clandestina o habiendo ingresado de forma documentada, devienen en la indocumentación por la pérdida o vencimiento de la autorización de ingreso o residencia. Por último, la condición migratoria indocumentada puede variar con el tiempo, por lo cual si la persona en cuestión adquiere -por primera vez o nuevamente- su permiso para residir y/o trabajar, ‘se transforma’ en migrante documentada.

B. VULNERABILIDAD EN LAS PERSONAS MIGRANTES

¿Por qué las y los migrantes son vulnerables? Como característica común, todas las personas migrantes viven y/o trabajan en un país extranjero, lo que trae como consecuencia el desafío de adaptación a una nueva sociedad que podría rechazarlos. La UNESCO afirma que los migrantes, entendidos como ‘no-ciudadanos’, usualmente se ven afectados por gozar de menos derechos que la población nacional y no siempre gozan de la protección estatal debida. Ante esto, la

³³ Estrictamente, *una persona refugiada no es migrante indocumentada*, puesto que el reconocimiento de la condición de refugiado es declarativo y no constitutivo. En términos prácticos del caso planteado, mientras un Estado no reconozca dicha condición de refugio, la persona será considerada en términos administrativos o jurídicos -dependiendo de cada país- como migrante indocumentada que ingresó clandestinamente. Sin embargo, esto puede cambiar si el Estado reconoce su condición de refugiada.

³⁴ Las personas comprendidas en el punto (i) y (ii) además de ser migrantes indocumentados/as son trabajadores/as migrantes indocumentados/as. Las personas comprendidas en el punto (iii) son solo migrantes indocumentadas.

UNESCO entiende que *“los migrantes son un grupo altamente vulnerable. Frecuentemente sufren de varias formas de explotación y de abusos serios de sus derechos humanos y de su dignidad”* (UNESCO 2005, 21).

En general, la mayor cantidad de personas migrantes abandonan sus países de origen por necesidades socioeconómicas, buscando mejores condiciones de vida. Se infiere que de por sí, el hecho de migrar hace que una persona se vea enfrentada a una situación de vulnerabilidad, pues deja su tierra, raíces y seres queridos. Posteriormente, se debe adaptar a un nuevo país (un nuevo contexto, cultura, sociedad, a veces hasta un nuevo idioma) y a la vez lidiar con una especie de ‘duelo’ tras haber emigrado.

La Asamblea General de Naciones Unidas sostiene que las causas de la vulnerabilidad en los migrantes son las siguientes: no vivir en sus Estados de origen, las dificultades idiomáticas, diferencia de costumbres y culturas, dificultades económicas y sociales, manifestaciones de violencia, racismo y xenofobia, discriminaciones en el trato y dificultades para retornar a su país en el caso de los migrantes indocumentados (Asamblea General de las Naciones Unidas 2000).

En la jurisprudencia de la Corte IDH, se ha sostenido que ***los migrantes son vulnerables, entre otros factores, por razones de hecho y derecho que permiten una desigualdad en el respeto, promoción y garantía de sus derechos humanos, en comparación con las personas nacionales del Estado de destino.*** La vulnerabilidad sufrida por los inmigrantes se da en cada Estado bajo un modo distinto, lo cual ***implica un contexto histórico particular y ciertas ideologías - particularmente racistas- que conllevan a una serie de desigualdades jurídicas y sociales entre nacionales y extranjeros, las cuales generan violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes***³⁵. El ACNUDH sostiene que *“las violaciones a los derechos humanos de los migrantes pueden incluir la negación de los derechos civiles y políticos como las detenciones arbitrarias, torturas o faltas al debido proceso, y la negación de los DESC como el derecho a la salud, vivienda o educación. La negación de los derechos de los migrantes está usualmente relacionada con leyes discriminatorias y las actitudes profundamente arraigadas del prejuicio y la xenofobia”*³⁶ (ACNUDH s.f.)

³⁵ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 112.

³⁶ Traducción libre y énfasis propio de la autora.

En la práctica existe una discriminación estructural hacia las personas migrantes, lo cual proviene de las raíces de las sociedades teñidas por el racismo. Sufren de prejuicios de toda índole, lo cual reproduce las condiciones de vulnerabilidad que éstos ya tienen, dificultando su integración a la sociedad; además de generar impunidad de las discriminaciones y violaciones de derechos humanos cometidas en su contra, puesto a que están arraigadas y naturalizadas en la sociedad en cuestión³⁷.

Si bien las y los migrantes son considerados un grupo vulnerable por las razones anteriormente esgrimidas, hay subgrupos de migrantes que son más vulnerables que el resto, pues además de su vulnerabilidad antropológica, poseen una intersección de dimensiones de vulnerabilidad compleja. Esto genera una vulnerabilidad reforzada, al ser esta mayor que la del resto de las personas migrantes. Tal es el caso de NNA, mujeres y migrantes indocumentados³⁸.

Con respecto a las y los **migrantes indocumentados**, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido que estos *“tienden a ser desproporcionadamente vulnerables a la discriminación, explotación y marginalización, a menudo viviendo y trabajando clandestinamente, con miedo a quejarse y siendo privados de sus derechos humanos y libertades fundamentales”*³⁹ (Asamblea General de las Naciones Unidas 2000). Las personas migrantes indocumentadas sufren de un nivel elevado de desprotección a sus derechos, siendo una realidad ampliamente conocida y acontecida en todo el mundo, *“mientras la impunidad, el olvido y la justificación de casi cualquier violación de los derechos humanos cometidas en contra de éstas se siguen respaldando en la idea de ciudadanía, sin mayor análisis”* (Castilla Juárez 2013, 145).

DIMENSIONES DE VULNERABILIDAD. -

La vulnerabilidad tiene diversos grados de exposición al riesgo, por lo que existen diversas dimensiones que componen la llamada vulnerabilidad compleja. Mientras más dimensiones de vulnerabilidad posea una persona, mayor será la exposición al riesgo. Cuando varias

³⁷ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 113.

³⁸ La Asamblea General de Naciones Unidas ha sostenido que NNA, mujeres y migrantes indocumentados tienen una vulnerabilidad mayor que el resto de los migrantes, por lo cual es necesario que los Estados aseguren plenamente sus derechos humanos, independiente de su situación migratoria (Asamblea General de las Naciones Unidas 2000).

³⁹ Traducción libre y énfasis propio de la autora.

dimensiones se entrecruzan, generan una vulnerabilidad reforzada, la cual en ciertos casos llega a ser extrema. Las principales dimensiones que componen la vulnerabilidad compleja de los migrantes y en específico de las y los indocumentados son las siguientes:

i. El propio hecho de migrar

Es posible sostener que la vulnerabilidad migratoria comienza al momento en que la persona toma la decisión de migrar, pues se ve enfrentada a incertidumbres, múltiples riesgos y abusos, tanto en el tránsito como en el propio país de destino (CEPAL 2018, 37). Como fue sostenido anteriormente, el propio hecho de migrar es de por sí una causa de vulnerabilidad⁴⁰.

Con respecto al abandono del país de origen o residencia habitual, cobra relevancia la posibilidad de pérdida del sistema de protección social y beneficios, además de la separación familiar que conlleva a costos emocionales asociados. En algunos casos, personas migrantes se ven enfrentadas a dejar a sus hijas e hijos a cargo de un familiar u otra persona, para ir a trabajar al extranjero, percibir mayores ingresos y poder otorgarles una mejor calidad de vida⁴¹ (CEPAL 2018, 37 y 38).

ii. Edad

La edad es un criterio de vulnerabilidad cuando se trata de NNA y adultos mayores, quienes precisamente por la etapa en que se encuentran en sus vidas, generalmente no cuentan con la misma aptitud física y mental que el resto de las personas adultas, por lo que se pueden ver más afectados ante el impacto migratorio y pueden tener mayor dificultad para enfrentar situaciones adversas. Es preciso recalcar que ambos grupos son sujetos de derechos humanos, que además de gozar de la misma dignidad y derechos que el resto de las personas, deben ser sujetos de una

⁴⁰ No es fácil dejar a los seres queridos, el hogar, sus pertenencias, sus raíces, a lo que estaban tan acostumbrados. Migrar es difícil, pues se deja ‘lo conocido’ y se arriba en ‘lo desconocido’. Se llega a un país ajeno, con personas nuevas, costumbres distintas, infraestructura distinta, calles distintas, incluso idiomas distintos. Quizás en un primer momento es novedoso e interesante, pero luego aparece la nostalgia de haber dejado todo atrás y sentirse ‘extranjero’ más allá del sentido de no ser nacional, sino el sentido figurado de ‘no pertenecer a’. El impacto es muy fuerte, lo cual tiene una repercusión a nivel emocional y psicológico de cualquier ser humano, sea cual sea su condición jurídica. Dicha repercusión psico-emocional sitúa a la persona en una posición de vulnerabilidad.

⁴¹ Con respecto a la persona cuidadora, se generan complejas cadenas transnacionales de cuidados -remuneradas o no remuneradas- de apoyo y cuidado para el hijo o hija, necesidades que muchas veces pueden quedar insatisfechas por negligencia o abuso del cuidador, lo cual genera que la migración de los padres implicó, al contrario de lo esperado, un alto costo para la integridad de sus hijas e hijos (CEPAL 2018, 37 y 38).

protección especial por parte de los Estados, por las mismas dificultades a las que se ven enfrentados.

Con respecto a las y los adultos mayores, con el transcurso de los años, las personas van perdiendo movilidad, comienzan a adolecer de enfermedades propias de la edad, van adquiriendo una mayor rigidez de pensamiento y tienen dificultades para adaptarse a cambios. El hecho de encontrarse en un país nuevo y en situación indocumentada, implica un gran impacto psicológico, tanto por la incertidumbre como por cambios que deben afrontar, lo cual es mucho más difícil para una persona en edad avanzada.

Por otro lado, calidad de vida de una persona migrante adulta mayor estará directamente relacionada con el deterioro o no de la pérdida de salud y con la pérdida o no progresiva de autonomía física, en combinación con el acceso o no a beneficios y prestaciones por haber aportado al sistema de seguridad social del país de residencia⁴² (CEPAL 2018, 37).

La CEPAL afirma que las y los adultos mayores son menos propensos a migrar, debido a las dificultades de movimiento por su condición física o que deben quedarse en sus estados de origen o residencia habitual para cuidar a alguna persona. Sin embargo, este grupo vulnerable igualmente puede migrar por motivos de fuerza mayor, por ejemplo, en casos de conflictos y guerras (CEPAL 2018, 30 y 31).

En el caso de NNA, estos son seres humanos que disponen de los mismos derechos humanos que las personas adultas. Sin embargo, al encontrarse en una edad temprana de desarrollo, aún no cuentan con el completo desarrollo físico y psicológico como sí lo cuentan los adultos⁴³. En consecuencia, los NNA son considerados como sujetos de especial protección, razón por la cual se debe velar por su interés superior por encima de todo. Para NNA, los cambios tan abismantes pueden ser más difíciles de enfrentar, sobre todo al encontrarse en un proceso de construcción

⁴² La etapa del ciclo de la vida calificada como ‘adulthood mayor’ tiene tres rasgos característicos: (i) el progresivo abandono de la vida laboral; (ii) el aumento de la necesidad de bienes y servicios médicos, principalmente por las enfermedades crónicas y degenerativas a las cuales se ven enfrentadas/os; y (iii) las consecuencias de quienes impusieron al sistema de seguridad social del Estado de residencia y quienes no lo hicieron. Los primeros tienen una jubilación, pensión y mayor facilidad de acceso a diversas prestaciones, en cambio los segundos, al no recibir estos beneficios por no haber ‘aportado’ al sistema contributivo, se verán enfrentados a una mayor precariedad y dificultad de acceso a diversas prestaciones (CEPAL 2018, 30 y 31).

⁴³ De igual forma, es preciso señalar que NNA van teniendo un desarrollo progresivo, por lo que es distinto hablar de un niño o niña que de un adolescente que posee mayor madurez y no tiene mucha diferencia con una persona adulta.

identitaria. Al encontrarse aún en desarrollo, pueden tener mayores dificultades para sobreponerse ante estas situaciones, por lo que necesitan una mayor atención y protección.

En el caso de NNA indocumentados, se enfrentan a una vulnerabilidad reforzada, la cual debería ser atendida por los Estados a través de medidas concretas de protección. Sin embargo, NNA se ven enfrentados a diversas prácticas o políticas -administrativas o legales- que implican una restricción de derechos en detrimento de su interés superior. Esta afectación es causada principalmente por la restricción de derechos de sus padres por su condición migratoria, la explotación laboral o infantil teniendo relación con ser víctimas de trata de personas, la privación de libertad por motivos migratorios⁴⁴ -la cual por cierto, está prohibida internacionalmente para NNA-, la separación familiar, la negación de nacionalidad en caso de hijas e hijos de migrantes indocumentados -que nacieron en el territorio del Estado de residencia de sus padres-, la privación o difícil acceso a los DESCAs, entre otros⁴⁵ (UNICEF 2009, 7 y 87).

Por regla general, las personas indocumentadas tienen dificultad para el acceso a derechos. Adultos mayores y niñas y niños pequeños necesitan de una constante atención médica, controles regulares, toma de exámenes y medicamentos diarios en algunos casos. Encontrarse en situación indocumentada dificulta que estos grupos puedan acceder a prestaciones de salud, lo cual genera gran desprotección hacia ellos y los sitúa en una posición de especial vulnerabilidad.

De igual forma, las personas indocumentadas tienen dificultades para el acceso a la vivienda (CEPAL 2018, 94), teniendo muchas veces que vivir en barrios complejos y en viviendas hacinadas⁴⁶.

⁴⁴ La criminalización de la migración ‘irregular’ trae aparejado que los Estados recurran a la detención o privación temporal de la libertad migratoria de las personas migrantes indocumentadas, muchas veces deteniendo incluso a NNA -pese a la expresa prohibición internacional- y separando familias (UNICEF 2009, 18 y 19).

⁴⁵ Al respecto, UNICEF sostiene que “[l]a ausencia de una perspectiva particular –y transversal- en relación con los niños y niñas migrantes, de la que adolecen tanto la legislación como las políticas públicas, invisibiliza el impacto de la migración en la niñez y determina la falta de mecanismos jurídicos y operativos necesarios para la protección de sus derechos. Ello repercute también en cuestiones tales como la inexistencia de estadísticas adecuadas sobre el fenómeno de la niñez migrante y sobre la repercusión del proceso migratorio en los niños, la insuficiencia de los programas de capacitación en niñez y derechos humanos de los organismos encargados de las políticas migratorias, y la muy escasa aplicación de los estándares sobre derechos de niños y niñas en la legislación, las políticas de control migratorio o los planes de integración social de la población inmigrante” (UNICEF 2009, 10).

⁴⁶ Aquello es especialmente dificultoso para adultos mayores que además de todo el impacto migratorio, se ven expuestos a situaciones incómodas de no tener su propio espacio y vivir en condiciones precarias, lo cual repercute en su salud mental y emocional. Para los niños y niñas también es complejo, una de las razones es que muchas veces al convivir hacinados con extraños, pueden ser víctimas de abusos y violencia sexual.

iii. Sexo y género

Las mujeres y personas LGBTIQ son considerados grupos vulnerables, pues se ven afectados por una discriminación estructural y violencia histórica. Además de ser migrantes indocumentados, con todo lo que implica, se ven enfrentados a múltiples obstáculos legales, culturales, sociales e institucionales; lo cual impide su libre desarrollo como seres humanos y pone en peligro su integridad.

Un fenómeno creciente es la feminización de los flujos migratorios, ante esto es necesario tener en consideración la vulnerabilidad de mujeres y niñas basadas en el género, la cual se ve aumentada por la vulnerabilidad migratoria. De igual forma, existen los casos de mujeres son víctima de violencia y abusos en algunas regiones, lo cual muchas veces es la causa principal de sus migraciones (CEPAL 2018, 32).

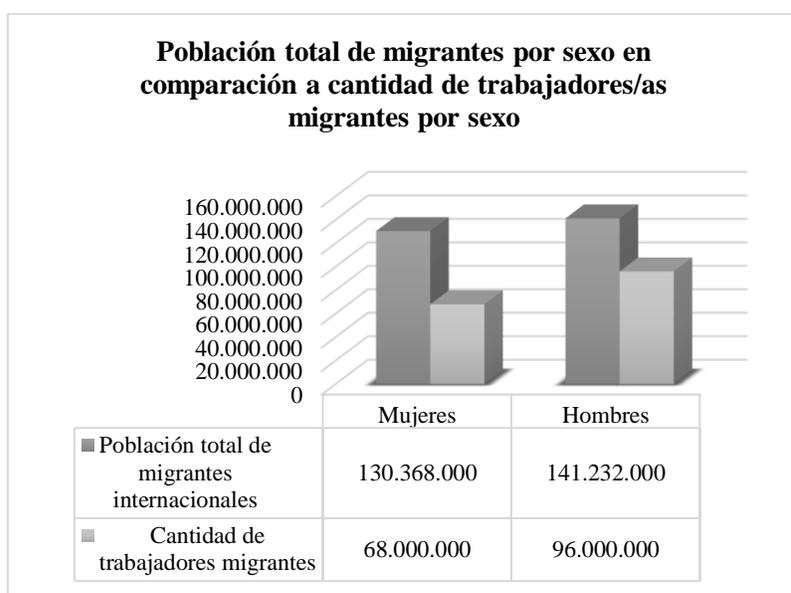
Las mujeres son víctima de imposición de roles por el simple hecho de ser mujeres. Es decir, a partir de una diferencia objetiva y biológica, se construyen diferencias sociales y culturales, lo cual determina la imposición de roles en torno a ‘lo femenino’ y ‘lo masculino’. Dicha imposición estereotipada promueve que sean tratadas de manera ‘inferior’. Aunque hoy en día se ha avanzado considerablemente en la conquista de derechos de las mujeres, aún quedan muchos obstáculos por superar, como son la discriminación laboral, el trato desigual y la más preocupante, la violencia contra la mujer expresada en maltrato, violencia sexual y femicidios.

Actualmente, se atraviesa por una *“pérdida de vigencia del modelo tradicional de familia que situaba al hombre como único proveedor y a la mujer a cargo de las labores domésticas y de cuidado (CEPAL 2018, 30)”*. La consolidación de las mujeres en el mundo laboral también ha implicado que el aumento de número que encabezan sus hogares, debiendo trabajar para percibir ingresos y al mismo tiempo cuidar de sus hijas e hijos u otros familiares, lo cual es todo un desafío. Así, muchas mujeres optan por un proyecto migratorio propio, perdiendo la vigencia donde antiguamente acompañaban a sus cónyuges o emigraban como cuidadoras de alguien que también migró (CEPAL 2018, 30 y 31).

Si bien se destaca una diversificación en el modelo tradicional de familia, al mismo tiempo es posible reconocer que continúan las divisiones de género y la estructura fundada en el cuidado exclusivo del hogar y de sus hijas e hijos. Esto *“evoca al género como eje estructurante de la*

desigualdad social en el caso de las personas migrantes. El género es una construcción social y, a partir de las desigualdades asentadas en la división sexual del trabajo que asigna a las mujeres labores propias del espacio doméstico, se derivan desventajas estructurales para las mujeres en relación con los hombres (CEPAL 2018, 32)”. La responsabilidad exclusiva de las mujeres sobre el trabajo doméstico y cuidado de hijas e hijos dificulta el acceso de estas al mercado laboral -entendiéndose como trabajos remunerados-, afectando que pueda ser independiente económicamente y lograr una realización personal.

Gráfico 3: Población total de migrantes por sexo en comparación a cantidad de trabajadores/as migrantes por sexo: (Departamento de Asuntos Economicos y Sociales de Naciones Unidas 2019, OIM s.f.).



De los 271,6 millones de migrantes mundiales, 48% son mujeres y 52% hombres, por lo cual las mujeres componen casi la mitad de los flujos migratorios (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019). Al año 2017, se estimaba que 68 millones de trabajadores migrantes eran mujeres (42%) y 96 millones eran hombres (58%) (OIM 2019).

Si bien el número total de migrantes internacionales es dividido casi a la mitad entre hombres y mujeres, las trabajadoras migrantes son menores por 28 millones que los hombres trabajadores migrantes, lo cual implica que las mujeres aún no han alcanzado equidad laboral y paridad en el acceso al trabajo en iguales condiciones que hombres. Muchas veces las mujeres son sujetas de discriminación laboral, la cual se ve manifestada en las diferencias de remuneraciones en mismos trabajos y condiciones que hombres y en la segregación a trabajos más precarios y mal remunerados, por ejemplo, el trabajo doméstico informal (CEPAL 2018, 32 y 33).

Otro caso relevante es el de mujeres embarazadas, el cual es de especial preocupación cuando se encuentran en situación de indocumentación, pues tienen obstáculos en el acceso al derecho a la salud, lo cual dificulta una atención digna durante y después del embarazo. De igual forma, cuando mujeres embarazadas cruzan fronteras de manera clandestina.

Con respecto a los grupos LGTBIQ, a menudo son sujetos de exclusión, discriminación, intolerancia y violencia, producto de una sociedad que tiene una visión negativa y discriminatoria hacia ellos, creyendo que no ‘encajan’ dentro de los patrones socialmente aceptables y olvidándose de su calidad de personas. Aunque la sociedad cada vez tiene una mayor apertura y respeto por estos grupos, sigue existiendo gran intolerancia, discriminación y violencia⁴⁷.

De igual modo, surge el concepto de ‘discriminación por percepción’, la cual está dada porque el sujeto discriminador asocia a la víctima con un determinado grupo LGTBIQ, sin que sea real o sin que necesariamente esta última se autoidentifique con dicho grupo⁴⁸. La discriminación hacia estos grupos vulnerables está dada tanto por motivos de pertenencia de la víctima a un grupo LQTBIQ, como por la expresión de su identidad. La orientación sexual e identidad de género, al ser categorías protegidas de las personas, implican la prohibición absoluta de toda forma de discriminación⁴⁹.

Otro fenómeno consiste en la criminalización de la homosexualidad u otras expresiones de identidades de género, lo cual genera una vulnerabilidad extrema en los grupos LGTBIQ e incluso más si son migrantes⁵⁰.

⁴⁷ Las personas homosexuales o bisexuales son a menudo víctimas de situaciones discriminatorias en la vida cotidiana, siendo reprimidas de efectuar manifestaciones públicas de aprecio hacia sus parejas, sufriendo burlas, etc. De igual forma, las personas transexuales o transgénero son víctimas de múltiples humillaciones, tanto en la calle como en instituciones públicas, servicios de salud y escuelas.

⁴⁸ Es decir, *“la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre”*. Cfr. Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 120.

⁴⁹ Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 85

⁵⁰ Pareciese difícil que dichos países sean destinos migratorios de estos grupos vulnerables; el fenómeno que generalmente acontece es que las personas LGTBIQ abandonan estos Estados de origen por temor o peligro a la violación de sus derechos humanos, conociéndose casos donde su integridad y vida corren grave peligro.

En consecuencia, la temática más preocupante es que este grupo vulnerable es víctima de violencia proveniente de personas intolerantes y grupos extremistas. Existen innumerables casos de golpizas o asesinatos por el mero hecho de ser lesbiana, gay, transexual, u otro. Si al hecho de ser perteneciente al grupo LGTBIQ se suma ser migrante y, además, migrante indocumentado, se deja en evidencia una clara situación de vulnerabilidad no tan solo compleja o reforzada, sino que extrema.

iv. **Discapacidad**

El respeto a la dignidad inherente del ser humano debe implicar la igualdad de oportunidades, el respeto por la independencia de las personas -pues, por regla general, ser discapacitada/o no implica necesariamente ser incapaz-, la participación plena en la sociedad y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad de la sociedad.

No obstante, las personas discapacitadas son un grupo especialmente vulnerable, pues sufren múltiples formas de discriminación y exclusión educativa, laboral y recreacional. Las personas con discapacidades físicas, a menudo se ven imposibilitados de desplazarse libremente y acceder a espacios comunes por la falta de infraestructura pertinente. De igual forma, este grupo en general⁵¹ vulnerable es víctima de discriminación, burlas por su apariencia física o condición psiquiátrica, se les subestima y no permite la autonomía individual, el libre desarrollo y la libertad de tomar decisiones propias, tratándolos como incapaces.

Este grupo, al igual que adultos mayores, son menos propensos a migrar, principalmente por las dificultades en términos de movilidad en caso de discapacidades físicas, o de difícil adaptación en caso de otro tipo de discapacidades. Sin embargo, por motivos de fuerza mayor o urgencia, las personas discapacitadas pueden llegar a formar parte de la migración, por lo cual adquieren de por sí una vulnerabilidad compleja, al ser discapacitados y migrantes (CEPAL 2018, 31).

El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “[r]econoce que los miembros vulnerables de la sociedad sufren una mayor marginación si tienen una discapacidad, y destaca que las instituciones (...) deben redoblar sus esfuerzos dirigidos a garantizar la plena cobertura

⁵¹ ‘En general’ porque las discapacidades no son solo físicas, también comprenden las del desarrollo como los trastornos del espectro autista o psicosociales como las condiciones de salud mental, estas últimas dos son las menos visibles y, por ende, son tomadas en consideración en una menor medida (Ríos Espinosa 2018).

de los derechos y servicios a todas las personas con discapacidad, incluidos los apátridas, las personas sin hogar, los refugiados y los solicitantes de asilo, así como las personas pertenecientes a minorías”⁵² (Parlamento Europeo 2016, párrs. 58 y 59).

Con respecto a las problemáticas migratorias a las que se ven enfrentados las personas migrantes discapacitadas, las principales son las “*restricciones legales que impiden que estos puedan acceder a los servicios regulares de atención, falta de accesibilidad de las instalaciones de acogida, falta de ofertas para la inserción laboral, insuficiente cooperación entre los sistemas encargados de la acogida de refugiados y aquellos que son competentes de la atención a personas con discapacidad*”, entre otros (de la Fuente Robles s.f.). El denominador común es el sistema deficiente de acogida a migrantes sumado a muchas veces estructuras discriminatorias⁵³ hacia las personas discapacitadas. En el caso de personas discapacitadas que además son migrantes indocumentadas, la dificultad de acceso a diversas prestaciones es aún mayor⁵⁴, evidenciando una vulnerabilidad compleja por ir sumando mayores dimensiones de vulnerabilidad.

v. **Recorrido migratorio clandestino**

Es de especial preocupación el caso de los migrantes indocumentados que ingresan a otros Estados de manera clandestina. Son considerados como un grupo vulnerable pues están expuestos a factores ambientales adversos, a la acción de bandas criminales, abusos de policías y aplicación de políticas migratorias atentatorias a sus derechos humanos.

A menudo, las y los migrantes que atraviesan recorridos clandestinos emplean formas peligrosas de transporte tanto terrestres como marítimas. La migración clandestina vía terrestre implica

⁵² De igual forma, el Parlamento Europeo “*insiste en la necesidad de integrar la discapacidad en las políticas de la Unión Europea en el ámbito de la migración y los refugiados (...) Pide a la Comisión y al Consejo (...) que cuando elaboren propuestas para solucionar la cuestión de los refugiados, en lo relativo a la financiación o a otras medidas de apoyo, prevean atención especial para las personas con discapacidad*” (Parlamento Europeo 2016).

⁵³ Estas estructuras discriminatorias son sociales, culturales, legales y físicas. Las estructuras físicas son todas las infraestructuras que permiten el desplazamiento de personas discapacitadas que necesitan especiales mobiliarios, vías de desplazamiento, accesos y salidas u otros.

⁵⁴ Tal es el caso de los problemas para el acceso a bienes y servicios de salud; pese a que personas discapacitadas pueden situarse dentro de quienes más necesitan recibir atención médica, se ven impedidas de asistir a centros de salud, principalmente por miedo a ser interceptados por funcionarios que puedan denunciarlos y por las dificultades con las que se encuentran al momento de solicitar o recibir atención. A esto sumado las problemáticas generales de infra/estructuras pertinentes.

camيناتas de cientos de kilómetros bajo climas o sectores adversos y no propicios para el traslado, además de verse enfrentados a múltiples riesgos adicionales. Quienes se transportan clandestinamente vía marítima se exponen a un mayor riesgo de naufragio, pues muchas veces viajan en embarcaciones precarias que transportan a un gran número de personas a través de océanos cuyas condiciones climáticas no son propicias para la navegación; también se da el caso de personas que cruzan ríos o lagos y que producto de corrientes se ven enfrentados a accidentes⁵⁵. En dichas vías, las y los migrantes pueden verse enfrentados a la privación de agua o alimentos adecuados, la falta de servicios sanitarios y médicos, la violencia, abusos, violaciones y ser víctimas de trata (ACNUDH 2018, 6 y 7). Otro caso es el de las personas que atraviesan fronteras terrestres por pasos fronterizos no autorizados y se ven expuestas a los campos minados, corriendo el riesgo de perder la vida si dan un paso en falso⁵⁶.

Con respecto al transporte, son muy pocos los casos en donde migrantes son transportados clandestinamente de manera gratuita por personas con fines altruistas⁵⁷. Usualmente, los migrantes contratan servicios de grupos organizados o personas especialistas en transportar gente de manera clandestina (contrabandistas⁵⁸), quienes lucran con la situación de especial vulnerabilidad de estas personas y las exponen a grandes peligros (ACNUDH 2018, 6 y 7).

⁵⁵ Los casos de naufragios o accidentes acuáticos en movimientos migratorios clandestinos han sido de público conocimiento, sobre todo aquellos en donde niñas y niños han perdido la vida tratando de cruzar fronteras. Tal es el desgarrador caso del padre Oscar Alberto Martínez Ramírez y su hija V.M. de 23 meses, oriundos de El Salvador, quienes fallecieron en 2019 en un río mientras intentaban cruzar la frontera de México a Estados Unidos (Ahmed y Semple 2019). Del mismo modo, en 2015 una familia siria intentó huir en barco tras haber sido denegada su solicitud de asilo en Canadá, el barco naufragó y fallecieron los dos hijos -de 5 y 3 años- junto con su madre, el único sobreviviente fue el padre. El cuerpo del hijo menor identificado como A.K. apareció en el borde costero de una playa en Turquía, lo cual causó gran conmoción internacional (20 minutos 2015). Ambos eventos fueron retratados en fotografías que dieron vuelta al mundo, evidenciando el drama y sufrimiento de las personas refugiadas, pero al mismo tiempo, siendo bastante cuestionable la difusión de las imágenes de los restos mortales y la mediatización de estos casos en particular, sin presionar ni tomar medidas concretas para que los Estados adopten políticas migratorias que impidan la repetición de estos casos.

⁵⁶ Tal es el caso de Francis Reynaldo Mamani Aquino, ciudadano peruano de 25 años que en 2016 falleció tras pisar una ‘mina antipersonal’ mientras cruzaba la frontera de Perú a Chile por un paso no autorizado (Vásquez 2016). A diferencia de los casos anteriores, este no fue mediatizado ni viralizado, tratando de esconder la trágica historia de Francis.

⁵⁷ La ONG Sea-Watch es mundialmente conocida por rescatar refugiados en el Mediterráneo a través de barcos de rescate. El año 2019, se difundió ampliamente la noticia de una de las capitanas de un barco de dicha organización no gubernamental, Carola Rackete de nacionalidad alemana rescató a 40 migrantes del mar mediterráneo, llevándolos al puerto italiano de Lampedusa, lugar en el cual fue detenida por los supuestos delitos de resistencia o violencia contra una nave de guerra e intento de naufragio. Es decir, fue detenida por ‘rescatar migrantes’. Sin embargo, la jueza Alessandra Vella decretó la inocencia de Rackete pues “actuó cumpliendo el deber de salvar vidas en el mar” (BBC News 2019).

⁵⁸ El delito de tráfico de personas es tipificado en la mayoría de los Estados.

Es importante mencionar que dentro de este grupo vulnerable -migrantes indocumentados que recorren vías clandestinas- podemos encontrar otros subgrupos vulnerables mencionados anteriormente, como es el caso de NNA, adultos mayores, personas discapacitadas y mujeres embarazadas. Dichos grupos no cuentan con el mejor estado de salud posible que permita enfrentar de manera relativamente ‘óptima’ las adversidades de la trayectoria, siendo para muchos de extrema dificultad⁵⁹. Del mismo modo, la mayoría de las víctimas de trata son mujeres y NNA (ACNUDH 2018, 9),

Luego de haber cruzado la frontera, las personas se exponen a ser descubiertos y detenidos por la policía del país de residencia. En muchas ocasiones, los migrantes indocumentados no reciben un buen trato, siendo víctimas de vulneraciones a sus derechos, como son la libertad, integridad e indemnidad sexual. Contrario a los compromisos adquiridos internacionalmente, algunos Estados tienen una política migratoria consistente en la detención de personas migrantes por el simple hecho de estar indocumentadas, deteniéndolas en verdaderas ‘cárceles de migrantes’ en donde las familias son separadas⁶⁰. Lo anterior genera un alto grado de vulnerabilidad, pues además de haber atravesado rutas peligrosas, de encontrarse sin documentación y de haber sido detenidos, son separados de sus familiares. La incertidumbre y sufrimiento son de gran proporción, sobre todo para NNA que son separados de sus padres o familiares.

La situación de los migrantes indocumentados de llegada es de particular gravedad y preocupación mundial, pues están sumamente expuestos a perder su vida intentando ingresar a otro país en busca de una vida mejor. Es importante entender el trasfondo de la situación, son personas con nombres y rostros que se han visto enfrentadas a situaciones dramáticas como la extrema pobreza, persecución, conflictos armados y violaciones a sus derechos humanos. La

⁵⁹ Para cualquier persona es difícil y peligroso enfrentarse a rutas adversas, donde tienen que caminar grandes distancias, expuestos a condiciones climáticas adversas, o cuando se trasladan por medio de embarcaciones y en algún momento deben nadar. Para niñas, niños, adultos mayores y mujeres embarazadas, este trayecto es sumamente agotador, por lo que son más vulnerables a contraer enfermedades o a no poder continuar.

⁶⁰ Los lugares de detención de inmigrantes en Estados Unidos están siendo llamados verdaderos ‘campos de concentración’ por sus condiciones inhumanas, hacinamiento y falta de cuidado. Se estima que el Servicio de Inmigración de Aduanas de dicho país posee cerca de 200 centros de detención donde tiene detenidas diariamente a más de 50.000 personas, en su mayoría migrantes indocumentadas, refugiadas y solicitantes de asilo latinoamericanas (Lissardy 2019).

decisión de arriesgarse y cruzar fronteras de manera clandestina es fruto de la desesperación que tienen por salvar sus vidas y las de sus familiares⁶¹.

vi. *Asilo rechazado o condición de refugiado no reconocida*

Las personas solicitantes de asilo son quienes solicitan a un Estado, del cual no son residentes habituales, protección por motivos de persecución política. En el caso de refugiados, solicitan el reconocimiento de su condición⁶² con el fin de obtener ayuda y protección porque han sufrido violaciones a sus derechos fundamentales o corren peligro de sufrirlo; son aquellas personas que tienen fundados temores de ser perseguidas por motivos de *“raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad”*, por lo que no pueda o no quiera acogerse a la protección de su país o al de residencia habitual en el caso de ser una persona apátrida. Del mismo modo, son también personas refugiadas quienes *“han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”*⁶³.

A pesar de que la mayoría de los Estados han ratificado las Convenciones de la ONU sobre refugiados⁶⁴, constantemente niegan las solicitudes de asilo o refugio, lo cual genera que una persona que es estrictamente refugiada, en términos prácticos sea considerada como migrante indocumentada, viéndose enfrentada a tener que escapar por vías clandestinas para no ser deportadas a sus países de residencia habitual o quedarse en el país donde sus solicitudes fueron rechazadas, viviendo precariamente y muchas veces en la clandestinidad. Esto genera que una persona refugiada, que ya es vulnerable por las múltiples razones mencionadas anteriormente, se vea enfrentada a una vulnerabilidad extrema causada por una desprotección máxima.

⁶¹ Tener la posibilidad de establecerse en otro país, aunque eso signifique arriesgarse, es la única esperanza y opción que muchos tienen, sobre todo si los Estados niegan las autorizaciones de ingreso. Aún más en el caso de personas refugiadas o solicitantes de asilo.

⁶² Es un reconocimiento porque las personas se convierten en refugiadas inmediatamente después de cumplir con los requisitos, la aceptación de la solicitud de asilo es meramente declarativa y no constitutiva de la condición de refugiado. Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 49.

⁶³ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr.49; y (CIDH 2015, párr. 130-132).

⁶⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas de 1951 y su protocolo de 1967.

vii. **Privación de libertad**

La privación de libertad, en el caso de los migrantes, puede significar una pena asociada a un delito (privación de libertad como sanción) o una medida para cautelar el debido cumplimiento de un proceso migratorio (privación de libertad por motivos migratorios).

Con respecto al primer caso, toda persona que ha sido privada de su libertad se ve, generalmente, expuesta a sistemas carcelarios que adolecen de graves problemas, cuyos recintos reproducen condiciones de vida indignas⁶⁵. En el caso de que una persona migrante indocumentada haya sido condenada a una pena privativa de libertad por la comisión de un delito, muchas veces se le añade la orden de expulsión, configurándose una ‘doble punibilidad’ al castigar con dicha pena privativa de libertad y después volver a castigar con una medida de expulsión. Ante el mayor grado de riesgo de expulsión, los migrantes indocumentados privados de libertad tendrían un mayor grado de vulnerabilidad que los nacionales en la misma situación.

El segundo caso dice relación con las detenciones migratorias que tienen como objeto resguardar los fines de los procedimientos migratorios de cada Estado⁶⁶. Es decir, en algunos Estados, la infracción a las leyes migratorias trae aparejada una orden administrativa de detención o ‘retención’, no judicial⁶⁷. Muchas veces estas personas son expulsadas o deportadas, lo que puede implicar la separación familiar y la devolución obligada a sus Estados de origen, de los cuales muchas veces las personas escaparon por fundados temores de perturbaciones a su vida o integridad.

⁶⁵ Algunos de esos problemas es la falta de infraestructura adecuada, la carencia de servicios higiénicos suficientes, el hacinamiento, la asimetría de poder que se traduce en violencia tanto policial como entre las mismas personas privadas de libertad. Además de vivir recluso y en condiciones deplorables, las personas privadas de libertad se ven expuestas al estigma social y al debilitamiento de sus vínculos sociales (Detention Focus s.f.).

⁶⁶ A propósito, surge el concepto de ‘*criminalización de la migración irregular*’, Naciones Unidas ha sostenido la prohibición de esta criminalización puesto que el incumplimiento de las regulaciones migratorias son meras infracciones administrativas y no delitos, por lo cual no se puede aplicar una pena como castigo. Además, “[I]a penalización de infracciones migratorias, por otra parte, contribuye a fomentar una incorrecta asociación entre migrantes en situación irregular y delincuencia, lo cual puede repercutir en, por un lado, el surgimiento o incremento de opiniones y acciones xenófobas contra la población migrante de una sociedad, y por el otro, el intento de legitimación de normas y prácticas restrictivas a sus derechos fundamentales” (UNICEF 2009, 19).

⁶⁷ Internacionalmente, se ha reconocido la prohibición de la detención migratoria con fines punitivos, por lo cual los Estados solo pueden ‘retener’ a los migrantes por cortos períodos de tiempo y mientras: (i) se verifica su identidad, (ii) dure el proceso de solicitud de asilo de una persona; (iii) dure el proceso de decisión sobre la deportación, con el fin de que la persona no huya. Esta retención por motivos migratorios debe ser llevada a cabo en centros especiales y bajo ningún caso pueden ser cárceles con personas judicialmente procesadas o condenadas por delitos (Detention Focus s.f.).

Existen casos donde familias, al ingresar a una frontera, son separadas y privadas de libertad en centros distintos, por lo cual genera una situación de especial vulnerabilidad para todos los integrantes de la familia, al ser migrantes indocumentados, estar separados de sus seres queridos y muchas veces desconocer su paradero. Peor aún es el caso de grupos especialmente vulnerables como NNA⁶⁸, mujeres, refugiados, víctimas de trata, u otros.

La vulnerabilidad de las personas migrantes privadas de libertad -por sanción delictual o como medida cautelar migratoria- está dada por: (a) el desconocimiento de los sistemas judiciales, penitenciarios o migratorios del país de residencia; (b) la imposibilidad de algunas personas de comunicarse debido al desconocimiento del idioma; (c) ser víctimas de abusos, torturas o tratos crueles inhumanos o degradantes, tanto por parte de policías como por el resto de la población carcelaria (en los casos de privación de libertad como sanción penal); (d) verse enfrentados a múltiples tipos de discriminación en torno a su origen, nacionalidad, rasgos fenotípicos u otros; (e) en el caso de personas privadas de libertad por motivos migratorios, verse enfrentados a los estigmas sociales que asocian la migración indocumentada con delincuencia; (f) enfrentar mayores dificultades para comunicarse con sus familiares, lo cual puede generar el quiebre de los lazos familiares; (g) para quienes trabajaban, la detención implica la pérdida de remuneraciones que muchas veces iba destinada a cubrir las necesidades básicas de familiares que vivían con él/ella en el país de residencia o que vivían en el exterior; y (h) en el caso de ser madres o padres, verse enfrentados a la separación de sus hijas e hijos, quienes muchas veces quedan abandonados si los padres no tienen redes de apoyo en el país de residencia. A lo anterior se suman los graves efectos psicológicos que puede generar la privación de libertad de una persona (Detention Focus s.f.).

viii. Idioma

El idioma como forma de comunicación es indispensable para la vida en sociedad. Los migrantes son personas que al igual que cualquier otra, necesitan relacionarse con otros para

⁶⁸ Es de particular preocupación el caso de NNA acompañados o no acompañados que son privados de libertad, pues de ambas formas se ven enfrentados a una vulnerabilidad extrema al encontrarse en un país extranjero, separado de sus familiares, privado de libertad y teniendo que enfrentar un proceso migratorio. Esto genera serias repercusiones psicológicas y traumas en NNA, a las cuales no debiesen verse enfrentadas porque la prohibición internacional de privación de libertad para este grupo es absoluta (UNICEF 2009, 20-22).

sobrevivir, desarrollarse y lograr una vida plena. Muchos migrantes llegan a países donde no conocen el idioma, lo cual genera una gran barrera para su integración en el país de destino.

No conocer el idioma dificulta aún más la situación de una persona migrante, pues le es extremadamente difícil comunicarse con el resto de las personas y llevar una vida normal. Aspectos de la vida cotidiana se tornan verdaderos dramas, tal como ir a comprar, acceder a servicios, realizar trámites, conversar con vecinos o colegas, generar amistades e incluso encontrar empleo. El acceso al empleo es de por sí difícil, aún más si se es migrante indocumentado. Si a esto le sumamos que la persona no conoce el idioma, es aún más difícil que lo contratan, y si lo hacen, quedan expuestos a engaños y abusos por parte de los empleadores (CEPAL 2018, 43).

Para acceder a prestaciones de salud, los migrantes que no conocen el idioma necesitan facilitadores culturales⁶⁹ que puedan traducir entre los funcionarios de salud y los pacientes migrantes. El problema es que en muchos servicios no cuentan con traductores y menos con facilitadores, lo que imposibilita que los pacientes inmigrantes sean atendidos como corresponde o produce que ni siquiera sean atendidos (CEPAL 2018, 28).

Con respecto a NNA que no conocen el idioma, es difícil llegar a un país, con todo lo que implica, y no poder comunicarse ni entender lo que hablan a su alrededor⁷⁰. Del mismo modo, se ven enfrentados a dificultades educacionales, pues, aunque tengan acceso a las instituciones educativas, no entienden las clases y les es más difícil generar amistades, lo cual provoca un alto grado de frustración y puede llegar a ser traumatizante.

ix. Condición socioeconómica y empleo

Las personas migrantes también tienen una pertenencia alguna clase y estrato social, lo cual configura la piedra angular de la diferencia entre ‘extranjero’ e ‘inmigrante’. A pesar de que en términos estrictos la diferencia entre los conceptos de extranjero y migrante es objetiva y

⁶⁹ Se habla de facilitadores culturales y no solo traductores porque va más allá de la mera traducción literal; también va acompañado de una interpretación de la cultura de quien habla que es ajena para el otro interlocutor, pero no para el facilitador.

⁷⁰ Es cierto que cuando niñas y niños son más pequeños, tienen mayor facilidad para aprender un nuevo idioma, pero no necesariamente se da en la mayoría de los casos porque a algunas niñas y niños les es más difícil aprender y pueden demorar años en manejar el nuevo idioma.

neutra⁷¹, actualmente son términos mal usados y determinados por categorías sociopolíticas. En consecuencia, la categoría de ‘inmigrante’ es usada para referirse a los migrantes pobres, a una población proveniente de países menos desarrollados y que cuentan con escaso capital humano (estudios y desarrollo profesional). De forma contraria, el concepto de ‘extranjero’ pasa a ser erróneamente usado para referirse a personas, también inmigrantes, que cuentan con mejor situación económica, provenientes de países desarrollados o en vías de desarrollo, y que cuentan con estudios y desarrollo profesional. Por lo tanto, la diferencia entre migrantes y extranjeros estaría dada, erróneamente, por su condición socioeconómica y procedencia. Finalmente, se establece una jerarquización y división entre ‘inmigrantes deseados’ (a quienes llaman erróneamente extranjeros) e ‘inmigrantes indeseados’ (a quienes en la práctica llaman inmigrantes) (Jaegermann 2011, 210).

En algunas regiones, la pobreza de amplios sectores se ha mantenido como una problemática estructural, a pesar de las reducciones constantes de los niveles de pobreza y extrema pobreza. Diversas investigaciones han demostrado que las personas en situación de extrema pobreza son menos propensas a migrar a otros países porque no cuentan con las condiciones socioeconómicas para abaratar los costos. No obstante, personas en situación de pobreza igualmente migran, pero debiendo realizar una mayor inversión con el fin de obtener empleos en otros países con remuneraciones más altas. Aquello “*puede ser parte de una estrategia familiar donde el envío de remesas constituye una modalidad de protección social informal, con el fin de asegurar un mayor nivel de ingresos y/o diversificando el riesgo de no contar con ingresos suficientes*” (CEPAL 2018, 31).

Con respecto al acceso al empleo en los países de destino, se da el fenómeno que las personas migrantes en situación de pobreza e indocumentación, los cuales son caracterizados por la precariedad, donde predomina la falta de acceso a prestaciones y seguridad social, además de la posibilidad de abusos por parte de los empleadores (bajas remuneraciones o explotación laboral). Esto en contraposición al trabajo formal que otorga derechos y constituye una vía

⁷¹ Desde la perspectiva del país de llegada, una persona extranjera es aquella que no es nacional del país en que se encuentra, mientras que una persona inmigrante es un extranjero que se establece como residente habitual en dicho país (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 1999, 10). Por lo tanto, todo inmigrante es extranjero, pero no todo extranjero es inmigrante. Por ejemplo, una persona argentina que va de vacaciones a Chile es extranjera en dicho país, pero no es inmigrante porque su viaje es por un período corto y específico, no con fines de residencia. En cambio, si la misma persona llega a Chile para establecerse y residir, además de ser extranjera, pasa a ser migrante.

expedita de inclusión social (CEPAL 2018, 42 y 90). Migrantes en situación de pobreza y extrema pobreza se sitúan en una posición de gran vulnerabilidad reforzada, la cual se ve aún más complejizada si su condición migratoria es indocumentada.

x. *Origen y condiciones étnicas o ‘raciales’*

Retomando a la diferenciación errónea entre ‘extranjeros’ e ‘inmigrantes’, a menudo, los migrantes son víctimas de procesos históricos de racialización, es decir, del otorgamiento de ciertos atributos socioculturales a un determinado color de piel y determinadas características físicas o fenotípicas. De dichos procesos surge el racismo, cimentado desde los inicios de los Estados occidentales, arraigado en las sociedades actuales, muchas veces solapado, pero siempre presente.

El desarrollo científico del siglo XX demostró que *“no se puede sostener genéticamente la existencia de subdivisiones de poblaciones humanas distintas entre sí en términos físicos, psicológicos o intelectuales”* (CEPAL 2018, 33), es decir, demostró la inexistencia de las ‘razas’. Sin embargo, el concepto de ‘raza’ sigue siendo utilizado para *“catalogar o clasificar a personas por el color de piel o nacionalidad y otorgarles, por esa razón, unas características culturales y psicológicas particulares”* (Tijoux 2019, 361). En consecuencia, las ‘diferencias’ que pudiesen existir entre grupos humanos estarían más bien dadas por procesos históricos, sociales y culturales, pero jamás por motivos biológicos y menos por el color de piel.

De lo anterior es posible afirmar con seguridad que las razas no existen, lo que existe es el racismo. Este fenómeno se configura por la creencia en rasgos de superioridad y jerarquía dados por ‘diferencias naturales’ que se afirman como verdaderas porque provienen de relaciones sociales que le dan sentido (Tijoux 2019, 361). Así, es posible entender el racismo como manifestación de una forma de discriminación y negación del otro, en base a prejuicios y estereotipos arraigados en los cimientos de las sociedades actuales, los cuales se han ido transmitiendo y reproduciendo culturalmente. Esta manifestación implica una relación de dominación o de ejercicio de poder por parte del ‘sujeto racista’ con consecuencias desventajosas e injustas para la víctima.

Históricamente, los migrantes han sido divididos en ‘deseables’ e ‘indeseables’⁷², no solo en términos de estrato y clase, sino también en términos de origen, etnia o ‘raza’. Lo deseable ha sido caracterizado por personas provenientes de países desarrollados o en vías de desarrollo que cumplen con los ‘cánones de belleza occidentales’ asociados a la ‘*blanquitud*’, es decir, la piel blanca y rasgos faciales finos y europeos (Díaz Letelier y Tijoux 2014, 289, 295 y 296). Sin embargo, migrantes generalmente considerados como ‘deseables’ también pueden ser discriminados por el hecho de ser extranjeros, no obstante, el componente ‘racial’ no va de por medio. Por ello, quienes son más vulnerables son los migrantes considerados como ‘indeseados’, es decir, las personas provenientes de países menos desarrollados o pobres y que además poseen características fenotípicas distintas a los cánones occidentales asociados a ‘*la blanquitud*’ y que son frecuentemente víctimas de manifestaciones racistas de todo tipo.

En este sentido, el racismo no es un fenómeno individual o aislado, es el resultado de una formación histórica, social y cultural que adquiere diversas manifestaciones en contextos políticos que lo favorecen (Tijoux 2019, 361), este es el caso de las migraciones actuales que se ven enfrentadas al resurgimiento de grupos y discursos nacionalistas. Los procesos históricos de racialización se ven acentuados por los medios de comunicación masiva y discursos políticos populistas que *utilizan la migración como ‘chivo expiatorio’⁷³, con el fin de alimentar el nacionalismo y desviar la atención de las problemáticas sociales*. Dichos discursos generan un impacto negativo en la percepción de las y los nacionales, pues fomentan el ‘miedo al extranjero’ y el sentimiento de ‘invasión’, ‘amenaza’ e inseguridad (Olea 2019, 9, 12 y 14). Es así como, paulatinamente, se van generando los llamados ‘discursos de odio’ y surgen grupos nacionalistas extremos, los cuales evidencian ya no solo el racismo, sino que una peligrosa xenofobia.

Una persona migrante que pertenece a los grupos considerados como ‘indeseables’ es frecuentemente víctima de diversas manifestaciones racistas como son la existencia y aplicación de políticas o leyes migratorias que generan diferencias de trato y dificultades de acceso a

⁷² Particularmente en América Latina, personas provenientes de países desarrollados como aquellos de Europa, Estados Unidos, Canadá y Australia, son extranjeros e inmigrantes socialmente ‘deseados’. En cambio, inmigrantes provenientes de países del mismo continente como Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador, Haití o República Dominicana, son socialmente ‘indeseables’, lo cual deja en evidencia el racismo presente en las sociedades occidentales, lo cual se ve traducido en sus políticas migratorias.

⁷³ Según la RAE, un **chivo expiatorio** es una persona “sobre la que se hacen recaer culpas ajenas para eximir a los verdaderos culpables” (RAE 2020).

derechos, la exclusión social y las manifestaciones de violencia psicológica y social, las cuales pueden llegar a niveles graves consistentes en crímenes xenófobos como golpizas, tratos crueles, inhumanos o degradantes e incluso el homicidio, pues sí, el racismo mata.

En fin, la *condición de migrante suele potenciarse con la discriminación étnico-racial⁷⁴ en el detrimento del bienestar, desarrollo y acceso a derechos* (CEPAL 2018, 33). Tal es el caso de poblaciones migrantes afroamericanas que son víctimas de la asociatividad -de la sociedad receptora- de ‘la negritud’ con ‘lo negativo’ y ‘lo peligroso’ o ciertas nacionalidades que son asociadas con ‘la delincuencia’ o ‘lo primitivo’. Esta asociatividad suele convertirse en prácticas discriminatorias que menoscaban y vulneran la dignidad intrínseca de las personas migrantes, generando barreras que dificultan su integración, su desarrollo humano⁷⁵ y el reconocimiento de su titularidad de derechos fundamentales en las mismas condiciones que nacionales o el resto de migrantes. Esto genera que estos migrantes se encuentren en una mayor posición de vulnerabilidad respecto de otros considerados como ‘deseados’, pues están mayormente expuestos a múltiples riesgos producidos por manifestaciones, prácticas o ataques racistas.

xi. Política migratoria restrictiva y dificultad de acceso a derechos

Las políticas migratorias restrictivas son consecuencia directa de los procesos históricos de racialización anteriormente descritos; a su vez, son causa directa de las dificultades de las personas migrantes para el goce y ejercicio de sus derechos. La lógica es un ‘criterio estructural’ que parte del carácter ‘objetivo’ de diferenciación entre nacionales y extranjeros, pero que en la práctica es llevado a un ‘criterio estructural subjetivo’ que perpetúa los tratos discriminatorios y violaciones de derechos de las y los migrantes.

⁷⁴ Actualmente, gracias al cuestionamiento de la idea de ‘raza’, el racismo ya no está dado solo por la discriminación por el ‘aspecto físico’ como el color de piel o características fenotípicas, sino también por la noción de ‘etnicidad’ que dice relación con las diferencias culturales (prácticas sociales, idioma o lengua, acento, creencias, religiones, entre otros) de los grupos sociales, las cuales han generado la invisibilización del racismo como fenómeno. Un ‘racismo sin razas’ o ‘neo-racismo’ opera a nivel institucional y social, generando un racismo solapado y cotidiano, el cual opera a nivel institucional y en términos de prácticas sociales comunes, lo cual funciona como “dispositivo de construcción identitaria para los grupos sociales” (Tijoux Merino y Palominos Mandiola 2015, 252).

⁷⁵ Las diversas manifestaciones de racismo tienen un profundo impacto en el ámbito personal mental y psicológico de las víctimas. Los casos de NNA víctimas de bullying racista son especialmente preocupantes, pues es impacto nocivo es mucho mayor en personas que están en pleno desarrollo y construcción identitaria.

De lo anterior se desprende el concepto de ‘*violación estructural de derechos*’ por el cual el Estado mismo, a través de sus agentes o su institucionalidad, produce, permite o facilita las violaciones de derechos fundamentales de ciertos grupos de la población, en este caso, de las personas migrantes indocumentadas. A su vez, estas estructuras jurídico-políticas funcionan sobre la base de la invisibilización de este grupo vulnerable y desprotegido, lo cual hace posible la mantención de dichas prácticas violatorias de derechos (Nash Rojas y Núñez Donald 2018, 223).

En la actualidad, cada vez se hace más presente la tendencia de los Estados a adoptar políticas migratorias restrictivas que tienden a violar derechos fundamentales⁷⁶, exacerbando la vulnerabilidad de migrantes, al no solo ignorar sus obligaciones internacionales de protección, sino también al generar condiciones e implementar medidas que de plano vulneren sus derechos y los sitúen en indefensión (Castles 2010, 74).

Si bien esta situación afecta tanto a migrantes documentados como indocumentados, es sabido que la afectación en el caso de estos últimos es mucho mayor, pues las políticas migratorias restrictivas generan dificultades de ingreso y permanencia ‘regular’, incrementando y fomentando la indocumentación. Al mismo tiempo generan condiciones de vida difíciles, lo cual configura el ‘*estatus legal precario*’ de este tipo de migrantes (Thayer 2019, 299). Esto está dado por la paradoja de la existencia de una fuerte demanda de trabajadores migrantes que convive con la constante negación de autorizaciones de ingreso y permanencia o incluso cambios de políticas que generan que una persona documentada devenga en la indocumentación⁷⁷.

Este estatus legal precario también implica mayores barreras de acceso a todo tipo de derechos, siendo los más preocupantes aquellos que son indispensables para el normal desarrollo de su integridad y vida, como son los derechos laborales y algunos DESCAs.

⁷⁶ Estas políticas migratorias están basadas en un enfoque de ‘seguridad nacional’ por el cual la migración es entendida como amenaza para la armonía nacional y preservación identitaria, constituyendo un análisis ‘simplista’ que ignora y no considera adecuadamente la multiplicidad de factores y características de los procesos migratorios. Este enfoque es contrario a uno de derechos humanos, el cual entiende la migración como un fenómeno multidimensional e importante para el desarrollo humano de millones de personas.

⁷⁷ La negación de autorizaciones de residencia y/o trabajo genera que las y los migrantes indocumentados se vean afectados por un mayor grado de vulnerabilidad, entendido como un alto grado de exposición a riesgos como el tráfico o trata de personas, los abusos laborales y explotación, estatus de residencia inseguro, prácticas discriminatorias, violencia racista y otras violaciones de derechos humanos (Castles 2010, 74).

Así, las personas en situación migratoria de indocumentación se ven dificultadas de acceder a prestaciones educacionales, servicios de salud, prestaciones sociales y vivienda. Además, si son trabajadores/as encuentran constantes obstáculos en el reconocimiento y ejercicio de sus derechos laborales como son la seguridad social, permisos, vacaciones, salarios justos, jornadas adecuadas, derecho a la sindicalización y huelga. A esto se añade la falta de seguridad y difícil posibilidad de promoción. El acceso a estos derechos depende, generalmente, de la situación migratoria de la persona, es decir, si tiene o no autorización de residencia y/o permiso de trabajo (CEPAL 2018, 35).

INTERSECCIONALIDAD DE LAS DIMENSIONES. -

Las diversas dimensiones tratadas anteriormente demuestran la existencia de diversos grados de exposición al riesgo, lo cual produce que *las personas migrantes posean diversos grados de vulnerabilidad*. Estos grados están dados por la interseccionalidad de una o más dimensiones, la cual configura una vulnerabilidad compleja (en muchos casos una vulnerabilidad compleja reforzada e incluso extrema), producida cuando varias dimensiones de vulnerabilidad se entrecruzan. Es posible evidenciar que en el caso de migrantes indocumentados/as, ninguna dimensión se da por sí sola, sino que conviven al menos dos de ellas, lo cual configura una situación vulnerabilidad compleja.

Algunas dimensiones están dadas por: (i) las condiciones personales como son la edad, el género u orientación sexual, la discapacidad, la lengua o pertenencia a una minoría étnica; (ii) los contextos personales, sociales o políticos en los que se ven desenvueltas las personas, como la extrema pobreza, casos de migraciones clandestinas, personas refugiadas que solicitan asilo y personas privadas de libertad o que devienen en la indocumentación⁷⁸; (iii) factores socioculturales y políticos como el racismo y las políticas migratorias con enfoque de seguridad nacional.

¿Por qué las y los migrantes son vulnerables? La vulnerabilidad de las personas migrantes está dada por la confluencia de características o contextos personales con estructuras sociopolíticas discriminatorias y atentatorias de derechos humanos. La multiplicidad de dimensiones y factores

⁷⁸ La **condición jurídica indocumentada también es una dimensión particular de vulnerabilidad** de los migrantes, anteriormente no fue tratada en específico porque fue relacionada en todas las dimensiones.

de vulnerabilidad hace difícil distinguir entre los elementos que son propiamente atribuibles a la condición de ciertos subgrupos vulnerables como tales -migrantes, mujeres, NNA u otros- respecto de los que son propiamente racistas, sexistas, adultocentristas o clasistas (Rivera Polo 2015, 3 y 4).

La condición migratoria indocumentada interactúa con otros ejes y factores, generando altos grados de exposición a múltiples riesgos. Dichas interacciones producen grandes brechas de desigualdad en diversos ámbitos. Factores como el género, el origen o pertenencia ‘étnica-racial’, la edad, la condición socioeconómica y los países de origen o destino, interactúan y se potencian entre sí en procesos de reproducción cultural, social y económica, lo cual se traduce en vulnerabilidades y riesgos diferentes para cada persona⁷⁹ (CEPAL 2018, 25). Ante esto, no todas las personas migrantes indocumentadas son igualmente vulnerables. Si bien todas ellas poseen una vulnerabilidad compleja por la intersección de dos o más dimensiones, se dan casos donde múltiples dimensiones se interconectan, las muchas veces derivan en casos extremos que develan una vulnerabilidad compleja reforzada o extrema.

A modo de ejemplo y reivindicación de su historia, se destaca el caso de Joane Florvil⁸⁰. Aunque Joane era migrante documentada, su caso evidencia un cruce de múltiples dimensiones de vulnerabilidad, destacándose la dimensión estructural racista de un Estado con enfoque de seguridad nacional. El cruce de estas múltiples dimensiones configuró una vulnerabilidad compleja y reforzada en la víctima, teniendo como resultado la concreción del mayor riesgo que pueda enfrentar una persona: la pérdida de su vida.

Casos como estos demuestran la necesidad urgente de una respuesta estatal con perspectiva de derechos humanos, es decir, que se haga cargo de la vulnerabilidad de las personas migrantes indocumentadas. Esto implica el deber de brindar una mayor protección (en el acceso y ejercicio de derechos) basada en los estándares internacionales que serán tratados a continuación.

⁷⁹ Tanto en casos de migrantes documentados como indocumentados.

⁸⁰ Joane Florvil, mujer, migrante, madre, afrodescendiente de nacionalidad haitiana, residente en Chile y no parlante del idioma español, la cual fue víctima de una estructura racista que implicó la separación de su hija, la detención contraria al debido proceso, la pérdida de su vida (en circunstancias aún no clarificadas) y el posterior trato indigno dado a familiares que tuvieron que esperar 7 meses para recibir sus restos y poder dar una sepultura digna. Cfr. (Cooperativa 2018, Carvajal 2019, El Desconcierto 2019).

CAPÍTULO II: PERSONA VULNERABLE, MIGRANTE E INDOCUMENTADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA IDH

Todas las personas, en base a su dignidad intrínseca, poseen una serie de derechos inherentes a su condición humana, los cuales son universales, inalienables e imprescriptibles⁸¹. Estos son los llamados derechos humanos que gozan de protección en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales. El DIDH, a nivel universal y regional, cuenta con una serie de mecanismos e instrumentos jurídicos para asegurar la protección de dichos derechos⁸².

Por otro lado, existen grupos vulnerables que requieren una protección adicional, pues la protección general no ha sido suficiente para garantizar el acceso y ejercicio de sus derechos humanos. Esta protección ‘añadida’ ha tenido consagración a través de la creación de mecanismos adicionales para la protección de sus derechos específicos, tales como convenciones, comités específicos y relatorías especiales de Naciones Unidas.

Este es el caso de las personas migrantes, más aún las indocumentadas, quienes poseen múltiples dimensiones de vulnerabilidad (vulnerabilidad compleja) que generan la *necesidad de brindar una protección reforzada para garantizar el acceso y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas*. Es decir, las personas migrantes gozan de una protección general a sus derechos humanos, siéndoles aplicables los mecanismos y convenciones generales; adicionalmente, son sujetos de una protección especial que implica la aplicación de mecanismos y convenciones específicas.

El instrumento jurídico más importante en materia de protección especial a este grupo vulnerable es la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. A nivel interamericano, destaca la labor de la CIDH

⁸¹ Son **universales** pues se deben reconocer a todas las personas de igual forma. En segundo lugar, son **inalienables** porque son intrínsecos al ser humano sin posibilidad de “separación”, no pueden ser vendidos, cedidos o negados. Por último, son **imprescriptibles** porque la falta de ejercicio no implica la pérdida del derecho (Asamblea General de las Naciones Unidas 1948, Preámbulo).

⁸² Los principales instrumentos jurídicos son las convenciones, tratados, jurisprudencia, informes y resoluciones de organismos de Naciones Unidas.

y Corte IDH, órganos encargados de la promoción, aplicación y fiscalización de los estándares internacionales de derechos humanos en el continente americano.

El objetivo específico del presente capítulo es identificar los derechos que son garantizados, a nivel internacional, a las personas migrantes indocumentadas. Para esto se analizará la Convención anteriormente mencionada y la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a este grupo vulnerable.

I. MENCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La Carta Internacional de Derechos Humanos, también llamada International Bill of Human Rights, es la base del DIDH moderno y del SUDH. Está compuesta por la DUDH en conjunto con el PIDESC y PIDCP, todos aplicables a las personas migrantes. Esta Carta consagra el principio a la igualdad ante la ley y no discriminación como derecho esencial⁸³. Del mismo modo, múltiples tratados internacionales, juristas e incluso la misma Corte IDH⁸⁴, han afirmado que este principio es de *ius cogens*, es decir, constituye un imperativo de derecho internacional.

Así, el jurista Humberto Nogueira sostiene que el “*principio de igualdad parte en el nivel de conciencia jurídica actual de la humanidad de la igual dignidad de toda persona humana, lo cual es sostenido tanto por las declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas posteriores a la segunda guerra mundial, constituyendo la igual dignidad de toda persona el fundamento de todos los*

⁸³ Así, la DUDH sostiene que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” (art. 1) y que “*toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...) no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona*” (art. 2). De esto se desprende que la DUDH no permitiría establecer una distinción en lo que implica la igualdad -de titularidad y ejercicio- de derechos entre nacionales y extranjeros, o entre migrantes documentados e indocumentados. De igual forma, el PIDESC y PIDCP también contienen el mismo principio de no discriminación, enunciando que los Estados se comprometen a respetar y garantizar los derechos enunciados en los respectivos pactos, “*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*” (arts. 2.2 PIDESC y 2.1 PIDCP). En los artículos 7 de la DUDH y 26 del PIDCP se establece la igualdad ante la ley y la no discriminación, prescribiendo que la ley garantizará la protección contra todo tipo de discriminación o provocación a ella.

⁸⁴ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 101.

derechos fundamentales, del orden constitucional, como asimismo constituye un principio de ius cogens en el ámbito del derecho internacional” (Nogueira Alcalá 2006, 61).

De lo anterior se desprendería que dicho principio, en conjunto con la universalidad de los derechos humanos, impediría que los individuos pudiesen perder sus derechos como consecuencia de su condición migratoria. Sin embargo, aún no existe consenso en si efectivamente aquel principio es de dominio de *ius cogens* o no. De hecho, es precisamente en materia migratoria donde se duda sobre su verdadera universalidad, puesto que la soberanía de los Estados parecería primar sobre él.

Es decir, la soberanía estatal vendría a tensionar la igualdad ante de la ley de las personas migrantes, logrando limitar algunos de sus derechos humanos. Aunque parezca paradójico, esto se debe a que el Derecho Internacional es fruto de los consensos entre Estados, y precisamente en materia migratoria los Estados no logran acuerdos⁸⁵.

Frente a esto, el DIDH parte de la base que los Estados tienen la facultad de decidir sobre sus políticas migratorias y escoger quienes ingresan o no. No obstante, impone límites para el ejercicio y establecimiento de estas facultades, en tanto la soberanía nacional estaría limitada por el respeto a los derechos fundamentales básicos y la no discriminación. Así, el DIDH reconoce un catálogo de derechos elementales para las personas migrantes, tanto documentadas como indocumentadas, en conjunto con reconocer una serie de derechos adicionales solo para migrantes documentados, respetando las diferenciaciones -no discriminatorias- que efectúan los Estados de acuerdo con la condición migratoria del individuo.

II. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, entrando en vigor el 1 de julio de 2003. Del preámbulo de

⁸⁵ La mayoría de los Estados está desacuerdo con consagrar la igualdad de derechos entre extranjeros y nacionales, por lo que tampoco desean consagrar el principio de igualdad y no discriminación como una norma imperativa de derecho internacional, entendiéndose esta última como una norma que es aceptada internacionalmente por todos los Estados.

este tratado se desprenden dos objetivos: garantizar un estándar mínimo de derechos para las y los trabajadores migrantes y sus familias e implementar medidas para erradicar la migración clandestina e indocumentada.

Con respecto al primer objetivo, este tratado tiene en cuenta la magnitud e importancia de los movimientos migratorios, la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes y la convicción de que los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias no han sido debidamente protegidos⁸⁶. Ante esto, no ‘crea’ nuevos derechos, sino que plasma un conjunto de principios y derechos ya consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto de Naciones Unidas como de la OIT⁸⁷. Esto con el objeto de brindar una protección internacional adecuada.

Por otro lado, la implementación de medidas para erradicar la migración clandestina e indocumentada responde al peligro de abusos y desprotección que este tipo de migración genera para los trabajadores migratorios y sus familias. El fin de este objetivo es asegurar una debida protección a sus derechos fundamentales a través ‘fomento de la documentación’. Así es como el preámbulo del tratado señala:

“Considerando también 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 y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentarán a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados (...)” (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, preámbulo).

⁸⁶ Por el trato inhumano y abusivo que sufrían los trabajadores migrantes y sus familias, parecía que los Estados no comprendían, por muy obvio que pareciese, que los derechos humanos – reconocidos para la totalidad de seres humanos- eran aplicables a las personas migrantes (pues también son seres humanos), por lo que fue necesario explicitarlo y reforzar la protección hacia ellos.

⁸⁷ De Naciones Unidas: DUDH, PIDESC, PIDCP, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, CDN, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. De la OIT: Convenio relativo a los trabajadores migrantes (Nº 97), Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (Nº 143), Recomendación sobre los trabajadores migrantes (Nº 86 y 151), Convenio relativo al trabajo forzoso y obligatorio (Nº 29) y Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (Nº 105).

A través de dicha justificación, la Convención establece, en su tercer apartado, un catálogo de derechos que son aplicables tanto a migrantes documentados como a indocumentados, para posteriormente, en su cuarto apartado, establecer una serie de derechos adicionales que son aplicables solamente a los trabajadores migratorios y sus familias que se encuentren en situación migratoria regular o documentada.

Pese a esta diferenciación entre migrantes documentados e indocumentados, la Convención constituye un gran avance en materia de protección de los derechos de las personas trabajadoras migrantes y de sus familias, cualquiera sea su situación migratoria. En el caso de las personas indocumentadas, al menos se garantiza un piso mínimo de derechos, los cuales los Estados Parte están obligados a garantizar.

A. ESTADOS PARTE

Con respecto a los Estados miembros, 55 ratificaron la Convención. Del mismo modo, son 13 los países que la suscribieron, pero tienen la ratificación pendiente, por ende, la Convención no se les aplica. La composición de dichos países por continente es la siguiente:

Tabla 5: Composición de países suscriptores o miembros de la Convención en comparación con la cantidad de población inmigrante en sus regiones (Naciones Unidas 2020, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019). Elaboración propia de la autora.

Región	Número de países que ratificaron (Naciones Unidas 2020)	Número de países con ratificación pendiente (Naciones Unidas 2020)	Cantidad de población inmigrante (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas 2019)
África	24	7	26,5 millones
América Central, del Sur y el Caribe	17	1 (Haití)	11,7 millones
América del Norte	1 (México)	0	58,6 millones
Asia	8	2 (Armenia y Camboya)	83,6 millones
Europa	2 ratificaron (Albania y Bosnia y Herzegovina)	2 (Serbia y Montenegro)	82,3 millones
Oceanía	1 (Fiyi)	1 (Palaos)	8,9 millones
Casos especiales de Asia-Europa ⁸⁸	2 (Azerbaiyán y Turquía)	-	-
Total	55	13	271,6 millones

⁸⁸ Países cuyos territorios comprenden el continente asiático en conjunto con el europeo.

La información anterior es preocupante, en primer lugar, por el bajo número de ratificaciones, pues la mayoría de los tratados de derechos humanos poseen, a lo menos, 150 Estados miembros⁸⁹. En segundo lugar, porque los países con mayor concentración de migrantes son precisamente aquellos que no suscribieron la Convención. Europa tiene 82,3 millones de personas migrantes, sin embargo, ningún país de la Unión Europea suscribió ni ratificó el tratado. Norte América tiene 58,6 millones de migrantes, siendo Estados Unidos el país con mayor cantidad de inmigrantes en el mundo; ni este país ni Canadá suscribieron la Convención. Otros países con gran cantidad de inmigrantes como Arabia Saudita y Rusia o como Australia y Sudáfrica (en sus respectivas regiones), de igual forma no suscribieron el tratado.

La mayoría de los Estados que ratificaron la Convención son países de origen de los migrantes, sobre todo los Estados del norte de África. Esto se explica porque dicho instrumento es un vehículo importante para proteger a sus nacionales que viven en el exterior⁹⁰. Sin embargo, muchos de los miembros son también países de tránsito o de destino final, como es el caso de varios países latinoamericanos como Colombia, México y Venezuela, los cuales son reconocidos por su alta tasa de emigración, pero también de inmigración. Es decir, la Convención protege a sus nacionales en el extranjero y, al mismo tiempo, resalta la responsabilidad que tienen de proteger los derechos de las personas inmigrantes en su propio territorio (UNESCO 2005, 12).

Se podría sostener que a nivel global este tratado es poco eficaz, pues gran parte de los países con mayor cantidad de inmigrantes no son miembros de la Convención. Sin embargo, casi la totalidad de los Estados miembros del Sistema IDH sí lo son. El único país latinoamericano con altas tasas de migración que no suscribió ni ratificó el tratado fue Brasil. El resto de los Estados latinoamericanos con más de 1 millón de inmigrantes sí ratificó⁹¹ (Naciones Unidas 2020). Ante esto, se puede concluir que a nivel latinoamericano y dentro del Sistema IDH, la Convención sí goza de eficacia, siendo aplicada por la CIDH y la Corte IDH para la resolución de conflictos.

⁸⁹ A modo de ejemplo, la CDN tiene 196 ratificaciones, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer tiene 189, el PIDESC tiene 170 y el PIDCP tiene 173 (Naciones Unidas 2020).

⁹⁰ Tal fue el caso de Filipinas donde salieron a la luz casos de nacionales que eran maltratados o explotados en el extranjero, lo cual causó la indignación de los filipinos y aceleró la ratificación del tratado (UNESCO 2005, 12)

⁹¹ Tal como es el caso de Argentina, Chile, Colombia, México y Venezuela. *Ver anexo I: Estadísticas migratorias de países latinoamericanos al año 2019.*

B. CONTENIDOS

Con respecto al fondo de la Convención, esta se estructura en 9 partes⁹². A continuación, se analizarán los alcances y definiciones, derechos de los trabajadores migrantes y sus familias y otras consideraciones relevantes.

i. ALCANCES Y DEFINICIONES

Esta Convención es aplicable a todos los trabajadores migrantes y sus familias sin distinción alguna⁹³ (art. 1). Se *define como trabajador migrante a “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”* (art. 2.1). Esto incluye a los trabajadores fronterizos, los trabajadores de temporada, marinos (toda persona empleada a bordo de una embarcación de un Estado del que no sea nacional), trabajadores itinerantes, trabajadores vinculados a un proyecto, trabajadores con empleo concreto y trabajadores por cuenta propia (art. 2.2)⁹⁴.

Los familiares de trabajadores migrantes son entendidos como: *“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”* (art. 4).

⁹² (1) Alcances y definiciones; (2) No discriminación en el reconocimiento de derechos; (3) Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; (4) Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular; (5) Disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares; (6) Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familias; (7) Aplicación de la Convención; (8) Disposiciones generales; (9) Disposiciones finales.

⁹³ Sin embargo, en el artículo 1.1 se destaca que esa universalidad puede no aplicarse en los casos que el tratado disponga otra cosa.

⁹⁴ Si se tiene en cuenta una definición clásica de migración -cuyo elemento central es el desplazamiento de una persona o grupo para constituir su residencia habitual en otro lugar-, no todos los trabajadores migrantes serían migrantes propiamente tales. Esto se debe a que algunos trabajan -habitual o esporádicamente- en un Estado de empleo, pero no residen habitualmente ahí (como los trabajadores fronterizos y los itinerantes). Sin embargo, desde una visión más amplia, la migración puede ser definida como el *“movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual”* (OIM s.f.), por lo que el elemento de residencia habitual en el país de destino estaría siendo cuestionado como condicionante de la definición de migración, por lo que los trabajadores migratorios sí estarían incluidos en el término. La definición de la Convención no incluye a personas enviadas o empleadas por organizaciones internacionales, organismos internacionales o Estados, y que estén en el ejercicio de sus funciones; tampoco incluye a los inversionistas, refugiados y apátridas (a menos que la legislación interna disponga lo contrario), estudiantes, personas en capacitación y marinos que no han sido autorizados a residir y trabajar en el Estado de empleo (art. 3).

De las definiciones anteriores, se desprende que *la Convención no aplicable a todos los migrantes indocumentados*. Solo se aplica a quienes han sido o son trabajadores migrantes, a sus cónyuges o persona con algún estado civil similar, sus hijos e hijas y familiares que estén bajo su cargo. A este hecho se suma que al grupo de migrantes indocumentados que le es aplicable el tratado no se le garantice la totalidad de los derechos enunciados, pues como se mencionó anteriormente, hay un apartado de derechos adicionales que son exclusivos para los trabajadores migrantes y sus familias que estén en situación migratoria documentada.

Es menester mencionar un aspecto novedoso del tratado, pues este se aplica no solo cuando la persona se establece y trabaja en un país distinto al de origen o residencia habitual, sino durante todo el proceso migratorio de los trabajadores migrantes y sus familias: “*comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual*” (art. 1.2).

ii. CATÁLOGO DE DERECHOS

El artículo 7 de la Convención establece la no discriminación en el reconocimiento de derechos, por lo que los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar los derechos contenidos en el tratado a todos los trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentren bajo su jurisdicción, esto “*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*”. Sin embargo, inmediatamente después de este artículo, se establece un catálogo de derechos que se divide en aquellos aplicables a todos los trabajadores migratorios y sus familiares -incluyendo personas indocumentadas- y otros aplicables solo a personas en situación migratoria documentada⁹⁵.

⁹⁵ Es decir, se prescribe que todas las personas, independiente de cualquier condición, tendrán los derechos de esta convención, pero luego se prescribe que los migrantes en condición migratoria indocumentada no tendrán todos los derechos enunciados en la convención, condicionando así el acceso a derechos a la situación migratoria. Lamentablemente este fue el costo para lograr que por lo menos, algunos países suscribieran el tratado.

Primer catálogo: derechos humanos aplicables a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares, incluyendo a quienes se encuentren en condición migratoria indocumentada. -

Los artículos 8 a 35 enuncian un conjunto casi íntegro⁹⁶ de derechos humanos de diversa índole, los cuales están garantizados para todos los trabajadores migrantes y sus familiares, sin importar su condición migratoria.

Aquellos derechos humanos garantizados son: derecho a salir de cualquier estado y el de regresar al propio (art. 8); derecho a la vida (art. 9); prohibición de ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 10); prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos u obligatorios⁹⁷ (art. 11); libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 12); el derecho de los padres o tutores para educar a sus hijos en su religión o convicciones morales (art. 12.4); libertad de opinión y expresión (art. 13); derecho a la honra y vida privada (art. 14); el derecho de propiedad (art. 15); libertad y seguridad personal en conjunto con derechos de un debido proceso (arts. 16 al 20); prohibición de que persona no autorizada por ley confisque o destruya documentos de identidad o autorizaciones, junto la prohibición total de destrucción de pasaporte (art. 21); prohibición de expulsión colectiva (art. 22); derecho de protección y asistencia diplomática o consular general (art. 23); derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 24); los derechos laborales (art. 25); derecho a participación en asociaciones y sindicatos(art. 26); derecho a la seguridad social restringido (art. 27)⁹⁸; derecho a la atención médica de urgencia (art. 28)⁹⁹; derecho al nombre, nacionalidad y al registro de nacimiento (art. 29); derecho al acceso a la educación por parte de hijas e hijos de trabajadores migrantes (art. 30); derecho a la identidad cultural (art. 31); derecho a la transferencia de ingresos y ahorros al término de su estancia en el país de empleo, conforme a la legislación de dicho país (art. 32); derecho a ser informados de sus derechos contenidos en la Convención y de los requisitos y formalidades para la admisión en otro Estado (art. 33).

⁹⁶ No logra ser completamente íntegro porque no contiene el derecho a la salud, el cual es básico si consideramos la preservación del derecho a la vida e integridad.

⁹⁷ Con la excepción de personas condenadas por delitos en Estados que la ley permite la aplicación de una pena consistente en trabajos obligatorios.

⁹⁸ Se tendrá el derecho a la seguridad social en la medida que cumplan con los requisitos previstos en la legislación del Estado de empleo o de residencia. Si la legislación no permite que gocen de alguna prestación, el Estado debe considerar la posibilidad de reembolsar el monto que la persona contribuyó para recibir la prestación (art. 27).

⁹⁹ De esta disposición se desprende la no consagración del derecho a la salud para los trabajadores migrantes y sus familiares, pues solo se estipula como derecho la atención médica en casos de urgencia.

Por último, los artículos 34 y 35 señalan que los derechos anteriormente enunciados no tienen el fin de fomentar la indocumentación, sino que solo se está reconociendo derechos preexistentes, inherentes a la naturaleza humana y, por ende, aplicables a las personas migrantes indocumentadas. Así, prescribe que dichos derechos no eximen a los trabajadores migrantes y sus familiares de respetar las leyes migratorias de los Estados de tránsito o de empleo, y que tampoco implica que los Estados deberán regularizar la condición migratoria de personas indocumentadas.

Segundo catálogo: derechos humanos adicionales aplicables solo a los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situación migratoria documentada. -

En los artículos 36 al 56 se establecen derechos adicionales que solo corresponden a los trabajadores migrantes y sus familias que se encuentren en situación migratoria documentada. Esto con el fin de ‘desincentivar’ la migración indocumentada, creyendo que la garantía de derechos adicionales incentivará a que las personas ‘cumplan las leyes migratorias’.

Dentro de algunos derechos relevantes de mencionar, considerando que ***no están garantizados para personas en situación migratoria indocumentada*** son el derecho a la libre circulación y elección de su residencia (art. 39); no solo a participar, sino que a establecer asociaciones y sindicatos (art. 40)¹⁰⁰; derechos políticos si el Estado lo permite (art. 42.3)¹⁰¹; derecho a la protección de la familia y reunificación familiar (art. 44); derecho a transferir dinero a otro Estado para el sustento de familiares (art. 47)¹⁰²; y protección contra la expulsión(art. 56).

Resulta interesante que a los migrantes documentados se les garantice un amplio catálogo de DESC, los cuales en consecuencia ***no son aplicables migrantes indocumentados***. Así, los artículos 43 y 45 garantizan los derechos a de acceso a: la ***vivienda y protección contra el abuso en el cobro de los alquileres***; los ***servicios sociales y de salud***¹⁰³; las instituciones de

¹⁰⁰ Se reconoce solo para los trabajadores migrantes documentados el derecho a establecer asociaciones y sindicatos; sin embargo, en el artículo 26 se reconoce el derecho de participación en los sindicatos y asociaciones de todos los migrantes. Por ende, los trabajadores indocumentados no podrían establecer asociaciones y sindicatos, pero sí tienen derecho a participar en ellas.

¹⁰¹ “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” (art. 42.3)

¹⁰² En referencia al artículo 32, los ***trabajadores indocumentados y sus familiares no tendrían derecho a transferir dinero a sus otros familiares que estén en otro país; solamente podrían transferir su dinero al término de su permanencia en el Estado de empleo.***

¹⁰³ Se garantiza el derecho a la salud, al contrario de las personas indocumentadas que solo tienen el derecho a la atención médica de urgencia.

*educación*¹⁰⁴, las *cooperativas* y empresas en régimen de autogestión; y a la *participación en la vida cultural* (arts. 43 y 45). Además, se les reconocen *derechos laborales en igualdad de trato que los trabajadores nacionales* (art. 54 y 55)¹⁰⁵.

iii. OTRAS CONSIDERACIONES

Otro aspecto novedoso de la Convención consiste en su apartado sexto donde se establece un marco para la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares.

Dentro de las obligaciones de los Estados que involucran personas migrantes indocumentadas, se encuentra el deber de adoptar medidas para facilitar un regreso ordenado a países de origen. Sin embargo, los Estados deberán cooperar para fomentar, solo en el caso de migrantes documentados, las condiciones económicas para su reasentamiento y reintegración sociocultural en el Estado de origen (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, art. 67).

Por otro lado, cumpliendo con el objetivo de impedir y eliminar el ingreso y trabajo de personas indocumentadas, los Estados estarán facultados para tomar medidas medidas: (a) contra la difusión engañosa de información migratoria; (b) para detectar movimientos migratorios clandestinos e irregulares y sancionar a quienes ayuden, organicen o dirijan estos movimientos; (c) para sancionar a quienes hagan uso de violencia, amenazas o intimidación contra los trabajadores migrantes y sus familias en situación migratoria irregular (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, art. 68.1)

Con respecto al empleo de personas migrantes indocumentadas, *los Estados deberán adoptar todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación de trabajadores indocumentados*, pudiendo sancionar a quienes los empleen. Del mismo modo, los Estados en cuyo territorio haya trabajadores migrantes y familiares indocumentados, deberán adoptar las

¹⁰⁴ Se reconoce el derecho a la educación para los trabajadores migrantes y sus familiares que estén documentados, entendido como el derecho al acceso a instituciones y servicios educacionales, de orientación profesional y locación, de formación profesional y readiestramiento. En cambio, *en el caso de los trabajadores migrantes indocumentados, solo se reconoce el derecho a la educación preescolar y escolar de sus hijas e hijos*, estén documentados o no.

¹⁰⁵ Derecho a la igualdad de trato, con respecto a los nacionales, en: el ejercicio de su actividad remunerada, la protección contra los despidos, las prestaciones de desempleo, el acceso a los programas de obras públicas para combatir el desempleo, el acceso a otro empleo y el derecho de recurrir ante las autoridades competentes por el incumplimiento contractual del empleador (arts. 54 y 55).

medidas adecuadas para que dicha situación no persista. En el caso que decidan regularizar la situación migratoria de estos, deberán tener en cuenta las circunstancias de ingreso, tiempo de residencia y situación familiar (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, arts. 68.2 y 69).

Con respecto al fallecimiento de trabajadores migrantes o de sus familiares, los Estados deberán facilitar, si es necesario, la repatriación de los restos mortales de la persona. En lo relativo a la indemnización por causa de fallecimiento, los Estados asistirán a las personas que lo requieran (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, art. 71).

Por último, llama la atención que el artículo 70 prescribe que se deberán garantizar las condiciones de trabajo y vida propicias para cumplir con los principios de la dignidad humana, idoneidad, seguridad y salud, solo en el caso de trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentren en situación migratoria documentada¹⁰⁶.

III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Para el SIDH, la función de la Corte IDH es esencial en la protección de los derechos humanos en la región. Esto fundamentado en su aplicación, aclaración y reafirmación constante de los estándares internacionales de derechos humanos. Sus pronunciamientos y decisiones son obligatorias para todos los Estados que han ratificado la CADH y declarado que otorgan competencia a la Corte para conocer sus asuntos y someterse a sus decisiones (OEA 1969, art. 64). La Corte ha emitido 18 pronunciamientos sobre materias migratorias, de ellos 14 son sentencias de casos contenciosos¹⁰⁷ y 4 opiniones consultivas¹⁰⁸. Los países condenados en casos contenciosos son:

¹⁰⁶ Es entendible la preocupación de los Estados y el SUDH de eliminar la migración indocumentada y clandestina, principalmente por la desprotección que genera para los mismos migrantes. Sin embargo, su solución consistente en no garantizarles ciertos derechos con el fin de incentivar su documentación no pareciese ser muy lógica. Tampoco pareciese lógico enfocarse en su expulsión y prohibición de contratación, pues se está dejando en desprotección a personas que seguirán existiendo, se quiera o no.

¹⁰⁷ En las sentencias de **casos contenciosos**, las condenas son aplicables para el país involucrado, sin embargo, los estándares de derechos humanos contenidos en el fondo del asunto son aplicables a todos los Estados miembros.

¹⁰⁸ Dice relación con la **función consultiva de la Corte**, por la cual uno o más Estados Parte de la CADH pueden solicitar un pronunciamiento con respecto a la interpretación de algún tratado internacional o ley nacional, en relación con cierta materia (OEA 1969, art. 64). La resolución de la Corte no implica una condena para los Estados, pero sí otorgamiento de lineamientos sobre la materia solicitada; estos son de carácter obligatorio para todos los Estados Parte, inclusive quienes no solicitaron la opinión consultiva en cuestión.

Tabla 6: Países condenados por casos de materia migratoria

País	Cantidad de Condenas
Argentina	1
Bolivia	1
Ecuador	3
Guatemala	1
Panamá	1
Perú	3
República Dominicana	3
Surinam	1
	14

De la tabla anterior no es posible afirmar que dichos países son aquellos que tienen las peores prácticas o políticas migratorias, los más abusivos, con mayores restricciones de entrada o los menos garantistas. Simplemente son los países cuyos casos han sido llevados al SIDH y admitidos a tramitación frente a la Corte IDH.

Con respecto a migrantes indocumentados, de los 18 pronunciamientos de la Corte IDH, existen hasta el momento, cuatro casos contenciosos relativos a migrantes indocumentados y una opinión consultiva dedicada exclusivamente a ellos. Además, existen otras tres opiniones consultivas que también son aplicables a algunos migrantes indocumentados¹⁰⁹. Los países condenados en estos cuatro casos contenciosos son Panamá, República Dominicana (dos veces) y Bolivia; siendo los derechos convencionales¹¹⁰ más vulnerados:

Tabla 7: Derechos de la CADH con relación al número de casos en que fueron vulnerados, tomando en consideración que en total son 4 casos contenciosos.

DERECHOS VULNERADOS DE LA CADH	Nº CASOS EN QUE SE VULNERÓ
Obligación de respetar derechos (art.1)	4
Deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2)	4
Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3)	1
Derecho a la vida (art. 4)	2
Derecho a la integridad personal (art. 5)	4
Derecho a la libertad personal (art. 7)	3
Garantías judiciales (art. 8)	4
Principio de legalidad y retroactividad (art. 9)	2

¹⁰⁹ Ver anexo 2: Casos y Opiniones Consultivas de la Corte IDH relativas a migrantes indocumentados.

¹¹⁰ Los derechos convencionales son aquellos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Protección a la familia (art. 17)	1
Derechos del NNA (art. 19)	1
Derecho de circulación y residencia (art. 22)	2
Igualdad ante la ley (art. 24)	1
Protección Judicial (art. 25)	4

Además, las temáticas más tratadas, tanto en casos contenciosos como en Opiniones Consultivas han sido el derecho al asilo, principio de no devolución, debido proceso, derecho a la unidad familiar y derechos de NNA, los cuales incluyen los derechos a la identidad, personalidad jurídica, nacionalidad, nombre y medidas de protección especiales¹¹¹.

Antes de analizar qué ha dicho la Corte sobre los derechos de este grupo, es preciso mencionar que *no ha entregado una definición de qué es lo que ella entiende por ‘migrante indocumentado’*. Sin embargo, en la Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, incluye un glosario que menciona qué es lo que entenderá por ‘trabajador migrante indocumentado’, utilizando el mismo concepto de la Convención sobre trabajadores migrantes y sus familiares. Así, **define ‘trabajador migrante indocumentado o en situación irregular’ como “[p]ersona que no se encuentra autorizada 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, y que, sin embargo, realiza dicha actividad”**¹¹².

Lo anterior no significa que la Corte jamás ha dado a entender que su jurisprudencia verse o aplique solo a aquellos migrantes indocumentados que sean trabajadores y a los familiares de estos, al contrario. No es aleatorio que la Opinión Consultiva mencionada se tittle “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”, no incluyendo el adjetivo ‘trabajador’.

¹¹¹ De esto se puede concluir que la Corte IDH ha tratado gran parte de los derechos convencionales en sus fallos relativos a migrantes indocumentados, pero no otras temáticas o derechos que no están plasmados en la CADH, como es el caso de los DESCA.

¹¹² Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 69. Cfr. “*Artículo 5.- A los efectos de la presente Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares: a) 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; b) Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo*” (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, art. 5).

A continuación, se procederá a analizar qué ha dicho la Corte en estos fallos u opiniones consultivas respecto a la vulnerabilidad y los derechos de personas migrantes indocumentadas.

A. VULNERABILIDAD

La Corte IDH ha identificado a las personas migrantes indocumentadas como un grupo en situación de gran vulnerabilidad pues “*son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos*”, sufren de un elevado nivel de desprotección de derechos y dificultad en el acceso a recursos públicos, en comparación a nacionales o migrantes documentados¹¹³. De igual forma, se encuentran en una “*situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes)*”¹¹⁴.

Utilizando el test de vulnerabilidad, la Corte sostiene que la “*condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)*”¹¹⁵. Del mismo modo, se observa la existencia de prejuicios culturales y étnicos -xenofobia y racismo- que reproducen las condiciones de vulnerabilidad y dificultan la integración de las personas migrantes a la sociedad. Este mismo fenómeno racista y xenófobo conlleva, muchas veces, a la impunidad de violaciones de derechos humanos cometidas en contra de migrantes. Esto se explica por factores de índole cultural que justifican los hechos, la falta de acceso a las estructuras de poder de la sociedad y a impedimentos normativos y fácticos que no permiten un efectivo acceso a la justicia¹¹⁶.

En la Opinión Consultiva antes mencionada, la Corte utiliza el argumento de la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre protección de los migrantes, sosteniendo que la vulnerabilidad en que se encuentran se debe a que “*no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que*

¹¹³ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 98; y Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 112.

¹¹⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 112.

¹¹⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 112.

¹¹⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 98; y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 113.

deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular” (Asamblea General de las Naciones Unidas 2000)¹¹⁷.

La Asamblea General expresó su preocupación por las múltiples formas de discriminación - violencia, xenofobia y racismo- que son víctima las personas migrantes, especialmente quienes están en mayor situación de vulnerabilidad como son las mujeres y NNA. En consecuencia, se sostiene *“la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección”* (Asamblea General de las Naciones Unidas 2000)¹¹⁸.

Otro grupo en situación de vulnerabilidad es el de los trabajadores migrantes. En la misma Opinión Consultiva, la Corte cita el preámbulo de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en donde se tiene en consideración *“la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo”* (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, Preámbulo)¹¹⁹.

En consecuencia, la comunidad internacional ha consensuado en la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes¹²⁰. Por tanto, la Corte ha establecido que, *de la necesidad de protección de los sujetos vulnerables, ya sea por su condición personal o la situación específica en que se encuentre, surge la obligación general y deber especial de los Estados de respetar y garantizar los derechos*¹²¹.

¹¹⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 114.

¹¹⁸ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 114.

¹¹⁹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 115.

¹²⁰ Cfr. Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en marzo de 1995, Programa de Acción, párrs. 63, 77 y 78; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A. 10. 2 a 10.20; Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción, I.24 y II.33- 35.

¹²¹ Cfr. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111; Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243; Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

B. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La Corte considera como evidente el hecho de que los Estados deban cumplir con sus obligaciones sin discriminación alguna. El derecho a una protección igualitaria ante la ley desprende “*directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona*”¹²². La corte afirma que este principio es un ‘*imperativo del derecho internacional*’ (norma de ius cogens), pues es aplicable a toda actuación del Estado - sin importar que sea parte o no de determinado tratado internacional- y también genera efectos respecto a terceros que actúen bajo la tolerancia, aquiescencia o negligencia de dicho Estado¹²³.

Al ser un principio de ius cogens, los Estados “*deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto*”¹²⁴. Existe la prohibición de emitir disposiciones o favorecer actuaciones que discriminen a un determinado grupo de personas por motivos de ‘raza’, género, color, etc. Los Estados tienen la obligación de “*adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias*”¹²⁵.

Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 37; y Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 98.

¹²² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 100. Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 45; y Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

¹²³ El principio de igualdad y no discriminación “*(...) pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición*” (Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 101).

¹²⁴ Lo cual también incluye la **prohibición de la discriminación indirecta** La Corte recuerda que el DIDH “*no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria*” (Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 234).

¹²⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párrs. 103 y 104.

No obstante, la Corte sostiene que ***no toda distinción constituye una vulneración al principio de igualdad y no discriminación***. En la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, se establece una ***diferenciación entre los términos ‘distinción’ y ‘discriminación’***. ‘Distinción’ sería utilizado “*para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo*”, mientras que el término discriminación sería empleado “*para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos*”¹²⁶.

De lo anterior se colige que ***no toda distinción de trato atenta contra la dignidad humana***¹²⁷. Citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte IDH sostiene que una diferencia de trato es discriminatoria cuando: (i) no tiene una justificación objetiva ni razonable; (ii) carece de fin legítimo; (iii) no existe proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin sostenido¹²⁸. En virtud de aquello es posible establecer distinciones basadas en desigualdades de hecho con el fin de que constituyan instrumentos para la protección de grupos vulnerables¹²⁹. En contraposición, no habrá discriminación si la distinción “*está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas*”¹³⁰. Por ende, no es posible afirmar que toda distinción de trato, por parte del Estado hacia un individuo, constituya una discriminación¹³¹.

En consecuencia, ***los Estados pueden establecer distinciones proporcionales, objetivas y razonables, guardando siempre el respeto a la persona humana y aplicando el principio pro-***

¹²⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 84.

¹²⁷ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 46; Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 56; y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 89.

¹²⁸ Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 89; Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 316; ECHR. Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; ECHR. Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; ECHR. Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March 1998, Reports 1998-II, para. 30; ECHR. Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10

¹²⁹ Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 89

¹³⁰ Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 91.

¹³¹ Para que una diferenciación no constituya discriminación es necesario que “*parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana*” (Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 91; y Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 43).

*persona, es decir, la norma que mejor proteja a la persona humana*¹³². En el resto de los casos, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos de los individuos, sin discriminación alguna, no admite contravención. Esta obligación “*vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas*”¹³³.

La *situación migratoria indocumentada de una persona no la priva de su derecho a ser tratado en igualdad ante la ley y no ser discriminado*, ya sea por su propia condición migratoria u otro motivo. Como dicho principio tiene carácter fundamental y es de dominio de ius cogens, “*todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio (...) sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa*”¹³⁴. En conclusión, todos los Estados, independientemente de su participación en tratados específicos, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de las personas migrantes, ya estén en situación migratoria documentada o indocumentada.

Con respecto a la política migratoria

La política migratoria es definida como actos y medidas jurídicas o administrativas que versan “*sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio*”. Dicha política también incluye las omisiones institucionales¹³⁵. Los objetivos de dichas políticas deben tener siempre presente el respeto y la garantía de los derechos humanos¹³⁶.

Aunque los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en contra de las personas migrantes, “*sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y*

¹³² Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 105.

¹³³ Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 105. Énfasis propio.

¹³⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 118. Énfasis propio.

¹³⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 163.

¹³⁶ Diversos Organismos Internacionales han instado a los Estados a examinar sus políticas migratorias, con el fin de analizar su compatibilidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el caso de que éstas sean incompatibles, procede que eliminen todas las políticas, prácticas y procedimientos que impliquen discriminación racial u contrariedad con los estándares internacionales (Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia 2005). Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 168.

nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos”¹³⁷.

Si bien los Estados gozan de un ámbito de discrecionalidad para la determinación de sus políticas migratorias; los objetivos perseguidos y las políticas mismas deben respetar y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. Es decir, la Corte IDH establece “límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante”.¹³⁸ Esto en virtud del “compromiso que soberanamente ha[n] contraído de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción”¹³⁹.

C. DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL

Con respecto al uso de la fuerza

En virtud de casos donde el indebido uso de la fuerza por parte de agentes policiales ha causado el fallecimiento de personas migrantes indocumentadas¹⁴⁰, es menester analizar los estándares del uso de la fuerza que son compatibles con el deber de garantizar el derecho a la vida a las personas que se encuentren bajo su territorio, independiente de su situación migratoria.

La Corte ha establecido el deber de los Estados de adecuar su legislación nacional y vigilar que las fuerzas policiales y militares respeten el derecho a la vida de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción¹⁴¹. El patrón de adecuación de sus políticas internas está constituido por los

¹³⁷ A modo de ejemplo, la Corte menciona la titularidad de derechos políticos -es la única ocasión en que la Corte menciona los derechos políticos en un pronunciamiento relativo a migrantes indocumentados-, los cuales están condicionados principalmente a la ciudadanía, por lo cual, migrantes documentados podrían o no acceder a ellos dependiendo de la voluntad de los Estados. En el caso de migrantes indocumentados, éstos quedan absolutamente excluidos, en virtud de una distinción que según la Corte es ‘objetiva, proporcional y razonable’. Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 119.

¹³⁸ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 100.

¹³⁹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 62.

¹⁴⁰ **Tal es el caso de Nadege Dorzema**, donde 30 migrantes haitianos (incluyendo un niño y una mujer embarazada) cruzaron “clandestinamente” la frontera de Haití hasta llegar a República Dominicana. En el último país sufrieron una persecución por parte de agentes militares, quienes al disparar indiscriminadamente asesinaron a algunas personas y lesionaron a otras. Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana.

¹⁴¹ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 80; Corte IDH. Caso Montero Aranguren y Otros, (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de

Principios sobre empleo de la fuerza y el respectivo Código de Conducta, con el fin de dotar a los agentes de instrumentos que permitan llevar a cabo su función de forma proporcional a los hechos en que deban intervenir, restringiendo al máximo el uso de armas letales¹⁴².

En el mismo caso de Nadege Dorzema¹⁴³, la Corte sostiene que los agentes militares de República Dominicana podrían y deberían haber utilizado medios menos lesivos para detener el tránsito del camión que transportaba al grupo de 30 migrantes indocumentados. Si hubiesen utilizado medios menos lesivos y proporcionales, probablemente los fallecimientos y lesiones se hubieran evitado. La Corte ejemplifica como medios menos lesivos la instalación de controles de tránsito, barricadas, reductores de velocidad, ponchadores de llantas y cámaras que permitan registro e identificación de las personas implicadas y del flujo vehicular¹⁴⁴. En los casos de uso letal de la fuerza donde no se logra acreditar la legalidad ni la absoluta necesidad, o la fuerza letal es considerada como excesiva y desproporcionada, se está ante un supuesto de privación arbitraria del derecho a la vida¹⁴⁵.

Los Principios sobre el empleo de la fuerza consideran que en los casos en que migrantes indocumentados resulten heridos, se les debe facilitar los servicios médicos pertinentes, en conjunto con notificar a sus parientes o personas cercanas. Además, deberá existir una investigación de los hechos que determine el grado y forma de participación de cada uno de los agentes interventores (Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente 1990, principios 5, 6 y 22)¹⁴⁶.

2006. Serie C No. 150, párr. 66; y Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237., párr. 49.

¹⁴² El uso de la fuerza solo tiene lugar ante situaciones en que resulte imperioso, siempre en armonía con los principios de legalidad, necesidad absoluta y proporcionalidad. Es decir, el uso de la fuerza debe estar dirigido a un objetivo legítimo (legalidad); solo puede ser empleado en el caso de que no existan otros medios para proteger la vida o integridad de persona o situación que se está viendo afectada (necesidad absoluta)¹⁴²; y debe ser proporcional al hecho que se quiere repeler, en conjunto con el nivel de resistencia dado por la persona frente a la cual se está utilizando la fuerza. Por ello los agentes deben dar un uso diferenciado y progresivo de la fuerza, teniendo en cuenta el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda (Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente 1990, principios no. 1,2,4,5,7,8,9 y 11). Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 85.

¹⁴³ **Ver referencia destacada de la página anterior: pie de página N° 140.**

¹⁴⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 88.

¹⁴⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párrs. 91 y 92.

¹⁴⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 100.

Derecho a la integridad personal de familiares de víctimas¹⁴⁷

Con respecto al derecho a la integridad, la Corte IDH ha tratado particularmente las afectaciones a la integridad física y psíquica de los familiares de migrantes indocumentados que fueron víctimas de la privación de este mismo derecho y del derecho a la vida. En casos de privaciones colectivas del derecho a la vida, la Corte considera que el ofrecimiento de prueba no es necesario para demostrar las graves afectaciones a la integridad psíquica de los familiares de las víctimas¹⁴⁸. La afectación a este derecho está dada por el sufrimiento y angustia ante el homicidio de sus seres queridos, quienes además pueden encontrarse en Estados distintos, lo que dificulta aún más la situación. En el caso concreto de Nadege Dorzema, donde hubo denegación de acceso a la justicia, la Corte estima que la violación al derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares tiene como motivo el “*sufrimiento y angustia adicionales que éstos han padecido a causa de las actuaciones u omisiones posteriores de las autoridades estatales con respecto a esos hechos, debido a la ausencia de recursos efectivos, y la impunidad prolongada en el caso*”¹⁴⁹.

Trato digno de cuerpos de personas fallecidas

Como señala el juez Antônio Candado Trindade en su voto razonado de la sentencia del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*¹⁵⁰, el vínculo entre vivos y muertos manifiesta la unidad del género humano, por lo que el respeto a los muertos es deber de las personas vivas. Múltiples países han tipificado crímenes contra los muertos, al igual que en el Derecho Internacional Humanitario se ha prescrito el deber de respetar los restos mortales de las personas fallecidas, en conjunto con la obligación de darles una sepultura digna¹⁵¹. Si bien la personalidad jurídica

¹⁴⁷ El derecho a la integridad personal se encuentra garantizado en el artículo 5 de la CADH, el cual, en concordancia con la obligación de respetar derechos sin discriminación alguna, es aplicable a todos los seres humanos, independiente de cualquier motivo. Este derecho está íntimamente ligado al derecho a la vida, pues la afectación del primero puede llevar a la afectación del segundo.

¹⁴⁸ Cfr. Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, 118, párr. 100; Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 114; Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 161; Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2005, párr. 146; y Corte IDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 206

¹⁴⁹ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 105.

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

¹⁵¹ A través de la Convención de Ginebra de 1949 sobre protección de personas civiles en tiempos de guerra.

de un individuo cesa al momento de su muerte -por lo cual deja de ser sujeto de derechos-, sus restos mortales contienen una ‘*parcela corporal de humanidad*’, por lo que éstos siguen siendo protegidos. “*El respeto a los restos mortales preserva tanto la memoria del muerto como los sentimientos entre los vivos (en particular sus familiares o personas más cercanas) a él ligados por lazos de afecto, siendo este el valor jurídicamente protegido*” (Cançado Trindade 2000, párrs. 2 y 6). Dicho esto, la Corte IDH ha establecido el derecho de los familiares de las víctimas a conocer el paradero de sus seres queridos, lo cual no solo implica el derecho a la verdad, sino también una medida de reparación que genera un deber correlativo del Estado de entregar dicha información¹⁵².

El trato que se le da a los cuerpos debe ser adecuado y digno, en concordancia a la ‘*parcela corporal de humanidad*’ que constituyen¹⁵³. Los estándares internacionales exigen que la entrega de los cuerpos debe ser posterior a una identificación clara y positiva de éstos, a través de testigos confiables y métodos científicos objetivos.¹⁵⁴ En el caso de Nadege Dorzema, los cuerpos fueron tratados, transportados y depositados sin el debido respeto y delicadeza, siendo posteriormente inhumados en fosas comunes y entregados a los supuestos familiares sin una clara identificación. Si bien en ningún tratado se consagra expresamente el derecho al trato digno de los restos mortales, la Corte IDH sentenció que este trato denigrante causó una grave afectación a la integridad psíquica y moral de los familiares y el derecho a la integridad personal de las víctimas. Al igual que el punto anterior donde se trató el derecho a la integridad personal, en este caso concreto, la Corte determinó que el Estado violó el artículo 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH en contra de las personas fallecidas y sus familiares.

Con respecto al sepulcro de los restos mortales de las víctimas, es de suma importancia que los familiares o seres queridos reciban el cuerpo -anteriormente identificado de manera clara-, pues tienen el derecho de sepultar a la persona de acuerdo con sus creencias y así poder sobrellevar de mejor forma el proceso de duelo¹⁵⁵.

¹⁵² Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 115

¹⁵³ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 117.

¹⁵⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 116; Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párr. 318; y Corte IDH. Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párr. 73.

¹⁵⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 115; Corte IDH. Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, párr. 245; y Corte IDH. Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras, párr. 73

De lo anterior se desprende que los derechos a conocer el paradero de los restos mortales de familiares, que dichos restos sean tratados dignamente y que sean entregados a sus familiares para que éstos les den un sepulcro digno, no solo aplican a casos de privación arbitraria del derecho a la vida. Todos los familiares, incluidos los de personas migrantes indocumentadas debiesen tener estos mismos derechos, en virtud de la importancia para la integridad personal de las personas fallecidas y sus familiares.

D. DERECHOS RELACIONADOS CON LA LIBERTAD AMBULATORIA

Derecho al asilo o refugio

Antiguamente la institución del asilo anteriormente era entendida como una ‘mera prerrogativa estatal’. Sin embargo, hoy en día es reconocido¹⁵⁶ como un derecho subjetivo que tiene toda persona “*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*” (OEA 1969, art. 22.7)¹⁵⁷.

Los supuestos bajo los cuales una persona puede ejercer su derecho a buscar y recibir asilo y a acceder a la protección internacional se determina a través de los convenios internacionales o legislaciones internas de los Estados¹⁵⁸. La llamada ‘tradición latinoamericana del asilo’ comprendía el asilo diplomático, asilo territorial y la no extradición por motivos o delitos políticos. Sin embargo, a partir de la adopción de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, “*la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado*”¹⁵⁹

El artículo 1 de la dicha Convención modificado por su respectivo Protocolo, define como refugiada/o a una persona que: (a) esté fuera de su país de origen o de residencia habitual en el

¹⁵⁶ Artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 22.7 de la CADH.

¹⁵⁷ Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 73; y Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párrs. 137 a 140.

¹⁵⁸ Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 74; y Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párrs. 137 y 140.

¹⁵⁹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr.74.

caso de las personas apátridas; (b) tenga un temor fundado de ser perseguido o amenazado por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas; (c) no pueda o no quiera regresar a dicho país por los temores fundados anteriormente mencionados. (Asamblea General de las Naciones Unidas 1951, art. 1)¹⁶⁰. Solo la persona que cumpla con los tres elementos será considerada como refugiada.

Posteriormente, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 amplió la definición de refugiado, considerando “*a personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*”¹⁶¹ (ACNUR 1984). Es menester señalar que dicha definición ampliada ha sido adoptada en las legislaciones nacionales de al menos 14 países latinoamericanos¹⁶².

La relación del refugio con la indocumentación se da en casos en que una persona que cumple con todos los requisitos del artículo 1 de la Convención, solicita el reconocimiento de su condición de refugiada, pero dicha solicitud le es denegada. Técnicamente, la persona es refugiada porque el reconocimiento por parte del Estado es de carácter declarativo y no constitutivo¹⁶³. Sin embargo, si en la práctica el Estado no declara el reconocimiento de dicha condición, la persona queda al desamparo de la protección de dicho Estado y para aquel país es vista como una inmigrante indocumentada. En virtud de esta problemática corresponde que se analice el derecho al asilo o refugio para personas que en la práctica son consideradas migrantes indocumentadas, pero que estrictamente son refugiadas.

¹⁶⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 144; y Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr.75.

¹⁶¹ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 141.

¹⁶² Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

¹⁶³ De la Convención sobre el Estatuto de Refugiados se desprende que ***una persona es refugiada apenas reúne los tres requisitos anteriormente expuestos***, lo cual necesariamente ocurre antes de que el Estado determine formalmente su condición de refugiada. “*Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado*” (ACNUR 2011, párr. 28) Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 145.

La Corte considera que una vez que un Estado declara el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona, este estatuto de refugiado protege a dicha persona no solo en el Estado en cuestión, sino en todos los demás Estados¹⁶⁴. Debido a esto, los Estados en que ingrese esta persona deberán tener en consideración su estatuto de refugiado ante cualquier medida migratoria que puedan adoptar, teniendo el deber de verificar tal condición y adoptar medidas pertinentes para la protección de la persona específica¹⁶⁵.

Los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado deben guardar relación con las garantías mínimas del debido proceso, considerando que de dicho procedimiento puede derivarse la expulsión o deportación de un verdadero refugiado. La Convención sobre el Estatuto de Refugiados no se refiere explícitamente a dichos procedimientos, pero la ACNUR (ACNUR 1993) y los Estados Partes (Estados Partes de la Convención de 1951 2001, párr. 6) han sostenido la importancia de adoptar procedimientos justos y eficientes que identifiquen y otorguen protección a los refugiados y personas que reúnan las condiciones para acogerse a dicha protección¹⁶⁶.

La Corte sostiene que los procedimientos -generalmente de carácter administrativo- que determinan el reconocimiento o denegación del estatuto de refugiado de una persona, implican *“una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal”*. Ante esto, una decisión equivocada puede implicar que la persona deba retornar al Estado del cual se intenta refugiar y sea víctima de una violación grave a sus derechos humanos. Debido al tipo de bienes jurídicos que están en juego, se hace necesario el establecimiento de procedimientos previsibles, coherentes y objetivos que eviten decisiones arbitrarias¹⁶⁷.

En consecuencia, la Corte establece obligaciones que deben seguir los Estados para que los procedimientos de determinación de la condición de refugiado cumplan las expectativas

¹⁶⁴ Con respecto al reconocimiento estatal de este derecho, una vez declarada la condición de refugiado de una persona, ésta la conserva con la excepción de incurrir en una de las cláusulas de cesación del artículo N° 1, sección c, párrafos 1 al 6 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados. Dichas cláusulas deben ser interpretadas restrictivamente y no pueden ser deducidas por analogía para privar del reconocimiento de la condición de refugiado (ACNUR 2011, párrs. 112 y 116).

¹⁶⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 150.

¹⁶⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párrs. 155 y 156.

¹⁶⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 157.

anteriores: (i) se deben garantizar las facilidades para que efectivamente se pueda someter la solicitud a las autoridades (intérprete, asesoría y representación legal, orientación e información sobre el procedimiento mismo, entre otros); (ii) la solicitud debe ser examinada con objetividad previa realización de una entrevista personal efectuada por la autoridad competente; (iii) las decisiones que de adopten deberán estar expresamente justificadas por la autoridad competente; (iv) debe regir el principio de confidencialidad para proteger la identidad y derechos del solicitante; (v) en caso de rechazo de la solicitud, se debe informar sobre los recursos que se pueden entablar y otorgar un plazo razonable para que pueda efectuar una impugnación. Dichos recursos deben tener efectos suspensivos, por lo cual el solicitante no puede ser expulsado antes de una resolución definitiva¹⁶⁸.

Principio de no devolución (non-refoulement)

El principio de no devolución constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional (Estados Partes de la Convención de 1951 2001, párr. 4) que goza de amplio reconocimiento en el SUDH, estando consagrado en el artículo 22.8 de la CADH: *“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 está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”* (OEA 1969, art. 22.8).

La Corte IDH complementa este artículo con el corpus iuris internacional aplicable a los migrantes, sosteniendo que en el SIDH se reconoce el derecho no solamente de refugiados o asilados, sino de todo extranjero -inclusive migrantes indocumentados- de no ser devueltos *“cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre(n)”*¹⁶⁹. En virtud de aquello, el principio de no devolución configura un mecanismo importante en la protección de personas migrantes indocumentadas, pues si la expulsión o deportación implica un riesgo de violación a sus derechos a la vida, integridad o libertad, el Estado debe abstenerse de concretar dicha medida.

¹⁶⁸ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 159.

¹⁶⁹ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 135.

Del mismo modo, el principio de non-refoulement¹⁷⁰ constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas solicitantes, refugiadas o asiladas. El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados prescribe que *“ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”* (Asamblea General de las Naciones Unidas 1951, art. 33.1). Sin embargo, este derecho no puede ser reclamado por una persona sobre la cual existen fundamentos plausibles para ser considerada como amenaza a la seguridad del país en cuestión o que ha sido condenada por un delito grave que constituya la misma amenaza¹⁷¹.

Además de la prohibición de retornar a un solicitante a un país que implique un riesgo para sus derechos a la vida, integridad y libertad; existe la prohibición de la ‘devolución indirecta’, por la cual los Estados tampoco pueden devolver a un solicitante de asilo a un país donde puedan ser deportados al país en donde están expuestos al riesgo¹⁷².

Los Estados no pueden *“extraditar, deportar, expulsar o remover de ninguna manera a una persona del territorio de un Estado si existen motivos suficientes para creer que existe riesgo de daño irreparable contra sus derechos, y sin antes tomar en consideración los alegatos de la persona sobre el riesgo existente”*¹⁷³. Ante esto, las autoridades competentes deberán efectuar un análisis adecuado e individualizado de las solicitudes, realizando entrevistas y evaluaciones con el fin de determinar la existencia o no de un riesgo en caso de expulsión, respetando siempre las garantías mínimas de un debido proceso. Si se constata que el riesgo para la vida, integridad o libertad es efectivo, el solicitante no podrá ser expulsado¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Este derecho no puede ser reclamado por una persona sobre la cual existen fundamentos plausibles para ser considerada como amenaza a la seguridad del país en cuestión o que ha sido condenada por un delito grave que constituya la misma amenaza.

¹⁷¹ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párrs. 151 y 152.

¹⁷² Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 153.

¹⁷³ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 136; Jonny Rubin Byahuranga Vs. Dinamarca, CCPR/C/82/D/1222/2003, Comité de Derechos Humanos de la ONU, 9 82º periodo de sesiones 18 de octubre a 5 de noviembre de 2004, párr. 11.3; y Jama Warsame Vs. Canadá, CCPR/C/102/D/1959/2010, Comité de Derechos Humanos de la ONU, 102º periodo de sesiones, 11 a 29 de julio de 2011, párr. 8.3.

¹⁷⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párrs. 151 y 153.

Prohibición de expulsión colectiva

Múltiples instrumentos de derechos humanos consagran la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros¹⁷⁵, los de principal importancia para el SIDH son la CADH y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la cual prescribe que *“los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”* (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, art. 22.1).

El criterio utilizado por la Corte para determinar el carácter colectivo de una expulsión no está dado por el número de personas a las cuales afecta la decisión, sino por la falta de análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada caso, lo cual recae en arbitrariedad¹⁷⁶. En consecuencia, un grupo de personas solo puede ser expulsado cuando se examinó, de manera objetiva y razonable, el caso particular de cada individuo.

Derechos frente a la expulsión

En ejercicio de su soberanía, los Estados podrán fijar mecanismos de expulsión o deportación de extranjeros, siempre que no pase a llevar el derecho al refugio y el principio de non-refoulement. Los procesos de expulsión o deportación de personas deben tener en especial consideración los derechos al debido proceso y a la protección judicial¹⁷⁷.

Si bien posteriormente se analizarán los derechos de migrantes indocumentados relativos al debido proceso, es pertinente mencionar las garantías mínimas que tienen las personas enfrentadas a un proceso de expulsión o deportación. El artículo 13 del PIDCP otorga las siguientes garantías solo a los extranjeros que se hallen ‘legalmente’ en el territorio de alguno de los Estados Parte: (i) solo podrá ser expulsado en virtud de una decisión conforme a ley; (ii) tendrá derecho a exponer sus razones en contra de dicha decisión y de someter su caso a revisión

¹⁷⁵ Art. 22.9 de la CADH; art. 4 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales; art 12.5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; art 26.2 de la Carta Árabe de Derechos Humanos; y art. 22.1 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

¹⁷⁶ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 361; Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párrs. 171 y 172; ECHR. Andric Vs. Suecia. No. 45917/99. Primera Cámara. Decisión de 23 de febrero de 1999, párr. 1; ECHR. Caso Conka Vs. Bélgica. No. 51564/99. Tercera Cámara. Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 59; y ECHR. Hirsi Jamaa Vs. Italia. No 27765/09. Gran Sala. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 184

¹⁷⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 155.

ante la autoridad competente, siempre y cuando razones imperiosas de seguridad nacional no se oponga a ello; (iii) tendrá derecho a representación en el proceso de revisión de su expulsión. (Asamblea General de las Naciones Unidas 1966, art. 13)

Aunque dichas garantías apliquen solo a personas que se encuentren documentadas en el territorio de otro Estado Parte del PIDCP, la Corte concuerda con el argumento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consistente en que, si una persona se encuentra indocumentada y la controversia dice relación con licitud de su entrada o permanencia, toda decisión que implique su deportación o expulsión debe contemplar las mismas garantías¹⁷⁸.

Además, la Corte sostiene que quienes tengan una orden de expulsión o deportación en su contra, tienen derecho a : (i) ser notificados, de manera expresa y formal, de los cargos en su contra y motivos de la expulsión o deportación; (ii) ser informados de sus derechos a oponerse a los cargos en su contra y de solicitar y recibir asesoría legal, asistencia consular y traducción o interpretación; (iii) presentar razones en contra de la orden e impugnar una decisión desfavorable, contando con las asesorías mencionadas anteriormente; (iv) en el caso de ser detenidos, contar con condiciones mínimas compatibles con un debido proceso.¹⁷⁹.

E. LIBERTAD PERSONAL

La libertad personal es un derecho que goza de amplio reconocimiento en los ordenamientos jurídicos estatales y en el SUDH. Incluso le es reconocido a los trabajadores migrantes y a sus familiares que se encuentren en situación indocumentada (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, art. 16). La privación de este derecho solo puede darse *“por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas*

¹⁷⁸ Cfr. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobada en el 27 período de sesiones. 1986, párr. 9; Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 161; y Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 354. La Corte cita en varias ocasiones a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual ha considerado como *“inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional”* (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos 1997, párr. 20).

¹⁷⁹ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 356; Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párrs. 163 y 175; Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 133.

conforme a ellas (aspecto material), y, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)”¹⁸⁰.

La Corte ha reiterado que una limitación a este derecho, aunque sea breve e incluso con meros fines de identificación, debe ajustarse a los parámetros de la CADH y la legislación interna, siempre que esta última sea compatible con la primera. Por ende, cualquier requisito que no sea cumplido, generará que la privación de libertad sea ilegal. Del mismo modo, nadie puede ser sometido a detenciones o encarcelamientos arbitrarios, por causas o métodos que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos al ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad¹⁸¹.

Con respecto a todas las detenciones, los agentes que las llevan a cabo tienen el deber de registrarlas en un documento pertinente, esgrimiendo claramente las causas, la identificación de quién la realizó y en qué horario, el horario en que la persona fue puesta en libertad y la constancia que dio al juez competente. Todo esto como mínimo para proteger debidamente a las personas contra la privación arbitraria o ilegal de su libertad personal. El incumplimiento conlleva a la violación de los artículos 7.1 y 7.2 de la CADH en relación con el artículo 1.1.¹⁸²

Del mismo modo que la Corte IDH, se pronuncia sobre las expulsiones colectivas -prohibiéndolas-, se pronuncia sobre las detenciones programadas y colectivas. Para que éstas no constituyan una violación al derecho a la libertad personal, presunción de inocencia y que no transformen la prisión preventiva en un mecanismo discriminatorio, solo pueden ser llevadas a cabo cuando haya una individualización de las conductas punibles de cada persona, con el respectivo control judicial y que sean compatibles con el respeto a sus derechos humanos¹⁸³.

¹⁸⁰ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 347. Cfr. Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47; y Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 258, párr. 100

¹⁸¹ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 364; Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 126; Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229, párr. 76; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 57; y Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname, párr.47.

¹⁸² Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 347.

¹⁸³ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 347; Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

F. DEBIDO PROCESO Y GARANTÍAS JUDICIALES

Debido proceso

El debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la CADH, es entendido por la Corte IDH como el “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos”¹⁸⁴. Es decir, cualquier decisión o actuación por parte de agentes del Estado, de cualquier índole y relacionado con cualquier derecho u obligación -civil, laboral, fiscal, etc.-, debe respetar el debido proceso¹⁸⁵.

De igual forma, la Corte sostiene que para que un proceso alcance su objetivo, es necesario tener en cuenta las condiciones de desigualdad a las que están sometidas las personas involucradas. Esta consideración tiene como fin el deber de los Estados de reconocer y resolver estos factores de desigualdad, adoptando “medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”¹⁸⁶.

Con respecto a la protección de las personas migrantes indocumentadas, la Corte ha sostenido que “que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”¹⁸⁷. Es decir, la Corte reconoce que

Serie C No. 100, párr. 137; y Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párrs. 93 y 96.

¹⁸⁴ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 130. Cfr. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 115.

¹⁸⁵ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr.123; Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 130; Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 157; Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124; Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 69; y Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

¹⁸⁶ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 130. Cfr. Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16; párr. 119.

¹⁸⁷ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 122.

los migrantes indocumentados tienen el derecho a que los Estados les brinden las garantías mínimas de un debido proceso, en virtud de su dignidad humana pueden hacer valer sus derechos y defender sus intereses en condiciones de igualdad procesal que migrantes documentados o nacionales¹⁸⁸.

La Corte es enfática en señalar que lo anterior no implica que los Estados no puedan accionar en contra de las personas migrantes que no cumplen con su ordenamiento jurídico. De hecho, sí pueden, pero teniendo como límite el apego a las garantías del debido proceso y el respeto a la dignidad humana de los migrantes indocumentados. En consecuencia, los Estados tienen el deber de adoptar medidas para garantizar el cumplimiento de dichos derechos en los procedimientos migratorios en contra de personas migrantes indocumentadas¹⁸⁹.

Derecho a garantías y protección judicial

La Corte sostiene que la vulneración al derecho de garantías y protección judicial de migrantes indocumentados se configura por: (i) el riesgo de la persona de ser deportada, expulsada o privada de libertad cuando acude a las instancias administrativas y judiciales; (ii) cuando se le niega la prestación de un servicio público gratuito de defensa, asistencia consular o traducción e interpretación en caso de que la persona lo requiera¹⁹⁰.

Los artículos 7 y 8 de la CADH son plenamente aplicables a todas las personas, incluyendo a los migrantes indocumentados¹⁹¹. Dentro de estas garantías, la Corte se ha referido a la importancia de la intermediación judicial, por la cual la persona detenida debe ser conducida sin demora, ante un juez o funcionario equivalente -determinado por ley- para que evalúe la legalidad de su detención (OEA 1969, art. 7.5). De igual forma se debe garantizar la independencia e imparcialidad del funcionario o funcionaria. Esto con fin de garantizar “*el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél*”¹⁹².

¹⁸⁸ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 351; y Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 159.

¹⁸⁹ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 100.

¹⁹⁰ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 126.

¹⁹¹ En el caso de que una persona sea detenida por su condición migratoria irregular, la Corte recuerda que las garantías del artículo 7 de la CADH son plenamente aplicables. Incluso cuando la detención se produzca por razones de seguridad u orden público (Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párrs. 107 y 116).

¹⁹² Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 107.

Derecho a asistencia letrada

En el caso de una persona migrante indocumentada, “*la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia*”¹⁹³ en virtud de ser una persona que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al, generalmente, no conocer el sistema legal del país, sumado a que se encuentra privada de libertad en un país del cual es extranjera.

La asistencia letrada dada por un profesional del derecho implica el goce de un acceso efectivo a la justicia para el migrante indocumentado. Impedir este derecho, ya sea en un proceso penal o administrativo sancionatorio, implica una grave violación al derecho a la defensa, ocasionando un desequilibrio procesal y dejando en desprotección al afectado¹⁹⁴.

Derecho a asistencia consular

Del mismo modo que el derecho a la asistencia letrada, los migrantes tienen derecho a la asistencia consular, el cual es reconocido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La Corte ha sostenido que el derecho de una persona extranjera detenida a información y prestación de asistencia consular es un derecho individual y garantía mínima del SIDH¹⁹⁵. Es importante mencionar que en ningún momento se menciona que este derecho no es aplicable a los migrantes indocumentados.

En virtud del artículo anteriormente mencionado, el derecho a la asistencia consular de una persona detenida comprende los derechos a: (i) ser notificada de sus derechos contenidos en la Convención de Viena; (ii) la comunicación efectiva con el funcionario consular; (iii) el derecho a la asistencia misma del funcionario consular (Naciones Unidas 1963, art. 36)¹⁹⁶.

Una de las funciones de los cónsules es asistir a las personas nacionales de su Estado que están privadas de libertad en el país en donde este ejerce sus funciones. Además del derecho de las personas de ser informadas de esta prestación, los Estados deben informar al cónsul que dicha persona se encuentra detenida bajo la custodia del Estado. Dentro de las facultades del cónsul,

¹⁹³ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 146. Cfr. ECHR. Benham v. United Kingdom (Application no 19380/92) Judgment of 10 June 1996, párr. 61.

¹⁹⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 129.

¹⁹⁵ Cfr. Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrs. 84 y 124; y Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 151.

¹⁹⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 153.

este puede “asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad”¹⁹⁷.

Respecto a la detención por motivos migratorios

La Corte afirma que, en virtud de la facultad de los Estados de controlar y regular el ingreso y permanencia de inmigrantes, las detenciones preventivas pueden ser idóneas y legítimas - conforme a la CADH- para “controlar la migración irregular” y así “asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación”¹⁹⁸.

Sin embargo, en concordancia con el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria 2008, párr. 53) y Gabriela Rodríguez -quien fue Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes- (Rodríguez Pizarro 2002, párr. 73), la Corte considera que “la penalización de la entrada irregular en un país supera el interés legítimo de los Estados en controlar y regular la inmigración irregular y puede dar lugar a detenciones innecesarias (...) la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”. Del mismo modo, imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país donde tuvo una orden de deportación anterior, no es una decisión legítima de acorde a la CADH¹⁹⁹.

En consecuencia, **la Corte prohíbe la privación de libertad con fines de sancionar la situación indocumentada de una persona**, y al mismo tiempo considera que solo se puede detener a una persona por su condición migratoria indocumentada cuando: (i) sea por el menor tiempo posible; (ii) fuera absolutamente necesario y proporcional para cumplir con el procedimiento migratorio con el objetivo general de controlar y eliminar la migración indocumentada; (iii) se verifique,

¹⁹⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 154.

¹⁹⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 169.

¹⁹⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 169.

mediante una evaluación individualizada del caso concreto, que no se puede adoptar una medida menos restrictiva para garantizar el cumplimiento de la política migratoria²⁰⁰.

Es de particular interés el caso de NNA, el cual será abordado posteriormente, pues la Corte prohíbe tajantemente la privación de libertad por motivos migratorios, aunque sea con el fin de garantizar el proceso migratorio²⁰¹.

Por otro lado, la Corte prescribe que los Estados *no pueden recluir a una persona privada de libertad por motivos migratorios en sitios destinados a la privación de libertad de personas procesadas o condenadas por la comisión de algún delito*, teniendo en consideración que la privación de libertad por motivos migratorios nunca debe tener fines punitivos²⁰² y que las personas afectadas estarían más expuestas a sufrir tratos abusivos en recintos penitenciarios²⁰³. Las personas privadas de libertad por motivos migratorios, *“deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria”*. Para esto, los Estados deben disponer de establecimientos públicos separados que sean destinados exclusivamente a migrantes privados de libertad en virtud de su situación migratoria. En el caso de no contar con dichos establecimientos, deberá disponer de otros lugares, los cuales no podrán ser centros penitenciarios²⁰⁴.

G. DERECHOS LABORALES

En virtud de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Corte considera oportuno hacer referencia a la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes y sus familiares frente a los nacionales²⁰⁵. Dicha vulnerabilidad está dada, entre otros motivos, por la ausencia en sus Estados de origen, las dificultades a las que se ven enfrentados en el Estado de empleo, el no debido reconocimiento

²⁰⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Looor Vs. Panamá, párr. 171.

²⁰¹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 160; y Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr.360.

²⁰² Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Looor Vs. Panamá, párr. 207.

²⁰³ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Looor Vs. Panamá, párr. 207.

²⁰⁴ (Corte IDH. Caso Vélez Looor Vs. Panamá, párr. 208).

²⁰⁵ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 131.

de sus derechos, el empleo en condiciones de trabajo menos favorables que otros trabajadores e incluso el sometimiento a condiciones de explotación laboral (Asamblea General de las Naciones Unidas 1990, preámbulo).

La Corte sostiene que los derechos laborales “*surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio*”²⁰⁶, por lo que un migrante indocumentado que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere la condición de trabajador migrante y, en consecuencia, se hace sujeto de derechos laborales. Dichos derechos deben ser reconocidos y garantizados por los Estados sin importar la condición migratoria del trabajador, pues ***los derechos laborales derivan de la relación laboral y no de la situación migratoria***²⁰⁷. Del mismo modo, los derechos laborales de un migrante indocumentado subsisten a pesar de que se haya decretado una medida de expulsión o deportación, es decir, aunque deban abandonar su país, tienen derecho a que se les entregue todo lo que por ley laboral les corresponde²⁰⁸.

El reconocimiento de los migrantes indocumentados como sujetos de derechos laborales no implica que los Estados tengan la obligación de brindarles trabajo, de hecho, pueden abstenerse. Sin embargo, si algún trabajador migrante es contratado, ya sea en el ámbito público o particular, los Estados deben garantizar y respetar sus derechos humanos laborales²⁰⁹. Con respecto a las relaciones laborales regidas por el derecho privado, la Corte IDH afirma que “*existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes)*”²¹⁰. En virtud de aquello, los empleadores particulares -personas naturales o jurídicas- también tienen la obligación de respetar los derechos laborales de sus trabajadores migrantes, incluyendo a los indocumentados.

Consecuentemente, los Estados tienen el deber de no permitir que dichos empleadores vulneren los estándares internacionales, debiendo adoptar todas las medidas administrativas, legislativas

²⁰⁶ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 133.

²⁰⁷ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrs. 133 y 134.

²⁰⁸ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 126.

²⁰⁹ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrs. 135 a 139.

²¹⁰ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 140.

o judiciales que sean necesarias para tutelar los derechos de los trabajadores migrantes y enmendar y erradicar las situaciones de iure y prácticas discriminatorias²¹¹. A su vez, esto se justifica por la asimetría de las relaciones laborales que sitúa al trabajador en una situación de mayor vulnerabilidad²¹².

Los derechos laborales que tanto los Estados como empleadores particulares deben respetar son aquellos consagrados en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. La interpretación conjunta de dichos instrumentos debe realizarse conforme al principio pro-persona o de aplicación de la norma que mejor proteja al sujeto en cuestión. Esto es de suma importancia en los casos en que las legislaciones internas no están en concordancia con los estándares internacionales, lo cual podría perjudicar al trabajador migrante. De igual forma, puede darse el caso de que la legislación interna de un Estado supere los estándares internacionales, conteniendo derechos no consagrados internacionalmente, por lo que dichos derechos deben favorecer de igual forma al trabajador²¹³.

La Corte sostiene que los derechos laborales que poseen los migrantes documentados e indocumentados consisten en: *“la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización”*²¹⁴, también se incluye el *“derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores”*²¹⁵.

El ejercicio de estos derechos es fundamental para el disfrute de una vida digna por parte de los trabajadores migrantes y sus familias, por lo que la protección de ellos es fundamental e imperativa, sin importar la condición migratoria. El principio de la dignidad humana implica

²¹¹ Un Estado puede ser responsable internacionalmente de la violación de derechos laborales cuando actúa por sí mismo como empleador o por la actuación de terceros bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, lo cual también incluye situaciones donde los empleadores particulares actúan amparados por una política estatal que favorezca la creación o mantención de situaciones discriminatorias en el respeto por los derechos en cuestión (Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrs. 152 y 153).

²¹² Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrs. 148 y 149.

²¹³ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrs. 155 y 156.

²¹⁴ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 157.

²¹⁵ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 154.

que los trabajadores migrantes tienen el derecho a trabajar en condiciones dignas y recibir una remuneración que les permita a ellos y a sus familiares vivir dignamente y desarrollarse integralmente como seres humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas 1948, art. 1)²¹⁶.

La Corte menciona que ***los trabajadores migrantes indocumentados son los más vulnerados en sus derechos laborales***, pues sufren múltiples abusos producto de su misma condición migratoria, ya que, los empleadores se aprovechan de ella para pagar salarios más bajos, no garantizar condiciones mínimas de seguridad e higiene, no respetar las jornadas laborales, entre otros, muchas veces coartando al migrante bajo la amenaza de que será denunciado. Generalmente, frente a estas situaciones, los trabajadores migrantes indocumentados no acuden a los Tribunales de Justicia por miedo a ser privados de libertad, expulsados o deportados por su condición migratoria²¹⁷. En consecuencia, la Corte declara que:

“no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevariándose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente”²¹⁸.

Finalmente, de los párrafos anteriores se concluye que ***los trabajadores migrantes indocumentados son sujetos de derechos laborales en igualdad de condiciones que migrantes documentados o nacionales***. En consecuencia, es deber del Estado brindarle todos los medios adecuados para un efectivo ejercicio de sus derechos, en conjunto con tutelarlos y promover el efectivo cumplimiento, por parte de sí mismo o de empleadores particulares.

H. DERECHO A LA SALUD

Al igual que en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Corte solamente se ha referido explícitamente al ***derecho a la atención médica de urgencia*** en el caso de migrantes indocumentados. Si bien,

²¹⁶ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrs.157 y 158.

²¹⁷ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 159.

²¹⁸ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 170.

dicha Convención garantiza a los trabajadores migrantes documentados el acceso a prestaciones de salud (no solo de urgencia) la Corte tampoco se ha referido en forma explícita a esta materia.

El único pronunciamiento de la Corte IDH donde aborda el derecho a la atención médica de urgencia y de acceso a la salud en general, es en la sentencia del Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana²¹⁹. En este fallo la Corte menciona que los Principios sobre el empleo de la fuerza establecen el deber del Estado de prestar y facilitar los servicios médicos correspondientes en caso de presentarse heridos luego del empleo de la fuerza por parte de un agente estatal (Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente 1990, principio 5). En este sentido, la Corte se pronuncia, de manera explícita y exclusiva, sobre el derecho a la atención médica de urgencia ante la situación de encontrarse herido por el accionar de un agente estatal. Sin embargo, en la misma sentencia la Corte sostiene que la atención médica de urgencia debe brindarse a los migrantes en situación irregular en todo momento, por lo que es deber de los Estados brindar una atención sanitaria integral. Inmediatamente, la Corte, en concordancia con la OMS (OEA 2003), sostiene que: *“En este sentido, el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención”*²²⁰.

Aunque la Corte IDH *no consagra explícitamente el derecho de acceso a la salud para migrantes indocumentados, sí da pie a su reconocimiento*. La lógica está dada porque el párrafo anterior inicia con la referencia a la atención médica de urgencia a la que los migrantes indocumentados tienen derecho. Luego de esto, la Corte inmediatamente introduce el deber que tienen los Estados de garantizar el acceso a bienes y servicios de salud a todas las personas, sin discriminación alguna y particularmente a los grupos vulnerables. La Corte ha mencionado en todos sus pronunciamientos relativos a migrantes indocumentados que ellos constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad, por lo que se infiere que está sosteniendo que son sujetos de derecho de acceso a la salud, en el sentido de que los Estados deben prestar bienes y servicios médicos para los migrantes indocumentados.

²¹⁹ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra 118, párr. 100.

²²⁰ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, supra 118, párr. 108.

I. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Medidas protección especiales

El reconocimiento de las medidas de protección especiales para NNA se encuentra consagrado en múltiples instrumentos de derecho internacional²²¹ con el objetivo de dar una protección integral a este grupo, el cual es considerado como vulnerable al encontrarse en proceso de desarrollo de su “*madurez física y mental*” (Asamblea General de las Naciones Unidas 1959). Dicha obligación implica que a efectos de interpretar cualquier derecho se debe otorgar una protección especial cuando se refieran a menores de edad, con el objeto de lograr una efectiva igualdad ante la ley como la que gozan las personas adultas en su condición de tales²²².

Una noción fundamental es el *interés superior de la niña o el niño*. Por este principio rector, los Estados, al actuar o tomar cualquier decisión política, administrativa o judicial, deben siempre satisfacer primordialmente el mayor bienestar y desarrollo posible del NNA, lo que implica que ninguna otra consideración puede primar sobre este principio²²³.

Es importante tener en consideración el desarrollo progresivo de los derechos de NNA, por el cual se entiende que “*niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal*”. En virtud de aquello, NNA gozan de los mismos derechos que los adultos, pero además poseen derechos adicionales y complementarios a los generales²²⁴. Las medidas de protección y cuidado especial deben propender al pleno disfrute de todos los derechos garantizados en la CDN, en especial los

²²¹ Reconocido en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959; la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); los artículos 23 y 24 del PIDCP; el artículo 10 del PIDESC; y el artículo 19 de la CADH.

²²² La Corte ha entendido que la obligación de tomar medidas especiales de protección para NNA implica “*tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*”. Cfr Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 66. Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 56; y Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 218.

²²³ De igual forma, los Estados se han comprometido a asegurar este principio, teniendo en cuenta los derechos y deberes de familiares responsables, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para que ellos también satisfagan este interés superior. (Asamblea General de las Naciones Unidas 1989, art. 3).

²²⁴ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 66. Cfr. Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 203.

derechos a la salud, a una alimentación adecuada, a la educación y a las actividades recreativas²²⁵.

Con respecto a *NNA migrantes indocumentados*, la Corte sostiene que, al momento de adoptar políticas o decisiones migratorias, los Estados deberán priorizar y tener en cuenta un enfoque de derechos humanos que tenga en cuenta la vulnerabilidad, los derechos, la especial protección y el desarrollo integral de NNA. Para lograr esto, los principios que deben implementarse de manera transversal son: (i) el principio de no discriminación; (ii) el principio de interés superior del NNA; (iii) el respeto del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; (iv) el respeto a la opinión y participación del NNA en todo procedimiento que le concierna²²⁶.

Sobre los procedimientos administrativos o judiciales relativos a la entrada, permanencia o expulsión de NNA migrantes indocumentados, se debe tener como principio rector el interés superior del niño, en conjunto con el resto de los principios anteriormente enunciados. En consecuencia, a efectos de evaluar el requerimiento de medidas especiales en procedimientos migratorios, deberá ponderar todos los factores personales que puedan implicar una vulnerabilidad reforzada que pueda conllevar a un riesgo agravado de verse vulnerados en sus derechos. Algunos de estos factores están dados por condiciones personales, la pertenencia a un grupo minoritario o a otro grupo en situación de vulnerabilidad o la situación particular en que encuentre, como estar o no acompañado o haber sido víctima de trata²²⁷.

La Corte IDH enfatiza en que niñas y niños migrantes en situación migratoria indocumentada se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad, por lo que los Estados receptores tienen el deber de actuar protegiendo prioritariamente sus derechos, teniendo en cuenta la situación particular de cada caso²²⁸.

²²⁵ La Corte señala que las medidas deben “*estar inspiradas en la promoción del bienestar y el aseguramiento del desarrollo de la niña o del niño través de tres ejes principales: (i) la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, (ii) el cuidado emocional y (iii) la seguridad en tanto protección efectiva contra cualquier tipo de abuso, explotación o forma de violencia*” (Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr.164).

²²⁶ Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 68 y 69.

²²⁷ Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 70 y 71.

²²⁸ Cfr. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 70, 71 y 170.

Derecho al asilo en el caso específico de NNA

Si bien el derecho al asilo y refugio ya ha sido tratado, es menester mencionar la aplicación especial que le da la Corte IDH cuando los solicitantes son NNA. La Oficina del ACNUR ha sostenido que NNA también son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo, por lo cual pueden presentar solicitudes de reconocimiento de su condición de refugiado, sea que se encuentren acompañados o no (ACNUR 2009, párr. 18).

La Corte sostiene que los Estados receptores tienen los siguientes deberes específicos en el caso de que un NNA solicite asilo: (i) permitir que el NNA presente su solicitud, lo cual implica que no pueden impedir que el ingreso al territorio y exigirles documentación que no puedan tener, debiendo ser inmediatamente dirigidos al personal competente para efectuar una evaluación inicial con respecto a la procedencia de la petición y las medidas de protección pertinentes para la niña o niño solicitante; (ii) pueden devolver a un NNA a un país donde pueda sufrir una amenaza o violación a su vida, libertad o seguridad, o a un país donde se le vaya a devolver posteriormente al país donde sufre el riesgo (non-refoulement); (iii) otorgar el reconocimiento de la condición de refugiado si el NNA califica para ello y en virtud del principio de unidad familiar, reconocer la misma condición a los integrantes de su familia.²²⁹

De igual modo, la Corte IDH regula el procedimiento de evaluación inicial de los NNA que solicitan refugio. Este debe contar con mecanismos efectivos para obtener la información necesaria del NNA para informar a las autoridades, con el fin de determinar su identidad y la de sus familiares, con el fin de evaluar y brindar medidas de protección en el caso de ser necesario²³⁰.

²²⁹ Cfr. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 225; y Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 81 a 83.

²³⁰ En virtud del interés superior del niño y las garantías especiales que se le deben otorgar, el procedimiento de entrevista debe: (i) Ser realizado por profesionales competentes que estén formados para entrevistar a NNA en dichas condiciones; (ii) ser efectuado en un idioma que el NNA pueda comprender, contando con la participación de un intérprete en caso de ser necesario y en un ambiente amigable, seguro y privado; (iii) centrarse en los NNA, teniendo en cuenta su situación y condiciones particulares (género, edad, cultura, etc.), y asegurando su participación en la entrevista; (iv) brindar información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene el NNA en la continuación del procedimiento, y proveer de asesoría legal en caso de ser necesaria; (v) determinar la edad del NNA, si se encuentra o no acompañado, su nacionalidad o condición de apátrida, los motivos de su salida del país de orden o separación familiar, sus dimensiones de vulnerabilidad o cualquier elemento que evidencie o niegue la necesidad de protección del NNA; (vi) adoptar, en el caso de ser necesario, las medidas de protección especiales pertinentes de acuerdo con el interés superior del NNA en cuestión; y (vii) registrar toda la

Posterior a la evaluación, corresponde al Estado, en virtud del interés superior de la niña o niño, adoptar las medidas pertinentes para asegurar su vida, supervivencia y desarrollo. Estas medidas deberán propender a una protección integral, incluyendo la atención en salud médica y psicosocial, programas de apoyo que brinden alimentación, vestuario, vivienda y educación plena. En el caso de NNA no acompañados o separados de sus familias, los Estados deben localizar a sus familiares y, de ser procedente de acuerdo con el interés superior de la niña o niño, proceder a la reunificación del grupo familiar lo más pronto posible.²³¹

Debido proceso en el caso de NNA

La protección especial de NNA implica que la observancia de las garantías del debido proceso se configura a través de componentes diferenciados al caso de los *adultos* “*con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten*” (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas 2013, párr. 14.b). En el caso de encontrarse en un procedimiento migratorio, una niña o niño no se encuentra en las mismas condiciones físicas y emocionales de un adulto, por lo que un tratamiento especial y diferenciado en las garantías de un debido proceso se justifica aún más²³².

Con respecto a los casos relativos a NNA en conflicto con la ley penal, además de contar con procedimientos diferenciados de los de adultos, la privación de libertad -como medida cautelar o sanción- debe constituir el último recurso y tener una duración mínima, principalmente porque el proceso penal de NNA debiese tener un fundamento pedagógico. Del mismo modo, los

información de manera que se asegure su confidencialidad (Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 84 a 86.

²³¹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 103 a 105.

²³² Ante esto, la Corte sostiene ante un proceso administrativo o judicial migratorio, NNA tienen los siguientes derechos: (i) ser notificado de la existencia del procedimiento mismo y de la decisión que se adopte en él; (ii) que el procedimiento sea llevado a cabo por un juez o funcionario especializado; (iii) ser oído y participar en todas las etapas procesales; (iv) ser asistido por un traductor o intérprete en el caso de ser necesario; (v) acceder a la comunicación y asistencia consular; (vi) contar con un representante legal con el cual pueda comunicarse libremente; (vii) a que se le designe un tutor en caso de no estar acompañado por sus padres o tutores; (viii) a que la decisión final evalúe su interés superior y sea debidamente fundamentada; (ix) a impugnar la decisión ante un juez o tribunal superior y que tenga efectos suspensivos; (x) que el proceso dure un plazo razonable (Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 114 a 116).

requisitos de la prisión preventiva operan con mayor rigurosidad, debiendo preferirse medidas sustitutorias.²³³

Prohibición de privación de libertad a NNA por su situación migratoria indocumentada

Anteriormente fue mencionado que la Corte prohíbe las detenciones migratorias con fines punitivos²³⁴. ***En el caso de NNA***, la Corte IDH no solo prohíbe la privación de libertad migratoria con fines punitivos, sino que ***prohíbe todo tipo de detención migratoria***²³⁵. En consideración a la vulnerabilidad de NNA, su privación de libertad no parece proporcional, excede el requisito de necesidad y no responde al principio de interés superior del niño, por ende, es arbitraria.²³⁶

La Corte IDH sostiene que NNA migrantes indocumentados, requieren que el Estado receptor, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, adopte medidas orientadas a la protección prioritaria de sus derechos. Para esto deben tomar en cuenta su interés superior y las particularidades del caso concreto, si se encuentran separados de sus familias, acompañados o no. Una consideración de gran relevancia es que la Corte esgrime que en los ***casos donde NNA se encuentren acompañados por familiares, la prohibición absoluta de detención migratoria se extiende a sus progenitores***. Ante esto, ***las autoridades tienen la obligación de adoptar medidas alternativas para la familia completa, aunque se encuentren en indocumentación***. Los Estados tienen el deber de incorporar en sus políticas y legislación migratoria un conjunto de medidas no privativas de libertad para caso de NNA en procedimientos migratorios, las cuales estén enfocadas en la protección integral de sus derechos²³⁷.

²³³ Cfr. Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 230 y 231; y Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 149.

²³⁴ De modo que un adulto migrante indocumentado solo puede ser privado de libertad si es absolutamente necesario y proporcional para el debido control migratorio.

²³⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párrs, 163 a 172.

²³⁶ Los Estados deben adoptar medidas menos gravosas para asegurar un debido procedimiento migratorio de NNA indocumentados, que logre los fines deseados y que al mismo tiempo respete los derechos y garantías de niñas y niños. ***“En suma, la Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y, por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración Americana”*** (Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 154).

²³⁷ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 157 y 170.

Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias

En el caso de que NNA migrantes indocumentados sean acogidos en espacios de alojamiento y custodia, el Estado asume una posición de garante, por lo que debe brindar al NNA todas las condiciones necesarias para que este desarrolle una vida digna y reciba un trato acorde a su dignidad personal²³⁸. Los centros de acogida pueden ser públicos o privados. El Estado los deberá fiscalizar con el fin de garantizar una efectiva protección a los derechos de la niña o niño; debiendo también adoptar criterios para que dichos centros estén acreditados y habilitados para las necesidades de los NNA migrantes. De igual forma, deberá velar para que en ellos existan las condiciones materiales y un régimen adecuado que asegure la protección integral de derechos de niñas y niños migrantes custodiados²³⁹.

Principio de no devolución en el caso de NNA

En relación con el principio de no devolución, la Corte ha estimado que su aplicación a NNA “no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a sus derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, como por ejemplo la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios, sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”²⁴⁰. En consecuencia, al **ampliar la aplicación del principio de no devolución en el caso de NNA**, estos solo pueden ser devueltos cuando su interés superior lo requiera.²⁴¹

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad es definido por la Corte IDH como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido,

²³⁸ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 172.

²³⁹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 173-175.

²⁴⁰ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 231.

²⁴¹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrs. 233 y 242.

comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”²⁴². Los artículos 6 y 7 de la CDN reconocen expresamente este derecho, prescribiendo que los “*Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*” (Asamblea General de las Naciones Unidas 1989, art. 8.1).

El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y dignidad del ser humano, su reconocimiento facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, nacionalidad, nombre y relaciones familiares²⁴³. La falta de reconocimiento, además de implicar la posible negación de dichos derechos vinculados, “*puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*”²⁴⁴. Por tanto, al implicar la constancia legal de la existencia de la persona, el derecho a la identidad es fundamental para el desarrollo de una vida digna, por lo cual es oponible erga omnes a los Estados, no admitiendo derogación ni suspensión en caso alguno.²⁴⁵

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

La Corte ha determinado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica “*implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes*”²⁴⁶. El no reconocimiento de este derecho implica que la persona es ‘inexistente jurídicamente’”, no teniendo la capacidad jurídica de ser sujeto o titular de derechos²⁴⁷. En términos técnicos, este sería el caso de las **personas apátridas**, las cuales, al no poseer un vínculo con algún Estado, no tienen una personalidad jurídica. Esto ha motivado los esfuerzos de la comunidad internacional por eliminar los casos de personas apátridas, lo cual dice también relación con el deber de garantizar el derecho a la nacionalidad.²⁴⁸

²⁴² Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122.

²⁴³ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párrs. 266 y 267.

²⁴⁴ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, párr. 123.

²⁴⁵ Cfr. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No.232, párr. 112

²⁴⁶ Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 179.

²⁴⁷ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párrs. 265

²⁴⁸ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 178.

Ante esto, la Corte IDH ordena que los Estados deben “*respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares*”²⁴⁹. Esto con el fin de que efectivamente se reconozca la personalidad jurídica de un individuo, en primer lugar, es necesario que se le reconozca el derecho a la nacionalidad, pues sin el derecho a la nacionalidad la persona no puede ser registrada y así “dejar constancia” de su existencia legal.

Derecho a la nacionalidad

Como consecuencia del derecho a la identidad y de la necesidad del reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la nacionalidad se torna fundamental. Este derecho es definido por la Corte como el “*vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, [permitiendo] que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos*”²⁵⁰. Además, es de carácter inderogable y está reconocido en múltiples instrumentos internacionales²⁵¹.

En el mismo sentido, la Corte sostiene que la determinación de quiénes son nacionales es competencia interna de los Estados en ejercicio de su soberanía. Sin embargo, dicha atribución debe ajustarse a los estándares internacionales obligatorios para toda la comunidad internacional, los cuales consisten en el ***deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia***, y de brindar una protección de la ley en condiciones de igualdad y no discriminación²⁵². Para ello, los ***Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas, políticas o leyes que favorezcan el***

²⁴⁹ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párrs. 265

²⁵⁰ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 137.

²⁵¹ Cfr. CADH, artículo 20; Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XIX; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3 (derechos del niño); CDN, artículo 7; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5 (d) (iii); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29; Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1; Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, artículo 4; y Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, artículo 6. La Corte IDH interpreta que el artículo 20 de la CADH recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: “*dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad*” (Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párrs. 254)

²⁵² Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 256; y Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 140.

incremento de las personas apátridas, pues la consecuencia de esta condición jurídica implica la imposibilidad de reconocimiento jurídico de una persona, impidiendo el goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos. Es decir, las sitúa en una condición de vulnerabilidad extrema. En concordancia, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que una niña o niño tenga una nacionalidad al momento de su nacimiento.²⁵³

El artículo 20.2 de la CADH prescribe que “*toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en que nació si no tiene derecho a otra*”. La Corte ha interpretado ***que la determinación de la nacionalidad debe ser inmediata al momento del nacimiento***, por lo tanto, la frase ‘si no tiene derecho a otra’ también incluye la imposibilidad fáctica de registrar a sus hijos en sus Estados de origen. Ante esto, ***cuando migrantes tienen hijos en los Estados de residencia, con el fin de evitar la apatridia, las hijas e hijos adoptarán la nacionalidad de este último Estado***. Esto no obsta a la aplicación de las legislaciones internas donde el nacimiento se rige por el principio de *ius solis*²⁵⁴.

Con respecto al caso de los migrantes indocumentados que tienen hijos en el Estado de residencia, la Corte ha sido enfática en que “***el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos***”²⁵⁵, por lo tanto, la hija o hijo no adquiere la condición migratoria indocumentada, sino que, en virtud de lo sostenido en el párrafo anterior, adquiere la nacionalidad del Estado en que nace²⁵⁶.

El no reconocimiento de este derecho implica una grave violación convencional²⁵⁷ por parte del Estado en cuestión, pues además de violar el derecho a la nacionalidad, viola el derecho al nombre, al reconocimiento de la personalidad jurídica y, por ende, el derecho a la identidad²⁵⁸.

²⁵³ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párrs. 256 y 258; y Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 142.

²⁵⁴ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párrs. 259, 261 y 280.

²⁵⁵ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 156.

²⁵⁶ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párrs. 229 y 318; y Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 156.

²⁵⁷ El Comité de los Derechos del Niño afirma que la falta de registro de una niña o niño “*puede repercutir negativamente en el sentimiento de identidad personal del niño, y los niños pueden ver denegados sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos*” (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas 2006, párr. 25).

²⁵⁸ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 269

Derecho al nombre

La Corte ha sostenido que el derecho al nombre “*constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. [Por lo que] los Estados [...] tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento*”²⁵⁹.

El derecho al nombre se encuentra estrechamente vinculado con los derechos a la identidad y a la nacionalidad. La **violación del derecho a la nacionalidad implica la violación del derecho al nombre**, pues al negar la nacionalidad no se deja registrar a la persona recién nacida, por lo que no se puede registrar un nombre con el cual la persona sea reconocida legal y formalmente. En virtud de aquello, los Estados tienen el deber de garantizar el derecho a la nacionalidad para que las personas sean registradas con los nombres elegidos por los padres.²⁶⁰ Además, la Corte sostiene que el “*nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia*”²⁶¹.

Protección a la familia

La familia es reconocida como el “*elemento natural y fundamental de la sociedad*” (OEA 1969, art. 17.1), razón por la cual debe ser protegida. La Corte sostiene que el derecho a la protección de la familia implica “*no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de las niñas y los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia*”²⁶².

De igual forma, los NNA tienen derecho a vivir con sus familias, las cuales son llamadas a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas²⁶³. La Corte señala que no existe un único modelo de familia²⁶⁴, pues los titulares del derecho a la vida familiar no son solamente

²⁵⁹ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párrs. 182 y 183.

²⁶⁰ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párrs. 266 y 268

²⁶¹ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párrs. 184.

²⁶² Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 414

²⁶³ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 71.

²⁶⁴ Así, “*el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre*”

una pareja y sus hijos, puede incluir otros parientes de la familia extensa²⁶⁵. La familia tiene un rol central en la protección de los NNA, por lo que el Estado debe propiciar las condiciones para que puedan estar bajo el cuidado de sus familiares²⁶⁶. Del artículo 8 y 9 de la CDN se desprende la obligación que tienen los Estados de prevenir la separación y preservar la unidad familiar, lo cual implica la no interferencia en las relaciones familiares de un NNA -a menos que su interés superior lo requiera- y la adopción de medidas positivas para asegurar el pleno ejercicio del derecho a una vida familiar²⁶⁷. La Corte IDH ha sostenido que “*la separación de las niñas o los niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho en cuestión*”²⁶⁸. Sin embargo, NNA pueden ser separados de sus padres o cuidadores cuando un tribunal determine, a través de un procedimiento judicial, que la separación es necesaria en virtud de su interés superior²⁶⁹.

En la CDN se contempla la posibilidad de que una familia migrante sea separada como resultado de una medida adoptada por el Estado de destino, ya sea por la detención, encarcelamiento, exilio, deportación o muerte de uno o ambos padres del NNA (Asamblea General de las Naciones Unidas 1989, art. 9.4). La Corte señala que en los casos de separación familiar por razones migratorias, si bien los Estados tienen el derecho de regular y ejecutar sus políticas migratorias -control de ingreso, residencia y expulsión²⁷⁰ de extranjeros-, deben tener como

local” (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas 2013, párr. 59). De conformidad con el artículo 5 y 9 de la CDN, la no separación de NNA y sus progenitores, aplica también “*a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha*” (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas 2013, párr. 60).

²⁶⁵ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 272.

²⁶⁶ Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 88; y Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, párr. 107.

²⁶⁷ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 415.

²⁶⁸ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 414. Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párrs. 71 y 72; y Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, párr. 226.

²⁶⁹ Estos son los casos donde NNA sufren maltratos, abusos o descuidos; por lo que se torna imperioso separarlos de sus familiares. También se da el supuesto de padres separados, donde el NNA vivirá solo con uno de los padres; en esos casos, el padre con el cual no viva tendrá el derecho y deber de mantener una relación directa y regular con su hija o hijo -con el fin de preservar la unidad familiar y velar por el interés superior del NNA-, a menos que dicha relación sea perjudicial para el interés superior de la niña o niño (Asamblea General de las Naciones Unidas 1989, arts. 9.1, 9.2 y 9.3).

²⁷⁰ Si bien los términos expulsión y deportación tienen significados diferentes, la “*Corte entiende la expulsión como cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo. De este modo, al referirse a la*

consideración primordial el interés superior del NNA y ajustarse estrictamente a las disposiciones que rigen la materia²⁷¹.

Ante esto, la Corte es enfática en sostener que *“el derecho a la vida familiar de la niña o del niño per se no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores”*²⁷². Lo anterior sigue la misma línea del artículo de la CDN anteriormente mencionado.

No obstante, la Corte es consiente que en estos casos se configura un conflicto entre derechos. Por un lado, está la soberanía estatal por la cual cada país tiene la facultad de fijar e implementar sus políticas migratorias con el fin de alcanzar fines legítimos para el bienestar general y protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio. Por otro lado, está el derecho de NNA al disfrute y protección de su familia, por lo cual los Estados deben tratar de mantener la unidad familiar²⁷³. Para resolver este conflicto de derechos, la Corte IDH sostiene que el interés del Estado jamás puede habilitarlo para ejecutar cualquier decisión que sea arbitraria o en detrimento de los derechos fundamentales de la persona humana. Para esto, la Corte establece una serie de requisitos para que la decisión no sea arbitraria²⁷⁴.

Es importante considerar que la medida de expulsión o deportación de uno o ambos padres *“puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial”*²⁷⁵ (Comité de los

expulsión, se abarca también lo que en términos específicos o estatales internos pudiera consistir en una deportación”. Cfr. Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párr. 269.

²⁷¹ Cfr. Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 416; Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, párr. 97; Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párr. 273; y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrs. 65 y 73.

²⁷² Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párr. 274.

²⁷³ Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párr. 275.

²⁷⁴ (i) Debe cumplir con el principio de legalidad en conformidad al artículo 30 de la CDN; (ii) debe ser idónea; (iii) debe cumplir con el requisito de necesidad; y (iv) debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, restringe el menor grado de derechos y se ajusta al logro del objetivo legítimo. Cfr. Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párrs. 275 y 278.

²⁷⁵ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 416; y Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párr. 278.

Derechos del Niño de Naciones Unidas 2013, art.3 párr. 1). De este modo, la Corte IDH sostiene que dicha medida de deportación o expulsión siempre afectará de algún modo al NNA o adolescente, pero no necesariamente menoscabaría su interés superior²⁷⁶. Es decir, el Estado puede expulsar o deportar a los padres del NNA, aunque afecte al niño en cuestión, siempre que la medida no sea abusiva o arbitraria para el interés superior del NNA.

Con respecto a los casos donde la niña o niño cumple con las condiciones legales para residir en dicho país -ya sea porque es nacional, migrante documentado u otra razón- y uno o ambos padres se vean afectados por una orden de expulsión o deportación, la Corte es de opinión que el requisito de proporcionalidad de la decisión no se cumple²⁷⁷:

“[La]ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias (...) resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo”²⁷⁸.

Finalmente, la Corte sostiene que al momento de que el órgano administrativo o judicial competente adopte la decisión de expulsión o deportación de uno o ambos padres, debe tener en consideración las circunstancias particulares del caso concreto, evaluando y determinando cuál es el interés superior del NNA en cuestión; para esto ellos tienen derecho a ser oídos en función de su edad y madurez. Dicha opinión debe ser tomada en cuenta al momento de decidir sobre la expulsión o deportación de uno o ambos padres²⁷⁹.

²⁷⁶ En concordancia, a palabras de la Corte, “prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría[.] [S]e impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño” (Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, supra 121, párr. 278; y Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 72).

²⁷⁷ Lo anterior es bastante cuestionable, pues cuando un NNA es indocumentado, la expulsión o deportación de sus padres que cumple con los requisitos de legalidad y necesidad es proporcional e idónea, pero cuando el NNA es nacional o documentado, dicha deportación no es proporcional; esto a palabras de la Corte IDH.

²⁷⁸ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 280.

²⁷⁹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, supra 121, párr. 280.

CAPÍTULO III: CASO CONCRETO DE MIGRANTES INDOCUMENTADOS EN CHILE

Ya habiendo analizado los derechos de migrantes indocumentados/as protegidos en el SIDH, se analizarán cuáles son aquellos efectivamente protegidos en el sistema jurídico y administrativo Chileno. Esto con el fin de vislumbrar si la normativa y jurisprudencia chilena cumple o no con los estándares internacionales.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

Los flujos migratorios han estado presentes en Chile desde los inicios de la nación, experimentando variaciones a lo largo del tiempo (CDH 2016, 5). En el siglo XIX el Estado comenzó a implementar una ‘colonización dirigida’ a través de la adopción de políticas, programas y leyes “*para atraer a migrantes y colonos europeos bajo el argumento de poblar los territorios en el sur del país y mejorar la raza chilena*”²⁸⁰ (Stefoni 2011, 84). En consecuencia, en 1824 y 1845 se promulgaron leyes que consolidaron una serie de medidas específicas que entregaban privilegios a extranjeros, con el fin de incentivar su inmigración al país. Al mismo tiempo, surgió una ‘migración espontánea’, por la cual personas de países limítrofes o asiáticos llegaron al país para trabajar en las guaneras o salitreras del norte de Chile²⁸¹ (Stefoni 2011, 84 y 85). Como resultado, el Censo de 1885 señaló que para ese año existían 87.077 personas extranjeras residiendo en Chile, las cuales representaban un 3,4 % de la población total (SJM 2020, 8).

La migración espontánea superó a la dirigida por el Estado, por lo que en 1905 comenzaron a adoptar políticas para permitir este primer tipo de migración; regulando así la llegada de extranjeros/as con fines distintos a la colonización. En 1953 se promulga el Decreto con Fuerza de Ley N° 69 que crea el departamento de inmigración y establece normas sobre la materia, esto con el fin de facilitar la adaptación, desarrollo y trabajo de inmigrantes considerados como ‘deseados’. En consecuencia, esta ley es cimentada en principios racistas, lo cual se puede

²⁸⁰ “*Los argumentos del Programa de colonización eran la necesidad de poblar el territorio nacional (o más bien disputar el territorio a las comunidades mapuches de las regiones sureñas) e incentivar el desarrollo y la modernización del país a través de la incorporación de personas de ‘raza superior’*” (Stefoni 2011, 85).

²⁸¹ Esta migración espontánea no fue deseada ni planificada por el Estado chileno.

apreciar en su contenido explícito: *“la inmigración con elementos de selección contribuirá a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza (párrafo 6) [...] una política de inmigración [...] que mantenga y asegure la unidad espiritual de la nación, mediante la incorporación de elementos aptos y fácilmente asimilables, evitando el ingreso de individuos indeseables o inadaptables (artículo 3)”*²⁸². Lo anterior evidencia la continuidad de la legislación migratoria chilena que diferencia entre ‘migración deseable y no deseable’, acogiendo a quienes son ‘fácilmente asimilables’-europeos, blancos, considerados como un aporte- y rechazando a las personas ‘inadaptables’ (Stefoni 2011, 85 y 86, CDH 2016, 8 y 9).

Tras el Golpe de Estado, la Junta de Gobierno dicta en 1975 el Decreto Ley N° 1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile. Este reemplazó la categoría de ‘migrante’ por ‘extranjero’, sin embargo, no eliminó la idea de ‘migrante indeseado’, sino que la radicalizó al basarse en el principio de seguridad nacional²⁸³. Posteriormente, en los gobiernos de concertación se observa un aumento de la población extranjera²⁸⁴ y toma peso la idea de la migración como un ‘problema’ social. En esta misma época, la implementación de las medidas del DL N° 1.094 evidenció un aumento de la migración indocumentada, pues muchas personas que ingresaban al país no lograban regularizar sus documentos. *“En otras palabras, el hecho de que los migrantes pierdan su visa y queden como indocumentados, es una consecuencia de mantener la idea de migrante-amenaza que fundamenta la legislación actual”* (Stefoni 2011, 80, 86 y 87).

En la actualidad, la población migrante ha aumentado exponencialmente, siendo los años 2010 a 2019 considerados como ‘la década’ de las migraciones en Chile²⁸⁵, pasando de 305.212 (1,8%

²⁸² Ministerio de Hacienda. Decreto con Fuerza de Ley que crea el departamento de inmigración y establece normas sobre la materia. Núm. 69. Santiago, 27 de Abril de 1953. Énfasis propio.

²⁸³ *“Con esta nueva ley todo extranjero es posible de sospecha, por lo que se establece una serie de mecanismos de control y vigilancia, que a la fecha de hoy no han sido derogados (aunque en la práctica algunos de ellos han dejado de aplicarse)”* (Stefoni, Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante 2011, 87). Énfasis propio. De igual forma, estableció una serie de prohibiciones de ingreso (artículo N°15 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975).

²⁸⁴ Tras la vuelta a la democracia, se observa un mayor crecimiento económico, por lo que Chile comenzó a ser un país atractivo para extranjeras/os. En sus inicios, la población extranjera era principalmente oriunda de Argentina, Bolivia y Perú; el censo de 2002 arrojó que, de las 195.320 personas migrantes en Chile, 24,7% eran de Argentina, 19,4% de Perú y 5,6% de Bolivia. En la década de 2010, la población extranjera comenzó a diversificarse: desde el 2010 comenzaron a llegar personas colombianas y dominicanas; desde 2014 comenzaron a llegar personas haitianas y venezolanas (SJM 2020, 8). Énfasis propio.

²⁸⁵ Ver anexo 3: Evolución de cantidad de personas migrantes residentes en Chile entre 1885 y 2019.

de la población total) personas extranjeras residentes en Chile en 2010 a 1.492.522 (7,8% de la población total) en 2019 (SJM 2020, 6, INE y DEM 2020, 3). Esta última y más reciente cifra se desglosa en que hay 728.746 mujeres migrantes y 763.776 hombres migrantes residiendo en Chile. Otra característica actual de las migraciones es su diversificación, ya no siendo los principales colectivos oriundos de países limítrofes. A finales de 2019, los principales 5 colectivos estaban conformados por personas provenientes de Venezuela (30,5%), Perú (15,8%), Haití (12,5%), Colombia (10,8%) y Bolivia (8,0%) (INE y DEM 2020, 3)²⁸⁶.

Con respecto a las personas migrantes indocumentadas, no existe cifra ni estimación oficial respecto a cuántas personas extranjeras habitan en Chile bajo esta condición migratoria. En el año 2019, el Servicio Jesuita a Migrantes (SJM) efectuó una encuesta llamada “Voces Migrantes”, en la cual se sostiene que 2,1% de las personas encuestadas se encontraban en situación migratoria ‘irregular’ (SJM 2019, 104). Si dicho porcentaje es aplicado a la cantidad total de personas migrantes en Chile a finales de 2019, el resultado es que existen 31.343 personas que estarían en situación indocumentada. Sin embargo, es un cálculo en base a una encuesta, por lo que no puede ser concluyente.

Otra ‘cifra’ es una estimación del Gobierno, que a través de su minuta sobre la reforma migratoria de fecha 8 de abril de 2018 -antes del proceso de ‘regularización’ de ese año-, señala que como fundamento de la reforma está el sentido de urgencia dado por el crecimiento de población extranjera, esgrimiendo que “se estima que cerca de 300 mil extranjeros se encuentran en situación irregular” (Ministerio del Interior y Seguridad Pública 2018, 1). Sin embargo, dicha cifra no va justificada ni acompañada de ninguna fuente, por lo que tampoco puede ser fidedigna.

Es menester mencionar que en Chile se han realizado tres procesos de ‘regularización’ migratoria²⁸⁷ (1998, 2007 y 2018). El proceso más reciente contó con 155.438 personas inscritas, de las cuales a 131.399 les fue otorgada la visa, pero solo 96.257 (61% del total de

²⁸⁶ Ver anexo 4: Población extranjera residente en Chile por sexo y país de origen, estimada al 31 de diciembre, años 2018-2019. De igual forma, desde el año 2015 hubo un aumento paulatino de personas migrantes provenientes de Haití y Venezuela; sin embargo, tras el cambio de requisitos para su estadía -en abril de 2018 y junio de 2019 respectivamente-, los ingresos regulares -por zonas habilitadas y controladas para el ingreso- disminuyeron (SJM 2020, 3).

²⁸⁷ Los procesos de regularización migratoria tienen como fin que las personas migrantes indocumentadas puedan adquirir la documentación necesaria para residir y/o trabajar conforme a la ley chilena.

solicitantes) lograron estamparlas, es decir, pudieron efectivamente regularizar su situación migratoria (SJM 2020, 22). Si bien estos procesos gozan de utilidad, son altamente burocráticos y no se hacen cargo de la normativa de fondo que produce el incremento de personas migrantes indocumentadas. Dicha burocracia genera que las personas pierdan o no logren obtener su permiso de residencia temporal o definitiva (Stefoni 2011, 81).

Si bien no se conoce la cantidad de migrantes indocumentados/as en Chile, sí existe una estimación de la cantidad de ingresos clandestinos. Estos tipos de ingresos implican una entrada al país por un paso no oficial, por lo cual la persona no es ‘registrada’ por los funcionarios correspondientes. Sin embargo, a través de información brindada por la Policía de Investigaciones, el SJM pudo establecer una estimación en cuanto a cifras, teniendo en cuenta el número de personas denunciadas por ingreso clandestino, las cuales se pueden cursar por flagrancia (la persona fue descubierta ingresando clandestinamente), fiscalizaciones y autodenuncias. De todas formas, existen muchas personas que no han sido ‘detectadas’ y tampoco se han ‘autodenunciado’, por lo que se infiere que las cifras son aún mayores (SJM 2020, 14).

Tabla 8: Ingresos por pasos no habilitados entre 2010 y 2019, según año y país de nacimiento. Elaborado por el Servicio Jesuita a Migrantes a partir de datos solicitados por Ley de Transparencia a la Policía de Investigaciones (SJM 2020, 14).

NACIONALIDAD	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL
Bolivia	161	486	568	271	206	204	318	300	322	755	3.591
Colombia	80	222	312	843	992	348	234	253	270	439	3.993
Cuba	6	30	23	11	9	24	38	715	3.574	1.448	5.878
Haití	2	12	4	1	11	15	31	12	19	644	751
Perú	132	107	90	107	105	111	145	70	120	117	1.104
República Dominicana	4	12	32	297	665	1.017	1.811	1.453	1.785	1.190	8.266
Venezuela	0	0	2	1	1	1	11	9	101	3.333	3.459
Otros	30	53	78	133	108	59	77	93	119	112	872
Total	415	922	1.109	1.664	2.097	1.779	2.665	2.905	6.310	8.048	27.914

Entre los años 2010 a 2019 se registraron 27.914 ingresos clandestinos, los cuales incrementaron significativamente del año 2017 y 2018, producto, principalmente, del ingreso de personas cubanas y dominicanas. En el año 2019 es posible apreciar un aumento considerable de ingresos por pasos no habilitados de personas venezolanas, quienes antes del 2018 no superaban los 11

ingresos clandestinos por año; en 2018 alcanzaron los 101 ingresos y el 2019 llegaron a 3.333 ingresos por pasos no habilitados. El número más bajo de ingresos clandestinos está dado por personas haitianas, quienes solo registran 751 ingresos en total por pasos no autorizados; el aumento se da entre 2018 y 2019, pasando de 19 a 644 ingresos, cifra que continúa siendo considerablemente menor que las de otras nacionalidades.

En los últimos dos años (2018 y 2019) se aprecia un incremento sustancial, donde se evidencia un 51,4% de los ingresos clandestinos de toda la década. Lo anterior se puede relacionar con la adopción de políticas migratorias aún más restrictivas, pues el aumento de población dominicana, haitiana y venezolana que ingresaba por pasos no habilitados aumentó luego del establecimiento de requisitos especiales para dichas nacionalidades, en los años 2012, 2018 y 2019 respectivamente. Con respecto a las medidas adoptadas en los dos últimos años, se concluye que *“las nuevas medidas implementadas desde abril de 2018 en materia migratoria no han logrado, al menos, disminuir la cantidad de ingresos por pasos no habilitados. Al contrario, los han más que duplicado respecto a 2017”* (SJM 2020, 14).

Es decir, ***se deja en evidencia que la adopción de políticas migratorias restrictivas tiene como consecuencia el aumento de personas migrantes indocumentadas.*** En este caso se evidencia bajo la modalidad de ingreso clandestino, pero se puede presumir que la migración indocumentada devenida también aumentó, puesto que siempre se afirma que la mayor cantidad de personas indocumentadas lo son no por haber ingresado clandestinamente, sino por haber perdido su autorización de residencia y/o trabajo²⁸⁸.

Con respecto a las expulsiones de personas migrantes, estas se dividen en dos tipos: (i) las expulsiones administrativas como sanción al incumplimiento de ciertas disposiciones del DL N° 1.094, las cuales son decretadas por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública; (ii) las expulsiones judiciales como pena sustitutiva a una sanción penal consistente en la privación de libertad (Ley N° 18.216), la cual es decretada por un juez o tribunal penal (SJM 2020, 16).

²⁸⁸ Carolina Stefoni, socióloga especialista en migraciones, afirma: *“En América del Sur el origen de la migración irregular es en su mayoría producto de una sobreestadía después de haber vencido el plazo de la visa de turismo, debido principalmente a dificultades para gestionar la documentación necesaria que permite solicitar la residencia (Texidó & Gurrieri, 2012). El ingreso irregular si bien no parece ser masivo, es una realidad que cabe siempre atender en la medida en que los países comienzan a implementar mecanismos que dificultan el ingreso a determinados migrantes. Con el objeto de regularizar la situación migratoria los Estados han impulsado diferentes procesos de regularización migratoria”* (Stefoni 2017, 10).

Tabla 9: Expulsiones decretadas y ejecutadas desde 2013 a 2019, divididas por administrativas y judiciales. Elaborada por la autora a partir de una tabla del Servicio Jesuita a Migrantes (SJM 2020, 17).

AÑO	EXPULSIONES DECRETADAS			EXPULSIONES EJECUTADAS		
	ADMIN.	JUDICIALES	TOTAL	ADMIN.	JUDICIALES	TOTAL
2013	2.067	345	2.412	1.053	122	1.175
2014	2.463	661	3.124	1.056	299	1.355
2015	2.180	1.035	3.215	929	412	1.341
2016	2.536	905	3.441	599	318	917
2017	2.951	1.551	4.502	978	420	1.398
2018	3.307	1.788	5.095	302	1.750	2.052
2019	6.702	1.743	8.445	576	1.656	2.232
TOTAL	22.206	8.028	30.234	5.493	4.977	10.470

Las expulsiones decretadas, tanto administrativas como judiciales, aumentan entre 2018 y 2019, donde se alcanza un 44,8% de las expulsiones decretadas durante todo el período analizado (2013-2019). De todas formas, cada año se evidencia un número sustantivamente mayor de expulsiones administrativas que judiciales, alcanzando 22.206 las primeras y 8.028 las segundas, durante todo el período. Es menester agregar que de las personas extranjeras expulsadas judicialmente no todas son migrantes, pues existen muchos casos en que las personas imputadas están de paso en Chile (no residen) y son formalizadas por algún delito; este es el caso de organizaciones ilícitas asociadas a la venta de drogas, quienes no necesariamente son migrantes, pues ingresan al país a cumplir su encargo pero no a residir en él (SJM 2020, 17).

Con respecto a las órdenes de expulsión que efectivamente se ejecutaron, estas también sufrieron un aumento en comparación a los años anteriores, precisamente entre 2018 y 2019. De igual forma, existe una mayor cantidad de expulsiones ejecutadas administrativas que judiciales; sin embargo, la diferencia no es tan abismante como en el caso de las órdenes solo decretadas, pues las administrativas fueron 5.493 y las judiciales 4.977.

Tras el análisis de estos datos se puede evidenciar un aumento progresivo de las órdenes de expulsión decretadas por la autoridad administrativa o judicial competente, alcanzando las

30.234 órdenes entre 2013 a 2019. Sin embargo, la efectiva ejecución de estas órdenes es mucho menor, pues se registran 10.470 expulsiones ejecutadas dentro del mismo período. Es decir, solo un 35% de las órdenes de expulsión se concreta, lo cual puede deberse a la revocación de órdenes de expulsión de ambos tipos, por parte de tribunales de justicia, o por no contar con los recursos para poder ejecutar dichas expulsiones (SJM 2020, 18).

Si bien es posible evidenciar un aumento en los flujos migratorios, tras el estallido social de octubre de 2019²⁸⁹ y la actual pandemia ocasionada por el COVID-19, las proyecciones migratorias son inciertas y el escenario internacional migratorio está en veremos.

II. NORMATIVA

Tras conocer el panorama migratorio chileno, con énfasis en los movimientos ‘irregulares’, corresponde tratar la legislación vigente aplicable a las personas migrantes indocumentadas, con el fin de vislumbrar si se les otorga una debida protección, teniendo en consideración su especial vulnerabilidad y los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos.

En primer lugar, es menester hacer referencia a la Constitución Política de la República, la cual prescribe que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1). Al mismo tiempo, la Constitución asegura a todas las personas una serie de derechos contenidos en los numerales del artículo 19²⁹⁰. El artículo 55 del Código Civil prescribe que: “[s]on personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídanse en chilenos y extranjeros”. Si bien las personas pueden ‘dividirse’ en base a su nacionalidad, lo que prima es que todas ellas son individuos de la especie humana, por lo que nacen gozando de la misma dignidad e igualdad de derechos, sin distinción alguna.

Dicho esto, se podría concluir que la Carta Magna asegura la igualdad de derechos entre personas chilenas y extranjeras. Sin embargo, Chile, en base a su soberanía y potestad para

²⁸⁹ Un estudio de enero de 2020 del Centro Nacional de Estudios Migratorios de la Universidad de Talca sostuvo que un 52,7% de las personas migrantes expresa que permanecerá en Chile pese al conflicto social (CENEM 2020, 20). De igual forma, un 58,3% de las personas migrantes considera que su percepción hacia Chile se ha tornado desfavorable, y un 67,7% expresa que no hubiese electo a Chile como destino si el conflicto social hubiese comenzado antes que migrara (CENEM 2020, 25 y 27).

²⁹⁰ Algunos de los derechos contenidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República son: derecho a la vida y a la integridad, igualdad ante la ley, igual protección en el ejercicio de sus derechos, libertad personal, protección a la salud, educación, libertad de trabajo y su protección, reunión y asociación, entre otros.

decidir sobre su política migratoria, establece distinciones entre nacionales y extranjeros y entre personas migrantes documentadas e indocumentadas. Así, la regulación legal de la migración está contenida en: (i) el Decreto Ley N° 1.094 de 1975, que fija normas sobre extranjeros en Chile, también llamado “ley de extranjería”; (ii) el respectivo reglamento del DL N°1.094, Decreto Supremo N° 597 de 1984, del Ministerio del Interior; y (iii) una serie de normas de rango infra legal que se encuentran dispersas en instructivos, instrucciones, oficios, circulares, resoluciones exentas, convenios de colaboración entre organismos del Estado, entre otros.

En la normativa actual no existe una definición sobre ‘migrante indocumentado’. No obstante, el proyecto de ley de migración²⁹¹, que se encuentra en tramitación en el Congreso, *define ‘condición migratoria irregular’ como “[a]quella en la cual se encuentra un extranjero presente en el país y que carece de un permiso vigente que lo habilite para permanecer en él”* (artículo 1.3). Es decir, el concepto de migrante indocumentado diría relación con una persona que reside en el país sin contar con la debida autorización, por lo que no incluiría a todos los y las trabajadoras migrantes, a diferencia de la perspectiva internacional. A continuación, se procederá a exponer sobre la normativa aplicable a personas migrantes indocumentadas.

A. DECRETO LEY N° 1.094 Y SU RESPECTIVO REGLAMENTO

El Decreto Ley N° 1.094 que fija normas sobre extranjeros en Chile fue dictado en 1975 por la Junta Militar de Gobierno²⁹². A su vez, el Decreto N° 597 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (1984), aprueba el Reglamento de Extranjería que complementa y reglamenta el DL N° 1.094. En lo que concierne a movimientos migratorios indocumentados, dicha normativa se encarga de sancionarlos, estableciendo infracciones migratorias -tanto constitutivas como no constitutivas de delito- y sus respectivas sanciones. De igual forma, entrega la posibilidad de

²⁹¹ Iniciado por mensaje presidencial N° 089-361 del 20 de mayo de 2013, formulándose indicaciones en el año 2018, a través del Boletín N° 8970-06. Este proyecto de ley encuentra actualmente en su fase final de tramitación en el Congreso de la República de Chile.

²⁹² Este Decreto Ley fue adoptado en un momento de quiebre constitucional en Chile (dictadura cívico militar); la Junta Militar de Gobierno se atribuyó las facultades legislativas que correspondían al Congreso. En democracia, toda ley debe ser sometida a un proceso legislativo; sin embargo, al estar clausurado el Congreso, las leyes no eran sometidas a dicho procedimiento, por lo que eran dictadas directamente por la Junta bajo la denominación de ‘decretos leyes’, los cuales tienen los mismos efectos que una ley.

solicitar una visación para personas migrantes indocumentadas, lo cual queda sujeto a la discrecionalidad de la autoridad respectiva que será mencionada a continuación.

'REGULARIZACIÓN' MIGRATORIA

Las personas migrantes indocumentadas podrán solicitar una visación (solicitud de 'regularización') acompañando los documentos pertinentes señalados en el artículo 127 del reglamento²⁹³. Quienes no hubiesen tenido una visación anterior no les será solicitado un certificado de antecedentes; si carecieren de pasaporte, deberán acompañar los documentos extranjeros de que sean titular. Además, deberán acompañar un informe de denuncia o declaración autobiográfica que acredite que cumplieron las sanciones aplicadas²⁹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, nada garantiza que la solicitud de la persona migrante indocumentada sea aprobada, aunque haya cumplido con todos los requisitos. Esto, en virtud de que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública goza de absoluta discrecionalidad para aceptar o rechazar dicha solicitud²⁹⁵. En concordancia, una de las atribuciones de dicho Ministerio consiste en disponer *"la regularización de la permanencia de los extranjeros que hubieren ingresado o residan en Chile irregularmente u ordenar su salida o expulsión"*²⁹⁶, teniendo como directriz de actuación, la prevención y represión de la inmigración clandestina²⁹⁷. Del mismo modo, al Ministerio le corresponderá aplicar las disposiciones y sanciones administrativas prescritas por el DL N° 1.094 y su respectivo reglamento, esto a través de su Departamento de Extranjería y Migración (DEM)²⁹⁸.

²⁹³ Decreto Supremo N° 597 de 1984, que aprueba el nuevo reglamento de extranjería. Ministerio del Interior, República de Chile, 19 de junio de 1984, artículo 127: *"A las solicitudes de visación de residentes, cambios o prórrogas de las mismas y permanencia definitiva, deberán acompañarse: 1. Certificado de antecedentes para fines especiales; 2. SUPRIMIDO; 3. Dos últimas declaraciones de impuesto a la renta, boletas y/o facturas de los últimos tres meses, todo ello, cuando corresponda; 4. Pasaporte, y 5. Documento fundante de la petición (...)"*.

²⁹⁴ Decreto N° 597 (1984), artículo 128

²⁹⁵ Decreto Ley N° 1.094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Ministerio del Interior, República de Chile, 19 de julio de 1975, artículo 13: *"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"*.

²⁹⁶ DL N° 1.094 (1975), artículo 91 n° 8.

²⁹⁷ DL N° 1.094 (1975), artículo 91 n° 6: *"Corresponderá al Ministerio del Interior la aplicación de las disposiciones del presente decreto ley y su reglamento. Ejercerá, especialmente, las siguientes atribuciones: 6.- Prevenir y reprimir la inmigración o emigración clandestinas"*.

²⁹⁸ DL N° 1.094 (1975), artículos 91 n° 7, 92 y 93.

INFRACCIONES MIGRATORIAS

En primer lugar, las *infracciones migratorias constitutivas de delito* atinentes a migrantes indocumentados son:

(i) La utilización de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, para el ingreso, egreso o residencia en el país. Este delito contiene dos sanciones: presidio menor en su grado máximo -el cual puede ir de 3 años y un día a 5 años de privación de libertad- más la expulsión del territorio chileno. Esta última sanción debe llevarse a cabo tan pronto como la persona condenada cumpla la totalidad de su pena privativa de libertad. En este caso, no procede la libertad ni la remisión condicionales de la pena²⁹⁹.

(ii) El ingreso clandestino o intento de él. Se entiende por ingreso clandestino, el cual es entendido como “cuando se burle en cualquier forma el control policial de entrada” (artículo 146 del Reglamento de Extranjería). Este delito está sancionado con pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años). En el caso de que el ingreso se haya efectuado por lugares no habilitados, la sanción corresponde a presidio menor en sus grados mínimo a máximo (61 días a 5 años). A su vez, si la persona tenía anteriormente un impedimento o prohibición de ingreso, la pena corresponderá a presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y un día a 10 años)³⁰⁰. Además de la respectiva sanción privativa de libertad, se decretará la expulsión al momento de finalizar el cumplimiento de la condena³⁰¹.

Según el DL N° 1.094, las personas que hayan incurrido en estos dos delitos –(i) y (ii)- y hubiese prescrito la acción penal o pena correspondiente, encontrándose fuera del territorio nacional, tendrán prohibición de nuevo ingreso (art. 15 n°8). Si hubiesen logrado ingresar a Chile, sus solicitudes de residencia serán rechazadas (art. 63 n° 1 y 3). En el caso de que hayan sido autorizados a residir, dicha autorización deberá ser revocada (art. 65 n°1, 2 y 3).

²⁹⁹ DL N° 1.094 (1975), artículo 68; y Decreto N° 597 (1984), artículo 145.

³⁰⁰ En los casos de ingreso o intento de ingreso clandestino por pasos no habilitados o teniendo impedimento o prohibición de ingreso, la sanción privativa de libertad corresponde a varios tramos, por lo que el Tribunal debe apreciar el caso particular con el fin de determinar la pena concreta en términos de tramos y cantidad de días o años de privación de libertad.

³⁰¹ DL N° 1.094 (1975), artículo 69; y Decreto N° 597 (1984), artículo 146.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una *excepción a los dos delitos enunciados anteriormente*, la cual consiste en los casos de las *personas refugiadas y solicitantes de asilo*. El artículo 35 del DL N° 1.094 y 57 del Reglamento prescriben que se podrá conceder la visación de residente con asilo político a las personas que se hayan visto forzadas a abandonar su país y hubiesen ingresado irregularmente al territorio chileno³⁰². Del mismo modo, el artículo 40 del DL N° 1.094 prescribe que las personas que ingresaron “*ilegalmente*” pero que hubiesen solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado o asilado y este les hubiese sido otorgado, no serán sancionadas por dicho ingreso. El artículo 68 inciso tercero del DL N° 1.094 exime de responsabilidad por la utilización de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, si la persona declaró su verdadera identidad o manifestó si su documento de identidad era auténtico³⁰³.

En concordancia, la Ley N° 20.430 que establece normas sobre protección de refugiados (2010) enuncia el principio de “*no sanción por ingreso ilegal*”³⁰⁴, considerándolo como fundamental para la protección de personas refugiadas. El artículo 6 establece que no se sancionará por el ingreso ni residencia irregular a las personas refugiadas, siempre que se presenten ante la autoridad competente dentro de un plazo de 10 días desde que se cometió la infracción a la ley de extranjería. De igual forma, a las y los solicitantes de reconocimiento de su condición de refugiado que hayan ingresado o residan irregularmente, “*no se aplicarán las restricciones de circulación establecidas por las normas generales sobre extranjeros, cuando aquellos se hayan visto forzados a recurrir a redes de tráfico ilícito de migrantes como forma de asegurar su ingreso al territorio y obtener protección*”³⁰⁵. Finalmente, el artículo 26 prescribe que toda persona que se encuentre en el territorio nacional podrá solicitar el reconocimiento de su condición de refugiado, independientemente de que su residencia sea regular o no.

³⁰² Esto bajo la condición de presentarse frente a las autoridades competentes dentro de 15 días contados desde su ingreso e invocar que se les conceda asilo político. Además, la persona debe solicitar por escrito la respectiva visación en un plazo de 10 días desde que acudió a las autoridades.

³⁰³ El inciso segundo del artículo 35 del DL N° 1.094 prescribe que los solicitantes de asilo deben, dentro del mismo plazo de 10 días para formalizar por escrito su solicitud de visa por asilo político, “*declarar su verdadera identidad, en el caso de no contar con documentos para acreditarla, o manifestar si el documento de identidad o pasaporte que presenten es auténtico*”.

³⁰⁴ Ley N° 20.430 de 2010, que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Ministerio del Interior, República de Chile, 15 de abril de 2010, artículo 3.

³⁰⁵ Ley N° 20.430 (2010), artículo 6, inciso 2.

*(iii) La reincidencia del empleador en la simulación o fraude en la celebración del contrato de trabajo del extranjero*³⁰⁶.

(iv) La reincidencia de las personas que vuelven a ingresar al territorio habiendo sido anteriormente expulsadas u obligadas al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado³⁰⁷.

Con respecto al procedimiento judicial de los delitos migratorios, el reglamento prescribe que serán de competencia del “*Juzgado del Crimen de Mayor Cuantía del lugar en que éstos se hubiesen cometido*”³⁰⁸. Las investigaciones de los supuestos hechos constitutivos de delito solo podrán iniciarse por denuncia o querrela del Ministerio del Interior o del Intendente Regional respectivo³⁰⁹. Del mismo modo, ambas normativas establecen que estos últimos podrán desistirse de la denuncia y requerimiento, ante lo cual se dará por extinta la acción penal, disponiéndose de la inmediata libertad de la persona privada de libertad, el cese de las medidas cautelares correspondientes y el sobreseimiento definitivo de la causa³¹⁰.

Por otro lado, las *infracciones migratorias no constitutivas de delito* relativas a migrantes indocumentados son las siguientes:

(i) El trabajo indocumentado. Las personas que sean sorprendidas efectuando actividades remuneradas sin autorización, serán sancionadas con multa³¹¹ de 0,22 a 11,14 ingresos mínimos, lo cual va de \$70.510 a \$3.570.370 (pesos chilenos)³¹².

³⁰⁶ DL N° 1.094 (1975), artículo 75, inciso 2. Esta infracción será tratada en las no constitutivas de delitos, pues se deriva de una de ellas.

³⁰⁷ DL N° 1.094 (1975), artículo 87. Esta infracción también será tratada en las no constitutivas de delitos.

³⁰⁸ Decreto N° 597 (1984), artículo 158, inciso primero.

³⁰⁹ DL N° 1.094 (1975), artículo 78, inciso primero; y Decreto N° 597 (1984), artículo 158, inciso segundo.

³¹⁰ DL N° 1.094 (1975), artículo 78, inciso segundo: “*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*”; y Decreto N° 597 (1984), artículo 158, inciso segundo: “*El Ministro del Interior o Intendencia Regional, podrán desistirse de la denuncia o requerimiento en cualquier tiempo, dándose por extinguida la acción penal. En tal caso, el Tribunal dictará el sobreseimiento definitivo y dispondrá la inmediata libertad de los detenidos o reos*”.

³¹¹ DL N° 1.094 (1975), artículo 70; y Decreto N° 597 (1984), artículo 147.

³¹² Cálculo estimado considerando que al 1 de marzo de 2020 el ingreso mínimo mensual era de \$320.500 (pesos chilenos) (Dirección del Trabajo 2020).

(ii) La residencia ‘irregular’. Las personas extranjeras que continúen residiendo en Chile, aunque hayan vencido sus permisos -expirado los plazos para solicitar la respectiva prórroga, visación o permanencia definitiva- serán sancionadas con multa de 0,22 a 4,46 ingresos mínimos mensuales, es decir, de \$70.510 a \$1.429.430 (pesos chilenos). Además, se podrá disponer de su expulsión³¹³.

(iii) El no cumplir oportunamente con la obligación de registrarse en los registros especiales de extranjeros³¹⁴. Las personas migrantes indocumentadas a las cuales les haya sido otorgada una visación y no dieran cumplimiento oportuno a registrarse, serán sancionadas con multa de 0,22 a 4,46 ingresos mínimos mensuales, es decir, de \$70.510 a \$1.429.430 (pesos chilenos), sin perjuicio de decretar el abandono o expulsión del país en caso de infracciones graves o reiteradas a la ley de extranjería³¹⁵.

En los casos (i), (ii) y (iii), el Ministerio del Interior o Intendencia Regional podrá -de oficio o a petición de parte- reemplazar la sanción de multa por una amonestación por escrito, siempre y cuando la persona no sea reincidente³¹⁶.

(iv) El incumplimiento de la prohibición de dar ocupación a personas migrantes indocumentadas. El artículo 74 del DL prescribe que “[n]o 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”. Del mismo modo, será responsabilidad del empleador comunicar por escrito a la autoridad competente cualquier circunstancia que altere o modifique la condición de residencia del trabajador/a, es decir, si dicha persona deviene en indocumentación, el empleador debe comunicarlo. Si el trabajador/a fuese expulsado por este motivo, el empleador deberá costear los gastos de que se originen producto de la expulsión. La sanción al no cumplimiento de estas disposiciones consistirá en

³¹³ DL N° 1.094 (1975), artículo 71; y Decreto N° 597 (1984), artículo 148.

³¹⁴ El artículo 52 del DL y 103 del reglamento prescriben que las personas migrantes indocumentadas a las cuales se les haya otorgado una visación, “deberán inscribirse en los registros especiales de extranjeros que llevará el Servicio de Investigaciones (...) dentro del plazo de 30 días, contado desde la fecha del otorgamiento de la respectiva visación” (DL N° 1.094 (1975), artículo 52 inciso primero y segundo) o desde la fecha de emisión del certificado de permanencia definitiva (Decreto N° 597 (1984), artículo 103 inciso segundo).

³¹⁵ DL N° 1.094 (1975), artículo 72; y Decreto N° 597 (1984), artículo 149.

³¹⁶ DL N° 1.094 (1975), artículo 72 bis; y Decreto N° 597 (1984), artículo 149 inciso segundo.

multa de 0,22 a 11,14 ingresos mínimos (de \$70.510 a \$3.570.370 -pesos chilenos-) por cada infracción³¹⁷.

(v) La simulación o fraude en la celebración del contrato de trabajo del extranjero. La persona extranjera que cometa esta infracción para que se le otorgue una visación, será sancionada con la expulsión del país, sin perjuicio que sea denunciada ante la Justicia Ordinaria. Con respecto al empleador que cometa la infracción, será sancionado con multa de 1 a 50 sueldos vitales. En caso de reincidencia, la infracción será constitutiva de delito, por lo que se le sancionará con una pena de presidio menor en su grado mínimo (de 61 días a 540 días), además de la multa respectiva. Por otro lado, deberá pagar el pasaje de salida del extranjero³¹⁸.

(vi) La contratación de extranjeros que no estén debidamente autorizados o habilitados para trabajar, por parte de los servicios u organismos del estado o Municipales. El Ministerio del Interior deberá solicitar la realización de un sumario administrativo, quienes resulten responsables se les sancionará con multa de 1 a 15 días de sueldo. En caso de reincidencia, al infractor se le pedirá la renuncia³¹⁹.

(viii) La prohibición de dar alojamiento o arrendar a personas migrantes indocumentadas. Para propietarios, administradores, gerentes, encargados o responsables de hoteles, residenciales o casas de hospedaje que alojen a extranjeros, la sanción será de multa de 0,22 a 4,46 ingresos mínimos (\$70.510 a \$1.429.430.- pesos chilenos). Si quienes dan alojamiento son particulares, la infracción será sancionada con multa de 0,22 a 2,23 ingresos mínimos (\$70.510 a \$714.715.- pesos chilenos). Si alguna persona no pudiese acreditar su residencia legal en el país, las personas mencionadas anterior mente deberán avisar de esto a la Unidad Policial más cercana³²⁰.

Los funcionarios, autoridades y servicios estatales, deben comprobar la documentación de las personas extranjeras que tramiten asuntos ante ellos. De no ser posible dicha acreditación, el funcionario estará obligado denunciar a la autoridad policial³²¹. Del mismo modo, las

³¹⁷ DL N° 1.094 (1975), artículo 74; y Decreto N° 597 (1984), artículo 152.

³¹⁸ DL N° 1.094 (1975), artículo 75, inciso primero y segundo.

³¹⁹ DL N° 1.094 (1975), artículo 75, inciso tercero; y Decreto N° 597 (1984), artículo 153, inciso 2.

³²⁰ DL N° 1.094 (1975), artículo 77; y Decreto N° 597 (1984), artículo 156.

³²¹ DL N° 1.094 (1975), artículo 76; y Decreto N° 597 (1984), artículo 155. Con respecto a la documentación, deben comprobar su residencia legal y/o autorización o habilitación para realizar el acto respectivo.

autoridades del Ministerio del Trabajo y Previsión Social tienen el deber de “denunciar, al Ministerio del Interior o a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales en su caso, cualquiera infracción que sorprendan en la contratación de extranjeros”³²².

Sobre la aplicación de multas³²³, serán considerados como atenuantes la autodenuncia o la concurrencia ante la autoridad pertinente para regular su condición migratoria³²⁴.

Los extranjeros que ingresen al territorio o continúen residiendo en él sin sujeción a la normativa migratoria, “quedarán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habilitado del territorio nacional”³²⁵. La autoridad policial que sorprenda a un extranjero/a cometiendo una infracción “procederá a tomarle la declaración pertinente y a retirarle los documentos que correspondan. Asimismo, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso que se estime necesario y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a una determinada unidad policial”. Tratar de eludir alguna de estas medidas será causal de expulsión³²⁶.

Con respecto a las expulsiones, estas dirán dispuestas “por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula N° 13 ‘Por orden del Presidente de la República’ en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes”. Sin embargo, las personas que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido serán expulsadas por resolución del Intendente Regional respectivo, la cual estará exenta del trámite de toma de razón. Estas medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas en cualquier momento por el Ministerio del Interior³²⁷. De igual forma, las personas que anteriormente hayan sido expulsadas u obligadas

³²² DL N° 1.094 (1975), artículo 75; y Decreto N° 597 (1984), artículo 153.

³²³ Las multas y amonestaciones establecidas como sanción a las infracciones migratorias serán aplicadas “mediante resolución administrativa con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen (...) serán ejercidas por los Intendentes Regionales respectivos (...) Dentro del plazo (...) éste podrá interponer recurso de reconsideración ante el Intendente Regional respectivo, fundado en nuevos antecedentes que acompañará al efecto. La autoridad correspondiente podrá confirmar, modificar o dejar sin efecto la sanción aplicada (...) La resolución administrativa tendrá mérito ejecutivo para el cobro de la multa impuesta. Si el infractor extranjero no pagare la multa dentro del plazo de 15 días hábiles, contado desde que la resolución respectiva haya quedado a firme, podrá ser expulsado del territorio nacional” (DL N° 1.094 (1975), artículos 79 y 80).

³²⁴ DL N° 1.094 (1975), artículo 77 bis.

³²⁵ DL N° 1.094 (1975), artículo 81; y Decreto N° 597 (1984), artículo 164.

³²⁶ DL N° 1.094 (1975), artículo 82; y Decreto N° 597 (1984), artículo 165.

³²⁷ DL N° 1.094 (1975), artículo 84; y Decreto N° 597 (1984), artículo 167.

al abandono del país por decreto supremo -sin que previamente se haya derogado- serán expulsadas sin necesidad de un nuevo decreto, siempre que la infracción no sea constitutiva de delito. En caso de reiteración, la persona será sancionada con presidio menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años y un día) más la medida de expulsión al finalizar la condena³²⁸.

Es menester mencionar que la persona cuya expulsión haya sido dispuesta por decreto supremo, podrá recurrir judicialmente a esta decisión, ante lo cual se suspenderá la ejecución de la orden de expulsión. Durante la tramitación del recurso, el “afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determinen”³²⁹. Sin embargo, el reglamento sostiene que, para el control, traslado o expulsión de una persona extranjera, “*se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento*”³³⁰.

B. INSTRUCTIVOS PRESIDENCIALES

La Presidenta Michele Bachelet, en sus ambos mandatos, decretó dos instructivos relativos a la política migratoria chilena. El primero es del año 2008, donde se imparten instrucciones sobre la política nacional migratoria. Dentro de los principios de dicha política nacional se encuentra el de ‘integración y protección social de los inmigrantes’, donde se sostiene que “[e]l Estado debe garantizar la integración armoniosa de los extranjeros que legalmente residan en Chile a la comunidad nacional”³³¹. Ante esto, se concluye la exclusión de las personas que residen de manera indocumentada en el territorio nacional.

A las personas migrantes documentadas se les garantiza el derecho a la educación, salud y trabajo. Con respecto a este último derecho, el instructivo se encarga de sostener que “*el Estado adoptará todas las medidas necesarias para sancionar y en lo posible terminar con la contratación de inmigrantes en situación irregular*”. Sin embargo, si un trabajador indocumentado es contratado, no se podrán menoscabar sus derechos laborales³³².

³²⁸ DL N° 1.094 (1975), artículo 87.

³²⁹ DL N° 1.094 (1975), artículo 89.

³³⁰ Decreto N° 597 (1984), artículo 176.

³³¹ Instructivo Presidencial N° 9 de 2008, que imparte instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria. Presidenta de la República de Chile, 2 de septiembre de 2008, 7.a.v).

³³² Instructivo Presidencial N° 9 (2008), 7.a.v).

Otro principio está constituido por la ‘regularidad de los flujos migratorios’, instruyendo que la gestión migratoria estará orientada a facilitar y promover la regularización migratoria. Del mismo modo, se establece la promoción de la migración segura, la cual *“debe producirse en condiciones en que la vida de los inmigrantes no corra peligro. Para ello, se promoverán acciones que permitan prevenir y sancionar tanto el tráfico ilícito de migrantes, como la trata de personas, de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por Chile”*³³³.

El segundo instructivo es del año 2015, por medio de este se establecen lineamientos e instrucciones para la política nacional migratoria. De igual forma que en el instructivo anterior, se promoverá la migración ‘regular’, sin embargo, se añade que se deberá poner especial énfasis en migrantes que participen en programas del Gobierno e iniciativas de protección a personas con especiales condiciones de vulnerabilidad³³⁴.

Con respecto al empleo, este instructivo establece que el Estado deberá promover los derechos laborales y de protección de trabajadores/as migrantes, en igualdad de condiciones que trabajadores/as chilenos/as y con independencia de su condición migratoria. No obstante, siempre se deberá incentivar a la regularización migratoria y formalización de las relaciones laborales³³⁵. Es decir, instaura la igualdad de derechos laborales entre trabajadores indocumentados, documentados y chilenos.

Dentro de otras políticas interesantes, se establece que *“se implementarán acuerdos bilaterales y multilaterales que faciliten la integración, en ámbitos como la regularización migratoria”*³³⁶. También se consagra a Chile como ‘país de asilo y refugio’, en consecuencia, el Gobierno deberá velar *“por el respeto del principio de no devolución, el que incluye el no rechazo en frontera, resguardando las necesidades especiales de grupos vulnerables, como los niños, niñas y adolescentes no acompañados, así como por la unidad de la familia”*³³⁷. Además, trata el acceso progresivo a los derechos sociales, sosteniendo que el acceso, permanencia y trayectoria

³³³ Instructivo Presidencial N°9 (2008), 7.a.viii) y 7.b.

³³⁴ Instructivo Presidencial N°5 de 2015, que establece Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria. Presidenta de la República de Chile, 6 de noviembre de 2015, eje 6.

³³⁵ Instructivo Presidencial N°5 (2015), eje 7.

³³⁶ Instructivo Presidencial N°5 (2015), punto 11.

³³⁷ Instructivo Presidencial N°5 (2015), punto 13.

educativa debe estar garantizado para NNA indocumentados, en igualdad de condiciones que documentados y chilenos.³³⁸

C. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Tanto el DL N°1.094 como el reglamento prescriben que: *“A los hijos de extranjeros nacidos en Chile, se les otorgará cédula de identidad de acuerdo con las normas de registro civil”*³³⁹. Esta disposición no prescribe como condición la situación migratoria documentada de sus madres o padres. Ante el silencio de la ley, la norma constitucional de mayor jerarquía sí ofrece una respuesta. Así, el artículo 10 n°1 de la Constitución Política de la República prescribe que: *“Son chilenos: 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”*.

Es decir, las hijas e hijos de migrantes indocumentados/as que nacen en Chile, son chilenas y chilenos, pues los padres no se encuentran en servicio a su Gobierno ni son transeúntes. Aunque madres y padres no cumplan con las disposiciones legales migratorias, sí residen en el territorio nacional, por lo cual sus hijos, por el principio de *ius solis*, adquieren la nacionalidad chilena desde el momento en que nacen.

Por otro lado, el Estado ha adoptado normativas infra legales para la protección de NNA migrantes indocumentados/as, las cuales son bastante más garantistas.

Así, la Circular N° 16 de 2017 del DEM, teniendo en cuenta la Convención de los Derechos del Niño (CDN), instruye una *visación temporaria para NNA*³⁴⁰, con la finalidad de *“garantizar sus derechos, independiente de la situación migratoria de sus padres”* y *“armonizar la*

³³⁸ Instructivo Presidencial N°5 (2015), punto 23.6.

³³⁹ DL N° 1.094 (1975), artículo 53, inciso cuarto; y Decreto N° 597 (1984), artículo 108, inciso cuarto.

³⁴⁰ *“Esta visa será otorgada en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto Ley 1.094 y artículo 49 con relación al artículo 50 letra f) del Reglamento de Extranjería, que permite otorgar la visación de residente temporario al extranjero que tenga el propósito de radicarse en Chile, siempre que acredite vínculos de familia, intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa. En este sentido, es interés del Estado de Chile dar cumplimiento a los estándares internacionales, adoptando las medidas necesarias para el desarrollo pleno de los niños, niñas y adolescentes extranjeros en el país a través de su regularidad migratoria con independencia de la de sus padres, salvo que la situación migratoria de sus vínculos familiares sea regular y permita otorgarle un tipo de residencia que sea más beneficioso para el menor”*. Circular N° 16 de 2017, que instruye sobre visación temporaria para niños, niñas y adolescentes. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 26 de julio de 2017, páginas 1 y 2.

*legislación interna*³⁴¹. Esta visación será otorgada en virtud de los artículos 29 del DL N° 1.094 y 49 y 50 letra f) del respectivo reglamento; tendrá vigencia de un año con posibilidad de ser prorrogada por una vez y no podrá extenderse a miembros de la familia que vivan con los NNA³⁴².

De igual forma, la Circular N° 30.722 de 2014 del DEM, elimina la aplicación de sanciones migratorias a NNA. El artículo 14 del DL N° 1.094 prescribe que los padres, guardadores o encargados tienen la responsabilidad de regularizar la situación migratoria de NNA, por lo que no corresponde sancionar a estos últimos, de igual forma, la normativa no formula ninguna sanción en el caso de que los primeros no regularicen la situación migratoria de NNA. Por lo anterior, el DEM mandata a “**[n]o aplicar ningún tipo de sanción a menores de edad por infracciones a la normativa migratoria (...) tampoco se deberá sancionar a los padres o las personas encargadas del cuidado de aquellos niños, niñas y adolescentes que registren infracciones a la ley migratoria, por las infracciones atribuibles a dichos menores de edad**”³⁴³.

Si un grupo familiar es denunciado por infracción migratoria, solo se deberá sancionar a las personas mayores de edad. En el caso de que dicho grupo familiar indocumentado presente solicitudes de permisos de turismo, visa y permanencias definitivas, éstas podrán ser acogidas a trámite, siempre y cuando las y los mayores de edad hayan cumplido con sus respectivas sanciones. Si la solicitud es presentada por un NNA sin compañía o requerimiento de su madre y/o padre, se debe acoger a trámite sin aplicar sanción alguna³⁴⁴.

La circular también prescribe la ***prohibición absoluta de la expulsión de un NNA como sanción***³⁴⁵, y que toda “*acción u omisión que vulnere el debido y estricto cumplimiento de la*

³⁴¹ Circular N° 16 (2017), página 1.

³⁴² Circular N° 16 (2017), páginas 1 y 2.

³⁴³ Circular N° 30.722 de 2014, que elimina aplicación de sanciones migratorias a niños, niñas y adolescentes, Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 10 de septiembre de 2014, página 2.

³⁴⁴ Circular N° 30.722 (2014), página 3.

³⁴⁵ “*Además, en cumplimiento de los Principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, es necesario señalar que bajo ninguna circunstancia y en ningún caso se debe sancionar a un menor de edad con la medida de expulsión del país*”. Circular N° 30.722 (2014), página 3.

*presente Circular, será sancionado en conformidad con las disposiciones pertinentes del Estatuto Administrativo*³⁴⁶.

D. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Con respecto al derecho a la educación, además de estar asegurado a todas las personas en el artículo 19 n° 10 de la Constitución Política de la República, en diversas normativas infra legales se ha consagrado este derecho para NNA indocumentados. Así, la Circular N° 1.179 de 2003 del DEM, establece el otorgamiento de la visación de ‘Estudiante Titular’ para NNA indocumentados que *“fundamenten su solicitud en una matrícula definitiva o provisoria, emanada de establecimientos educacionales reconocidos por el Estado”*. Esto no implica la regularización migratoria de los familiares de NNA, por lo que el resto del grupo familiar deberá realizar los trámites comunes para solicitar sus permisos de residencia³⁴⁷.

En 2005, el Ministerio de Educación ordenó a las autoridades y establecimientos educacionales que otorgaran todas las facilidades para que alumnos extranjeros pudiesen ingresar, a la brevedad, al sistema escolar y que *“los estudiantes extranjeros matriculados de manera provisoria serán considerados alumnos regulares para todos los efectos académicos, curriculares y legales”*³⁴⁸, la condición migratoria de los NNA o de sus madres y/o padres no es mencionada.

En 2007, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, firmó un convenio de colaboración³⁴⁹ con la Junta Nacional de Jardines Infantiles (Junji), por el cual se comprometen a *“facilitar el ingreso a sus Programas de Educación Parvularia a hijos de familias de inmigrantes y/o refugiados, cualquiera sea la condición migratoria en que los niños se encuentren”*. Dicho Ministerio *“regularizaría la situación migratoria de los niños matriculados en algún establecimiento Junji y que estuvieran en condición migratoria irregular”*³⁵⁰.

³⁴⁶ Circular N° 30.722 (2014), página 3.

³⁴⁷ Circular N° 1.179 de 2003, que establece el otorgamiento de la visación de Estudiante Titular. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 28 de enero de 2003, página 1.

³⁴⁸ Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022 de 2018. Ministerio de Educación, República de Chile, 9 de mayo de 2018, página 14.

³⁴⁹ Materializado en la Resolución Exenta N°6677 de 20 de noviembre de 2007 del DEM.

³⁵⁰ Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022 (2018), página 14.

E. DERECHO A LA SALUD

La Resolución Exenta N°1308 de 2017, del Ministerio de salud, aprobó la política de salud de migrantes internacionales en Chile, donde sostiene que, en virtud de las normas constitucionales³⁵¹ e internacionales, ***las personas migrantes tienen el mismo derecho a la salud que los nacionales***. Sin embargo, se sostiene la existencia de casos donde algunos grupos son más vulnerables, por lo cual se han realizado cambios normativos y administrativos para garantizar este derecho en igualdad de condiciones que el resto de las personas. A pesar de lo anterior, dicha política de salud sostiene que las personas migrantes documentadas *“tienen derecho al acceso a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales”*, mientras que las indocumentadas se regirán por la disposición relativa al ‘Tramo A’ de FONASA³⁵².

En consecuencia, el Decreto Supremo N° 67 de 2015, del Ministerio de Salud, ***incorpora a las personas migrantes indocumentadas a FONASA***. El DS N°110 de 2004, del mismo Ministerio, establece las circunstancias y mecanismos para acreditar que una persona se encuentra en situación de indigencia o carencia de recursos, constituyendo el ‘Tramo A’ de FONASA. Este DS N°110 de 2004 fue modificado por el N° 67 de 2015, incorporando una cuarta circunstancia a la carencia de recursos, cuando se trate *“de una persona inmigrante que carece de documentos o permisos de residencia, que suscribe un documento declarando su carencia de recursos”*. Es decir, la situación migratoria indocumentada no constituye obstáculo administrativo para *“acceder a FONASA en calidad de indigente o carente de recursos, de la misma forma como un(a) chileno(a)”*³⁵³. Por tanto, el derecho a la salud para personas migrantes indocumentadas ya no solo en casos de urgencias³⁵⁴, sino que tienen ***‘pleno acceso’ a los servicios de salud públicos***, dentro del ‘Tramo A’ de FONASA.

³⁵¹ El derecho a la protección de la salud es asegurado a todas las personas en el artículo 19 n° 9 de la Constitución Política de la República. En relación con el 19 n°2 de la misma (igualdad ante la ley), este derecho debe ser asegurado sin distinción de nacionalidad.

³⁵² Resolución Exenta N°1308 de 2017, que Aprueba Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile. Ministerio de Salud, República de Chile, 30 de octubre de 2017, páginas 19 y 21.

³⁵³ Según la Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile del Ministerio de salud, “[e]sta modificación, además de tratarse de un importante avance en materia de equidad en salud, al equiparar los derechos de personas migrantes y nacionales en iguales condiciones, constituye una importante medida de salud pública y de inclusión social de la que se beneficia todo el país”. Resolución Exenta N°1308 (2017), página 19.

³⁵⁴ En el año 2008, por medio del Oficio Ordinario N° 3.229 de 11 de junio de 2008, el Ministerio de Salud instruyó la atención médica de urgencias para personas migrantes indocumentadas, tanto en establecimientos públicos como privados.

En el caso de *mujeres indocumentadas embarazadas*, el Oficio Circular N°1.179 de 28 de enero de 2003, del DEM, prescribe que se deben recibir las solicitudes de visas de residencia temporaria que sean fundadas en un certificado de control de embarazo. Posteriormente, Oficio Circular N° 6.232 de 26 de mayo de 2003, del DEM, amplía dicho beneficio a las mujeres embarazadas que estén en condición migratoria indocumentada devenida, siempre que acrediten su condición migratoria indocumentada y que son atendidas en consultorios públicos que corresponden a su domicilio³⁵⁵. Además, el artículo 9 de la Ley N° 18.469 prescribe que toda mujer embarazada hasta 6 meses después del nacimiento de la hija o hijo, y toda niña o niño recién nacido hasta los 6 años, tendrán derecho a la asistencia al parto, protección y control de la salud del Estado³⁵⁶.

Por medio de la Resolución Exenta N°1.914 de 10 de marzo de 2008, se aprobó un convenio de colaboración entre los Ministerios de Salud y del Interior y Seguridad Pública, mediante el cual se acordó generar procedimientos para *garantizar la atención de NNA migrantes en centros de salud pública*, en igualdad de condiciones de NNA chilenos e independiente de su condición migratoria o la de sus madres o padres. Los NNA que se encuentren en situación migratoria indocumentada serán inscritos en los establecimientos de atención primaria correspondiente a su domicilio, pudiendo solicitar un permiso de residencia temporal con el certificado que acredita dicha inscripción³⁵⁷.

Posteriormente, el Oficio Circular A 15 N° 6 de fecha 9 de junio de 2015, sobre atención de salud de personas migrantes, *“desvincula la atención de salud de la situación migratoria y establece que se facilitarán todas las prestaciones de salud pública independiente de la situación migratoria a: las embarazadas durante el pre y post parto hasta los 12 meses del nacimiento; a los [NNA]; a casos de urgencia donde se establece que sólo se cobrará cuando el paciente declare poder pagar por las prestaciones sanitarias recibidas”*³⁵⁸. Además, se

³⁵⁵ Resolución Exenta N°1.308 (2017), página 20.

³⁵⁶ Ley N° 18.469 de 1985, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. Ministerio de Salud, República de Chile, 23 de noviembre de 1985, artículo 9.

³⁵⁷ Resolución Exenta N°1.308 (2017), página 20.

³⁵⁸ Oficio Circular A 15 N° 6 de 2015, sobre atención de salud de personas inmigrantes. Ministerio de Salud, 6 de junio de 2015. Cfr. Resolución Exenta N°1308 (2017), páginas 20 y 21.

reafirma el derecho a bienes públicos de salud contenidos en el artículo 10 de la Ley N° 18.469³⁵⁹.

F. DERECHOS DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La Resolución Exenta N° 80.388 del 16 de diciembre de 2009, que aprueba el convenio de colaboración conjunta del SERNAMEG³⁶⁰ y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, establece la atención a mujeres indocumentadas víctimas de violencia intrafamiliar y la posible regularización de su condición migratoria.

El SERNAMEG brindará atención en las Casas de Acogida y Centros de la Mujer a mujeres extranjeras documentadas o indocumentadas, víctimas de violencia intrafamiliar, que hubiesen iniciado acciones legales, siendo derivadas al Ministerio Público y que este las haya derivado a las casas de acogida³⁶¹. El Ministerio del Interior proporcionará al SERNAMEG la información sobre la condición migratoria de las mujeres en cuestión, *“con el fin de facilitar la identificación y el acceso a la oferta de atención y protección que le sea pertinente, de acuerdo a su condición de vulnerabilidad”*³⁶².

El Departamento de Extranjería evaluará la regularización de mujeres indocumentadas que se encuentren en situación de riesgo vital a causa de violencia doméstica y que el Ministerio Público haya derivado a las casas de Acogida. Lo mismo para mujeres que se encuentren en Centros de la Mujer del SERNAMEG y hayan denunciado la situación de violencia³⁶³.

G. DERECHOS LABORALES

Las autoridades dependientes del Ministerio del Trabajo y Previsión Social tienen la obligación de denunciar cualquier contravención que observen al DL N° 1.094 y su respectivo reglamento. A su vez, el Manual de Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo prescribe

³⁵⁹ “Reafirma el derecho a los bienes públicos de salud en los casos como la anticoncepción de emergencia, las vacunas, las enfermedades transmisión sexual y cuando sea necesaria la educación sanitaria (...), la atención del virus de inmunodeficiencia humana, de infecciones de transmisión sexual y demás acciones relacionadas a la salud sexual y reproductiva”. Resolución Exenta N° 1.308 (2017), páginas 20 y 21.

³⁶⁰ Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, posteriormente se transformó en un Ministerio.

³⁶¹ Resolución Exenta N° 80.388 de 2009, que aprueba convenio de colaboración y acción conjunta entre el Ministerio del Interior y el Servicio Nacional de la Mujer. Ministerio del Interior, República de Chile, 16 de diciembre de 2009, punto primero.

³⁶² Resolución Exenta N° 80.388 (2009), punto segundo.

³⁶³ Resolución Exenta N° 80.388 (2009), punto tercero.

que un trabajador migrante solo puede ejercer una actividad remunerada si acreditan que cuentan con la debida autorización de residencia y permiso de trabajo. Por lo tanto, una persona migrante indocumentada que sea sorprendida trabajando debe ser denunciada por las autoridades señaladas anteriormente³⁶⁴.

Sin embargo, el mismo Manual sostiene que *“si bien el trabajador extranjero en situación migratoria irregular se encuentra en infracción a las citadas normas sobre extranjería, la regla general es que los derechos laborales a su favor se devengan por igual, aun a falta de autorización para trabajar”*. No existen diferencias jurídico-laborales entre trabajadores/as migrantes documentados o indocumentados, para el cumplimiento de leyes laborales, previsionales³⁶⁵, de seguridad y de salud en el trabajo³⁶⁶.

A pesar de lo anterior, estas prescripciones tienen grandes dificultades de aplicación práctica: (i) las y los trabajadores indocumentados, generalmente, carecen de cédula de identidad, por lo que los empleadores no pueden entregar sus cotizaciones previsionales en alguna entidad previsional; (ii) trabajar o residir sin autorización constituye una infracción migratoria, por lo que al ser sorprendidos por la Dirección del Trabajo, debiesen ser denunciados; (iii) contratar a un trabajador/a indocumentado/a es también una infracción migratoria y produce el mismo problema que el punto anterior.

Ante esto, el Manual de la Dirección del Trabajo, instruye que los empleadores deben efectuar las cotizaciones previsionales de trabajadores indocumentados mediante planillas manuales -no electrónicas- y proceder al pago directo por ventanilla en la institución receptora del pago. Por último, se afirma que *“fiscalizar el trabajo de extranjeros requerirá normalmente mucha prudencia y agudeza sobre todo en el evento de detectarse hechos que pudiesen constituir indicios de tráfico o trata de personas”*³⁶⁷.

³⁶⁴Resolución Exenta N° 2.233 de 2018, que aprueba Manual de Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, República de Chile, 27 de diciembre de 2016, entrada en vigor el 1 de agosto de 2017, página 138.

³⁶⁵ Con la excepción del trabajador migrante que opte por no cotizar en Chile, pues no podrá acceder a los beneficios del sistema previsional chileno, *“salvo los derivados del sistema de cobertura de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y del seguro de cesantía, que son de cotización obligatoria para el empleador”*. Resolución Exenta N° 2.233 (2016), página 139).

³⁶⁶ Resolución Exenta N° 2.233 (2016), página 139. Énfasis propio.

³⁶⁷ Resolución Exenta N° 2.233 (2016), página 139.

H. PROTOCOLOS DE CASOS SOCIALES

El Oficio Orden N°8.638 de 2019 del DEM contiene una formulación interesante para el caso de personas migrantes indocumentadas, pues establece “*un protocolo de acción ante los casos de extranjeros que se encuentran en situación de vulnerabilidad social que se presentan en nuestras labores diarias*”. De igual forma, la finalidad de este protocolo es “*apoyar a ciudadanos extranjeros en situación de vulnerabilidad social a resolver su situación migratoria en Chile*”³⁶⁸. Las personas migrantes que se encuentren en esta situación deberán ser patrocinadas por instituciones públicas o privadas -Municipalidades, servicios públicos, ONG, entre otros-, las cuales deberán presentar el caso particular ante el DEM³⁶⁹.

Para esto, se hace referencia a la *definición legal de persona o grupo vulnerable*, la cual consiste en: “*aquellos que, por su situación o condición social, económica, física, mental o sensorial, entre otras, se encuentran en desventaja y requieren de un esfuerzo público especial para participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y acceder a mejores condiciones de vida y bienestar social*”³⁷⁰.

El mismo protocolo adjunta una tabla³⁷¹ con las variables que deben utilizarse para “*la identificación, análisis, derivación y evaluación de casos sociales de ciudadanos extranjeros, en situación de vulnerabilidad social*”. Dicha tabla está dividida en cinco categorías, una de ellas es la situación migratoria que contiene las variables de ser turista ‘irregular’ o poseer residencia ‘irregular’³⁷². Por tanto, es posible desprender que las personas migrantes indocumentadas son consideradas un grupo vulnerables en términos sociales.

III. JURISPRUDENCIA

Para la presente investigación se sistematizaron 76 casos relativos a personas migrantes indocumentadas, en su mayoría, acciones de amparo constitucional en contra de resoluciones

³⁶⁸ Oficio Orden N°8638 de 2019, sobre Protocolo de Casos Sociales. DEM, República de Chile, 21 de enero de 2019, página 1.

³⁶⁹ Oficio Orden N°8.638 (2019), página 1.

³⁷⁰ Ley N° 20.530 de 2011, que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y modifica cuerpos legales que indica. Ministerio de Planificación, República de Chile, 13 de octubre de 2011, artículo 2.

³⁷¹ Ver anexo 5: Tabla de variables que deben utilizarse para la identificación, análisis, derivación y evaluación de casos sociales de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad social

³⁷² Oficio Orden N°8.638 (2019), página 3.

administrativas que ordenaban expulsiones. Dichos casos datan del año 2010 hasta la fecha. Como conclusión, en la mayoría de los casos no se puede determinar un ‘criterio jurisprudencial’, pues los fallos varían según las y los Ministros de turno³⁷³.

Del total de casos se han escogido 9, de los cuales 3 versan sobre acciones de protección, 4 sobre acciones de amparo, una sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y un recurso de reclamación de nacionalidad. Cuatro casos cuentan con sentencia de primera y segunda instancia. Con respecto a su fecha, una es del año 2010, dos del 2013 y el resto datan del año 2017 en adelante.

Los casos que se expondrán a continuación no representan en caso alguno, las decisiones más usuales de nuestros Tribunales, sin embargo, denotan las vulneraciones de derechos, sufridas por personas migrantes indocumentadas en Chile, que llegan a ser judicializadas. Estos fallos permiten conocer los argumentos a favor o en contra de un mayor reconocimiento de derechos o de su restricción.

A. L.M.S. Y OTRA CONTRA DIRECTORA DE ESCUELA PÚBLICA REPÚBLICA DE CROACIA DE IQUIQUE DOÑA M.E.H.³⁷⁴

Esta acción de protección es la única -encontrada en la investigación- que trata sobre el derecho a la educación de personas migrantes indocumentadas. Aunque no tenga un tratamiento directo, el derecho a la alimentación también se ve implicado.

Los hechos del caso se fundan en la cancelación de la matrícula escolar de una niña de nacionalidad boliviana, hija de mujer migrante indocumentada, por el incumplimiento del requisito de ser inscrita en el Registro Civil y de Identificación³⁷⁵.

³⁷³ Por ejemplo, en fallos de la Corte Suprema es posible distinguir fácilmente Ministros que, por regla general, siempre votan a favor de amparar derechos fundamentales y otros que siempre votan en contra. Ejemplo de ello son los Ministros Haroldo Brito y Antonio Valderrama (en el primer caso) y Carlos Künsemüller (en el segundo). Ver Roles de la Corte Suprema: N° 192-17; N° 10.224-2017; y N° 947-2018.

³⁷⁴ Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 17 de enero de 2011. Rol N° 597-2010.

³⁷⁵ “d) Durante el año 2010, la [niña] fue matriculada provisionalmente, como Alumna Extranjera, en el 7° año de Educación Básica en la Escuela República de Croacia, gozando del beneficio de desayuno, colación y almuerzo proporcionado por JUNAEB. e) Con fecha 30 de noviembre de 2010 se le canceló la matrícula a la [niña] recurrente y por ende dejó de recibir alimentación en la escuela a contar del 2 de diciembre de 2010”. (Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 597-2010, considerando segundo).

El razonamiento de la Corte consiste en señalar que, el derecho a la educación es una garantía constitucional “*para todos los habitantes*”,³⁷⁶ sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros. Para el caso de NNA indocumentados, la normativa vigente (Circular N° 1.179 de 2003 del DEM) otorga un permiso de residencia, bajo la condición de ‘Estudiante Titular’, cuando la solicitud se funde en una matrícula permanente o provisoria de un recinto educacional reconocido por el Estado.³⁷⁷ En consecuencia, el 1 de abril de 2010 la niña fue autorizada para cursar sus estudios de séptimo año de educación básica, bajo una matrícula provisoria; posteriormente, la autorización fue prorrogada hasta el 30 de noviembre del mismo año. Ambas autorizaciones dejan expresa constancia que la niña debía ser inscrita ante el Servicio de Registro Civil e identificación, de lo contrario, su matrícula sería cancelada³⁷⁸.

Como la madre de la niña no cumplió con la exigencia reglamentaria consistente en inscribir a su hija ante el Registro Civil, no se puede argumentar que existe una vulneración de derechos, porque la normativa migratoria “*reconoce garantías y establece derechos en cuanto a la educación, tiene su correlato en los requisitos que se le exigen a las personas que pretenden hacer uso de estos derechos*”³⁷⁹ Del mismo modo, la Corte sostiene que tampoco existe un trato discriminatorio, porque las exigencias reglamentarias de inscribir el nacimiento de las hijas e hijos en el Servicio de Registro Civil e Identificación también se exige a las personas chilenas³⁸⁰.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Antofagasta rechaza el recurso de protección; lo cual es bastante cuestionable, pues está privilegiando requisitos reglamentarios frente a derechos fundamentales garantizados en la Carta Magna y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encontraban vigentes al momento de la dictación del fallo.

Comentario. -

³⁷⁶ Nótese la expresión ‘habitantes’ y no ‘personas’.

³⁷⁷ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 597-2010, considerando sexto y undécimo.

³⁷⁸ “*Que en ambos documentos referidos precedentemente (fojas 19 y 20), se dejó expresa constancia que la menor debía presentar certificado de nacimiento otorgado por el Registro Civil de Chile y certificado de Estudio reconocido por el Ministerio de Educación de Chile, en el plazo otorgado y siempre que no exceda del 30 de noviembre del año 2010. En ambos documentos reza la leyenda: ‘La no entrega de la documentación en el último plazo otorgado será motivo para que el establecimiento cancele la matrícula y comunicar de esta decisión a este Departamento’*” (Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 597-2010, considerando décimo).

³⁷⁹ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 597-2010, considerando duodécimo.

³⁸⁰ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 597-2010, considerando décimo tercero.

Desde una visión estrictamente legalista, la decisión es cuestionable por privilegiar una norma de bastante menor jerarquía, la cual incluso es de carácter infra legal. Desde un enfoque de derechos humanos, la decisión no pondera las consecuencias que se pueden generar en la niña afectada; teniendo en cuenta su especial situación de vulnerabilidad al ser menor de edad, migrante e indocumentada. Además, la decisión produce dimensiones adicionales de vulnerabilidad, al no permitir que asista regularmente a clases, se relacione con sus compañeros – afectación a los vínculos emocionales, integridad psíquica y desarrollo personal- y tal vez lo más grave, impedir que reciba los beneficios alimentarios del Estado, los cuales eran proporcionados en virtud de su propia matrícula.

Si bien existen obligaciones que deben ser cumplidas por los sujetos sobre las cuales recaen, estas no son condicionantes para el acceso y cumplimiento de derechos fundamentales básicos, como lo son el acceso a la educación y la alimentación³⁸¹, puesto que “*emanan de la naturaleza humana*”³⁸².

B. REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCOSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LOS ARTÍCULOS 13, 64 N°2 Y 67 DEL DECRETO LEY N° 1.094, EN RELACIÓN CON LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN³⁸³

El Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC) ha emitido tres sentencias relativas a temáticas migratorias³⁸⁴; solamente la primera de ellas versa sobre una persona migrante indocumentada. Dicho fallo, sorprendentemente, resulta ser el más garantista en cuanto a la incorporación del DIDH y reconocimiento de la titularidad de derechos a las personas migrantes.

³⁸¹ Aunque el derecho a la alimentación no está explícitamente consagrado en la Constitución, sí encuentra asidero a través del derecho a la vida e integridad (artículo 19 n°1). Además, el PIDESC en su artículo 11 establece que “[l]os Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados (...)”. Este Pacto fue ratificado por Chile y está vigente desde el 27 de mayo de 1989; por ende, se entiende incorporado al derecho interno en virtud de la cláusula de apertura constitucional del artículo 5, inciso segundo de la Carta Magna.

³⁸² Constitución Política de la República de Chile (1980), artículo 5, inciso segundo.

³⁸³ TC, rol N° 2273-13-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, con relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 21.751-2012. Sentencia de 4 de julio de 2013.

³⁸⁴ TC. Rol N° 2257-12-INA; TC. Rol N° 2273-12-INA; y TC. Rol N°4757-18-CDS.

Los hechos³⁸⁵ se fundan en el caso de Daniel Alerte, quien interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva, una acción constitucional de protección en contra de la Resolución Exenta N° 95.925, que revoca su visa sujeta a contrato y dispone su abandono del país. Durante la tramitación de este recurso, el señor Alerte interpone, ante el TC, un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad con el fin de que los artículos 13, 64 n° 2 y 67³⁸⁶, inciso segundo del DL N° 1.094 no le sean aplicables, pues producen efectos inconstitucionales en su caso particular³⁸⁷.

Por no haber alcanzado la mayoría de los votos, el Tribunal se limitó a examinar la potestad discrecional del Ministerio del Interior para aceptar, rechazar o revocar el otorgamiento de visados a los extranjeros que ingresen al país (artículo 13, inciso primero del DL 1.094). Para ello, el fallo aplica directamente el DIDH al ordenamiento jurídico interno, esgrimiendo que *“toda persona tiene el derecho a emigrar de su país”*³⁸⁸ y que *“el deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado, pero cumpliendo las obligaciones propias del Derecho Internacional. Lo anterior exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado, con un examen de las limitaciones propias de los derechos fundamentales invocados”*³⁸⁹. En consecuencia, dicha potestad debe

³⁸⁵ El 17 de enero de 2011, Daniel Alerte solicita una visación de residencia sujeta a un contrato de trabajo que no fue llevado a cabo, pero por el cual pagó todos los trámites para regular su situación migratoria. El 9 de marzo del mismo año, le es otorgada la respectiva visación. El señor Alerte sostiene que tan solo en noviembre de dicho año tiene conocimiento de que debía concurrir al DEM con un contrato de trabajo fidedigno; en ese entonces, ya contaba con un contrato de trabajo con la empresa Han Won Cho Comercializadora e Importadora EIRL. El 1 de diciembre de 2011, el Ministerio del Interior, emite la Resolución Exenta N° 95.925 que revoca su visa sujeta a contrato y dispone su abandono del país; sin embargo, esta es totalmente tramitada con fecha 12 de marzo de 2012. El recurrente sostiene que el actuar negligente del DEM no permitió que pudiese conocer el estado de su situación migratoria, por lo que solo gracias a la intervención de otros organismos estatales, pudo tener acceso a dicha resolución el 5 de junio de 2012. Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 25 de septiembre de 2013. Rol N° 21.751-2013, considerando 1°; y TC. Rol N° 2273-12-INA, vistos de la causa.

³⁸⁶ Discrecionalidad del Ministerio del Interior para aceptar, rechazar o revocar el otorgamiento de visaciones (art. 13, inciso primero); reserva legal (art. 13, inciso segundo); rechazo facultativo de las solicitudes de visación que presenten declaraciones falsas (art. 64 n° 2); salida de los extranjeros del país, de manera voluntaria o expulsión administrativa (art. 67). Cfr. DL N° 1.094 (1975), artículos 13, 64 n° 2 y 67.

³⁸⁷ *“Que esta sentencia expresará consideraciones, exclusivamente, sobre una de las normas impugnadas por el requirente. Con ello se manifiesta claramente que no le corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre el acto administrativo impugnado ni sobre su tramitación en sede judicial”* (TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando quinto).

³⁸⁸ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando décimo.

³⁸⁹ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando décimo primero.

complementarse con un enfoque de derechos humanos, el cual debe estar presente en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de una persona extranjera en el país³⁹⁰.

El Tribunal sostiene que la titularidad genérica de los derechos fundamentales ha superado ambigüedades, pues la actual Constitución no atribuye dichos derechos a ‘nacionales’ o ‘habitantes’, sino que *“a todas las personas”*³⁹¹. Se concluye que, *“esta titularidad genérica no sólo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente”*³⁹².

Como consecuencia de esta titularidad genérica, el artículo 19 n° 7 de la Constitución (libertad ambulatoria) implica que *“el derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración en Chile, cuyo ejercicio, pero no el derecho mismo, puede ser modulado, regulado y limitado ‘a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros’”*³⁹³.

Sin embargo, la Carta Magna no prohíbe que se efectúe una distinción entre extranjeros y chilenos en lo que respecta al derecho de entrada al territorio nacional, siempre que exista una habilitación constitucional para ello. Así, estas divisiones se dividen en dos modalidades: (i) la prohibición o privación del derecho; y (ii) el establecimiento de regulaciones y modalidades de ejercicio del derecho (limitaciones). El primer caso constituye una gran afectación al derecho a la igualdad ante la ley, por lo cual debe contar con una habilitación constitucional expresa. En cambio, el segundo se funda en la misma Constitución y facultades legislativas, con las restricciones jurídicas que emanan del principio de proporcionalidad y respeto al contenido esencia de los derechos³⁹⁴.

Por otro lado, el Tribunal sostiene que las facultades del Ministerio del Interior son preconstitucionales y reconvencionales, por lo cual es necesario invertir este orden para ajustar

³⁹⁰ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando décimo tercero.

³⁹¹ Constitución Política de la República de Chile (1980), artículo 19.

³⁹² TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando vigésimo noveno.

³⁹³ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando trigésimo quinto.

³⁹⁴ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando trigésimo.

dicha potestad a los estándares internacionales y, en consecuencia, al artículo 5, inciso segundo de la Carta Fundamental³⁹⁵.

El artículo 13 del DL N° 1.094 otorga facultades discrecionales al Ministerio del Interior, para el otorgamiento o prórroga de las visas y para la concesión de la permanencia definitiva; teniendo como factores determinantes la ‘utilidad’ y ‘conveniencia’ que reporte al país su concesión. El Tribunal considera cuestionable la utilización de estos criterios para la toma de decisiones, pues se está esgrimiendo una utilidad puramente estatal, lo cual no tiene concordancia con la Constitución, pues esta establece que *“el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”*³⁹⁶. Por lo tanto, la ‘utilidad’ y ‘conveniencia’ que debe tener en cuenta el Ministerio del Interior, al momento de ejercer sus facultades, es la del individuo en cuestión³⁹⁷.

Como último punto, el Tribunal aborda la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes indocumentadas. Sostiene que la *“situación de un extranjero en posición jurídica incierta por la falta de regularización de su permanencia (...) puede generar un proceso de discriminación múltiple”*³⁹⁸; cuyos motivos pueden estar dados por su propia condición de extranjero-migrante, su idioma, sexo o ‘raza’. Agrega que no solamente puede ser discriminado por el Estado, sino también por la sociedad, bajo un falso convencimiento de que la persona migrante indocumentada ‘aún no es sujeta de derechos’ y, por ende, es posible aprovecharse de su condición de vulnerabilidad³⁹⁹.

Ante esta situación, el Tribunal es de opinión que *“dejar entregada la evidencia de la ‘utilidad’ o ‘conveniencia’ social como el parámetro para justificar esta atribución estatal es vulnerar*

³⁹⁵ *“Esa discrecionalidad mayor del Ministerio del Interior se invierte y pasa, ahora, a ser predominante la óptica de los derechos fundamentales del extranjero, los cuales pueden ser limitados como todo derecho constitucional, bajo los test propios de igualdad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial de los mismos, según las reglas constitucionales generales”* (TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando cuadragésimo tercero).

³⁹⁶ Constitución Política de la República de Chile (1980), artículo 1, inciso 4.

³⁹⁷ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando cuadragésimo quinto.

³⁹⁸ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando cuadragésimo sexto.

³⁹⁹ *“Es así como las promesas de contrato de trabajo, de pago de los derechos sociales y de condiciones dignas de vida y empleo, no tienen el mismo alcance para el extranjero en la situación de vulnerabilidad descrita que para el nacional. La vulnerabilidad del extranjero lo pone en condición de ser abusado en sus derechos y, lamentablemente, ya no el Estado, sino que algunos miembros de la sociedad operan con la convicción de que los extranjeros ‘aún no son sujetos de derechos (...) Algunos miembros de la sociedad sobrepasan los derechos del extranjero ‘en situación irregular’ porque conocen la evidencia de su vulnerabilidad”*. (TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando cuadragésimo sexto).

los derechos fundamentales de los extranjeros”. Sostiene que existe otra versión de dichos parámetros, la cual se configura “*cuando coinciden los intereses del extranjero con los de la sociedad chilena*”. En este caso, el señor Alerte estaba por regularizar su situación migratoria, contaba con un trabajo estable en un local de comida conocido y era parte de un proceso de integración social habitual⁴⁰⁰.

Por tanto, el Tribunal estima que el ejercicio discrecional de las facultades del Ministerio Público, atendiendo a los criterios de utilidad y conveniencia puramente estatales o socialmente arbitrarias, constituye una vulneración al artículo 1, inciso 4 de la Carta Magna, en correlación con el artículo 19 n°2, inciso segundo de la misma (igualdad ante la ley), en cuanto a la prohibición de establecer diferencias arbitrarias⁴⁰¹. Ante esto, acoge por mayoría de votos, declarando la inaplicabilidad del artículo 13 inciso segundo del DI N°1.094 por ser inconstitucional en el caso de Daniel Alerte⁴⁰².

Comentario. -

Mas allá del caso concreto del requirente, esta sentencia es sumamente novedosa, pues además de ser el primer pronunciamiento del Tribunal constitucional relativo a migración, adopta un enfoque de derechos, reconociendo la vulnerabilidad de las personas migrantes indocumentadas y entendiendo que el DIDH actúa como un límite material en el ejercicio discrecional de las facultades administrativas del Estado, en este caso, a través del Ministerio del Interior.

Según la jurista Liliana Galdámez, este fallo *confiere a los tratados ratificados y vigentes acá invocados el poder de actuar como un límite frente a los poderes del Estado, los analiza como parámetro del control de constitucionalidad y en base a estos tratados y la propia Constitución propone un estatuto jurídico mínimo para los extranjeros. Es algo de verdad infrecuente,*

⁴⁰⁰ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando cuadragésimo sexto.

⁴⁰¹ TC. Rol N° 2273-12-INA, considerando cuadragésimo sexto.

⁴⁰² Posterior a la dictación de este fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago continuó conociendo de la acción de protección entablada por el recurrente. A pesar del pronunciamiento del TC que inaplicaba el artículo anteriormente expuesto, la Corte de Apelaciones rechazó la acción de protección por estimar que el recurso había sido presentado fuera del plazo y por considerar que el acto administrativo no es ilegal, al encontrarse previsto en el artículo 64 n°2 del DL N°1.094, por el cual el DEM puede rechazar las solicitudes que presenten los peticionarios que hayan hecho declaraciones falsas (Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 25 de septiembre de 2013. Rol N° 21.751-2013, considerandos 7° al 10°). Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema sin ningún argumento (Corte Suprema de Chile. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Rol N° 10.608-2013, vistos).

porque el Tribunal viene señalando desde hace tiempo que en esta materia prima el principio de deferencia con el legislador” (Galdámez Zelada 2013, 770).

Aunque la sentencia constituya un gran precedente, como la misma jurista adelantó⁴⁰³, los dos fallos posteriores del Tribunal Constitucional vienen a limitar y tensionar las garantías establecidas en el primero. Sin embargo, su contenido no será abordado en esta oportunidad al no versar sobre migrantes en situación indocumentada.

C. RECLAMACIÓN DE NACIONALIDAD INTERPUESTO POR M.A.R.C. EN FAVOR DE SU HIJO D.E.P.R.⁴⁰⁴

Los hechos de este caso se fundan en la negación de nacionalidad a hijo de mujer migrante indocumentada, pese a que el niño nació en Chile en febrero de 2013. El Servicio de Registro Civil e Identificación inscribió al niño como ‘hijo de extranjera transeúnte’, no obstante, la mujer se encontraba residiendo en Chile desde abril de 2009⁴⁰⁵. Frente a esto, la recurrente interpone recurso de reclamación de nacionalidad a favor de su hijo.

En primer lugar, la Corte hace presente que la adquisición de nacionalidad chilena se rige, por regla general, por el principio de ‘*ius solis*’ en virtud del cual una persona es chilena por el solo hecho de nacer en el territorio nacional⁴⁰⁶, La excepción a esta regla está dada por las hijas e hijos de extranjeros transeúntes o que se encuentran en Chile en servicio de su Gobierno⁴⁰⁷.

⁴⁰³ “Entiendo esta sentencia como una de aquéllas en que se deja sentir la otra alma del Tribunal. No es posible afirmar que, a partir de ésta, se inicie una nueva etapa, aunque me atrevo a plantear que probablemente en lo sucesivo esta complicada convivencia continúe mostrando señales de tensión” (Galdámez Zelada 2013, 771).

⁴⁰⁴ Corte Suprema de Chile. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Rol N° 5482-2013.

⁴⁰⁵ “Señala que ha permanecido ininterrumpidamente en territorio chileno desde que ingresó con sus otros dos hijos, el 2 de abril de 2009, incluyendo su período de embarazo, que se controló en el Hospital San José. En cuanto a su situación migratoria, explica que en febrero de 2010 acudió al Departamento de Extranjería para regularizar su situación y pagó la sanción pecuniaria respectiva y solicitó visa temporaria, la que, en definitiva, le fue denegada, encontrándose con orden de abandono; agrega que sus dos hijos mayores se encuentran tramitando su visa de estudiantes. Continúa señalando que pidió, el 17 de junio de 2013, al Registro Civil información sobre el motivo de haber inscrito a su hijo menor como hijo de extranjero transeúnte y con fecha 10 de julio, recibió respuesta la que se basa en que al momento de inscribir a su hijo [D], acreditó su identidad por medio de pasaporte peruano, sin presentar ningún documento sobre su estadía legal en Chile. Añade que actualmente el menor continúa siendo apátrida por no habersele reconocido la nacionalidad chilena”. Además, la Corte da por probado que la recurrente ingresó al territorio de manera clandestina y tiene una orden de expulsión vigente (Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, vistos).

⁴⁰⁶ Constitución Política de la República (1980), artículo 10 n°1.

⁴⁰⁷ Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, considerando tercero.

En consecuencia, a el hijo de la recurrente se le atribuyó ser ‘hijo de extranjera transeúnte’, por lo cual su situación no estaba contemplada para adquirir la nacionalidad chilena. Ante esto, el máximo Tribunal estima que se debe aclarar qué es lo que se entiende por ‘transeúnte’. Sostiene que *“el Diccionario de la Real Academia atribuye al término ‘transeúnte’ el significado de ‘el que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio’”*⁴⁰⁸.

Menciona que antiguamente, el criterio administrativo que determinaba si alguien era transeúnte o no, consistía en *“la permanencia continuada igual o superior a un año”*. Sin embargo, este criterio ha sido modificado, por lo que hoy en día la residencia es el elemento principal. De esto se concluye que las personas turistas y tripulantes son las consideradas como transeúntes⁴⁰⁹.

Por otro lado, los artículos 58 y 59 del Código Civil permiten realizar la distinción entre personas ‘domiciliadas’ y ‘transeúntes’. El criterio de diferenciación se basa en el ‘domicilio’, el cual consiste en *“la residencia acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en ella”*. El artículo 64 del mismo Código presume dicho *“ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar por el hecho de, entre otros, aceptar en él un empleo fijo ‘y por otras circunstancias análogas’”*⁴¹⁰.

Dicho esto, la Corte estima acreditado el interés de la madre de permanecer en el territorio, puesto que lleva años permaneciendo en él. De tal modo, no corresponde calificarla como ‘extranjera transeúnte’. Consecuente, la Corte declara que David no ha podido quedar comprendido en las excepciones para adquirir la nacionalidad por *‘ius solis’*⁴¹¹.

Además, el máximo Tribunal considera pertinente invocar el DIDH. Señala que el artículo 20 de la CADH consagra el derecho a la nacionalidad, por lo que puede apreciarse que *“es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada”*⁴¹².

Finalmente, añade que no existe dicha ‘causa justificada’ para negar la nacionalidad chilena del niño, más aún si se considera que la autoridad no ha cumplido la resolución de expulsión dictada

⁴⁰⁸ Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, considerando cuarto.

⁴⁰⁹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, considerando quinto.

⁴¹⁰ Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, considerando sexto.

⁴¹¹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, considerando séptimo.

⁴¹² Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, considerando octavo.

en contra de la madre recurrente, lo cual constituye, por parte del Estado, *“una aceptación de la permanencia de la madre del menor cuya nacionalidad chilena se desconoce más allá del plazo inherente a lo transitorio”*. Dicho esto, acoge el recurso y ordena al Servicio de Registro Civil e Identificación modificar la partida de nacimiento del niño, eliminando ‘extranjero transeúnte’ y reconociéndole su ciudadanía chilena⁴¹³.

Comentario. -

La autora considera relevante mencionar el argumento del voto disidente de los Ministros que estuvieron en contra de acoger el recurso. Ellos interpretan el concepto de ‘transeúnte’-según la misma definición de la RAE mencionada anteriormente- como una *“condición de ‘duración limitada”*. En consecuencia, sostienen que quien permanece ‘irregularmente’ en el país está en conocimiento *“en conocimiento de esa situación precaria que posibilita su expulsión del territorio nacional conforme a la reglamentación vigente. De modo que su transitoriedad ya no depende únicamente de su voluntad, sino que, de la autoridad competente, quien puede compelerle a dejar el territorio nacional”*⁴¹⁴.

Esta argumentación parece del todo incorrecta, puesto que al momento de interpretar una definición que no constituye derecho -pues su fuente es una Institución Cultural extranjera- debe integrar las diversas disposiciones legales aplicables al caso ‘sub-lite’, por lo que no puede interpretar de manera ‘antojadiza’.

Dicho esto, si se considera la distinción entre domiciliados y transeúntes contenida en el Código Civil (artículo 58), se prescribe que *“el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”* (artículo 59). De esto, se concluye que no es el deseo del Estado el cual determina el domicilio, sino el ánimo de la persona de permanecer en el país. Por tanto, si la recurrente tiene dicho ánimo y reside hace 4 años en el territorio nacional, no es posible considerarla ‘transeúnte’.

Afortunadamente, la interpretación del voto disidente no tuvo respaldo. Hoy en día, es generalmente aceptado que las personas migrantes indocumentadas no tienen la calidad de ‘extranjeras transeúntes’. Consecuentemente, en la práctica, el Servicio de Registro Civil e

⁴¹³ Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, considerando octavo.

⁴¹⁴ Corte Suprema de Chile. Rol N° 5482-2013, número 3° del voto de disidencia.

Identificación no debe exigir cédula de identidad a personas migrantes indocumentadas para que inscriban como chilenas a sus hijas e hijos nacidos en el territorio nacional.

D. L.E.R.T. Y OTRO CONTRA INTENDENCIA REGIONAL DE TARAPACA Y JEFATURA NACIONAL DE EXTRANJERIA Y POLICIA INTERNACIONAL DE LA POLICIA DE INVESTIGACIONES DE CHILE⁴¹⁵

La presente acción de amparo constitucional se funda en la no autorización de entrada de dos personas extranjeras, quienes fueron expulsadas anteriormente por infracción al artículo 69 de la Ley de Extranjería⁴¹⁶. Actualmente, los amparados se encuentran fuera de Chile y la Policía Internacional no ha permitido que ingresen al territorio nacional, esto en virtud artículo 15 N° 6 del DL N° 1.094.

La Corte de Apelaciones de Iquique, cita a la Corte Suprema (en los autos Rol N° 11.521-2014 y N°1.059-2015), sosteniendo que la potestad discrecional de una autoridad administrativa consiste en una herramienta que otorga un margen de libertad para decidir, sin que su actuar se encuentre previamente determinado por una regla jurídica. No obstante, dicha discrecionalidad jamás puede ser usada para privar, perturbar o amenazar los derechos fundamentales de alguna persona. Esto en virtud del artículo 6 de la Constitución, el cual establece que la autoridad, en el ejercicio de su competencia, está obligada a respetar todas las normas contenidas en el mismo texto; lo cual incluye el derecho a la libertad personal y la seguridad individual (artículo 19 n°7).⁴¹⁷

En segundo lugar, la Corte se refiere al DIDH, el cual *“ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados deben ejercer la potestad de denegar el ingreso al país de un extranjero”*⁴¹⁸. Se sostiene que el PIDCP no reconoce el derecho de una persona extranjera a ingresar a un Estado ni a residir en él. Sin embargo, cita la Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al PIDCP, señalando que existen *“reglas que limitan el derecho de*

⁴¹⁵ Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 31 de marzo de 2015. Rol N° 56-2015.

⁴¹⁶ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 56-2015, considerando segundo.

⁴¹⁷ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 56-2015, considerando quinto.

⁴¹⁸ En el fallo nombran al ‘Derecho Internacional Humanitario’ en vez del ‘DIDH’, sin embargo, pareciese que han cometido un error, pues al área del Derecho Internacional a la cual se está refiriendo es el DIDH.

ingreso de un extranjero a un país”⁴¹⁹, es decir, reconoce que efectivamente es un derecho, pero limitado.

Por consiguiente, aunque la autoridad administrativa posea potestades discrecionales para conceder o rechazar visaciones, en la toma de decisiones *“deberá respetar el principio de juridicidad, comenzando por los derechos fundamentales protegidos por la Carta Fundamental, ser además proporcional y siempre deberá expresar los hechos y fundamentos de derecho, es decir, los motivos para tal decisión, entre los que tendrá especial atención la conveniencia o utilidad que reporta al país la concesión de la visación de residente de que se trate, y el perjuicio de terceros”*⁴²⁰.

De igual modo, sostiene que el marco normativo nacional e internacional ha fijado un nuevo estándar, prescribiendo que la autoridad no podrá discriminar entre extranjeros y que deberá tener en cuenta: (a) el principio de reunificación familiar; (b) las persecuciones o potenciales riesgos a la vida e integridad de la persona extranjera; (c) reconocer los derechos constitucionales de quienes ingresaron al país de forma documentada y que su autorización de residencia se encuentra en tramitación⁴²¹.

Además, argumenta que el artículo 19 n° 7 a) de la Carta Fundamental asegura el derecho de circulación y residencia de la extranjera o extranjero, siempre y cuando *“se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”*⁴²².

La Corte concluye que *“mantener la prohibición de ingreso sin que se otorguen razones, más allá del efecto reflejo del cumplimiento de una sanción administrativa, constituye una infracción”*⁴²³ al artículo 21 de la Constitución, en relación con el 19 n° 7 a) de la misma. En

⁴¹⁹ *“En la Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1999, indica en sus párrafos 13 y 14 que las reglas que limitan el derecho de ingreso de un extranjero a un país “no debe(n) comprometer la esencia del derecho (...) no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción (...) Que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe proteger”* (Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 56-2015, considerando quinto).

⁴²⁰ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 56-2015, considerando sexto.

⁴²¹ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 56-2015, considerando sexto.

⁴²² Constitución Política de la República de Chile (1980), artículo 19 n° 7, letra a).

⁴²³ Corte de Apelaciones de Iquique. Rol N° 56-2015, considerando séptimo.

consecuencia, se acoge el recurso de amparo y se dejando sin efecto la prohibición administrativa de ingreso al país en contra de los recurrentes.

E. Y.A.R.S. CON DEPARTAMENTO DE EXTRANJERIA Y POLICIA INTERNACIONAL, INTENDENCIA REGION DE ANTOFAGASTA⁴²⁴

El presente caso se funda en la orden de expulsión de una persona extranjera, que ingresó a Chile en calidad de turista, pero permaneció en el país luego de que su visa venciera, radicándose en el territorio nacional y trabajando sin autorización. Ante este decreto de expulsión, la afectada interpone una acción de amparo constitucional ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

Dicha Corte rechaza el recurso, pues considera que la decisión emitida resolución exenta “*se encuentran plenamente justificadas por las gravísimas infracciones cometidas por la amparada a la ley de extranjería*”⁴²⁵. Dichas ‘gravísimas infracciones’ consistirían en haber excedido el plazo que la autorizaba para permanecer en Chile en calidad de turista, trabajar sin autorización, abandonar el control de firmas y carecer de recursos para subsistir⁴²⁶. Por lo tanto, la Corte de Apelaciones considera su estadía “*completamente irregular*”, por lo que no hay lugar para considerar que la resolución es un acto arbitrario, ilegal o excedido de sus funciones⁴²⁷.

Segunda Instancia. -

Posteriormente, la amparada interpone recurso de apelación, con el fin de impugnar el fallo de primera instancia ante la Corte Suprema. En esta sentencia se sostiene que, si bien las y los trabajadores migrantes indocumentados pueden ser sancionados con multas y la autoridad administrativa puede disponer su expulsión o abandono voluntario del país, “*dichas sanciones son de carácter gradual y será el organismo quien deberá efectuar el encuadramiento legal pertinente para determinar cuál de éstas debe ser aplicada*”⁴²⁸.

Además, en virtud de los artículos 6 y 19 n° 26 de la Constitución, la facultad discrecional de la autoridad “*no puede constituir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, puesto que sólo una habilitación expresa de la ley puede*

⁴²⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 9 de febrero de 2015. Rol N° 9-2015; y Corte Suprema de Chile. Sentencia de 23 de febrero de 2015. Rol N° 3073-2015.

⁴²⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N° 9-2015, considerando tercero.

⁴²⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N° 9-2015, considerando segundo.

⁴²⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol N° 9-2015, considerando tercero.

⁴²⁸ Corte Suprema de Chile. Rol N° 3073-2015, considerando segundo.

autorizar su ejercicio". En consecuencia, el artículo 11, inciso segundo de la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos prescribe que todo acto de autoridad administrativa que prive perturbe o amenace algún derecho fundamental, deberá estar siempre fundamentarse con los hechos y argumentos de derecho⁴²⁹.

Por otro lado, en la sentencia se aclara que la amparada se auto denunció, declaró que tenía un trabajo estable y que cuenta con los medios económicos para permanecer en Chile, no constituyendo una 'carga social'. Ante esto, la Corte es de opinión que ha desaparecido el sustento jurídico y fáctico bajo el cual se había dictado la orden de expulsión (la carencia de recursos de la recurrente), por lo que la expulsión no se hace razonable⁴³⁰ e *"importa claramente una discriminación arbitraria, que desatiende el actual estándar de conveniencia o utilidad que la Autoridad Administrativa debe respetar para el ejercicio de su potestad"*.

Finalmente, la Corte Suprema revoca la sentencia de primera instancia y acoge el recurso de amparo por vulnerarse los derechos a la libertad de circulación e igualdad ante la ley⁴³¹.

Comentario. -

Este fallo llama la atención al basar su decisión en el análisis de derechos fundamentales, los cuales limitan la decisión de la Intendencia. Si bien los motivos de expulsión eran 'contundentes', la Corte consideró desproporcional expulsar a la amparada, puesto que tenía un trabajo estable, se había auto denunciado y demostraba la intención de regularizar su situación migratoria. Ante esto, se estima que la resolución administrativa se torna discriminatoria.

Otro punto interesante consiste en la noción de 'carga social' como causal de expulsión⁴³². Si bien a la Corte Suprema no le corresponde pronunciarse respecto a ello, llama la atención que la autoridad administrativa utilice como fundamento de sus decisiones la carencia de recursos de la persona afectada. Pareciese transmitir que una persona carente de recursos económicos constituye una 'estorbo' para la sociedad, lo que implica que es 'indeseada' y 'deseosa de expulsar'.

⁴²⁹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 3073-2015, considerando segundo.

⁴³⁰ Corte Suprema de Chile. Rol N° 3073-2015, considerando tercero.

⁴³¹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 3073-2015, considerando cuarto. Cfr. Constitución Política de la República de Chile (1980), artículos 19 n° 2 y 7.

⁴³² Se prohíbe el ingreso a Chile a quienes *"no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social"* (DL N° 1.094 (1975), artículo 15 n° 4).

F. RODOLFO NORIEGA CARDO/ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACION⁴³³

Los hechos del caso se fundan en el impedimento para contraer matrimonio o acuerdo de unión civil -en un caso-, mediante la denegación de fecha y hora para celebrarlo, respecto a 12 parejas (24 personas), cada una compuesta por un integrante que se encuentra en situación migratoria indocumentada y el otro que es migrante documentado o de nacionalidad chilena⁴³⁴. El señor Rodolfo Noriega, procurador, interpone acción constitucional de protección en favor de las 24 personas afectadas⁴³⁵.

La Corte de Apelaciones de Santiago, sostiene que la existencia del acto que motiva la acción constitucional no es controvertida. Ante esto, solo queda examinar si la actuación se ajusta a la legalidad y si vulnera alguna garantía fundamental⁴³⁶

En primer lugar, la Corte de Apelaciones de Santiago invoca el artículo 76 del DL N° 1.094, por medio del cual se establece que los organismos del Estado deben exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que comprueben su residencia documentada y que están habilitados para realizar el acto en cuestión. Ello en concordancia con los artículos 52 y 53 de la Ley de Extranjería, que prescriben la obligación de toda persona extranjera mayor de edad, de inscribirse en el Servicio de Investigaciones y obtener cédula de identidad. Ante esto, el Servicio de Registro Civil e Identificación es un servicio del Estado, por lo que debe apegarse irrestrictamente al cumplimiento de la ley, debiendo acatar las prescripciones normativas⁴³⁷.

⁴³³ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 13 de marzo de 2017. Rol N° 114.667-2016; Corte Suprema de Chile. Sentencia de 27 de junio de 2017. Rol N° 10.224-2017.

⁴³⁴ “(...) la circunstancia específica de autos, esto es, ciudadanos extranjeros, desean celebrar matrimonio o en su caso acuerdo de unión civil y que un oficial del Registro Civil e Identificación le niega la posibilidad de reservar hora para la ceremonia, en atención a lo dispuesto por el artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975. De la misma forma es pertinente clarificar que la razón por la cual se niega la reserva de hora y con ello la posibilidad de celebrar el matrimonio o acuerdo a los solicitantes, es por no contar con cédula de identidad para extranjeros, de la que carecen por cuanto el mismo Servicio de Registro Civil e Identificación no está en condiciones de otorgar, en atención a que no tienen residencia legal en el país” (Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando octavo).

⁴³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 114.667-2016, vistos.

⁴³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 114.667-2016, considerando segundo.

⁴³⁷ “(...) la negativa que a sus respectos motiva el recurso en examen no puede calificarse de ilegal, ni de arbitraria, desde que la normativa citada justifica tal actuación, la que de ese modo no obedece al mero capricho de la recurrida, sino que a los antecedentes de hecho en que se encuentran 10 de los 24 solicitantes, normativa

En segundo lugar, la Corte es de opinión que *“el ejercicio de los derechos fundamentales que resguarda el recurso de protección supone el respeto del ordenamiento jurídico, en este caso el respeto de las leyes migratorias del país, y no pueden servir de pretexto para su incumplimiento”*. Es así como sostiene que los recurrentes no han cumplido con las normas legales de ingreso, permanencia e identificación⁴³⁸. De esto es posible inferir que la Corte considera que el no cumplimiento de la legislación migratoria tiene como consecuencia la habilitación para restringir o privar a la persona infractora de derechos fundamentales.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso por no configurarse ilegalidad ni arbitrariedad, con excepción de un caso, en el cual uno de los integrantes regularizó su situación migratoria, por lo que la Corte ordena que solo a ellos se les otorgue hora para contraer matrimonio⁴³⁹.

Segunda Instancia. -

Posteriormente, se deduce recurso de apelación, por el cual la Corte Suprema toma conocimiento del caso. Este fallo es absolutamente novedoso, pues es uno de los pocos que realiza un análisis exhaustivo de las disposiciones aplicables al caso; comenzando por la historia fidedigna de la ley, la integración del DIDH al derecho interno, las facultades de los Tribunales ordinarios para derogar una norma⁴⁴⁰ y la ponderación de derechos fundamentales, garantizados por la Constitución, por sobre requisitos formalistas legales.

La Corte afirma *“la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental y, entre ellos, está el derecho a contraer*

que imponen a la recurrida la estricta observancia de la ley” (Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 114.667-2016, considerando quinto).

⁴³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 114.667-2016, considerando sexto.

⁴³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 114.667-2016, considerando séptimo.

⁴⁴⁰ *“En otras palabras, los tribunales ordinarios pueden, bajo la aplicación de preceptos constitucionales, establecer la vigencia de la norma legal anterior que contradice la norma constitucional, que se le puede llamar cesación de eficacia, decaimiento o nulidad, pero lo definitivo es que se priva a una ley anterior de fuerza obligatoria y eso es derogación por estar en contraposición con la norma constitucional (...) ‘Así, mientras la declaración de inconstitucionalidad es producto del principio de jerarquía normativa, la derogación lo es de la inagotabilidad de la potestad legislativa; mientras la declaración de inconstitucionalidad deriva de un juicio de validez normativa, la derogación procede de un juicio de oportunidad política; en fin, mientras la declaración de inconstitucionalidad – al menos, en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada – corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, la derogación es realizada por la ley y, en consecuencia, puede y debe ser aplicada por cualquier Juez y, más en general, por cualquier operador jurídico’ (Luis María Díez – Picazo. La derogación de las Leyes, Editorial Civitas, página 260)”* (Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando sexto).

matrimonio”⁴⁴¹. Esto en virtud de la CADH, la cual, a palabras del tribunal, “*resulta plenamente aplicable*”, pues el artículo 17 de la misma consagra el derecho a la protección de la familia y el derecho a contraer matrimonio⁴⁴². Esto en concordancia con el artículo 1, último inciso de la Carta Fundamental, por el cual el Estado tiene el deber de “*dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”⁴⁴³.

Ante esto, la Corte es de opinión que existe una antonimia entre el artículo 76 del DL N°1.094 y los artículos 1, inciso primero y final, 5, inciso segundo y 19 n° 2 y 3 de la Constitución, en conjunto con el artículo 17 de la CADH. Del mismo modo, sostiene que el artículo en cuestión de la ley de extranjería, “*permite*⁴⁴⁴ *a las autoridades estatales, requeridas en actos de su competencia, exigir a los extranjeros que comprueben la legalidad de su residencia. Las citadas normas*”. En contrapartida, las “*normas constitucionales reconocen la posibilidad de contraer matrimonio como un derecho que emana de la naturaleza humana, por lo tanto, que no puede estar sometido a exigencias formales previas*”⁴⁴⁵.

La Corte se refiere a los derechos a contraer matrimonio y la igualdad ante la ley. Con respecto al primero, se argumenta que en virtud del artículo 5 de la Constitución, este es un derecho que emana de la naturaleza humana, ya reconocido en la CADH. En consecuencia, el derecho al matrimonio constituye “*una de las formas en que se puede fundar una familia, la cual el Estado tiene el deber de proteger y fortalecer, sin que pueda realizar legítimamente ninguna conducta*

⁴⁴¹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando quinto.

⁴⁴² “*Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (...)*” (OEA 1969, art. 17).

⁴⁴³ Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando quinto. Cfr. Constitución política de la República (1980), artículo 1, último inciso.

⁴⁴⁴ Más que permitir, prescribe: “*Los servicios y organismos del Estado o 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*” (DL N° 1.094 (1975), artículo 76).

⁴⁴⁵ Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando noveno.

que pretenda desconocerlo, no obstante, las acciones llevadas adelante por la autoridad administrativa ciertamente, en los hechos, desconocen esta garantía”⁴⁴⁶.

En relación con los derechos a la igualdad ante la ley e igual protección de esta en el ejercicio de derechos, estos son reconocidos a todas las personas, lo cual incluye extranjeros y también personas indocumentadas. Ante esto, *“resulta injustificadamente discriminatoria la exigencia efectuada a quienes no son nacionales chilenos que se encuentran irregularmente en nuestro país que presenten su cédula de identidad para contraer matrimonio, la cual el mismo Servicio se niega otorgar”*. Además, la Corte menciona que la Contraloría General de la República dispuso que el artículo 76 del DL N° 1.094 no es aplicable a madres y padres que se encuentran en situación migratoria indocumentada y que concurren al Registro Civil a inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos⁴⁴⁷.

Finalmente, la Corte declara que *“la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975 se encuentra derogada por las diferentes disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso, se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de un extranjero que habita en Chile”*, lo mismo aplica en el caso del acuerdo de unión civil. Esto en virtud que tiene el deber de amparar el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, por lo que no puede impedir su ejercicio⁴⁴⁸.

Por considerar que la actuación del Servicio del Registro Civil e Identificación carece de sustento legal, es contraria a las normas referidas, revoca el fallo de primera instancia y acoge el recurso de protección, ordenando que el Servicio referido otorgue día y hora para que los recurrentes contraigan matrimonio o acuerdo de unión civil, según sea el caso⁴⁴⁹.

G. R.M.D./DPTO. DE EXTRANJERIA Y MIGRACION DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PUBLICA⁴⁵⁰

Los hechos del caso se fundan en el rechazo, por parte del DEM, de la solicitud de regularización de residencia de una extranjera por haber ingresado clandestinamente al territorio nacional. Esto,

⁴⁴⁶ Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando décimo.

⁴⁴⁷ Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando décimo.

⁴⁴⁸ Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando décimo.

⁴⁴⁹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 10.224-2017, considerando undécimo.

⁴⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 3 mayo 2017. Rol N° 814-2017; y Corte Suprema de Chile. Sentencia de 17 de mayo de 2017. Rol N° 18.192-2017.

a pesar de que a Intendencia Regional Metropolitana revocó la orden de expulsión en su contra, esto motivado por sus antecedentes familiares y laborales⁴⁵¹. Ante esto, la afectada interpone acción constitucional de amparo ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La Corte de Apelaciones esgrime que, según lo informado por la Intendencia, se revocó la orden de expulsión de la amparada porque *“si bien ingresó de forma irregular al país, lo hizo con el único propósito de encontrar una oportunidad laboral en Chile, se tomó en consideración que la extranjera ha mantenido contrato de trabajo vigente y que además cuenta con familiares que se encuentran con permanencia definitiva en el país y actualmente tiene pareja de nacionalidad chilena, no siendo una carga social para el Estado de Chile”*⁴⁵².

El DEM, por su parte, argumentó ante la Corte que los motivos de rechazo de la regularización se fundan en los antecedentes aportados por la amparada, en los cuales no se da cuenta si ingresó por un paso habilitado y tampoco entrega ‘motivos suficientes’ para haber ingresado clandestinamente al territorio nacional. Esto amparado por el artículo 63 n°4 del DL N° 1.094, por el cual se deben rechazar las solicitudes de quienes no cumplan con los requisitos que habilitan para obtener el beneficio⁴⁵³.

Por otro lado, la Corte sostiene que la acción constitucional de amparo, prevista en el artículo 21 de la Constitución, requiere como requisito indispensable la acción u omisión ilegal, agregando que esto significa *“producto del mero capricho de quien incurre en él”* y que esto provoque privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual⁴⁵⁴.

Ante esto, la Corte considera que no se configura el supuesto de base, pues no advierte acción u omisión ilegal o arbitraria, puesto que la amparada ingresó al territorio de manera ‘irregular’,

⁴⁵¹ La amparada ingresó al territorio de manera clandestina, autodenunciándose posteriormente. En marzo de 2014, la Intendencia Metropolitana formuló un requerimiento contra la recurrente por el delito de ingreso clandestino, el cual fue desistido posteriormente. Tras esto, la Intendencia emitió resolución el 6 de mayo de 2014, por medio de la cual ordenaba la expulsión de la amparada. Sin embargo, volvió a desistir de su decisión, revocando la expulsión por medio de resolución exenta de fecha 30 de agosto de 2016, esto fundado en los antecedentes aportados por la recurrente: contrato de trabajo vigente, inexistencia de antecedentes penales en su país de origen, declaración jurada de convivencia con un ciudadano chileno desde el año 2013 e informes migratorios de su grupo familiar que reside en Chile, todos con residencia documentada. Con fecha 2 de septiembre de 2016, la amparada ingresa solicitud de regularización y visado, la cual es rechazada por el DEM el 2 de diciembre del mismo año (Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 814-2017, visto primero; y Corte Suprema de Chile. Rol N° 18.192-2017, vistos 1° al 3°).

⁴⁵² Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 814-2017, visto tercero.

⁴⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 814-2017, visto segundo y cuarto.

⁴⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 814-2017, visto quinto.

ante lo cual la autoridad administrativa tiene potestad discrecional para denegar la solicitud de regularización de residencia. Por lo tanto, la Corte rechaza la acción de amparo constitucional⁴⁵⁵.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Santiago agrega un argumento bastante confuso, el cual fue introducido por el DEM para justificar su accionar. Es así como se sostiene que *“la aparente inconsistencia que pudiera advertirse en el proceder de la autoridad, al haber dejado sin efecto la resolución que dispuso en su momento la expulsión del amparado y ahora denegar la solicitud de regularización, no es tal, pues encuentra una explicación razonable en el hecho de permitir, precisamente, la regularización que se pretende, pues conforme a la ley la expulsada del territorio de la República queda impedid[a] de ingresar, situación que ya no afecta a la persona en cuyo favor se recurre”*⁴⁵⁶.

Segunda Instancia. -

Posteriormente, la amparada interpone recurso de apelación en contra de este fallo, por el cual la Corte Suprema toma conocimiento del caso. En primer lugar, el máximo Tribunal sostiene que *“las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad”*⁴⁵⁷.

La Corte sostiene que si bien no existe una orden que amenace la libertad ambulatoria de la recurrente, la autoridad rechaza la solicitud de regularización por no haber contado con un ingreso regular al territorio nacional, por lo cual insta a hacer abandono del país, supuestamente para que pueda tramitar su visación desde el extranjero. Sin embargo, la Corte sostiene que dicha decisión genera que se mantengan los efectos del decreto de expulsión que ya fue invalidado por la Intendencia⁴⁵⁸.

De igual modo, el máximo Tribunal sostiene que a la amparada se *“le ha impedido concretar su legítima aspiración de subsanar su situación migratoria, recibiendo de la autoridad un pronunciamiento meramente formal fundado sólo en la cita de disposiciones legales, pues los*

⁴⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 814-2017, visto sexto.

⁴⁵⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 814-2017, visto sexto.

⁴⁵⁷ Corte Suprema de Chile. Rol N° 18.192-2017, visto 4°.

⁴⁵⁸ Corte Suprema de Chile. Rol N° 18.192-2017, visto 5°.

hechos en que se sostiene ya han sido objeto de análisis y pronunciamiento, lo que se patentiza con la decisión de la Intendencia de revocar la resolución de expulsión que le afectaba”⁴⁵⁹.

Finalmente, la Corte Suprema sostiene que “*al aducir que la recurrente debe contar previamente con un ingreso regular, deviene en arbitrario y afecta la libertad ambulatoria de la amparada, compelida sin motivo suficiente a abandonar el país*”. Por tanto, revoca la sentencia de primera instancia, acoge la acción de amparo, deja sin efecto la resolución del DEM y les ordena que regularicen la situación de la recurrente⁴⁶⁰.

H. V.M.E./INTENDENCIA DE LA REGIÓN METROPOLITANA⁴⁶¹

Este caso se funda en una resolución de la Intendencia Regional Metropolitana del año 2014, ordenó la expulsión de una mujer extranjera en situación migratoria indocumentada⁴⁶², teniendo como fundamento su ingreso clandestino al territorio nacional. La afectada interpone una acción de amparo constitucional, a fin de que se deje sin efecto dicha resolución.

En primer lugar, la Corte argumenta que el derecho a la libertad personal es reconocido a todas las personas en el artículo 19 n°7 la Carta Magna, y que el mismo prescribe que nadie puede ser privado de su libertad, sino en las formas y casos establecidos por la Constitución y las leyes⁴⁶³.

En segundo lugar, se expone que la ilegalidad que sostiene el recurso no radica en la falta de competencia de la Intendencia para ordenar la expulsión, pues la ley de extranjería sí se la confiere; sino que dicha ilegalidad estaría dada porque la expulsión, en el caso concreto de la

⁴⁵⁹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 18.192-2017, visto 6°.

⁴⁶⁰ Corte Suprema de Chile. Rol N° 18.192-2017, visto 7°.

⁴⁶¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 3 de enero de 2018. Rol N° 3324-2017; y Corte Suprema de Chile. Sentencia de 15 de enero de 2018. Rol N° 947-2018.

⁴⁶² “*Relata que la amparada, doña E.V., vivía en Ecuador con su pareja, don U.A. Por problemas económicos este último decide venirse a Chile con la ayuda de su hermana, iniciando el viaje posteriormente la amparada. Cuenta que al intentar ingresar a nuestro país desde Perú se le negó la entrada sin expresar motivo, razón por lo cual decidió intentar el ingreso nuevamente a través de Bolivia. No tiene éxito, ya que se reitera el rechazo por parte de las autoridades nacionales, por lo que, tras considerar su situación, sola, con su pareja esperándola y rechazada dos veces sin tener información sobre las razones de aquello, toma una oferta de una tercera persona para entrar al país en un vehículo particular que la deja en Iquique. Indica que una vez reunida con su pareja, este la lleva inmediatamente a Policía de Investigaciones con el fin de informar sobre su ingreso, quedando sujeta al control de firma mensual hasta la fecha. Tuvo diversos trabajos hasta el año 2015, fecha en la que suscribe un contrato de trabajo con doña R.M., vigente hasta el día de hoy. Manifiesta que la orden de expulsión fue dictada el 24 de junio de 2014 y que, con la ayuda de la Corporación, se presentó contra ella recurso de reposición con jerárquico en subsidio y tras el rechazo de ambos, con nuevos antecedentes se intentó una solicitud de recurso de oficio, también rechazada*”. (Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 3324-2017, considerando primero).

⁴⁶³ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 3324-2017, considerando tercero y cuarto.

amparada, no está prevista en la ley⁴⁶⁴. Esto en virtud de que el artículo 69 del DL N°1.094 prescribe que el ingreso clandestino es una infracción migratoria constitutiva de delito, cuya sanción consiste en la pena de presidio menor en su grado máximo más la expulsión al momento de haber cumplido la condena.

Ante esto, la Corte estima que el tenor literal de la norma es claro, pues *“prescribe que la expulsión del extranjero que ingresó clandestinamente al territorio nacional debe hacerse efectiva sólo una vez cumplida la pena por el delito cometido”*⁴⁶⁵. En el caso en cuestión, la Intendencia desistió de su acción penal, por lo que ni siquiera se llevó a cabo una investigación. Además, como consecuencia del desistimiento, el artículo 78 del DL N°1.094 prescribe que la responsabilidad penal se encuentra extinguida.

Por otro lado, el artículo 146 del Reglamento de Extranjería prescribe que la expulsión por ingreso clandestino se deberá decretar no solo una vez cumplida la pena privativa de libertad, sino también cuando la autoridad se haya desistido de la denuncia o requerimiento y el Tribunal haya decretado el sobreseimiento definitivo y la inmediata libertad de la persona involucrada. La Corte esgrime que *“ha sido una normativa de carácter jerárquicamente inferior a la ley la que ha creado una nueva causal que permitiría una forma de afectación del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”*; sin embargo, dicha determinación es entregada, por la Constitución, exclusivamente al dominio de la ley⁴⁶⁶.

Es interesante mencionar que la Corte sostiene que *“no desconoce las loables intenciones que pueden subyacer en la regla del artículo 146 del mencionado Decreto Supremo (evitar el proceso penal y la eventual imposición de una pena de esta naturaleza) e incluso tampoco las indeseables consecuencias que puede también eventualmente generar la determinación”*⁴⁶⁷.

A pesar de dichas ‘loables intenciones’, la Corte argumenta que el principio de legalidad, contenido en los artículos 6 y 7 de la Carta Magna, impide amparar la expulsión, pues *“ninguna*

⁴⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 3324-2017, considerando cuarto.

⁴⁶⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 3324-2017, considerando quinto.

⁴⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 3324-2017, considerando quinto.

⁴⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 3324-2017, considerando sexto. Dicha afirmación resulta interesante pues **casos como estos son muy frecuentes; más que una ‘loable’ actitud, constituye una mala praxis**, incluso ese mismo año se registran más sentencias con la misma problemática jurídica. Véase: Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de abril de 2018. Rol N° 398-2018; y Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 29 de marzo de 2018. Rol N° 370-2018.

magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes". En el caso 'sub-lite', la ley prescribe que autoridad solo puede disponer la expulsión de una persona que ingresó clandestinamente al territorio, una vez que esta haya cumplido la integridad de su condena. La Corte añade: *"simplemente no puede hacerlo y si lo hace, vulnera la Constitución y la ley"*. Ante esto, acoge la acción constitucional de amparo y deja sin efecto la Resolución Exenta que ordena la expulsión de la amparada⁴⁶⁸.

Segunda Instancia. -

Posteriormente, la Intendencia interpone recurso de apelación con el fin de impugnar el fallo anterior. La Corte Suprema rechaza el recurso, confirmando la sentencia apelada de forma muy breve, prescindiendo absolutamente de siquiera mencionar el Reglamento de Extranjería, bajo el cual se ampara la Intendencia ante esta 'praxis'.

En contrapartida, considera importante destacar que la que la amparada se autodenunció tras su ingreso clandestino⁴⁶⁹. Funda su decisión en que el artículo 69 del DL N°1.094 impone la medida de expulsión una vez cumplida la condena penal. Por lo tanto, el hecho consistente en que la Intendencia haya formulado un requerimiento penal y posteriormente haya desistido de este, implica que la acción penal deviene en extinguida⁴⁷⁰.

Además, sostiene que formular un requerimiento penal para luego desistirse *"contradice el decreto de expulsión basado en un ingreso ilegal no acreditado suficientemente, no resultando admisible que el mismo Estado adopte criterios opuestos frente a un mismo y único hecho"*⁴⁷¹. Por lo tanto, la Corte Suprema declara que el acto administrativo es ilegal porque carece de fundamento racional⁴⁷².

⁴⁶⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 3324-2017, considerando sexto.

⁴⁶⁹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 947-2018, visto 3°.

⁴⁷⁰ Corte Suprema de Chile. Rol N° 947-2018, visto 1° y 2°.

⁴⁷¹ Corte Suprema de Chile. Rol N° 947-2018, visto 4°.

⁴⁷² Corte Suprema de Chile. Rol N° 947-2018, visto 5°.

I. A.J.D. CON DEPARTAMENTO DE EXTRANJERIA Y OTROS⁴⁷³

Los hechos del caso se fundan en la orden de expulsión de extranjero que ingresó al territorio nacional de manera clandestina, con el objetivo de solicitar refugio. El recurrente interpone acción constitucional de protección, solicitando que se deje sin efecto la orden anteriormente mencionada y que se le permita acceder al procedimiento de solicitud de reconocimiento de su calidad de refugiado⁴⁷⁴.

La Intendencia de Arica y Parinacota justifica la resolución, en la cual ordena la expulsión, no haciendo mención alguna a la intención del recurrente de solicitar refugio, sino que sostiene *“que el recurrente no ingresó al país por las vías destinadas al efecto, entrando clandestinamente, que deriva necesariamente en una situación migratoria irregular, que no se sujeta a las disposiciones legales y además, el acto administrativo que ordena la expulsión fue adoptado conforme la ley, sujetándose dicha actuación a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*⁴⁷⁵.

Ante esto, la Corte de Apelaciones de Copiapó analiza la normativa migratoria pertinente, considerando que el artículo 69 del DL N° 1.094 es la norma jurídica controvertida en el presente caso. Sostiene que en virtud de que el recurrente habría ingresado al territorio nacional por un paso no habilitado, se encuentra en la hipótesis de la comisión de un ilícito penal, *“cuyo conocimiento y sanción le compete a los Tribunales Ordinarios de Justicia, pudiendo disponerse su expulsión por la autoridad competente, luego del cumplimiento de la pena impuesta”*⁴⁷⁶.

La Corte aduce que la Intendencia efectuó una denuncia ante el Ministerio Público, sin embargo, se desistió posteriormente, por lo cual el recurrente no fue juzgado por su conducta y menos condenado por la comisión de un delito. Argumenta que *“la Ley de Extranjería contempla la*

⁴⁷³ Corte de Apelaciones de Copiapó. Sentencia de 8 de mayo de 2019. Rol N° 23-2019.

⁴⁷⁴ *“Refiere que ingresó a Chile con fecha 05 de septiembre de 2018, por el paso de Arica, con el objeto de encontrar oportunidades en el país y solicitar refugio político, habiendo solicitado acceder al procedimiento de determinación de la condición de refugiado a través de la oficina de Inmigración Gobernación Provincial. No obstante, sostiene que dicha repartición lo derivó a la Policía de Investigaciones PDI, en donde se le notificó el decreto de expulsión, que contiene como argumento solo el hecho de registrar un ingreso clandestino al país, hecho denunciado al Ministerio Público de Arica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto Ley 1094 de 1975, presentándose desistimiento de la acción en la misma oportunidad”* (Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 23-2019, visto primero).

⁴⁷⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 23-2019, visto sexto.

⁴⁷⁶ Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 23-2019, visto décimo.

*existencia de un proceso previo, tras el cual es posible decretar la expulsión, que no ha sido respetado, pues según los documentos acompañados por la recurrida, la denuncia se efectuó el mismo día en que la Intendencia se desistió, lo que no permitió la existencia de ningún proceso*⁴⁷⁷.

Añade que la resolución impugnada no da cuenta que se haya tramitado un proceso administrativo en donde el recurrente haya tenido derecho a ser oído y presentar pruebas. Por tanto, la Corte sostiene que existe una *“grave vulneración al debido proceso, garantía que rige transversalmente tanto en sede judicial como administrativa”*⁴⁷⁸.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Copiapó considera que la orden de expulsión contiene una *“fundamentación meramente formal, de la que no puede desprenderse criterio alguno de proporcionalidad y razonabilidad”*⁴⁷⁹, revocando la perturbación o amenaza del derecho a la libertad personal del recurrido. Por lo tanto, acoge la acción de protección y deja sin efecto la resolución de la Intendencia que decreta la expulsión del recurrente del territorio nacional⁴⁸⁰.

Comentario. -

Si bien la Corte otorga protección al recurrente -al considerar que la expulsión es arbitraria, desproporcionada e irracional por no cumplir con los supuestos del artículo 69 de la ley de extranjería ni contar con un debido proceso-, llama absolutamente la atención que no se haya pronunciado sobre la condición de refugiado del recurrente. Entendiendo que él mismo, al momento de interponer la acción, solicita que se le permita acceder al procedimiento de solicitud de reconocimiento de su condición de refugiado⁴⁸¹.

La Corte ni siquiera menciona la normativa aplicable al caso, omitiendo que tanto la ley de extranjería, su respectivo reglamento y la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre

⁴⁷⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 23-2019, visto undécimo.

⁴⁷⁸ Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 23-2019, visto duodécimo.

⁴⁷⁹ Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 23-2019, visto duodécimo.

⁴⁸⁰ Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 23-2019, visto decimotercero.

⁴⁸¹ Así, en el primer visto del fallo se sostiene que el recurrente *“solicita que esta Corte ordene que se disponga la correspondiente formalidad, para poder entrar en el proceso de solicitud de refugio, a fin de obtener su reconocimiento y salvaguardar así su vida, integridad, unión familiar y libertad personal, y que se disponga la admisión de nuevos medios de prueba (...)”* (Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol N° 23-2019, visto primero).

protección de refugiados, permiten que se le conceda asilo político o se reconozca su condición de refugiado a quienes ingresaron clandestinamente al territorio nacional⁴⁸².

En todo momento se da a entender que la persona afectada es migrante indocumentado, sin tomar en consideración que se pudiera estar frente al caso de un refugiado, lo que implica una condición de mayor vulnerabilidad y el consecuente deber del Estado de otorgar otro tipo de protección, de acorde al estatuto de refugiados.

⁴⁸² Véase Ley N° 20.430 (2010), artículo 3 y 6, inciso 2; DL N° 1.094 (1975), artículos 35 y 40; y Decreto N° 597 (1984), artículo 57.

CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

Habiendo sido demostrada la vulnerabilidad compleja de las personas migrantes indocumentadas, no cabe afirmar lo contrario, pues la interseccionalidad de las múltiples dimensiones de esta es evidente.

Con respecto a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de este grupo, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares distingue entre migrantes documentados e indocumentados, garantizando un catálogo de derechos generales para ambos y posteriormente, un conjunto de derechos adicionales solo para los segundos. Es de particular interés el caso de acceso a los DESCAs, pues están garantizados solo para segundo grupo, salvo algunas excepciones en las cuales se aplica a ambos. Además, este tratado no es aplicable a todas las personas migrantes, sino solo a quienes son trabajadores y sus familiares⁴⁸³.

Sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, se evidencia un tratamiento garantista hacia el reconocimiento y protección de los derechos humanos de migrantes indocumentados, entendiéndolos como plenos sujetos titulares de estos derechos. De la integración de su jurisprudencia y los Tratados de derechos humanos, se concluye que los estándares internacionales reconocen que los Estados, en el ejercicio de su soberanía estatal, pueden adoptar las políticas migratorias que estimen pertinentes con respecto a los movimientos migratorios indocumentados dentro de su territorio. Sin embargo, en virtud de los compromisos internacionales que ellos mismos adquirieron, su soberanía tiene como limitación el respeto a los derechos humanos y la prohibición de discriminación a este grupo.

Sobre el caso concreto de personas migrantes indocumentadas en Chile, se evidencia que el trato jurídico-administrativo está centrado en su expulsión. A la vez, existe normativa de rango infra legal y jurisprudencia intenta contrarrestar lo anterior con una protección mínima a la titularidad de derechos de migrantes indocumentados.

⁴⁸³ A pesar del rechazo de la autora a la distinción descrita, se entiende que fue necesario realizarla para que los Estados ratificaran la Convención y se pudiera garantizar un piso mínimo de derechos para migrantes indocumentados, cuya protección fuera obligatoria para los Estados Parte.

Solo existe una ley que rige la migración en Chile, el DL N° 1.094 que data del año 1975. El resto de regulación está dada por su respectivo reglamento (1984) y una serie de disposiciones de carácter infra legal. Esta ley y su reglamento consagran una especie de ‘criminalización’ a la migración indocumentada, puesto que tipifica la migración clandestina como delito, en conjunto con considerar la residencia y el trabajo indocumentado como infracciones que implican multas y la posibilidad de expulsión. Por otro lado, se otorgan facultades discrecionales a las autoridades administrativas, quienes tienen libertad para decidir sobre el otorgamiento o rechazo de las visas y las causales facultativas de admisión de ingreso o de expulsión. La ley también prohíbe el trabajo indocumentado, establece sanciones para quienes empleen a estas personas y obliga a los servicios e instituciones públicas a denunciar a residentes o trabajadores migrantes indocumentados. Es decir, la legislación solo reconoce a la persona migrante indocumentada para ‘criminalizarla’ y ‘expulsarla’, desconociendo por completo su ‘humanidad’ y titularidad de derechos.

Sin embargo, la normativa de rango infra legal es mucho más garantista, reconociendo la existencia de este grupo y su titularidad de derechos, los cuales deben ser especialmente protegidos atendiendo a su situación de vulnerabilidad, concepto por lo demás definido en la legislación chilena⁴⁸⁴. Así, estas diversas normativas consagran el derecho a la educación de NNA indocumentados, la no aplicación de sanción alguna a NNA por infracciones a la normativa migratoria, se asegura el derecho a la salud para todas las personas migrantes (desvinculando la atención médica a la situación migratoria y superando los estándares dados por la Convención sobre trabajadores migrantes), asegura derechos laborales para migrantes indocumentados (entendiendo que la relación laboral es independiente de la condición migratoria)⁴⁸⁵ y también establece visas para grupos vulnerables como mujeres indocumentadas que sean víctimas de violencia de género y NNA estudiantes.

⁴⁸⁴ Ley N° 20.530 (2011), artículo 2.

⁴⁸⁵ Con respecto a las normativas infra legales de carácter laboral, estas contienen grandes contradicciones con la ley de extranjería y su reglamento, esto porque las primeras consagran dichos derechos independiente de la condición migratoria del trabajador, pero las segundas establecen la prohibición del trabajo indocumentado. Si bien no prohíbe expresamente, sí prescribe que los empleadores deben asegurarse de contratar a personas documentadas y en el caso de contratar a indocumentados, serán sancionados junto al trabajador en cuestión. Por otro lado, el DL N° 1.094 prescribe que la Dirección del Trabajo y todo funcionario encargado de fiscalizar o tramitar asuntos públicos, deberá asegurarse que la persona sea documentada, si no lo es, tiene el deber de denunciar. Ante esto, ¿cómo la DT fiscalizará que las y los trabajadores indocumentados se encuentren en buenas condiciones laborales y se respeten sus derechos, si es que al momento de acudir a terreno tiene que denunciarles?

De esto se concluye que existe una discordancia entre la normativa migratoria, en primer lugar, por la antigüedad de la ley y su reglamento, los cuales no dicen relación con las circunstancias actuales, tanto por el contexto democrático, la magnitud de los flujos migratorios y la mayor consagración del DIDH. En segundo lugar, se evidencia una tensión entre la centralidad de la expulsión en la ley de extranjería y un reconocimiento de derechos por parte de las diversas normativas de rango infra legal. El problema está dado porque estas últimas, como su nombre lo indica, son de menor jerarquía que la ley, por lo que debiese primar el DL N° 1.094. Sin embargo, la Constitución Política de la República garantiza una serie de derechos a todas las personas, además de integrar los Tratados Internacionales de derechos humanos que han sido suscritos por Chile y que se encuentran actualmente vigentes. En virtud de ello, los derechos consagrados en las disposiciones infra legales se encuentran también reconocidos en los Tratados Internacionales y en la Carta Fundamental, la cual es de jerarquía superior, por lo que prima sobre la ley.

Este último argumento ha sido tratado de instaurarse en la jurisprudencia chilena, no obstante, no es el único criterio jurisprudencial, pues los fallos varían de acuerdo con la composición de la Corte. De los fallos analizados se evidencia una ‘mala praxis’ de las autoridades administrativas, sobre todo de las Intendencias Regionales; frente a casos de delitos migratorios, acostumbran a denunciar o presentar un requerimiento ante el Ministerio Público, para luego desistirse de él y expulsar a la persona, sin haber cumplido los requisitos legales para ello⁴⁸⁶. Por lo demás, si la Intendencia desiste de la denuncia, se extingue la responsabilidad penal; si no hay responsabilidad penal, no hay sanción y, por lo tanto, no podría haber expulsión.

Ante esto, la ‘mala praxis’ se transforma en una arbitrariedad e ilegalidad, que además niega el debido proceso a personas que perfectamente pudiesen ser víctimas de otros delitos como son el tráfico de migrantes; por lo que se estaría castigando a la persona más vulnerable y estaría desestimando la oportunidad de perseguir un delito de verdadera envergadura.

Para resolver este asunto, hay jueces que han fallado a favor de estas prácticas, argumentando que la autoridad está facultada para ello. En cambio, otros Ministros han sostenido que la

⁴⁸⁶ El artículo 69 del DL N° 1.094 que prescribe que la persona debe ser expulsada una vez que haya cumplido la totalidad de su condena (sanción privativa de libertad) que haya sido impuesta por un juez penal luego de un debido proceso

discrecionalidad administrativa, consagrada por la ley de extranjería, tiene límites establecidos por los derechos fundamentales, por lo cual toda decisión debe ser proporcional y no arbitraria. A esto se añade la consideración de que la autoridad está extralimitando sus facultades, puesto que no cuenta con la habilitación legal para expulsar sin condena previa.

Otras malas prácticas que se aprecian en la jurisprudencia son la negación de la nacionalidad a hijas e hijos de inmigrantes indocumentados nacidos en Chile y la de dar hora y fecha para que una persona indocumentada pueda contraer matrimonio o suscribir un AUC. Hoy en día la primera práctica está casi erradicada por completo, mientras la segunda es cada vez menos respaldada por los Tribunales.

En la jurisprudencia se da un fenómeno bastante interesante, el cual consiste en la imposibilidad de encontrar sentencias relacionadas con el acceso a los DESCAs, por parte de migrantes indocumentados. La única sentencia que fue posible obtener data del año 2010 y priva a una niña de su derecho a educación y alimentación. Frente a esto, se ha podido concluir que, en su mayoría, *las personas migrantes indocumentadas no acuden a Tribunales frente a las conocidas vulneraciones de derechos de las que son víctima*. En general, solo concurren cuando serán expulsadas, por ello, la mayoría de los fallos son acciones de amparo frente a resoluciones que ordenan expulsiones.

Dicho todo esto cabe responder la pregunta de investigación de la presente tesis, ¿cumple Chile con los estándares internacionales en materia de protección del acceso y ejercicio de los derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas? Tanto en la normativa como en la jurisprudencia se aprecia esta constante tensión entre los derechos fundamentales y la legalidad que criminaliza a la migración indocumentada. Se evidencia una estructura jurídico-administrativa discriminatoria, muchas veces amparada por los jueces de turno y funcionarios públicos, entendiendo que ellos también están insertos en una sociedad racista. En conclusión, *el Estado chileno no cumple con los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos de las personas migrantes indocumentadas, configurándolos como sujetos no titulares de derechos, dejándolos al margen de la protección estatal y siendo solamente considerados para ser expulsados*.

Frente a ello, el hecho de que una persona no cumpla con la legislación migratoria no autoriza en absoluto esta privación de derechos fundamentales. Afortunadamente, la garantía de estos

derechos por sobre las políticas migratorias restrictivas está tomando relevancia dentro de la jurisprudencia. Además, las precarias condiciones de vida de migrantes indocumentados en Chile ha alcanzado gran difusión, por lo que la lucha por el reconocimiento y respeto de sus derechos va sumando cada vez más adeptas y adeptos. Ante esto, aún hay esperanzas en un verdadero reconocimiento de su plena titularidad de derechos. No obstante, esto implica que el Estado debe tener la disposición de regularizar su condición migratoria, pues es la única forma de erradicar la migración clandestina e indocumentada, además de disminuir las barreras ingreso al territorio nacional.

Como afirma el sociólogo Stephen Castles, *“las fronteras abiertas serían la manera más simple de eliminar la migración irregular, pero las consideraciones políticas detienen a los gobiernos para adoptar este remedio”* (Castles 2010, 53). Con ello, la autora no afirma que se deba eliminar todo control migratorio y liberalizar absolutamente las fronteras, pero sí dejar de ver la migración bajo un enfoque de seguridad nacional, viendo al extranjero como una ‘amenaza’ para el país.

En contraposición, un enfoque de derechos humanos estaría centrado en el desarrollo de las personas, lo cual implica entender la migración como un fenómeno multidimensional que es *“consecuencia de la inseguridad humana que surge principalmente a través de la desigualdad global”* (Castles 2010, 74). Si las personas migran es por su legítimo deseo de aspirar a ‘algo mejor’, todo ser humano aspira a la máxima felicidad, satisfacción y plenitud posible. ¿Por qué algunas personas sí podrían aspirar a ello y otras no? Es momento de entender que cuando hablamos de personas migrantes, independiente de cualquier condición o consideración, estamos hablando de seres humanos con nombre y rostro, que han nacido *“libres e iguales en dignidad y derechos”* (Asamblea General de las Naciones Unidas 1948, art.1), por lo que ***“[l]a inmigración debiera ser, pues, una oportunidad para tomar en serio la universalidad e igualdad de los derechos humanos”*** (Lages de Oliveira 2019, 40).

ANEXOS

Anexo 1: Estadísticas migratorias de países latinoamericanos al año 2019 (OIM 2019, Departamento de Asuntos Economicos y Sociales de Naciones Unidas 2019, INE y DEM 2019). Elaboración propia de la autora.

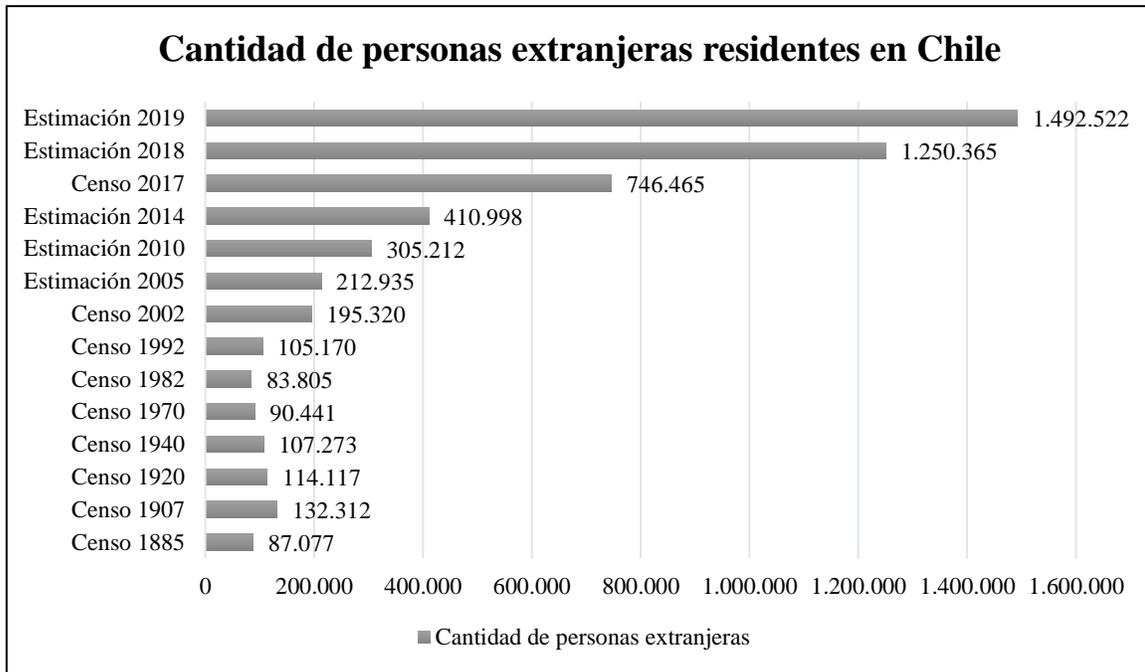
PAÍS	HABITANTES	INMIGRANTES	% DE LA POBLACIÓN	EMIGRANTES
Argentina	44,5 millones	2,2 millones	4,90%	1 millón
Belice	383,1 mil	60 mil	15,40%	68,1 mil
Bolivia	11,4 millones	156,1 mil	1,40%	878,2 mil
Brasil	209,5 millones	807 mil	0,40%	1,7 millones
Chile	18,7 millones	1,49 millones	5%	650,2 mil
Colombia	49,6 millones	1,1 millón	2,30%	2,9 millones
Costa Rica	5 millones	417,8 mil	8,30%	150,4 mil
Cuba	11,3 millones	4,9 mil	0%	1,7 millones
Ecuador	17,1 millones	381,5 mil	2,20%	1,2 millones
El Salvador	6,4 millones	42,6 mil	0,70%	1,6 millones
Guatemala	17,2 millones	80,4 mil	0,50%	1,2 millones
Guyana	779 mil	15,7 mil	2%	520,2 mil
Haití	11, 1 millón	18,8 mil	0,20%	1,6 millones
Honduras	9,6 millones	38,9 mil	0,40%	800,7 mil
México	126,2 millones	1,1 millones	0,80%	11,8 millones
Nicaragua	6,5 millones	42,2 mil	0,60%	682,9 mil
Panamá	4,2 millones	185,1 mil	4,40%	161,1 mil
Paraguay	7 millones	160,5 mil	2,30%	871,6 mil
Perú	32 millones	782,2 mil	2,40%	1,5 millones
República Dominicana	10,6 millones	567,6 mil	5,30%	1,6 millones
Suriname	576 mil	46,2 mil	7,90%	423,5 mil
Uruguay	3,4 millones	81,5 mil	2,40%	633,4 mil
Venezuela	28,9 millones	1,4 millones	4,80%	2,5 millones

CARÁTULA	FECHA	RESUMEN	TEMA PRINCIPAL	PRINCIPALES DERECHOS VULNERADOS O INVOLUCRADOS
OC 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	México solicita un pronunciamiento a la Corte respecto a la asistencia consular en el marco del debido proceso, en relación con la Convención de Viena, el PIDCP, la Carta de la OEA y la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre.	Asistencia consular	Derecho a la información y asistencia consular (art. 36 Convención de Viena); derecho a la vida (art. 6 PIDCP); debido proceso y garantías judiciales (art. 14 PIDCP).
OC 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.	17 de septiembre de 2003	El Estado de México solicita a la Corte un pronunciamiento respecto a la condición jurídica de los migrantes indocumentados.	Igualdad y no discriminación	Deber de los Estados de respetar derechos (art. 1 CADH), deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2), y derecho a la igualdad y no discriminación.
Caso Vélez Loor vs. Panamá	23 de noviembre de 2010	Responsabilidad Internacional de Panamá por la detención migratoria de Jesús Vélez Loor, ciudadano ecuatoriano, por las malas condiciones en el centro de detención y por la falta de un debido proceso.	Debido proceso	Derecho a la libertad personal (artículo 7 CADH con relación al 1.1 y 2), derecho a las garantías judiciales (art. 8), principio de legalidad (art. 9), integridad personal (5 CADH; 1,6 y 8 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.) y de incumplir la obligación de garantizar, sin discriminación, el acceso a la justicia (8 y 25).
Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana	24 de octubre de 2012	Responsabilidad de República Dominicana por la muerte y afectaciones a la integridad de migrantes haitianos por parte de agentes militares, así como la falta de investigación de los hechos en el fuero ordinario.	Uso debido de la fuerza, privación arbitraria de la vida, debido proceso y expulsión	Derecho a la vida (art 4. CADH), integridad personal (art. 5), libertad personal (art. 7), garantías judiciales (art. 8), derecho a la circulación y residencia (art. 22); igualdad ante la ley (art. 24); protección judicial (art. 25). También desarrolla el derecho a la atención médica de urgencia y a un entierro digno.
Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia	25 de noviembre de 2013	El caso trata sobre la expulsión de Bolivia de la Familia Pacheco	Asilo, debido proceso y no devolución	Protección a la familia (art. 17 CADH), derechos del niño (art. 19), integridad personal (art. 5), derecho de circulación y

		Tineo, quienes años antes tenían el estatuto de refugiados en Chile. La expulsión se debió al ingreso como migrantes irregulares, además de tener una orden de captura en su contra por parte del Estado peruano.		residencia (art. 22), garantías judiciales (art. 8), principio de legalidad y retroactividad (art. 9), y protección judicial (art. 25).
OC 21/14 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional	19 de agosto de 2014	Los Estados de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay solicitan el pronunciamiento de la Corte respecto a la situación de niñez migrante en el contexto latinoamericano de migraciones en grupo, en particular de NNA que se encuentran en situación migratoria indocumentada.	Niñez migrante	Principales: Derecho a la Vida (artículo 4.1); Derecho a la Integridad Personal (artículo 5); Derecho a la Libertad Personal (artículo 7); Derecho a Garantías Judiciales (artículo 8); Derecho a la Honra y a la Dignidad (artículo 11); Derecho a la Protección de la Familia (artículo 17); Derecho de Circulación y de Residencia (artículo 22.7; 22.8); Derecho a la Igualdad ante la Ley (artículo 25); Normas de Interpretación (artículo 29).
Caso de personas dominicanas y haitianas vs. República Dominicana	28 de agosto de 2014	El Estado de República Dominicana expulsó de su país a un grupo de personas de origen haitiano, aun cuando algunas de ellas habían nacido en territorio dominicano. La Corte concluyó que llevó a cabo dichas expulsiones violando los siguientes derechos.	Expulsión colectiva y derecho a la nacionalidad	Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.) , Artículo 11 (Derecho a la honra y dignidad) , Artículo 17 (Protección a la Familia) , Artículo 19 (Derecho de niño) , Artículo 20 (Derecho a la nacionalidad) , Artículo 21 (Derecho a la propiedad privada) , Artículo 22 (Derecho de circulación y de residencia) , Artículo 24 (Igualdad ante la ley) , Artículo 25 (Protección Judicial) , Artículo 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) , Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) , Artículo 7 (Derecho a la libertad personal) , Artículo 8 (Garantías Judiciales)
OC 25/18 La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección	30 de mayo de 2018	Ecuador solicita a la Corte un pronunciamiento respecto a la institución del asilo y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme	Asilo	Derecho de buscar y recibir asilo (art. 22.7 CADH); principio de no devolución (art. 22.8 CADH); igualdad y no discriminación.

		al principio de igualdad y no discriminación.		
--	--	---	--	--

Anexo 3: Evolución de cantidad de personas migrantes residentes en Chile entre 1885 y 2019. Elaborado por el Servicio Jesuita a Migrantes (SJM 2020, 8).



Anexo 4: Población extranjera residente en Chile por sexo y país de origen, estimada al 31 de diciembre, años 2018-2019.
Elaborado por INE-DEM (INE y DEM 2020).

PAÍS	ESTIMACIÓN 2018			ESTIMACIÓN 2019		
	TOTAL	MUJERES	HOMBRES	TOTAL	MUJERES	HOMBRES
<i>TOTAL</i>	1.250.365	605.677	644.688	1.492.522	728.746	763.776
Venezuela	288.940	139.399	149.541	455.494	226.128	229.366
Perú	224.494	117.129	107.365	235.165	121.789	113.376
Haití	178.980	63.915	115.065	185.865	66.797	119.068
Colombia	146.833	77.600	69.233	161.153	85.051	76.102
Bolivia	107.552	58.942	48.610	120.103	65.062	55.041
Argentina	74.308	36.704	37.604	79.464	38.763	40.701
Ecuador	36.804	18.773	18.031	41.403	20.978	20.425
España	21.034	9.199	11.835	22.524	10.053	12.471
República Dominicana	17.881	10.699	7.182	20.080	11.859	8.221
Brasil	18.020	9.875	8.145	19.980	10.874	9.106
Estados Unidos	16.200	7.944	8.256	18.477	9.176	9.301
Cuba	15.721	6.478	9.243	16.253	6.866	9.387
China	13.405	5.694	7.711	15.696	6.582	9.114
Francia	8.759	4.161	4.598	10.520	5.079	5.441
México	8.866	4.608	4.258	10.380	5.475	4.905
Alemania	8.396	4.353	4.043	9.689	5.090	4.599
Uruguay	5.917	2.612	3.305	6.296	2.765	3.531
Italia	5.333	2.187	3.146	6.075	2.529	3.546
Paraguay	5.507	3.355	2.152	5.987	3.660	2.327
Otro País	43.883	20.393	23.490	48.384	22.514	25.870
No Declarado	3.532	1.657	1.875	3.534	1.656	1.878

Anexo 5: Tabla de variables que deben utilizarse para la identificación, análisis, derivación y evaluación de casos sociales de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad social. Elaborado por el DEM⁴⁸⁷.

<ul style="list-style-type: none"> • Condición de Salud -Hospitalización -Intervención quirúrgica -Postrado/a -Discapacidad -Embarazo de alto riesgo -Enfermedad catastrófica (cáncer, VIH, entre otras) 	<ul style="list-style-type: none"> • Situación Social -Violencia intrafamiliar (VIF) -Casos SENAME (internación provisoria) -Repatriación -Personas en situación de calle
<ul style="list-style-type: none"> • Situación Migratoria -Turista (regular o irregular) -Residencia (regular o irregular) -Visa en trámite -Permanencia definitiva en trámite -Rechaza visa o pede con abandono 	<ul style="list-style-type: none"> • Situación Económica -Situación económica vulnerable
<ul style="list-style-type: none"> • Situación Habitacional -Incendio -Catástrofe -Situación de hacinamiento 	

⁴⁸⁷ Oficio Orden N°8638 (2019), página 3.

REFERENCIAS

DOCTRINA

- ACNUDH. «Migration and Human Rights». *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner*. s.f. Migration and Human Rights (último acceso: 4 de marzo de 2020).
- . *Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations*. Génova, 2018.
- . *The economic, social and cultural rights of migrants in an irregular situation*. Génova y Nueva York, 2014.
- ACNUR. *Conclusiones Adoptadas por el Comité Ejecutivo para la Protección Internacional de Refugiados. No. 71 (XLIV)*. 1993.
- ACNUR. «Directrices de protección internacional. Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.» 2009.
- . *Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, 2011.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. «Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.» 2000.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. «Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade del Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.» 2000.
- Castilla Juárez, Karlos. «Migración irregular y políticas migratorias bajo el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Nadege Dorzema y otros.» *Revista Vasca de Administración Pública* 95 (2013): 125-147.
- Castles, Stephen. «Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales.» *Migración y Desarrollo* 8, n° 15 (agosto 2010): 49-80.
- CDH. «Migración y derechos humanos. Informe temático.» Temático, Santiago, Chile, 2016.
- CEPAL. *Protección social y migración. Una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas*. Editado por Carlos Maldonado Valera, Jorge Martínez Pizarro y Rodrigo Martínez. Santiago: CEPAL, 2018.
- CIDH. *Movilidad Humana. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 2015.

- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. «Comunicación No. 159/96, Sesión Ordinaria No. 22.» 1997.
- Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. «Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).» 2013.
- Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. «Observación General N° 7 (2005) “Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia”, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006.» 2006.
- de la Fuente Robles, Yolanda. «Migración y discapacidad: un enorme reto sin respuesta.» *Balance Sanitario de la Dependencia y Discapacidad.* s.f. https://www.balancesociosanitario.com/Migracion-y-discapacidad-un-enorme-reto-sin-respuesta_a6438.html.
- Departamento de Asuntos económicos y Sociales de Naciones Unidas. «International migrant stock 2019.» *United Nations Population Division. Department of Economic and Social Affairs. International Migration.* 2019. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates19.asp> (último acceso: 24 de febrero de 2020).
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas. «International migrant stock 2019.» *United Nations Population Division. Department of Economic and Social Affairs. International Migration.* 2019. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates19.asp> (último acceso: 23 de marzo de 2020).
- . *Recomendaciones sobre Estadísticas de las Migraciones Internacionales, Revisión 1.* Nueva York, 1999.
- Detention Focus. *Database on Detention Issues.* s.f. www.apt.ch/detention-focus (último acceso: 15 de febrero de 2020).
- Díaz Letelier, Gonzalo, y María Emilia Tijoux. «Inmigrantes, los "nuevos bárbaros" en la gramática biopolítica de los Estados contemporáneos.» *Quadranti Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea* 2, n° 1 (2014): 283-309.
- Dirección del Trabajo. *Dirección del Trabajo.* 2020. www.gt.gob.cl (último acceso: 1 de mayo de 2020).
- Doña Reveco, Cristián. *Breve Reseña y Análisis de la Convención Internacional sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.* Santiago: OIM, junio de 2003.
- Dumont, Jean-Christopher, y Lemaître Georges. *Counting Immigrants and Expatriates in OECD Countries: A New Perspective.* Paris: OCDE, 2005.

- Estados Parte de la Convención de 1951. *Declaración de los Estados Parte de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, 2001.
- Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de Naciones Unidas. *Terminología sobre Reducción del Riesgo de Desastres*. 2009.
- Estupiñan Silva, Rosmerlin. «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología.» En *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, de Red de Derechos Humanos y Educación Superior, editado por Laurence Burgogue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica, 193-222. Barcelona, 2014.
- Feito, Lydia. «Vulnerabilidad.» *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 30, n° 3 (2007): 7-22.
- Galdámez Zelada, Liliana. «Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol No 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L. No 10.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol No 2257-12-INA.» *Estudios Constitucionales* 11, n° 2 (2013): 769-782.
- González, Jorge, María del Pilar Hernández, y Alfredo Sánchez Castañeda. «La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario.» En *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, de Diego Valdés y Rodrigo Gutiérrez, 225-243. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria. «Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Grupo, A/HRC/7/4.» 2008.
- Hoffmaster, Barry. «What Does Vulnerability Mean? [Fecha de consulta: 26 de agosto de 2019]. 38p.» *The Hastings Center Report* 36, n° 2 (March-April 2006): 38-45.
- INE y DEM. «Estimación de extranjeros residentes en Chile al 31 de diciembre de 2018. » Técnico., 2019.
- INE y DEM. «Estimación de extranjeros residentes en Chile al 31 de diciembre de 2019.» Técnico, 2020.
- Jaegermann, Zuzzane. «El estatus ‘irregular’ de los/as inmigrantes como una construcción socio-política.» *Itinerarios. Revista de estudios lingüísticos, literarios, históricos y antropológicos* 13 (2011): 207-224.
- Lages de Oliveira, Rita. «Migración internacional y derecho: una reflexión en clave de Derechos Humanos.» *Revista Anales Séptima Serie*, n° 16 (2019): 29-45.
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública. «Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería.» 8 de abril de 2018.

- Morondo Taramundi, Dolores. «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión.» *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 34 (2016): 205-221.
- Naciones Unidas. «United Nations Treaty Collection: Status of Treaties.» *United Nations Treaty Collection*. 23 de marzo de 2020. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en (último acceso: 23 de marzo de 2020).
- Nash Rojas, Claudio, y Constanza Núñez Donald. «Impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la protección jurisdiccional de grupos de discriminación estructural en Chile.» *Estudios Constitucionales* 16, n° 2 (2018): 221-270.
- Nogueira Alcalá, Humberto. «El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas.» *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 13, n° 2 (2006): 61-100.
- OEA. «Migración Internacional Salud y Derechos Humanos. No. 4.» 2003.
- OIM. *La migración en la Agenda 2030*. Ginebra, 2018.
- . *Migration Data Portal*. 2019. <https://migrationdataportal.org/> (último acceso: 6 de marzo de 2020).
- . «Términos fundamentales sobre migración.» *IOM UN Migration*. s.f. <https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion> (último acceso: 12 de febrero de 2020).
- . *World Migration Report 2010: The Future of Migration: Building Capacities for a change*. Génova, 2010.
- . *World Migration Report 2020*. Génova, 2019.
- Olea, Helena. «Prólogo.» En *Migración en Chile. Evidencia y mitos de una nueva realidad*, editado por José Tomás Vicuña y Nicolás Rojas Pedemonte, 9-15. Santiago: LOM Ediciones, 2019.
- Parlamento Europeo. «Resolución sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2015/2258 (INI)).» 2016.
- Pew Research Center. «Europe's Unauthorized Immigrant Population Peaks in 2016, Then Levels Off. » *Pew Research Center Global Attitudes & Trends*. 13 de noviembre de 2019. <http://www.pewresearch.org/> (último acceso: 17 de abril de 2020).

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Human Development Report. Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience*. Washington DC, 2014.

RAE. *Diccionario español jurídico*. 2020. <https://dej.rae.es>.

Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. «Informe del Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/7/12 de 25 de febrero de 2008.» Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2008.

Rivera Polo, Felipe. «Derechos Humanos y Migración Internacional.» Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Congreso Nacional, 2015.

Rodríguez Pizarro, Gabriela. «Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85.» 2002.

SJM. *Migración en Chile. Anuario 2019, un análisis multisectorial*. Santiago: Servicio Jesuita a Migrantes, 2020.

Stefoni, Carolina. «Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante.» En *La construcción social del sujeto migrante en América Latina: prácticas, representaciones y categorías*, de Cátedra Iberoamericana de Estudios sobre Migraciones, editado por Bela Feldman-Bianco, Liliana Rivera Sánchez, Carolina Stefoni y Marta Inés Villa Martínez, 79-109. Quito: Crearimagen, 2011.

Stefoni, Carolina. *Panorama de la migración internacional en América del Sur*. Santiago: Reunión regional latinoamericana y carieña de expertas y expertos en migración internacional preparatoria del pacto mundial para una migración seura, ordenada y regular, 2017.

Thayer, Luis Eduardo. «Causas y consecuencias de la irregularidad migratoria.» En *Migración en Chile. Evidencias y mitos de una nueva realidad*, editado por José Tomás Vicuña y Nicolás Rojas Pedemonte, 297-334. Santiago: LOM Ediciones, 2019.

Tijoux Merino, María Emilia, y Simón Palominos Mandiola. «Aproximaciones teóricas para el estudio de procesos de racialización y sexualización en los fenómenos migratorios de Chile.» *Polis, Revista Latinoamericana* 14, n° 2 (2015): 247-275.

Tijoux, María Emilia. «Yo no soy racista, pero...» En *Migración en Chile. Evidencias y mitos de una nueva realidad*, editado por José Tomás Vicuña y Nicolás Rojas Pedemonte, 351-373. Santiago: LOM Ediciones, 2019.

UNESCO. «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes: Kit informativo.» Naciones Unidas, Francia, 2005.

UNICEF. *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*. Editado por Víctor Abramovich, Pablo Ceriani Cernadas y Leonardo Franco. Buenos Aires: UNICEF, 2009.

Unión Interparlamentaria, OIT, y ACNUDH. *Migración, derechos humanos y gobernanza. Manual para Parlamentarios N° 24*. Francia, 2015.

von Bogdandy, Armin. «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador.» *Revista Derecho del Estado*, n° 34 (julio 2015): 3-50.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No.232.

Corte IDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2005.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

- Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.
- Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.
- Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.
- Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 258.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. Caso Montero Aranguren y Otros, (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.
- Corte IDH. Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.

- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.
- Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.
- Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
- Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.
- Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 9 de febrero de 2015. Rol N° 9-2015.

Corte de Apelaciones de Copiapó. Sentencia de 8 de mayo de 2019. Rol N° 23-2019.

Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 17 de enero de 2011. Rol N° 597-2010.

Corte de Apelaciones de Iquique. Sentencia de 31 de marzo de 2015. Rol N° 56-2015.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 3 de enero de 2018. Rol N° 3.324-2017.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 3 mayo 2017. Rol N° 814-2017.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de abril de 2018. Rol N° 398-2018.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 13 de marzo de 2017. Rol N° 114.667-2016.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 25 de septiembre de 2013. Rol N° 21.751-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 29 de marzo de 2018. Rol N° 370-2018.

Corte Suprema de Chile. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Rol N° 10.608-2013, vistos.

Corte Suprema de Chile. Sentencia de 15 de enero de 2018. Rol N° 947-2018.

Corte Suprema de Chile. Sentencia de 17 de mayo de 2017. Rol N° 18.192-2017.

Corte Suprema de Chile. Sentencia de 23 de febrero de 2015. Rol N° 3073-2015.

Corte Suprema de Chile. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Rol N° 5482-2013.

Corte Suprema de Chile. Sentencia de 27 de junio de 2017. Rol N° 10.224-2017.

Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC), rol N° 2257-12-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la ciudadana haitiana Sonia Fortilus, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección Rol N° 6118-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en actual apelación para ante la Corte Suprema. Sentencia de 10 de septiembre de 2013.

Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC), rol N° 2273-13-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 21.751-2012. Sentencia de 4 de julio de 2013.

Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC), rol N°4757-18-CDS. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputados, respecto del Decreto Supremo N° 776, de 9 de abril de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que establece visto consular de turismo a nacionales de Haití, publicado en el Diario Oficial el 17 de abril de 2018. Sentencia de 19 de julio de 2018.

NORMATIVA INTERNACIONAL

ACNUR. *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Cartagena, Colombia, 1984.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, 1951.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York, 1989.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración de los Derechos del Niño*. Ginebra, 1959.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris, 10 de diciembre de 1948.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York, 1966.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966.

Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. *Declaración y el Programa de Acción de Durban*. Durban, Sudáfrica, 2005.

Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. *Principios básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*. La Habana, Cuba, 1990.

Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*. Viena, 1963.

OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica, 1969.

NORMATIVA NACIONAL

Circular N° 16 de 2017, que instruye sobre visación temporaria para niños, niñas y adolescentes. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 26 de julio de 2017.

Circular N° 1.179 de 2003, que establece el otorgamiento de la visación de Estudiante Titular. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 28 de enero de 2003.

Circular N° 30.722 de 2014, que elimina aplicación de sanciones migratorias a niños, niñas y adolescentes, Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 10 de septiembre de 2014.

Código Civil de 1856. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Ministerio de Justicia, República de Chile, 30 de mayo de 2000.

Constitución Política de la República de Chile de 1980. Decreto Supremo N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, 22 de septiembre de 2005.

Decreto Ley N° 1.094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Ministerio del Interior, República de Chile, 19 de julio de 1975.

Decreto Supremo N° 67 de 2015, modifica Decreto N° 110 de 2004, del Ministerio de Salud, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes. Ministerio de Salud, República de Chile, 10 de marzo de 2016.

Decreto Supremo N° 110 de 2004, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes. Ministerio de Salud, República de Chile, 11 de diciembre de 2004.

Decreto Supremo N° 597 de 1984, que aprueba el nuevo reglamento de extranjería. Ministerio del Interior, República de Chile, 19 de junio de 1984.

Instructivo Presidencial N°5 de 2015, que establece Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria. Presidenta de la República de Chile, 6 de noviembre de 2015.

Instructivo Presidencial N° 9 de 2008, que imparte instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria. Presidenta de la República de Chile, 2 de septiembre de 2008.

Ley N° 18.469 de 1985, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. Ministerio de Salud, República de Chile, 23 de noviembre de 1985.

Ley N° 20.430 de 2010, que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Ministerio del Interior, República de Chile, 15 de abril de 2010.

Ley N° 20.530 de 2011, que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y modifica cuerpos legales que indica. Ministerio de Planificación, República de Chile, 13 de octubre de 2011.

Oficio Circular A 15 N° 6 de 2015, sobre atención de salud de personas inmigrantes. Ministerio de Salud, República de Chile, 9 de junio de 2015.

Oficio Circular N°1.179 de 2003. Ministerio de Salud, República de Chile, 28 de enero de 2003.

Oficio Circular N° 6.232 de 2003. Ministerio de Salud, República de Chile, 26 de mayo de 2003.

Oficio Orden N°8.638 de 2019, sobre Protocolo de Casos Sociales. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 21 de enero de 2019.

Oficio Ordinario N° 3.229 de 2008. Ministerio de Salud, República de Chile, 11 de junio de 2008.

Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022 de 2018. Ministerio de Educación, República de Chile, 19 de mayo de 2018.

Resolución Exenta N°1.308 de 2017, que Aprueba Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile. Ministerio de Salud, República de Chile, 30 de octubre de 2017.

Resolución Exenta N°1.914 de 2008, que aprobó el Convenio de colaboración entre los ministerios de Salud y del Interior. Ministerio de Salud y Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 10 de marzo de 2008.

Resolución Exenta N° 2.233 de 2017, que aprueba Manual de Procedimiento de Fiscalización de la Dirección del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, República de Chile, 27 de diciembre de 2016, entrada en vigor el 1 de agosto de 2017, página 138.

Resolución Exenta N°6.677 de 2007. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, República de Chile, 20 de noviembre de 2007.

Resolución Exenta N° 80.388 de 2009, que aprueba convenio de colaboración y acción conjunta entre el Ministerio del Interior y el Servicio Nacional de la Mujer. Ministerio del Interior, República de Chile, 16 de diciembre de 2009.

PRENSA

- 20 minutos. «Aylan Kurdi, la historia del niño cuya muerte ha retratado el drama de los refugiafod.» *20 minutos*, 2015 de septiembre de 2015. <<https://www.20minutos.es/noticia/2547335/0/aylan-kurdi-historia-vida/nino-siria/foto-ahogado/>>.
- Ahmed, Azam, y Kirk Semple. «La imagen de un padre y su hija ahogados al cruzar el río Bravo captura la tragedia de quienes arriesgan todo.» *The New York Times*, 26 de junio de 2019. <<https://www.nytimes.com/es/2019/06/26/espanol/foto-de-migrantes-ahogados.html>>.
- Andrade, Eduardo. «Racismo mediático: un festín ante la vulnerabilidad de la comunidad migrante en la pandemia.» *Diario UChile*, 22 de abril de 2020. <<https://radio.uchile.cl/2020/04/22/racismo-mediatico-un-festin-ante-la-vulnerabilidad-de-la-comunidad-migrante-en-la-pandemia/>>.
- BBC. «5 gráficos que explican el estado actual de la inmigración irregular en Estados Unidos.» *BBC News*, 13 de junio de 2019. <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48893783>>.
- BBC. «Carola Rackete: liberan a la capitana de barco alemana que enfureció al gobierno de Italia por rescatar migrantes.» *BBC News*, 2 de julio de 2019. <www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48833864>.
- Carvajal, Claudia. «Caso de Joane Florvil: Juzgado condena por discriminación a Municipalidad de Lo Prado.» *Diario UChile*, 5 de enero de 2019. <<https://radio.uchile.cl/2019/01/05/caso-joane-florvil-juzgado-condena-por-discriminacion-a-municipalidad-de-lo-prado/>>.
- Cooperativa. «A siete meses de su muerte, repatriarán el cuerpo de Joane Florvil.» *Cooperativa*, 6 de mayo de 2018. <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/poblacion/inmigrantes/a-siete-meses-de-su-muerte-repatriaran-el-cuerpo-de-joane-florvil/2018-05-06/115144.html>>.
- El Desconcierto. «Caso Joane Florvil: Corte de Apelaciones ratifica fallo por discriminación contra Municipalidad de Lo Prado.» *El Desconcierto*, 13 de julio de 2019. <<https://www.eldesconcierto.cl/2019/07/13/caso-joane-florvil-corte-de-apelaciones-ratifica-fallo-por-discriminacion-contramunicipalidad-de-lo-prado/>>.
- Lissardy, Gerardo. «Por qué están llamando "campos de concentración" a los lugares de detención de inmigrantes en Estados Unidos.» *BBC News*, 27 de junio de 2019. <www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48781955>.
- Ríos Espinosa, Carlos. «La vida con una discapacidad en la caravana de migrantes.» *Human Rights Watch*. 24 de diciembre de 2018. <<https://www.hrw.org/es/news/2018/12/24/la-vida-con-una-discapacidad-en-la-caravana-de-migrantes>>.

Vásquez, Ramón. «Ciudadano peruano fallece al pisar mina antipersonal en frontera con Chile.» *La Tercera*, 8 de febrero de 2016. <<https://www.latercera.com/noticia/ciudadano-peruano-fallece-al-pisar-mina-antipersonal-en-frontera-con-chile/>>.

ENCUESTAS

Activa Research. «¿Cómo se percibe la inmigración en Chile?» Octubre de 2019. <<https://www.activasite.com/wp-content/uploads/2019/10/Co%CC%81mo-se-percibe-la-inmigracio%CC%81n-en-Chile.pdf>>

CENEM. «Inmigrantes y el conflicto social en Chile.» Talca, enero de 2020. <http://www.cenem.atalca.cl/docs/pdf/PPT_Inmigrantes_y_conflicto_social_Chile.pdf>.

SJM. «Encuesta Voces Migrantes 2019.» Servicio Jesuita a Migrantes, 2019.