



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

Un Análisis del concepto y casos de buenas prácticas en materia migratoria: Examen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

Autor:

Marcos Gutiérrez González

Profesora Guía:

Liliana Galdámez Zelada

Santiago, Chile

2021

Agradezco al proyecto Anillos por todos los espacios que me dio para aprender y ampliar mi visión sobre las migraciones y a Constanza por su gran apoyo durante el proceso

ÍNDICE

Introducción	4
Capítulo primero: El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos y la Unión Europea	10
<i>I. Las Buenas Prácticas en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos</i>	10
1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su relación con las migraciones	10
a. La vulnerabilidad de los y las migrantes y el TEDH	10
b. El estándar de integración en el TEDH	11
2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su jurisprudencia sobre derechos sociales	17
a. Los derechos sociales en el TEDH	17
b. Los derechos sociales aplicados a la población migrante ante el TEDH	18
3. Buenas prácticas: ¿Definiciones?	19
<i>II. La Integración y la Buenas Prácticas en la Unión Europea</i>	21
1. El concepto de Integración	21
2. La idea de Buenas Prácticas en la UE	26
Capítulo Segundo: El Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos	28
<i>I. Las Buenas Prácticas en el ámbito internacional</i>	28
1. La Organización Internacional para las Migraciones y su concepto de Buenas Prácticas	28
2. El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular	31
<i>II. El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias</i>	37
1. Las Observaciones generales	39
2. Recomendaciones a países	41
a. Argentina	42
b. Chile	43
<i>III. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	47
1. Observaciones Generales	47
a. Observación General N°20 sobre la no discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	47
b. Otras Observaciones Generales	49
2. Recomendaciones a países	49
a. Argentina	50
b. Chile	51
c. Francia	52
d. Suecia	53
<i>IV. Las Buenas Prácticas en el Sistema Universal</i>	53
Capítulo Tercero: Mecanismos de protección específicos en ciertos países	57
<i>I. Análisis de los Exámenes Periódicos Universales</i>	57
1. Chile	57
2. Argentina	59

3. Francia	61
4. Suecia	63
II. Análisis de mecanismos particulares por país	65
1. Chile	65
a. La nueva normativa migratoria: La ley 21.325	66
b. La escasa regulación	68
2. Argentina	70
3. Francia	73
4. Suecia	77
III. Sistematizando: ¿Hay buenas prácticas?	81
Conclusiones	87
Bibliografía	92
Anexo	103

Introducción

Esta tesis ha sido realizada como parte de una tesis de pregrado de la línea 2 del Proyecto Anillos SOC180008 “Migraciones Contemporáneas en Chile: Desafíos para la Democracia, Ciudadanía Global y Acceso a Derechos No Discriminatorios”, adjudicado mediante un concurso del Programa de Investigación Asociativa (PIA) de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID).

Las migraciones son un tema de fundamental importancia en el mundo hoy en día, ya en el 2019 se estima que había 272 millones de personas migrantes en el mundo, es decir un 3,5% de la población mundial¹. Chile no se encuentra ajeno a esta realidad. Según estimaciones del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, había aproximadamente 1.492.522 personas de nacionalidad extranjera en Chile².

Estos datos reflejan la imperiosa necesidad de estudiar sobre migraciones para entender este fenómeno de una mejor manera para así poder construir las políticas y regulaciones que sean necesarias de acuerdo con la evidencia y a estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, es importante tratar el tema de la forma en que es tratada la población migrante, qué derechos se les garantiza y cómo se les garantizan.

En Chile hay grandes falencias en este tema: la legislación migratoria ha estado históricamente enfocada en un ideario selectivo que puede apreciar en la mayoría de las leyes sobre migraciones que ha tenido el país³, como por ejemplo el Decreto con Fuerza de Ley N°69 de 1953 que en su mensaje señala que “una inmigración seleccionada producirá el aumento de la población, el mejoramiento técnico de la misma y una racionalización en el consumo, que elevará el estándar de vida en el país; Que la inmigración con elementos de selección contribuirá a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza”⁴. Luego, con la

¹ Organización Internacional para las Migraciones. 2019. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Informe anual, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones. p. 21.

² INE-DEM. 2020. *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2019, Informe técnico: Desagregación regional y comunal*. Instituto Nacional de Estadísticas. p. 20.

³ Centro de Derechos Humanos. 2016. *Informe Temático. Migración y Derechos Humanos*. Informe temático, Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile. p. 9

⁴ Ídem.

llegada de la dictadura militar, en 1975 se dictó el Decreto Ley N°1094 Ley de Extranjería (“DL N°1094”), vigente hoy en día, que mantuvo este criterio selectivo añadiendo además “elementos de la Doctrina de Seguridad Nacional, sustentada en tres ejes que definen el paradigma migratorio que actualmente configura la normativa vigente: la amenaza, la amplia discrecionalidad y un fuerte control de las fronteras (externas e internas)”⁵.

Con respecto a los de derechos garantizados a la población migrante, el DL N°1094 no menciona ninguno y solo se remite a regular los distintos permisos que se le pueden otorgar a los migrantes y a tipificar infracciones y sanciones, tanto administrativas como penales, en las que pueden incurrir los y las migrantes por el incumplimiento de las disposiciones de dicho cuerpo legal. Con respecto a las prestaciones sociales a las que pueden tener acceso los y las migrantes, estas están comprendidas en una serie de normas de carácter infra legal con una enorme dispersión. Es importante mencionar además que actualmente fue aprobado una nueva Ley de Migraciones N°21.325 -cuya entrada en vigencia está pendiente hasta que se dicte el respectivo reglamento- mediante la que se busca dotar de una regulación moderna de migraciones pero que ha sido criticado por ser muy restrictivo en la forma que trata estas.

Es en este contexto en que se hace importante hablar de buenas prácticas en materia migratoria, especialmente en derecho comparado, para poder verificar los criterios y estándares que se han utilizado a nivel internacional para el tratamiento de la población migrante y el aseguramiento de sus derechos. Pero antes de poder hablar de buenas prácticas en materia migratoria, es importante entender en qué consisten las buenas prácticas en general.

Las ‘buenas prácticas’, o ‘mejores prácticas’ como en un sentido abstracto tienen un origen en histórico en Estados Unidos, en las investigaciones de Frederick Winslow Taylor, quien buscó “‘la única y mejor forma’ de mejorar la eficiencia de la producción en ambientes industriales”⁶. Como un término, las ‘mejores prácticas’ aparecieron en trabajos durante las décadas de 1960 y 1970 en el área de la gestión comercial y financiera y rápidamente se

⁵ Ibid. p. 9-10.

⁶ Osburn, J., Guy Caruso, Wolf Wolfensberger. 2011. «The Concept of “Best Practice”: A brief overview of its meanings, scope, uses, and shortcomings.» *International Journal of Disability, Development and Education*. Volumen 58, n°3. p. 214.

expandió a otras áreas⁷. A partir de esto, se han acuñado distintas definiciones del concepto de buenas prácticas, dependiendo del área de trabajo en donde se busca aplicar el concepto, habiendo una gran amplitud de definiciones.

Específicamente en el campo de las migraciones, no hay un consenso claro sobre qué significan los términos ‘buenas prácticas’ o ‘mejores prácticas’. La Organización Internacional para las Migraciones las define en la segunda edición de Glosario de Migraciones como “medios para fomentar la aplicación de las normas y principios existentes, tanto a nivel internacional como nacional”⁸, pero en el contexto de la Unión Europea, como se verá, la definición que se ha adoptado es otra. Asimismo, hay instancias en que se dan distintas recomendaciones, como en los Exámenes Periódicos Universales o en las recomendaciones de los órganos de tratados internacionales que sin embargo no son conceptualizadas ni presentadas como buenas prácticas. Incluso en las decisiones de tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pueden apreciar obligaciones a los Estados que podrían ser calificadas de buenas prácticas.

Es por esta dispersión en el concepto de buenas prácticas que este trabajo tiene como propósito estudiar la forma en que estas se han conceptualizado en distintos ámbitos en el mundo. En esta tesis se plantea la pregunta sobre cómo se conceptualizan las buenas prácticas en derecho comparado. Además, se busca estudiar y conocer qué buenas prácticas existen respecto de ciertos derechos sociales, el de vivienda y el de salud, y respecto de la existencia de mecanismos de regularización de migrantes irregulares. El énfasis está puesto en la existencia de conceptos y ejemplos de buenas (y también malas) prácticas o mecanismos de protección de la población migrante, mirando especialmente los derechos mencionados.

El objetivo general de este trabajo es establecer, a través del estudio de los Sistemas Europeo y Universal de Protección de Derechos Humanos en conjunto con el examen de ciertos países, qué son y cómo se comprenden las buenas prácticas, buscando identificar principios o reglas que concreten estas buenas prácticas en políticas públicas o en legislación. Para esos efectos, se analizarán también las experiencias de: Argentina, Chile, Francia y

⁷ Ídem.

⁸ Organización Internacional para las Migraciones. 2011. *Glossary on Migration*. Serie International Migration Law, N°25. p. 13.

Suecia. Esto tiene el propósito de poder aportar a aclarar el concepto de buenas prácticas para poder utilizarlo como un referente a la hora de analizar la legislación y las políticas públicas chilenas, además de que permitirá además elaborar recomendaciones de buenas prácticas que puedan ser adoptadas en Chile para la mejor protección de las personas migrantes.

Con esta finalidad y partiendo de los problemas que se pueden identificar en Chile en el tratamiento de las migraciones para las situaciones mencionadas (acceso a derecho a la vivienda y salud y existencia de mecanismos de regularización de migrantes en situación irregular) la hipótesis con la que se trabajará en este caso consiste en que, en derecho comparado se han elaborado distintas definiciones y formas de comprender las buenas prácticas, las que varían según la región. Estas han permitido la elaboración de mecanismos para garantizar estas situaciones, permitiendo poder establecer parámetros para evaluar las políticas y normas de los distintos países.

Como objetivos específicos, este trabajo plantea cuatro. Primero, conocer, estudiar y analizar el Sistema Europeo de Protección a los Derechos Humanos, junto con la regulación comunitaria europea sobre migraciones, para analizar si es que existe una concepción y recomendaciones de buenas prácticas respecto de los derechos mencionados. Segundo, conocer, estudiar y analizar el Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos, especialmente respecto de recomendaciones de órganos de tratados, en conjunto con el trabajo de la Organización Internacional para las Migraciones con el propósito de ver si existe una definición de buenas prácticas en materia de derecho a la salud y a la vivienda y en materia de regularización. Tercero, estudiar, a partir de los Exámenes Periódicos Universales y mecanismos específicos de protección, si es que hay un concepto y ejemplos de buenas prácticas en Argentina, Chile, Francia y Suecia. Finalmente, el cuarto objetivo específico consiste en elaborar propuestas tanto de un concepto como de ejemplos de buenas prácticas a partir de lo estudiado en esta tesis.

La metodología de este trabajo se centra en el estudio de doctrina internacional sobre la materia. Además, dependiendo de la materia a analizar, se estudiarán instrumentos internacionales como tratados y observaciones de distintos órganos de tratados internacionales que puedan ser aplicables. Habrá también un análisis de jurisprudencia relevante en la materia, específicamente en el capítulo relativo a Europa, mirando al Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, en donde se estudiará la forma en que se ha tratado la migración y el acceso a derechos sociales para los y las migrantes.

Para cumplir los objetivos y verificar el cumplimiento de la hipótesis planteados, el orden de capítulos será el siguiente: En un primer capítulo se analizará el tratamiento de las migraciones en Europa. Esto mirará principalmente al desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, perteneciente al Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. Se analizará la forma en que se ha abordado el fenómeno migratorio en estas instituciones, poniendo énfasis en que, debido a que el Tribunal decide de acuerdo a cada caso particular, no habrá un concepto de buenas prácticas propiamente tal, sino que se verá la forma en que se declaran las infracciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de los Estados y cómo se construyen sus estándares. Debido a que el objetivo de este trabajo es buscar un concepto de buenas prácticas y buscar ejemplos en particular respecto de derechos sociales y regularización de migrantes, se mirará la jurisprudencia relacionada con dichas materias.

Además, en el primer capítulo se estudiará el concepto de integración en Europa. Este concepto tiene una amplia utilización en dicho continente, englobando especialmente los derechos que se le otorgan a los y las migrantes, por lo que su estudio es de importancia para determinar un posible concepto de buena práctica. Además, este concepto de integración ha sido desarrollado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también, que ha construido un examen para determinar el nivel de integración de un extranjero en un determinado país y así poder evaluar si su expulsión ha violado el Convenio Europeo de Derechos Humanos o no, por lo que también es importante estudiar esa línea jurisprudencial para determinar la existencia de un concepto de buenas prácticas o, al menos, de un estándar mínimo para el tratamiento de los y las migrantes en los países receptores de migración.

En el segundo capítulo se analizará el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, enfocado principalmente en los documentos redactados por los órganos de tratados internacionales. Habrá un especial énfasis en los informes elaborados por el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debido a que en ambos se podrá analizar si es que existe una definición de buenas prácticas y qué desarrollo ha tenido en las

materias específicas de estudio (derechos sociales y regularización de migrantes irregulares). Además, en este capítulo se estudiará el desarrollo del concepto de buenas prácticas que ha adoptado la Organización Internacional para las Migraciones, además de analizar los distintos informes que esta organización ha elaborado para poder profundizar la forma en que se han entendido las buenas prácticas en el Derecho Internacional.

En el capítulo tercero se estudiará si es que existen definiciones de buenas prácticas y si es que hay mecanismos de protección específicos para la población migrante en ciertos países en particular: Argentina, Chile, Francia y Suecia. Este estudio se realizará a partir de lo mencionado en los Exámenes Periódicos Universales de cada país, lo que servirá de referencia para entrar a analizar si hay alguna institucionalidad creada para la protección de la población migrante en estos países.

Finalmente, este trabajo concluirá, como ya se adelantó, con una elaboración de propuestas de buenas prácticas en los campos específicos mencionados, además de una propuesta de definición buenas prácticas a partir de todas las definiciones y conceptualizaciones estudiadas, señalando los elementos más importantes para dicha definición.

Capítulo primero: El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos y la Unión Europea

I. Las Buenas Prácticas en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su relación con las migraciones

Para los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) juega un importante rol a la hora de determinar el derecho aplicable a las migraciones. Al ser miembros del Consejo de Europa, estos Estados no tienen una absoluta libertad para el manejo de su política migratoria, puesto que deben regirse también por la jurisprudencia del TEDH en esta materia, la que no ha sido menor. Es por eso que a la población migrante que no sea de países miembros del Consejo de Europa, el CEDH es aplicable mientras estén bajo la jurisdicción de alguno de estos Estados⁹.

a. La vulnerabilidad de los y las migrantes y el TEDH

El TEDH ha tratado, en principio, la vulnerabilidad de los migrantes en su jurisprudencia. Este ha tenido una aproximación que puede ser catalogada como pragmática que, aunque evita que se pueda predecir a la totalidad, este razonamiento tiene la ventaja de que permite que el Tribunal sea receptivo al contexto de cada caso¹⁰. Pero también, al no ser una aproximación orgánica, el TEDH suele referirse igualmente a grupos vulnerables (a la hora de determinar los sujetos vulnerables), los que categoriza como tales, alejándose del ejercicio casuístico¹¹. Esto provoca que “el reconocimiento jurídico de un grupo de personas discriminadas a los efectos de combatir la discriminación futura puede tener un efecto esencializante de ciertas características individuales, incluso estigmatizantes”¹². Es por eso

⁹ Ktistakis, Y. 2013. Protecting migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter: A Handbook for legal practitioners. Council of Europe Publishing. Paris, France. p. 13 Esta y todas las que se hagan en este trabajo son traducciones libres.

¹⁰ Baumgärtel, M. 2020. «Facing the Challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights.» *Netherlans Quarterly of Human Rights*. Volumen 38. N°1. p. 16-17.

¹¹ Besson, S. 2014. «La vulnerabilité et la structure des droits de l’homme» en: Burgorgue-Larsen, L. (ed). *La vulnerabilité saisie par les juges en Europe*. Paris: Editorial Pedone. 2014. p. 70.

¹² Ibid. p. 69-70

que esta aproximación que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido criticada por un sector de la doctrina, ya que, a pesar de que permite adecuar la aplicación de Convenio Europeo de Derechos Humanos a los casos particulares que se presentan ante esta, en el caso migratorio puede correr el riesgo de no capturar los procesos sociales que subyacen los déficits de derechos que experimentan los y las migrantes¹³.

En definitiva, la vulnerabilidad migratoria es un tema que el TEDH trata con cierta flexibilidad, ya que es la forma en la que trata la vulnerabilidad en general. Esto permite que se puedan analizar los factores particulares de cada caso, pero esta falta de claridad sobre cómo se aborda la vulnerabilidad en este grupo particular puede resultar en estigmatizaciones que no ayudan a la lucha contra la discriminación y una efectiva inclusión de la población migrante en sus respectivos países. En este sentido, la crítica que se realiza al TEDH, se enfoca en que la vulnerabilidad de los migrantes debería ser tratada como una característica que todo migrante comparte, pero en distintos niveles¹⁴, por lo que se propone tratar la vulnerabilidad migratoria como un principio que permita tener en cuenta la realidad de cada migrante en particular, pero que además pueda “atraer la atención a los procesos sociales, tanto como a las personas individuales”¹⁵. Esto sin duda puede ser analizado como una posible buena práctica, al fijar un estándar en el tratamiento judicial de los casos de migraciones que se haga cargo de las circunstancias individuales de cada persona, teniendo en cuenta los distintos factores sociales y legales que la producen.

b. El estándar de integración en el TEDH

Sobre la existencia o no de buenas prácticas con respecto a las migraciones, estas no han sido conceptualizadas bajo ese nombre, pero como se verá, el TEDH ha construido una serie de estándares mínimos para abordar las migraciones que pueden ser consideradas similares a una idea de buenas prácticas¹⁶. Estos estándares dependen del tipo de vulneración que conoce el TEDH, ya que su desarrollo ha sido casuístico, atendiendo a cada caso en

¹³ Op. Cit. Baumgärtel, M. 2020. p. 18.

¹⁴ Ibid. p 22.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ En sus fallos no se menciona el concepto de buenas prácticas, pero los ejercicios que realiza frente a cada caso corresponden a la fijación de estándares mínimos a los Estados en el ejercicio de sus potestades en materia de control de las migraciones. Esto puede ser considerado similar a una idea de buena práctica, en el sentido de que fija el nivel de protección mínimo que se le debe otorgar a una persona migrante en un caso específico.

particular. En este apartado se analizará principalmente el estándar que el Tribunal ha utilizado para determinar el nivel de integración de los y las migrantes en el país donde viven. Respecto del acceso a los derechos sociales de salud y vivienda, estos serán analizados en el apartado siguiente.

En relación con la integración de los y las migrantes en los países donde residen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado este tema a partir de casos relacionados al artículo 8 del Convenio, sobre el respeto a la vida privada y familiar de las personas¹⁷. (Derecho al respeto a la vida privada y familiar)¹⁸. En este caso, el estándar establecido por el TEDH se fundamenta en que la existencia de otros factores (como el tener una familia o los lazos que se tienen con la sociedad del país en que reside) deben ser tomados en cuenta apropiadamente a la hora de analizar casos de expulsiones de migrantes. Este fue un criterio construido principalmente a partir de los casos *Boultif v. Suiza*, del año 2001 y *Üner v. Países Bajos*, del año 2006.

En el primer caso, el tribunal decidió que se vulneraba el artículo 8 debido que, al momento de rechazar la solicitud de estadía en el país, este ya no constituía un peligro para la sociedad y, por tanto, ya no se justificaba dicha prohibición¹⁹. Esta interpretación permitió la introducción de “otros factores atenuantes que deben tenerse en cuenta en el proceso de equilibrio entre los derechos individuales y los objetivos legítimos, como la seguridad nacional o el interés económico”²⁰, lo que quiere decir que frente a casos de expulsiones o prohibiciones de entrada en los que se afecte la familia de la persona implicada, se deberá tener en consideración, por lo menos, si es que la decisión fue tomada de acuerdo a la ley,

¹⁷ Es importante notar que el concepto de integración es un concepto muy utilizado en el debate europeo sobre migraciones, con distintas acepciones. Esta discusión será tratada en parte en este apartado y, en parte, en el apartado sobre la Unión Europea, toda vez que para el acceso a ciertos derechos y el análisis de buenas prácticas en este sentido, es importante considerar el conjunto de políticas que se conocen con este nombre, ya que estas tratan los temas de esta tesis.

¹⁸ Artículo 8 del Convenio: Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹⁹ En este caso se había prohibido la estadía de un migrante argelino en Suiza debido a que había sido condenado penalmente, lo que significaba separarlo de su esposa suiza. STEDH. 2001. *The Case of Boultif v. Switzerland*. 2 de agosto. (App. 54273/00). Parágrafo 55.

²⁰ Viljanen J., Heta-Elena Heiskanen. 2016. «The European Court of Human Rights: A guardian of minimum standards in the context of immigration.» *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Volumen 34 N°2. p. 176

persigue objetivos legítimos y es necesaria en una sociedad democrática. Es sobre esto último donde se desarrolló el conjunto de criterios para analizar la integración al país donde reside la persona que se intenta expulsar.

En el segundo caso ahí mencionado, *Üner v Países Bajos*, el Tribunal sofisticó los criterios utilizados para analizar la integración de los migrantes en los países de acogida. En sus párrafos 57 y 58, explicitó los criterios necesarios para analizar si la expulsión de un migrante puede atentar contra la vida privada y familiar de este y no podría ser necesaria en una sociedad democrática²¹, los que fueron recogidos del caso *Boultif*, pero también con un mayor desarrollo en este caso. Finalmente el tribunal determinó que no había habido violación al artículo 8 del CEDH porque las razones de seguridad pública superaban en importancia a las consideraciones sobre la afectación a la vida familiar, estimando que los criterios analizados no permitían concluir que el solicitante se encontraba integrado a los Países Bajos. Es por eso que el TEDH declaró que “la Corte encuentra que un balance justo ha sido alcanzado en este caso en que la exclusión y expulsión del solicitante de los Países Bajos fue proporcional a los fines perseguidos y, por tanto, necesarios en una sociedad democrática”²².

Este análisis de criterios esbozado se ha reproducido en decisiones más recientes del Tribunal, contribuyendo a la formación de una idea de integración. En una sentencia reciente, el caso *Azerkane v. Países Bajos* del año 2020²³, el Tribunal ha aplicado el criterio construido principalmente en los casos ya mencionados. Este caso concierne a una persona de nacionalidad marroquí que nació en Países Bajos y ha vivido toda su vida ahí. Esta persona, el Sr. Azerkane, como lo menciona el TEDH, ha cometido una serie de delitos de distinta

²¹ Los criterios son: La naturaleza y seriedad de la ofensa cometida; la duración de la estadía del solicitante dentro del país que lo está expulsando; el tiempo que ha pasado desde que la ofensa fue cometida y su conducta durante este tiempo; las nacionalidades de las distintas personas afectadas; la situación familiar del solicitante, como la duración de su matrimonio y otros factores que expresen la efectividad de una vida familiar; si el cónyuge sabía de la ofensa al momento en que comenzó la relación familiar; si es que hay niños del matrimonio y qué edad tienen; la seriedad de las dificultades que el cónyuge encontraría en el país a donde el solicitante sería expulsado; el mejor interés del niño y su bienestar, en particular las dificultades que estos puedan encontrar en el país a donde sería expulsado el solicitante. STEDH. 2006. *The Case of Üner v. Netherlands*. 18 de octubre. (App. 46410/99). Párrafos 57 y 58. En el párrafo 60, el tribunal pasa a declarar que todos los casos relacionados con migrantes establecidos en un país de acogida que tengan medidas de expulsión producto de delitos deben ser evaluados a la luz de estos criterios.

²² *Ibid.* párrafo 67.

²³ STEDH. 2020. *The Case of Azerkane v. Netherlands*. 2 de junio. (App. 3138/16).

gravedad a lo largo de su vida, comenzando con ofensas penadas con multas, para luego pasar a un delito con penas de cárcel el año 2011 y luego otro el año 2016. Por el delito del año 2011, el Sr. Azerkane fue condenado a tres años de prisión, de los cuales cumplió 8 meses en un centro de tratamiento psiquiátrico, además fue por esta condena que el Estado decidió expulsarlo finalmente, ya que consideró que cumplía los requisitos legales para la causal de expulsión y de prohibición de entrada al país de ser un peligro para el orden público por haber cometido delitos. La decisión del Tribunal fue que no hubo violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En este caso el TEDH vuelve a enfatizar la importancia de los criterios establecidos anteriormente en el sentido de que la expulsión de este debe ser de acuerdo con la ley, con un objetivo legítimo y necesaria en una sociedad democrática²⁴. Para el análisis de la necesidad en una sociedad democrática, el tribunal utiliza todos los criterios que no dicen relación con formar una familia o tener hijos, al no referirse este caso a la vida familiar, sino solamente a la vida privada, como lo sostiene en *Üner v. Países Bajos*. Ante estos criterios, consideró que el Sr. Azerkane tenía conexiones fuertes con Países Bajos al haber nacido y haber sido criado ahí “Sin embargo, teniendo la naturaleza y la gravedad de los delitos cometidos por el solicitante, y teniendo en cuenta que la prohibición de entrada se limita a diez años, el Tribunal no puede considerar que el Estado le haya asignado demasiada importancia a sus propios intereses cuando decidió imponer esa medida”²⁵. Esto quiere decir que aplicó el set de criterios y determinó que su expulsión era necesaria en una sociedad democrática debido a la gravedad de las ofensas cometidas por el Sr. Azerkane²⁶.

Otra sentencia reciente en que el TEDH aplicó este set de criterios a la hora de determinar el grado de integración de un migrante con respecto a su vida privada y familiar es el caso *Ndidi v. Reino Unido*²⁷. Este caso es similar al anterior en el sentido de que el solicitante había sido condenado varias veces por distintos delitos, siendo el último el delito de tráfico de drogas, por lo cual fue condenado a 7 años de prisión, condena que fue reemplazada producto de una apelación, por 7 años en una institución penal juvenil. El

²⁴ Ibid. párrafo 61.

²⁵ Ibid. párrafo 83.

²⁶ Concluyendo en el párrafo 84 con la misma frase que en el caso *Üner* en su párrafo 67, ya citado.

²⁷ STEDH. 2017. *The Case of Ndidi v. United Kingdom*. 14 de septiembre. (App. 41215/14).

solicitante salió de dicha institución en libertad condicional a los 2 años de cumplimiento de su condena.

En este caso el Tribunal tampoco consideró que haya habido vulneración al artículo 8. Para llegar a esta decisión, volvió a aplicar el análisis basado en ver si la decisión de deportación era acorde con la ley, perseguía objetivos legítimos y si era necesaria en una sociedad democrática. Sobre si la decisión era necesaria en una sociedad democrática, el TEDH sostuvo que, de acuerdo con su jurisprudencia, los Estados tienen un margen de apreciación para determinar esta necesidad, pero que este no es ajeno a la supervisión por parte del Tribunal y que, por tanto, este está facultado para dar una decisión final sobre la vulneración del artículo 8²⁸. Sin embargo, esta facultad no significa que tenga que realizar el examen, aplicando los mencionados criterios, nuevamente. Esto porque “el Tribunal ha entendido en general que el margen de apreciación significa que, cuando los tribunales nacionales independientes e imparciales han examinado detenidamente los hechos, aplicando las normas pertinentes de derechos humanos en forma compatible con la Convención y su jurisprudencia, y han ponderado adecuadamente los intereses personales del solicitante con el interés público más general del caso, no le corresponde a él sustituir la evaluación de las autoridades nacionales competentes (...) por su propia evaluación del fondo”²⁹. Entonces el TEDH consideró en este caso que las cortes nacionales aplicaron los criterios antes mencionados de forma satisfactoria, por lo que no era necesario realizar este examen nuevamente³⁰.

Estos casos ilustran la tendencia del Tribunal en estos casos. El TEDH ha establecido estos criterios para analizar la integración de los migrantes que son expulsados para poder determinar si es que existe una infracción al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estos criterios favorecen a “inmigrantes establecidos que tienen vidas

²⁸ Ibid. párrafo 75.

²⁹ Ibid. párrafo 76.

³⁰ A diferencia del caso *Azerkane v. Países Bajos*, en este hubo un voto disidente del juez Turković, en la que consideró que el Tribunal había errado en la consideración de los criterios mencionados, ya que no le había otorgado el peso necesario específicamente a la conducta del solicitante desde la comisión del delito y sus esfuerzos por rehabilitarse. Este juez consideró que ha pasado un tiempo considerable desde que el solicitante fue condenado y desde que salió en libertad condicional y que no ha vuelto a cometer delitos y ha hecho esfuerzos por reintegrarse a la sociedad.

profundamente arraigadas en el nuevo país”³¹, además de que ha permitido disminuir progresivamente el amplio margen de apreciación que el Tribunal le otorgaba a los Estados en estos casos relacionados con población migrante, acercándose a la forma en que se tratan otros casos bajo el artículo 8 en donde no hay migrantes involucrados y en donde no se le otorga una importancia automática al interés del Estado³².

Sin embargo, es importante mencionar también que esta aproximación no ha estado exenta de críticas. Esto porque el examen en base a estos criterios de integración “parece requerir que los migrantes renuncien a la identidad de su país de origen para asegurar su lugar en la sociedad de acogida.”³³, lo que puede generar una tensión con la concepción oficial que ha avanzado la Unión Europea, por ejemplo, de la integración como un proceso bidireccional³⁴, conceptualización que también ha sido avanzada por sectores académicos. Asimismo, la forma en que el Tribunal ha conceptualizado la integración, “pone la carga de la integración directamente en el migrante”³⁵ al analizar si es que este se ha integrado a la sociedad del país que lo intenta expulsar, sin entrar a analizar la responsabilidad del Estado en permitir su inclusión en esta sociedad, siendo un aspecto central un “examen de si el individuo ha roto todos los vínculos con el país de nacionalidad”³⁶.

En definitiva, a pesar de las diferentes críticas de las que ha sido objeto el TEDH, este sin duda ha construido una visión del artículo 8 que ha permitido una mayor protección de los y las migrantes que son residentes de larga duración en los países que intentan expulsarlos, ya que, “a través del prisma de la ‘vida privada’, la residencia en un país ‘extranjero’ es protegida por el artículo 8 del Convenio como un fin en sí mismo”³⁷.

³¹ Op. Cit. *Viljanen, J.* 2016. p. 177.

³² *Ibid.* p 178.

³³ Murphy, C. 2010. «The Concept of Integration in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.» *European Journal of Migration and Law*. Volumen 12. p. 34.

³⁴ Como se define en los Principios Básicos Comunes para la Integración de Inmigrantes, adoptados por el Consejo Europeo de Justicia y Asuntos Internos el año 2004 y reafirmados en 2016. Esto será tratado con mayor extensión en el apartado sobre Unión Europea.

³⁵ Op. Cit. *Murphy, C.* 2010. p. 35.

³⁶ Murphy, C. Mary Gilmartin and Leanne Caulfield. 2019. «Building and Applying a Human Rights-Based Model for Migrant Integration Policy.» *Journal of Human Rights Practice*. p. 6

³⁷ Thym, D. 2014. «Residence as a De facto Citizenship? Protection of long-term Residence under Article 8 ECHR.» *En: Rubio-Marin, R. Human Rights and Immigration*. Nueva York: Oxford University Press. p. 117

2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su jurisprudencia sobre derechos sociales

Antes de analizar la forma en que se han abordado los derechos sociales (específicamente el derecho a la salud y el derecho a la vivienda), es importante dar una breve explicación de cómo estos derechos han sido abordados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

a. Los derechos sociales en el TEDH

Los derechos sociales no están directamente cubiertos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino por la Carta Social Europea (“CSE”). Esto tiene la implicancia de que los derechos consagrados en dicha carta no pueden ser controlados por el Tribunal, teniendo esta un modelo distinto de control, el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Sin embargo, en su jurisprudencia desde el caso *Airey v. Irlanda* de 1979, el Tribunal ha entendido que “no existe una separación drástica”³⁸ entre los derechos civiles y políticos contenidos en el CEDH y los derechos sociales. Esta afirmación, en la doctrina, ha sido ampliamente debatida, razón por la cual el Tribunal “se ha mostrado, en general, muy cauteloso a la hora de establecer la violación de un derecho social de prestación por parte del Estado”³⁹.

En particular, el TEDH ha utilizado dos mecanismos para la protección de derechos sociales a partir de lo que está establecido en el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos. La primera vía ha sido “la ampliación del contenido de algunos derechos liberales mediante el reconocimiento de una dimensión prestacional de los mismos que generan obligaciones positivas por parte del Estado”⁴⁰. Este método consiste en la determinación de prestaciones sociales derivadas de derechos contenidos en el Convenio, por ejemplo, a partir del artículo 14, en conjunción con otro artículo del mismo, que es una cláusula de no

³⁸ STEDH. 1979. *Airey v. Irlanda*. 9 de octubre. (App. 6289/73). Citado en: Carmona Cuenca, E. 2017. «Derechos Sociales de Prestación y Obligaciones Positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.» *Revista de Derecho Político*. N°100, septiembre-diciembre. p. 1221

³⁹ *Ibid.* p.1223

⁴⁰ Perez Alberdi, M. 2014. «La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.» *En*: Jimena Quesada, L. y Manuel Terol Becerra (Directores). *Tratado sobre protección de Derechos Sociales*. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. p. 324.

discriminación. Un caso ilustrativo a este efecto es Muñoz Díaz contra España, en el que se le había privado a una persona gitana la pensión de viudez por haberse casado de acuerdo con los ritos propios del pueblo gitano. El Tribunal consideró que era “desproporcionado, por parte del Estado Español, que otorgó al solicitante y su familia de origen gitano (sic) un Libro de Familia, el estatus de familia grande, les otorgó asistencia de salud a ella y sus seis hijos y recolectó las contribuciones de seguridad social de parte de su esposo gitano (sic) por más de diecinueve años, negarle ahora los efectos de su matrimonio gitano (sic) a la hora de determinar la pensión de supervivencia”⁴¹.

La segunda forma en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido derechos sociales es a través de la “conexión de un derecho de tercera generación con un derecho reconocido por el Convenio de Roma, de manera que aquel pasa a formar parte del contenido del derecho garantizado formalmente a través de la interpretación realizada por el tribunal de Estrasburgo”⁴². Esta técnica consiste en reconocer dentro de un derecho garantizado por el CEDH, un ámbito de derecho social, como por ejemplo reconocer la protección a la salud en ciertos ámbitos a partir del artículo 3, que prohíbe las torturas o los tratos inhumanos o degradantes. En este caso, como se explicará más adelante, frente a casos de deportaciones de personas con condiciones médicas, el Tribunal ha determinado que estas pueden llegar a ser consideradas como tratos inhumanos o degradantes de acuerdo con el artículo 3 del Convenio.

b. Los derechos sociales aplicados a la población migrante ante el TEDH

Para la población migrante, el aseguramiento de sus derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido construida a partir del artículo 14, reconociendo discriminaciones al acceso de derechos sociales basadas en la nacionalidad.

En este sentido, un caso paradigmático ha sido Gaygusuz con Austria, en el cual un migrante de nacionalidad turca solicitaba el acceso a una pensión anticipada, respondiendo el Estado que esta era disponible únicamente a los nacionales austríacos. El Tribunal conoció el caso a partir de una vulneración del artículo 14, en conjunción con el artículo 1 del

⁴¹ STEDH. 2009. *The case of Muñoz Díaz v. Spain*. 8 de diciembre. (App. 49151/07). Párrafo 69.

⁴² Op. Cit. *Perez Alberdi, M.* 2014. p. 326.

protocolo N°1 del Convenio, que garantiza el derecho de propiedad. La decisión en este caso fue que la discriminación en base a la nacionalidad carecía de justificación razonable y objetiva y debía ser sometida a un análisis de razonabilidad estricta porque el hecho de discriminar según la nacionalidad generaba sospechas de ser discriminatorio⁴³.

Esta jurisprudencia se ha visto en casos más recientes, por ejemplo el caso Dhahbi con Italia, del año 2014. En este caso, al solicitante, un migrante de nacionalidad tunecina, le fue negado una ayuda familiar destinada a familias grandes debido a que no tenía nacionalidad italiana ni tampoco de otro país miembro de la Unión Europea, por lo que no estaba cubierto por la ley. Ante esto, el Tribunal razonó que había una discriminación en base a que la “nacionalidad fue el único criterio para la distinción reclamada. Sin embargo, el Tribunal reitera que razones muy pesadas deberían haber sido presentadas antes de que pudiera apreciar una diferencia en el trato basada exclusivamente en la nacionalidad como compatible con el Convenio”⁴⁴. Por lo que se puede apreciar que reconoció el acceso a un derecho social para una persona que era migrante en una situación regular debido a que no podía haber discriminación basada exclusivamente en la nacionalidad.

3. Buenas prácticas: ¿Definiciones?

A partir de los casos y materias analizados, es posible sostener que no hay una definición explícita de qué es una buena práctica en el tratamiento de la población migrante. Pero, a pesar de ello, el Tribunal construye activamente estándares sobre los cuales evaluar la práctica de los Estados que se someten su conocimiento. Estos estándares están basados en un análisis que implica ponderar una serie de criterios, por ejemplo, el análisis de la integración para determinar si es que se puede expulsar a un migrante, construido a partir de los casos Boultif y Üner. Entonces, si bien no llevan la denominación de buenas prácticas, sí son estándares que permiten evaluar el actuar de los Estados, además de que permiten el aseguramiento de un nivel de protección de los derechos de los y las migrantes que puede ser aplicado a nivel de políticas públicas y legislación.

⁴³ Caicedo Camacho, N. 2018. «Los Derechos Sociales de los y las Migrantes: El reconocimiento fragmentado por el TEDH.» *Revista Derechos y Libertades*. N°38, enero. p. 236

⁴⁴ STEDH. 2014. *The Case of Dhahbi v. Italy*. 8 de abril. (App. 17120/09). Párrafo 53

Estos criterios no están, sin embargo, exentos de críticas. Como se ha mencionado en estos apartados, el TEDH ha sido ambiguo con la aplicación de los criterios de integración del migrante a la hora de analizar si su expulsión violaría los derechos contenidos en el Convenio, habiendo opiniones disidentes en algunas sentencias que consideran que en el voto de mayoría se aplicaron incorrectamente los criterios mencionados⁴⁵.

Además, respecto del acceso a derechos sociales para las personas migrantes, es importante el estándar claro establecido por el Tribunal de que no puede haber discriminación basada en la nacionalidad que no vulnere el artículo 14 del Convenio en conjunción con otro, a menos de que hayan razones de peso para considerar que esta discriminación sería legítima. Es importante destacar acá el nivel de exigencia de parte del Tribunal para aceptar una discriminación en esta materia, ya que permite establecer un estándar con el cual se pueden evaluar las legislaciones y prácticas de los Estados miembros, cosa que hace el Tribunal cuando conoce un caso de este tipo. Además, podría ser de utilidad para el análisis de estándares para la provisión de derechos sociales, pudiendo ser una forma de garantizar la no discriminación en el acceso a derechos sociales para los y las migrantes.

⁴⁵ Por ejemplo, en el caso *Ndidi con Reino Unido*, en el voto disidente, el juez Turković desarrolla su disconformidad con la forma en la que se ponderó el criterio de la cantidad de tiempo que ha pasado desde la última ofensa cometida por el solicitante, llegando a la conclusión de que la deportación de este sería una medida desproporcionada en atención a los objetivos que busca el Estado. Termina mencionando en el párrafo 7 de su voto que: “En una época en que Europa está lidiando con los serios problemas que se originan parcialmente en un mal historial en términos de esfuerzos de integración, especialmente en relación a migrantes de segunda generación, es de la mayor importancia balancear sabiamente el impulso de la sociedad de asignar un peso mayor a las reivindicaciones de interés público que a las de la vida privada y familiar bajo el artículo 8 del Convenio”. Op. Cit. *The Case of Ndidi v. United Kingdom*. 2014. Párrafo 7 del voto disidente.

II. La Integración y las Buenas Prácticas en la Unión Europea

1. El concepto de Integración

En el contexto de Europa, en general, y de la Unión Europea (“UE”), en particular, se llama políticas de “integración” a las políticas destinadas al tratamiento de la población migrante, considerando especialmente los derechos y obligaciones que les son aplicables. Es en el desarrollo de estas políticas que se ha adoptado un concepto de integración desde un punto de vista jurídico. El campo de acción de las instituciones comunitarias está determinado, además, el artículo 79.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, según el cual el Parlamento y el Consejo podrán establecer “medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países (“NTP”) que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.”⁴⁶. Aunque de la lectura de la norma se desprende que la UE no puede fijar políticas de integración que sean directamente vinculantes, “entre finales de los años noventa y comienzos del nuevo siglo se ha ido afirmando un marco europeo que fomenta el alcance de un entendimiento común de la integración”⁴⁷, cosa que ha podido mejorar la coordinación de todos los actores interesados en el tema, mediante documentos de *soft law* que no son necesariamente vinculantes pero que favorecen la actuación en común. Igualmente, a pesar de la exclusión explícita de la facultad de armonización en esta materia, esta no ha sido “sencilla en la práctica”⁴⁸, ya que se ha tocado la materia a través de distintas Directivas Europeas⁴⁹.

En relación con la forma en que se ha construido la definición de integración en las políticas de la UE, esta ha sido desarrollada desde la entrada en vigor del Tratado de

⁴⁶ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El paréntesis es mío.

⁴⁷ Sebastiani, Luca. 2017. «¿Para quién y para qué son las buenas prácticas? Unión Europea, integración de (in)migrantes y despolitización/tecnificación de las políticas hegemónicas: un estudio de caso.» *EMPIRIA Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, nº 36, enero-abril: p. 41.

⁴⁸ Acosta, D. 2014. «EU Integration Policy: between Soft law and Hard law.» KING Project – EU Policy Unit. Desk Research paper. p. 6

⁴⁹ Las Directivas Europeas generan la obligación a los Estados Miembros de adecuar la legislación nacional en función del contenido de estas.

Ámsterdam⁵⁰. Una de las primeras menciones se puede encontrar en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, en la que se menciona en su párrafo 18 que “una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.”⁵¹. En este primer período, entonces, una de las bases para la integración es la idea de conceder derechos y obligaciones que sean comparables a los de los ciudadanos de la UE, noción que se ha mantenido en el tiempo.

Una segunda definición que se avanza sobre integración viene de los Principios Básicos Comunes para la Integración de Inmigrantes (PBC), adoptados por el Consejo Europeo de Justicia y Asuntos Internos el año 2005 y reafirmados los años 2014 y 2016 por el mismo Consejo. Estos principios dan un marco general para organizar la política comunitaria, sosteniendo en su principio número 1 que la integración es “un proceso dinámico y bidireccional de adaptación mutua por parte de todos inmigrantes y residentes de los Estados Miembros.”⁵². Asimismo, en los otros principios se establecen distintos elementos importantes de la integración. La idea al adoptar los PBC dice relación con poder “ayudar a los Estados Miembros en formular políticas de integración ofreciéndoles una guía sencilla, no vinculante pero bien pensada, sobre principios básicos”⁵³, por lo que la idea es poder inspirar la política de integración a partir de estos lineamientos.

Otros documentos políticos no vinculantes que tratan esta temática son la Agenda Europea de Integración, del año 2011, y el Plan de Acción para la Integración de Nacionales de Terceros Países, del año 2016. La Agenda busca aportar con recomendaciones en materia de políticas de integración, entre los que cabe destacar el apoyo a los y las migrantes para aprender el idioma de la sociedad de acogida, y la mayor inclusión social a través de “eliminar

⁵⁰ Este tratado fue firmado para extender el campo de acción de las instituciones europeas, cosa que significó la “transferencia al pilar comunitario de una parte del tercer pilar (aquel consagrado a la justicia y asuntos internos)”. La política migratoria en la UE ha sido tratada a propósito de la justicia y los asuntos internos. Doutriaux, Y., Lequesne C. 2013. *Les institutions de l'Union Européenne après la crise de l'euro. Direction de l'information legale et administrative*. Paris. p. 19.

⁵¹ Conclusiones de la presidencia. Consejo Europeo Tampere, 15 y 16 de octubre 1999. Párrafo 18.

⁵² Principios Básicos Comunes para la Integración de Inmigrantes. Principio 1.

⁵³ Óp. Cit. Acosta, D. 2014. p. 13

las posibles barreras que obstaculizan el acceso efectivo a los servicios sociales y sanitarios”⁵⁴. Por su parte, el Plan de Acción busca operativizar mejor la política migratoria comunitaria “*aportando un marco normativo común que debería ayudar a los Estados miembros a seguir desarrollando y fortaleciendo sus políticas nacionales de integración*”⁵⁵. En particular, respecto del acceso a los servicios básicos, este plan señala que el “*acceso a una vivienda adecuada y asequible es una condición básica para los nacionales de terceros países para empezar una vida en la nueva sociedad*”⁵⁶, estableciendo además compromisos de parte de la Comisión, especialmente en relación al apoyo financiero de estas políticas, y recomendando objetivos a los Estados miembros.

Además de los documentos mencionados, uno de los elementos centrales ha sido la intención de la Comisión Europea de permitir la participación de la mayor cantidad de actores interesados posible, cosa que ha implicado esfuerzos en crear plataformas en la cuales puedan ponerse en contacto todos estos grupos. Actualmente existen dos plataformas importantes en este aspecto. La primera es la Red Europea de Migraciones (*European Migration Network*), que busca reunir “*expertos en migración y asilo que colaboran para proveer información objetiva y comparable de interés para las políticas*”⁵⁷ públicas en esta materia. Esta red fue creada el año 2016 como parte del Plan de Acción mencionado más arriba, para establecer redes de contacto entre los Estados miembros, permitiendo coordinar a las autoridades nacionales, regionales y locales, además de la sociedad civil y otras redes comunitarias sobre políticas públicas relacionadas (como sobre política de empleo, por ejemplo)⁵⁸. En esta red contiene a los Puntos de Contacto Nacionales sobre Integración (PCNI), que habían sido creados el año 2004 y que consisten en la comunicación entre representantes de los Estados Miembros y expertos de la Comisión sobre cómo se está llevando a cabo la política migratoria en cada país, en los que debe haber una plataforma nacional que reúna a todos los actores interesados.

⁵⁴ Agenda Europea de Integración de Nacionales de Terceros Países. [SEC(2011) 957 final]. p. 7

⁵⁵ Comisión Europea. Action Plan on the integration of third country nationals. COM(2016)377 final. p. 3

⁵⁶ Ibid. p. 11

⁵⁷ Sitio Web de la Red Europea de Migraciones. 2020. “About the EMN”. Visitado por última vez el 30 de julio de 2020. <https://ec.europa.eu/home-affairs/content/about-emn-0_en>

⁵⁸ Op. Cit. *Comisión Europea*. 2016. p.14

La segunda plataforma importante es el Foro Europeo sobre Integración y su Sitio Web, que es una plataforma a nivel europeo en la que se pueden contactar expertos, migrantes, ONGs y, en general, todos los interesados en la política migratoria, para compartir y evaluar las mejores prácticas que cada grupo presenta. Es en esta plataforma que se encuentra establecida la definición actual de Buenas o Mejores Prácticas que será tratada en la sección 2, la que tiene sus orígenes en un Manual sobre la Integración para Responsables de la formulación de políticas y profesionales realizado el año 2004 como parte de los primeros trabajos realizados por la red de PCNI.

Luego, están las Directivas Europeas que tratan sobre migraciones, dentro de las cuales es importante mencionar la Directiva 2003/109/CE relativa al Estatuto de los Nacionales de Terceros Países Residentes de Larga Duración, la Directiva 2003/86/CE Sobre el Derecho de Reagrupación Familiar y la Directiva 2011/98/UE por la que se Establece un Procedimiento Único de residencia y trabajo⁵⁹. En la Directiva 2011/98/UE se hace una referencia a la integración en su preámbulo, donde se destaca la necesidad de tener una política de integración más robusta que de un trato justo a los NTP que residen legalmente en algún Estado miembro, sumado a que estos deben gozar “derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión”⁶⁰.

La Directiva 2003/109/CE, que busca fijar las condiciones para la “concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración, y derechos correspondientes, otorgado por un Estado Miembro a los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio”⁶¹, contiene un desarrollo importante de lo que comprende la integración. Como se menciona más arriba, uno de los aspectos comprendidos dentro de la idea de integración en la UE es el objetivo de que los NTP deben gozar de derechos y obligaciones comparables con las de los ciudadanos de la UE. Es por eso que esta Directiva, además de mencionarlo en su preámbulo, establece un catálogo de aspectos en que debe haber igualdad de trato entre

⁵⁹ El título completo es: Directiva 2011/98/UE por la que se establece un procedimiento único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

⁶⁰ Directiva 2011/98/UE. Preámbulo 2.

⁶¹ Artículo 1 letra a. Directiva 2003/109 Relativa al Estatuto de los Nacionales de Terceros Países Residentes de Larga Duración, DO 2004 L 16/44.

los y las migrantes y los ciudadanos de la Unión. Para efectos de esta tesis, es importante mencionar las letras d y f del artículo 11.1 de la Directiva. En la letra d se menciona la igualdad de trato en prestaciones de seguridad social y asistencia y protección social, en concordancia con las legislaciones nacionales, lo que se entiende como que “debe incluir por lo menos un mínimo de apoyo a los ingresos, asistencia en caso de enfermedad, embarazos, la ayuda a los padres y atención de larga duración”⁶². Además, se establece un límite para esta letra en el artículo 11.4, que dispone la igualdad de trato se podrá limitar a las prestaciones básicas. Con respecto a la letra f, es importante mencionar que se establece una igualdad de trato con respecto a los procedimientos para acceder a la vivienda.

En la Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho de Reagrupación Familiar, la idea de integración está muy presente en el preámbulo, ya que se considera que la reagrupación familiar juega un papel central en promover la integración de los y las migrantes, siendo esta un derecho esencial para el reagrupante⁶³⁶⁴. Esta Directiva también otorga a los familiares los mismos derechos que el reagrupante en distintas materias: acceso a la educación, acceso a un empleo, acceso a la orientación y formación profesionales. También establece la obligación de los Estados miembros de otorgar un permiso de residencia a los familiares que sea independiente del permiso del reagrupante.

A partir de los documentos estudiados es posible ver que la idea de integración como parte de la política que se encarga del tratamiento de la población migrante en la Unión Europea está centrada en poder garantizar derechos en un nivel similar al de los ciudadanos de la UE. Aquí, la integración se entiende como un proceso dinámico y bidireccional de acomodación continua entre los y las migrantes con la sociedad de acogida, siempre respetando los valores de la propia Unión. En esta política, es fundamental ver que los derechos son el centro de la integración y los que permiten que esta se desarrolle de forma efectiva.

⁶² Óp. Cit. *Acosta, D.* 2014. p. 25.

⁶³ Definido en el artículo 2 de la Directiva como “la persona nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un Estado miembro, solicita la reagrupación familiar o los miembros de cuya familia la solicitan.”. Directiva 2003/86/CE artículo 2 letra c).

⁶⁴ Óp. Cit. *Acosta, D.* 2014. p. 24.

En la siguiente sección se explicará el concepto de las Buenas o Mejores Prácticas que se ha desarrollado dentro del marco establecido por los documentos de política migratoria ya mencionados.

2. La idea de Buenas Prácticas en la UE

Actualmente, Buenas Prácticas es definido en la Web Europea de la Integración como “*estrategias, aproximaciones y/o actividades que han mostrado, a través de investigaciones y evaluaciones, ser eficaces, eficientes, sostenibles y/o transferibles y que conducen de manera fiable a un resultado deseado*”⁶⁵. Como ya fue mencionado, esta definición tiene su origen en un Manual realizado el año 2004 por la red de PCNI en colaboración con una ONG llamada Migration Policy Group. En este manual la definición que se da es “*fórmulas que han demostrado, por medio de la investigación y la evaluación, su eficacia y sostenibilidad, que producen resultados sobresalientes y que pueden ser aplicables y adaptables a otras situaciones*”⁶⁶. Como se puede apreciar de ambas definiciones, al analizarlas frente al marco conceptual y legal ya desarrollado, se puede apreciar cómo determinar una práctica como buena. Lo anterior porque los resultados deseados deberían estar acordes a las políticas y regulaciones mencionadas para poder ser calificadas como una buena práctica.

Otra conceptualización de buenas prácticas se puede desprender de criterios utilizados en estudios de buenas prácticas. En un estudio se utilizan criterios como “*opiniones de la migración; los migrantes como actores principales y/o beneficiarios principales; la calidad de la cooperación; las actividades colectivas; la accesibilidad y la disponibilidad de información.*”⁶⁷. Otro estudio utilizó los siguientes criterios: relevancia, innovación, efectividad, eficiencia, impacto, sostenibilidad y enfoque de género⁶⁸. Al definir un estudio

⁶⁵ “strategies, approaches and/or activities that have been shown through research and evaluation to be effective, efficient, sustainable and/or transferable, and to reliably lead to a desired result.”

⁶⁶ Niessen, Jan y Yongmi Schibel. 2004. *Manual sobre la integración para responsables de la formulación de políticas y profesionales*. Bruselas: Migration Policy Group/ Comisión Europea. p. 13

⁶⁷ Keusch, Marlene y Nadja Schuster. 2012. *European Good Practice Examples of Migration and Development Initiatives with a particular focus on Diaspora Engagement*. Viena: Vienna Institute for International Dialogue and Cooperation. p. 8

⁶⁸ MigrEmpower. 2019. *Estudio sobre políticas y buenas prácticas dirigidas a la integración social y laboral de migrantes y refugiados*. Informe conjunto. Roma: MigrEmpower. p. 31 y 32.

de Buenas Prácticas, se busca delimitar utilizando distintos criterios, como los señalados en este párrafo, para poder definir el concepto de buenas prácticas.

De todos los conceptos aportados es posible constatar que la definición de buenas prácticas que se utilice va a intentar reflejar en cierta forma resultados deseables que, especialmente en el caso de la definición de la Web Europea de Integración, se tendrán en mente en la política y principios ya esbozados. Es decir, las buenas prácticas en Europa podrán ser tales en la medida que permitan, al menos, la consecución de los PBC y el cumplimiento de las agendas y planes de acción fijados por la Comisión Europea.

Capítulo Segundo: El Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

En este capítulo se estudiará la existencia de un concepto de buenas prácticas en el contexto del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Asimismo, se estudiarán otras instituciones (como la OIM) e instrumentos internacionales de gobernanza migratoria (Como el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular) para analizar si es que existe un concepto de buenas prácticas. A partir de ellos será posible extraer elementos que permitan construir un concepto teniendo en consideración los estándares con los que se busca, en este contexto internacional, proteger a la población migrante, especialmente en los temas de interés para esta investigación: Derecho a la salud, Derecho a una vivienda y regularización de migrantes en situación irregular.

I. Las Buenas Prácticas en el ámbito internacional

1. La Organización Internacional para las Migraciones y su concepto de Buenas Prácticas

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) fue fundada en la década de 1950 como una organización para coordinar los procesos de migraciones que fomentaban los Estados europeos en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial. Con el paso de los años fue cambiando su nombre y ampliando el espectro de su actividad hasta que, el año 2016 (REVISAR) pasó a formar parte del sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), uniéndose a la ONU como su agencia especializada en migraciones.

La OIM ha jugado un papel importante en las discusiones sobre migraciones de los últimos 30 años. Esto se debe principalmente a que tiene una vasta experiencia en el tema, al estar trabajando en ello desde la década de 1950, pero también se debe a que, como organización internacional encargada de las migraciones, posee un mandato muy amplio que “atañe a todas las formas de movilidad humana”⁶⁹. Además, otro factor que contribuye a que la OIM tenga un importante papel en el contexto internacional es su modalidad de financiamiento, ya que funciona en que los Estados aportan fondos para financiar proyectos,

⁶⁹ Pécoud, A. 2018. «Politización/Despolitización de las Migraciones: Discursos y Prácticas de la Organización Internacional para las Migraciones.» *Revista Relaciones Internacionales*. N°36, octubre 2017 – enero 2018. p. 185.

lo que “le permite a sus estados miembro financiarla de modo flexible y asegurarse que no tomará iniciativas contrarias a los intereses o a la voluntad de dichos estados de conservar un control soberano sobre el tratamiento de las cuestiones migratorias”⁷⁰.

Es en este contexto de gran involucramiento en las materias internacionales relacionadas con las migraciones, especialmente en el contexto de Estados que afirman la importancia de la cooperación internacional, pero se resisten a instrumentos jurídicamente vinculantes que las regulen, ha favorecido que la OIM desarrolle una visión de las migraciones enfocada en la gestión de las migraciones⁷¹. Esta visión ha contribuido a la despolitización del fenómeno de las migraciones, ya que se utiliza un lenguaje que da apariencias de neutralidad y que logra atraer a distintos grupos de interés (por un lado, quienes quieren una circulación más libre y por otro quienes quieren mayores restricciones). Este lenguaje ha sido desarrollado en el cuerpo de abundante documentación sobre migraciones internacionales producidas por Organizaciones Internacionales (entre ellas la OIM), y puede conceptualizado como Narrativas sobre las Migraciones Internacionales (IMN por sus siglas en inglés)⁷². De esta forma “jugando con las palabras y haciendo un mal uso de ellas o transformando su significado, las IMN esperan así deshacerse de los desacuerdos y divergencias en las políticas de migración”⁷³, lo que tiene como consecuencia la neutralización de los conceptos en migraciones y su despolitización.

Siguiendo esta idea, es precisamente el seno de esta organización que se ha construido un concepto de buenas prácticas, como es el mencionado en la introducción, y se han elaborado una serie de informes y documentos que dan cuenta de estas. Además, como ya se menciona, estos temas son abordados bajo el nombre de gobernanza o gestión migratorias, los cuales han tenido un especial tratamiento en los últimos años, especialmente a partir del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular.

El concepto de Buenas Prácticas, además de la definición de estos como “medios para fomentar la aplicación de las normas y principios existentes, tanto a nivel internacional como

⁷⁰ Ibid. p. 186.

⁷¹ Ídem.

⁷² Pécout, A. 2015. *Depolitising Migration: Global Governance and International Migration Narratives*. Palgrave Macmillan, Londres, Reino Unido. p. 3

⁷³ Ibid. p. 98.

nacional”⁷⁴ en la segunda edición del Glosario de Migraciones, no ha vuelto a ser incluido en siguientes versiones de este Glosario. Sin embargo, ya con esta definición se puede apreciar la aproximación que toma la OIM para conceptualizar las buenas prácticas. Además, tiene un importante trabajo exponiendo ejemplos de buenas prácticas en distintas materias específicas. Se estudiarán ejemplos importantes para este trabajo a continuación.

Con respecto a buenas prácticas para el tratamiento de la migración irregular, en los documentos formulados por la propia OIM se pueden encontrar referencias a prácticas que podrían ser caracterizadas como buenas prácticas de acuerdo con la definición mencionada. La que más destaca son los mecanismos de regularización. Estos mecanismos son justificados a partir de los problemas causados por la migración irregular, tanto para los Estados como para los mismos migrantes. En el Informe sobre las migraciones en el mundo del año 2020 se menciona, por ejemplo, la aplicación periódica de programas de regularización de migrantes para poder incorporarlos a la economía formal⁷⁵.

Lo anterior se complementa con el diagnóstico de que la implementación de requisitos más estrictos para estar en situación regular, los Estados “apoyan indirectamente los intereses de empleadores inescrupulosos y crean segmentaciones y jerarquías étnicas en el mercado laboral que son funcionales a la economía nacional”⁷⁶.

Con respecto al acceso al derecho a la salud, la OIM ha puesto énfasis en que se le asegure a la población migrante los derechos sociales en base a los estándares fijados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (los que se verán más adelante). Es por eso que, el principal desarrollo en este sentido involucra el incluir a los migrantes en las provisiones de salud que se le deben dar a la población general, lo que quiere decir que no debe haber discriminación basada en la nacionalidad.

En este sentido, las investigaciones de la OIM apuntan en el sentido de buscar garantizarle el derecho a la salud a los migrantes, justificándolo desde distintas áreas. Destaca

⁷⁴ Op. Cit. *Organización Internacional para las Migraciones* 2011. p. 13

⁷⁵ Op. Cit. *Organización Internacional para las Migraciones* 2020. p. 186 Esto está explicado en el informe en términos de que la población migrante en situación irregular está en una situación de precariedad y se ve enfrentada a un mercado del trabajo informal, sumado al incentivo de los Estados de regularizar para percibir más dinero en forma de impuestos también.

⁷⁶ Triandafyllidou, A., Bartolini, L. and C.F. Guidi. 2019. *Exploring the Links Between Enhancing Regular Pathways and Discouraging Irregular Migration*, OIM: Ginebra.

así, desde la salud pública, la recomendación que apunta a que “la exclusión de subpoblaciones -como los grupos de migrantes- debe evitarse”⁷⁷, además que garantizar un buen estado de salud para los y las migrantes puede facilitar su inclusión en la sociedad de destino⁷⁸.

Otro aspecto es la información sobre el acceso a la salud y los derechos que se tienen, ya que “En muchos países, la existencia de una educación para la salud insuficiente y la falta de información sobre los servicios disponibles son dos de las principales razones por las que los migrantes no utilizan con eficacia los servicios de salud preventiva y no siguen adecuadamente los tratamientos”⁷⁹. Por lo tanto, una buena práctica que se puede extraer de eso es la necesidad de contar con programas de información que lleguen a la población migrante para que tengan conocimiento de sus derechos y las formas de ejercerlos, especialmente en materia de salud, permitiendo un canal constante de apoyo.

Sobre el derecho a la vivienda, se puede apreciar ya desde el Informe sobre las migraciones mundiales del año 2018 se menciona la importancia de la inclusión de las autoridades locales en la formulación de políticas públicas en materia de migración y ciudad⁸⁰. En este sentido, la propia OIM destaca una serie de buenas prácticas en las ciudades, especialmente un plan de acogida desarrollado por la Municipalidad de Quilicura para la población migrante y refugiada respecto de los servicios prestados por la municipalidad, entre ellos hábitat⁸¹.

2. El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular

Sobre el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (“Pacto Mundial”, “Pacto de Marrakech” o “Pacto”), es interesante mencionar que entre sus principios rectores está el de que los “Estados tienen un derecho soberano a determinar su

⁷⁷ Op. Cit. *Organización Internacional para las Migraciones*. 2020. p. 231

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Oberoi, P., Juana Sotomayor, Paola Pace, Barbara Rijks, Jaqueline Weekers y Yeheneu Tsegaye Walilegne. 2013. *Migración Internacional, salud y derechos humanos*. OIM: Ginebra. p. 45.

⁸⁰ Organización Internacional para las Migraciones. 2018. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Informe anual, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones. p. 162

⁸¹ OIM. 2020. *6 buenas prácticas de gestión migratoria en las ciudades*. Visitado el 29 de diciembre de 2020. <<https://rosanjose.iom.int/SITE/es/blog/6-buenas-practicas-de-gestion-migratoria-en-las-ciudades>>

propia política migratoria”⁸², por lo que se considera que esto es un principio de la gobernanza de las migraciones a nivel internacional. Esto es solo una expresión más del principio asentado en el Derecho Internacional de que los Estados pueden determinar su política migratoria en base a la soberanía sobre su territorio, como se vio en el capítulo anterior y como se verá en el apartado siguiente. El Pacto Mundial ha recogido esta idea muy desarrollada y la ha expresado como un principio rector.

Este Pacto Mundial constituye una importante herramienta de *soft law* para la gobernanza internacional de las migraciones. Tiene una especial utilidad porque “ha de servir de referencia para la adopción de políticas nacionales, regionales y globales de gestión de las migraciones regulares aunque también marcará su reverso con el control de la migración (in)segura, (des)ordenada e irregular”⁸³. En ese sentido, el Pacto Mundial será analizado como una fuente a partir de la cual se pueden extraer elementos para la construcción de un concepto de buenas prácticas en materia de migraciones. Es importante entender, además, que los Estados han sido reticentes en obligarse por medios de tratados internacionales en materia migratoria, precisamente por la idea de que estos temas pertenecen a la soberanía de cada Estado⁸⁴, cosa que se puede apreciar en el bajo número de países que han ratificado la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Además, es interesante que este pacto también ha tenido una oposición importante por muchos países desarrollados, como Estados Unidos, a pesar de ser un instrumento de *soft law*, cosa que puede ser indicio de una importante influencia del pacto en la gobernanza de las migraciones⁸⁵.

La importancia de este instrumento radica principalmente en el establecimiento de principios rectores, de lineamientos comunes entre los Estados que incentivan la cooperación

⁸² Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, párrafo 15, bajo la letra “c) Soberanía nacional”.

⁸³ Fajardo del Castillo, T. 2019. «El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: Un instrumento de Soft Law para una gestión de la migración que respete los Derechos Humanos.» *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N°11, diciembre. p. 2.

⁸⁴ *Ibid.* p. 5. Esto se refiere a que tradicionalmente los Estados consideraban estos temas como parte de su *domaine réservé*, lo que implica que son temas que consideran parte de su ámbito de soberanía por el cual hacen reservas en sus declaraciones sobre este pacto y en sus votos ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. La autora luego explica que este instrumento podría ser visto como un intento de una política pública internacional, al estar fundamentada en la cooperación internacional entre los Estados.

⁸⁵ *Ibid.* p. 6

internacional. Además, una característica interesante es la cantidad de compromisos entre los Estados, que pueden resumirse en que “todos los Estados participantes consiguieron algo que querían; nadie consiguió todo”⁸⁶. Adicionalmente, otro aspecto importante del Pacto de Marrakech es que “ha traído uno de los últimos problemas globales sobresalientes a la ONU”⁸⁷. Esto quiere decir que, un tema que tradicionalmente se trataba en acuerdos bilaterales entre los Estados o por los propios Estados de forma independiente, ya que lograr acuerdos internacionales grandes era considerado muy difícil, ha logrado entrar en la esfera de temas que se tratan en la ONU, con toda la coordinación y cooperación que ello implica.

Es interesante considerar la relación que tiene el Pacto Mundial con los estándares existentes en Derechos Humanos aplicable a la población migrante. En primer lugar, en el segundo párrafo de su preámbulo ya se menciona que el Pacto Mundial está basado en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares⁸⁸.

En segundo lugar, resulta interesante el que el Pacto de Marrakech “consolida las obligaciones existentes en materia de Derechos Humanos haciendo explícita su aplicación a migrantes y reiterando los principios de no regresión y no discriminación”⁸⁹. Esto resulta de especial interés, ya que, si bien el Pacto no es jurídicamente vinculante, al ser de *soft law*, sí lo son las obligaciones contraídas por los Estados a partir de los tratados internacionales de Derechos Humanos que estén firmados y ratificados por ellos. Entonces, “aunque el GCM no es legalmente vinculante, los compromisos de los Estados en materia de Derechos Humanos que sustentan el GCM lo son”⁹⁰, por lo que con este Pacto no se están elevando los estándares de Derechos Humanos aplicables a las y los migrantes, pero tampoco se pueden

⁸⁶ Newland, K. 2018. «The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement.» *International Journal of Refugee Law*. Volumen 30, N°4. p. 657.

⁸⁷ Ibid. p. 659

⁸⁸ Op. Cit. *Pacto Mundial* 2018. Párrafo 2 del preámbulo. Menciona además muchos otros tratados internacionales de Derechos Humanos que pueden ser aplicables para la población migrante.

⁸⁹ Guild, E., Tugba Basaran y Kathryn Allinson. 2019. «From Zero to Hero? An analysis of the human rights protections within the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM).» *International Migration*. Organización Internacional para las Migraciones. p. 5.

⁹⁰ Ídem. GCM es la forma en que abrevian el nombre del Pacto de Marrakech en el texto.

eludir las obligaciones ya contraídas por los Estados al no firmar este Pacto. Adicionalmente, el que los Estados hayan firmado este Pacto, puede ser entendido como fundamento para interpretar sus obligaciones contraídas en estos tratados internacionales, en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales⁹¹.

Con respecto a los objetivos que traza el Pacto Mundial, se pueden agrupar en tres grupos: Medidas específicas y poco controversiales, como lo es mejorar los datos en migración (Objetivo 1) o asegurarse que los migrantes tengan pruebas de sus identidades legales (Objetivo 4); Luego hay medidas específicas y controversiales, como abrir mayores caminos para la migración legal (Objetivo 5); y finalmente hay metas muy amplias y aspiracionales, como minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen (Objetivo 2), o abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración (Objetivo 7), o también eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración (Objetivo 17)⁹².

El Pacto, los objetivos que contiene suman 23, los cuales se especifican en un total de 187 propuestas de acción, las que consisten en opciones para la política migratoria y buenas prácticas que tienen fin lograr la consecución del objetivo en el cual están⁹³. Estas propuestas de acción son muy variadas, como promover la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁹⁴, Examinar y revisar los requisitos necesarios para demostrar la nacionalidad en los centros de prestación de servicios a fin de evitar que se impida a los

⁹¹ *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Viena, 23 de mayo de 1969. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 331. N° 1155 Doc A/CONF.39/27 p. 12 Artículo 31: **31**. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

⁹² Op. Cit. *Newland, K.* 2018. p. 658

⁹³ Pardo Cuervo, J. 2019. «El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular y sus implicaciones para los Estados.» *Revista Tiempo de Paz*. N°135, invierno. p. 18.

⁹⁴ Op. Cit. *Pacto Mundial* 2018. Objetivo 2, párrafo 18, letra a)

migrantes que no tengan pruebas de su nacionalidad o identidad jurídica acceder a los servicios básicos ni se nieguen sus derechos humanos⁹⁵, formular acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales sobre movilidad laboral basados en los derechos humanos y con perspectiva de género que incluyan condiciones específicas de empleo para cada sector⁹⁶, promulgar leyes y adoptar medidas para garantizar que en la prestación de servicios no se discrimine a los migrantes⁹⁷ o incorporar las necesidades sanitarias de los migrantes en las políticas y los planes de salud nacionales y locales⁹⁸.

A pesar de las numerosas recomendaciones que efectúa el Pacto en sus propuestas de acción, no hay una definición clara de en qué consisten estas medidas o qué son estas buenas prácticas. Sin embargo, es posible sostener que a pesar de no haber una definición clara, sí se reiteran estándares importantes aplicables a la población migrante en materia de Derechos Humanos que pueden ser considerados a la hora de hablar de un concepto de buenas prácticas. Además, hay un extenso desarrollo de recomendaciones para lograr la cooperación internacional y de distintas acciones bilaterales o multilaterales recomendadas a los Estados.

En primer lugar, es interesante considerar el concepto de migración segura, ordenada y regular como un elemento para un concepto de buenas prácticas. Si bien no se entrega una definición, sí es posible definir un estándar a partir de las disposiciones del Pacto para determinar lo que es una migración segura, ordenada y regular. Además, como se desarrolla más arriba, deberá tenerse en consideración que el Pacto Mundial no buscó elevar los estándares de protección para las y los migrantes.

Entonces una buena práctica mirando este instrumento internacional, necesariamente tendrá en consideración como un elemento el estándar de derechos humanos aplicable a la población migrante actualmente, el que será desarrollado más adelante. También deberá considerar un aspecto que fomente la cooperación entre los Estados, ya que este Pacto tiene a la cooperación internacional como un aspecto central. Por lo que, respecto del derecho a la salud y respecto del derecho a la vivienda, aplican los estándares que han sido desarrollados

⁹⁵ Ibid. Objetivo 4, párrafo 20, letra f)

⁹⁶ Ibid. Objetivo 5, párrafo 21, letra a)

⁹⁷ Ibid. Objetivo 15, párrafo 31, letra a)

⁹⁸ Ídem. párrafo 31, letra e). Esta recomendación es de especial importancia en el contexto de la pandemia del Covid-19.

en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que serán abordados más adelante también. Sin duda que también una buena práctica a la luz del Pacto tendrá como marcos de referencia las propuestas de acción, ya que también orientan en cómo deben ser las buenas prácticas que se deban hacer.

Asimismo, es posible tener en consideración para orientar estos elementos para unas buenas prácticas en el marco del Pacto Mundial las recomendaciones que se propusieron desde la sociedad civil. Resulta muy interesante el informe “Pacto Global para las migraciones: Recomendaciones para un pacto con enfoque de derechos”⁹⁹, ya que en este se adelantan una serie de propuestas para el Pacto Mundial (el informe fue publicado antes de que terminara el proceso de redacción) que pueden verse como posibles buenas prácticas, en lo que no entren en conflicto con el Pacto.

Un aspecto importante de lo recomendado por el informe mencionado es la importancia de favorecer la regularización migratoria. En el Pacto se menciona la migración irregular en el objetivo 7 letra i), en donde se menciona que los Estados, para garantizar su compromiso de reducir la vulnerabilidad en la migración, recurrirán a “Aprovechar las prácticas existentes para facilitar el acceso de los migrantes irregulares a una evaluación individual que permita regularizar su situación, caso por caso y con criterios claros y transparentes”¹⁰⁰. En este sentido, en el informe se menciona que “Alrededor del mundo, la situación demuestra que los procedimientos de regularización restrictivos no disminuyen la migración irregular pero sí son obstáculos para una vida digna”¹⁰¹ y que, por tanto, una buena práctica en ese sentido es establecer la regularización como un eje de su política migratoria¹⁰².

Otra recomendación de este informe que es de interés para esta tesis es “Alentar la revisión de los códigos y las normas sobre regularización migratoria para que la irregularidad migratoria no sea un impedimento para iniciar el trámite de residencia”¹⁰³, ya que de esta

⁹⁹ Centro de Estudios Legales y Sociales. 2018. *Pacto global para las migraciones: Recomendaciones para un pacto con enfoque de derechos*. Informe, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.

¹⁰⁰ Op. Cit. *Pacto Mundial 2018*. Objetivo 7: Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración, párrafo 23, bajo la letra i).

¹⁰¹ Op. Cit. *Centro de Estudios Legales y Sociales 2018*. p. 8.

¹⁰² Ibid. p. 9-10. En ese sentido menciona a: Argentina, que la establece como un derecho de quienes se encuentran en situación irregular; Brasil, que es un principio directriz de la política migratoria; Uruguay, que establece la obligación de brindar información para que las personas puedan regularizar su situación y; Perú, que favorece la regularización como una acción permanente que facilita la protección de la persona humana.

¹⁰³ Ibid. p. 12.

forma se puede favorecer la vida digna que mencionan más arriba. Es interesante ver esto en contraste con el caso *Azerkane v. Países Bajos*, comentado más arriba, en el cual producto del período de un mes en que el recurrente estuvo en situación irregular, se le aplicó una regla menos estricta para determinar el número de meses que debía pasar en prisión para que se le pudiera expulsar del país. Si bien no dice relación con obtener un permiso de residencia, sí es interesante a la hora de analizar el impacto de esa situación irregular a la hora de contar los plazos para determinar expulsiones, o quizás también, para otorgar la residencia definitiva. El Sr. Azerkane vivió toda su vida en Países Bajos, si no hubiera estado en situación irregular durante un mes, le habría aplicado una norma legal que hacía más difícil su expulsión y posiblemente no habría sido expulsado del país.

II. El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias

La Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y su Familiares (“CIPDTMF” o “La Convención”) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1991. En esta, se establece un estatuto de derechos mínimos, entre otras cosas, aplicables a los trabajadores migratorios y sus familiares, estén o no indocumentados¹⁰⁴. Este tratado, fue concebido pensando en reforzar los derechos contenidos en tratados existentes a la época en el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos¹⁰⁵ y, por lo mismo, sus disposiciones no crean nuevos derechos, sino que buscan aclarar su aplicación a los trabajadores migratorios y sus familiares. Esto se puede apreciar, además, en el preámbulo de este, en donde se señala que los Estados Parte están “Convencidos, por ello, de la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ En el ámbito internacional, a los migrantes en situación irregular, se les dice “indocumentados”, ya que es una expresión menos estigmatizante de su condición, debido a que una persona no puede ser calificada de ilegal o irregular.

¹⁰⁵ La Spina, E. 2013. «Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares: Alcance y Limitaciones.» *Revista Derechos y Libertades*. N°11, época II, enero. pp. 124

¹⁰⁶ Preámbulo de la CIPDTMF. *Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*. Nueva York, 18 de diciembre de 1991. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2220. N°39481. Último párrafo.

Lo anterior dice relación con que la CIPDTMF busca hacerse cargo con que los trabajadores migratorios pueden estar sujetos a situaciones de especial vulnerabilidad o desprotección, por lo que “refleja la especificidad del trabajador migratorio como sujeto al que se pretenden proteger internacionalmente sus derechos”¹⁰⁷. Además, esta Convención se enmarca en un desarrollo progresivo que ha habido en el Derecho Internacional de intentar equiparar la situación de los nacionales de un país con los extranjeros, particularmente enfocado en los trabajadores migratorios, al ser una categoría habitual de extranjeros¹⁰⁸.

La Convención persigue cuatro propósitos principales. El primero propósito es unificar los cuerpos normativos aplicables a los trabajadores migrantes, buscando el establecimiento de normas comunes para armonizar el tratamiento de los trabajadores migrantes por parte de los Estados¹⁰⁹. El segundo es complementar otros instrumentos internacionales aplicables, porque uno de los diagnósticos de sus redactores es que los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias no han sido reconocidos de forma suficiente, como es señalado en el preámbulo de la Convención¹¹⁰. El tercero consiste en mejorar la situación particular de los trabajadores migratorios y sus familias, que pueden verse enfrentados a vulnerabilidades particulares, por lo que requieren una protección especial¹¹¹. El cuarto propósito de la Convención busca reducir el tráfico de personas con el propósito de mejorar la situación de los migrantes e intentar reducir la cantidad de migrantes indocumentados y así mejorar su situación¹¹².

Sin embargo, las propias disposiciones de este tratado implican una serie de limitaciones a este propósito de reforzar la protección de los trabajadores migratorios. En efecto, la propia Convención establece distintos derechos según si se está en una situación documentada o indocumentada, estableciendo mayores derechos a los primeros. Entonces,

¹⁰⁷ Bonet Pérez, J. 2004. «La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.» En: Gómez, F. (dir.) y José Manuel Pureza. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Universidad de Deusto, Bilbao. p. 321

¹⁰⁸ Ibid. p. 322.

¹⁰⁹ Bartel, B. y James A. R. Nafziger. 1991. «The Migrant Workers Convention: It's Place in Human Rights Law.» *The International Migration Review*. Volumen 25, N°4, Edición especial: U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. p. 775.

¹¹⁰ Op. Cit. *Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*. 1990. párrafo 10.

¹¹¹ Op. Cit. *Bartel, B y James Nafziger*. 1991). p. 776.

¹¹² Ibid. p. 777

esto tiene el efecto de generar situaciones de inferioridad de ciertos grupos de migrantes y “la construcción de una pirámide jurídica convencional que sitúa en su base al inmigrante indocumentado por oposición al que reúne las condiciones legales, impidiendo así al inmigrante, según su situación administrativa, el pleno disfrute de los derechos”¹¹³. Además, esta Convención es clara es sostener que no aplica a todo tipo de migrantes, sino solo a los trabajadores migratorios definidos en el artículo 2 de la misma. Esto se suma a que también se da una definición particular de familiares de los trabajadores migratorios, ya que los vincula a quienes estén en una relación matrimonial con el trabajador migratorio o que, si no tiene, que sea una relación que los Estados Parte le dan un efecto análogo al matrimonio, cosa que puede generar ciertas dudas en su aplicación¹¹⁴.

Asimismo, es interesante remarcar que el hecho de tener estatutos de derechos diferentes según la situación migratoria contrasta con el objetivo de la Convención de mejorar las vidas de todas y todos los trabajadores migratorios y lo hace un tanto confuso¹¹⁵.

Finalmente, es importante mencionar al Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (conocido como “CMW” por sus siglas en inglés). Este es el organismo creado a partir de la Convención que está encargado de supervisar el cumplimiento de las disposiciones de dicho instrumento por parte de los países que lo han firmado y ratificado, además de aclarar el significado de sus disposiciones. Este comité comenzó a sesionar el año 2004. En las subsecciones que siguen se comentarán las Observaciones Generales y las recomendaciones que el CMW ha hecho a ciertos países para efectos de analizar la existencia de un concepto de buena práctica, especialmente con relación al derecho a la salud, a la vivienda y sobre mecanismos de regularización de migrantes indocumentados.

1. Las Observaciones generales

¹¹³ Op. Cit. *La Spina, E.* 2013. p. 127.

¹¹⁴ Camos Victoria, I. y Eduardo Rojo Torrecilla. 2004. «La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Migrantes y sus Familias.» *Revista Migraciones*. N°16. 2004. pp. 18. Esto es pensando especialmente en las uniones de hecho heterosexuales u homosexuales.

¹¹⁵ Op. Cit. *Bartel, B y James Nafziger.* 1991. p. 777

Desde sus primeras sesiones, el CMW ha publicado 4 observaciones generales¹¹⁶ y se encuentra actualmente en el proceso de redacción de una tercera. De estas 4 observaciones generales, la Observación General N°2 del año 2013 es especialmente interesante para esta tesis, ya que trata sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y sus familias.

Lo primero que hace el Comité es mencionar el marco normativo aplicable a los migrantes indocumentados. De acuerdo con él, la Convención solo establece un nivel mínimo de protección, porque su artículo 81 dispone que nada impide que los Estados establezcan mejores derechos para los trabajadores migratorios a través de sus legislaciones nacionales. Además, sostiene que la obligación de los Estados de respetar esos derechos mínimos está relacionada también con la obligación que tienen de respetar otros tratados internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) o el Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”), que establecen incluso estándares más altos para los derechos que garantizan¹¹⁷.

Asimismo, en esta Observación General, el CMW sostiene que además se deben respetar las normas establecidas en tratados regionales de Derechos Humanos, como el CEDH o la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también los derechos establecidos en los Convenios de la Organización Internacional para el Trabajo.

En este sentido, puede sostenerse que en esta OG se establece un marco de referencia para evaluar posibles buenas prácticas aplicables a las y los migrantes indocumentados, sin perjuicio de que también pueden ser aplicables a quienes están en situación regular. El CMW sostiene acá que la propia Convención señala en su artículo 7 que la nacionalidad es una razón prohibida para la discriminación, además de complementar con que “Los órganos de tratados también han interpretado que la prohibición de la discriminación incluye a los no nacionales, como los trabajadores migratorios, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”¹¹⁸.

¹¹⁶ Las Observaciones generales de los órganos de tratados son, en el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, interpretaciones que hacen estos órganos de los tratados que supervisan.

¹¹⁷ Naciones Unidas. 2013. *Observación General N°2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*.CMW/C/GC/2

¹¹⁸ *Ibid.* párrafo 18.

Es por esto que el CMW afirma que son discriminatorias todas las diferencias de trato de la que sean objeto los migrantes por nacionalidad u situación migratoria que no estén establecidas por ley, no persigan un fin legítimo en virtud de la Convención, que no sean necesarios en esas situaciones concretas y que no sean proporcionales al fin que persiguen¹¹⁹.

Lo anterior resulta interesante para esta investigación, debido a que permite plantear la no discriminación como un elemento central a la hora de buscar una definición de Buena Práctica aplicable a las políticas migratorias, tanto las de fronteras externas como las llamadas políticas de integración. Entonces, al analizar una Buena Práctica, se debería tener en consideración si es que respeta este principio de no discriminación.

Asimismo, el CMW también deja claro que están prohibidas las discriminaciones de derecho y *de facto*, siendo la primera una discriminación en la legislación y la segunda la discriminación que existe en la realidad. Sostiene que es necesario abordar ambos tipos de discriminaciones, ya que “si solo se aborda la discriminación *de iure* no se asegurará la igualdad *de facto*”¹²⁰.

Entonces, en base a estas consideraciones, el Comité recomienda a los Estados adoptar medidas positivas para luchar contra estas discriminaciones. Sostiene también que la Convención prohíbe discriminaciones directas e indirectas, por lo que también recomienda luchas contra la discriminación que puedan generar leyes que, teniendo apariencia de neutrales, afectan desproporcionadamente a población migrante, especialmente los indocumentados¹²¹. Esto es de especial importante para situaciones como el acceso a viviendas para migrantes indocumentados. En Chile, por ejemplo, se exige la cédula de identidad¹²² para el acceso a los programas de vivienda que entrega el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por lo que eso implica una barrera para las y los migrantes indocumentados, que se verían imposibilitados de acceder a estos programas.

2. Recomendaciones a países

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ Ibid. párrafo 19. Las cursivas son parte de la cita original.

¹²¹ Ibid. párrafo 20.

¹²² Ministerio de Vivienda y Urbanismo. *Beneficios Vivienda: arriendo de una vivienda*. Visitado el 29 de diciembre de 2020. < <https://www.minvu.cl/beneficio/vivienda/arriendo-de-una-vivienda/>>

Respecto de las recomendaciones, en este apartado se estudiará si es que en estas existe algún concepto de buenas prácticas, o si es que hay algún concepto análogo que pueda aportar al fin de esta tesis. Se analizarán en particular las recomendaciones emitidas a Chile y Argentina.

a. Argentina

Argentina presentó su segundo informe el 9 de agosto de 2019 y las observaciones finales fueron publicadas en febrero de 2020. En estas, el Comité destacó, entre otras cosas, como un aspecto positivo el disponer de regularizaciones para migrantes haitianos por razones humanitarias¹²³. Además, destacó la participación de Argentina en procesos internacionales de cooperación en la gestión de las migraciones y el hecho de que haya votado a favor por el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular¹²⁴.

Entre los aspectos negativos destacados por el Comité está la publicación del Decreto N°70/2017. Este decreto establece numerosas restricciones a los derechos a defenderse de las y los migrantes frente a expulsiones. Este decreto, entre otras cosas reduce los plazos para recurrir, aumenta los requisitos de prueba para demostrar la falta de recursos económicos y el ejercicio del derecho a la unidad familiar. Además, esta normativa contempla la posibilidad de detener a las y los migrantes desde el inicio del procedimiento de expulsión¹²⁵.

Tantos los aspectos positivos como los negativos son indicios de buenas y malas prácticas respectivamente que el CMW decide destacar de los países. Es interesante para efectos de esta tesis porque es el propio Comité el que destaca cosas que ha hecho Argentina y las califica a los ojos de la Convención.

Respecto de las recomendaciones que le hace el Comité a Argentina en sus observaciones, es interesante destacar para esta tesis una relativa a la formación de funcionarios y difusión de información sobre la Convención¹²⁶. Esta recomendación es de interés ya que puede constituir una buena práctica de especial relevancia, al ser los funcionarios públicos quienes están muchas veces encargados de garantizar la prestación de

¹²³ Naciones Unidas. 2020a. *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina*. CMW/C/ARG/CO/2. Párrafo 8, letra h).

¹²⁴ Ibid. párrafo 8 letra j) y párrafo 9.

¹²⁵ Ibid. párrafo 10

¹²⁶ Ibid. párrafo 24.

distintos derechos sociales (incluso más allá de los estudiados en esta investigación) e incluso puede ayudar a mejorar el trato que reciban las y los migrantes al acudir a los distintos servicios públicos. Sobre el principio de no discriminación, el Comité recomendó que el Estado tome medidas inmediatas para que las y los trabajadores migratorios “gozen de los derechos previstos en la Convención sin discriminación”¹²⁷. Esto es interesante también porque refuerza la idea de que el principio de no discriminación es importante para entender una buena práctica en el marco de las recomendaciones efectuadas por el Comité. Asimismo, es importante porque el principio de no discriminación proporciona un estándar con el que se puede analizar la actividad de un Estado en esta materia, que es justamente lo que se ve en esta recomendación.

Sobre el derecho a la salud, el Comité reconoce los problemas que tienen los migrantes en situación irregular para acceder a una atención médica, habiendo incluso situaciones en que son denunciados por los hospitales a la autoridad migratoria. Ante esto, recomienda que el Argentina tome medidas concretas para garantizar el acceso a la salud de las y los migrantes en situación irregular y que impidan que los servicios de salud compartan los datos personales de las y los migrantes con la autoridad migratoria para su denuncia¹²⁸. Esto es importante ya que, si es que no se evitan estas denuncias, se puede generar un incentivo a que las y los migrantes no acudan a centros asistenciales para recibir atención médica cuando la necesiten, generando una discriminación no justificada y, por tanto, una mala práctica en este contexto.

Finalmente, sobre la situación de los migrantes indocumentados, al Comité le preocupan los costos y la lentitud de los procedimientos de regularización existentes, además de que algunos procedimientos han sido suspendidos. Ante esto recomienda que facilite el acceso a estos programas de regularización, disminuya los costos y los plazos de espera de los diferentes trámites y que las facilidades en la migración otorgadas a los venezolanos, sea extendida en pie de igualdad a las y los migrantes de las demás nacionalidades¹²⁹.

b. Chile

¹²⁷ Ibid. párrafo 29.

¹²⁸ Ibid. párrafo 42 y 43.

¹²⁹ Ibid. párrafos 52 y 53

Respecto de Chile, las observaciones finales más recientes son del año 2011, las que son las observaciones finales al primer informe periódico del país. Respecto del segundo informe periódico, este fue entregado durante el 2019 y está previsto su análisis en las sesiones de abril del 2021 del Comité.

En las observaciones finales, los principales aspectos positivos que el CMW destaca del Estado es la firma y ratificación de diversos acuerdos internacionales, como el Segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁰.

Respecto de los motivos de preocupación y las recomendaciones que da a Chile, destaca la falta de recopilación de datos sobre migraciones. El Comité muestra preocupación por la falta de datos y recomienda aumentar las bases de datos y la información que recolectan, además de que piden recibir datos basados en “estudios o estimaciones”¹³¹. Esto es de particular importancia porque una autoridad migratoria que no dispone de datos sobre migraciones de distintos tipos no será capaz de construir una política migratoria que busque garantizar los derechos de las y los migrantes, por lo que la falta de información, a la luz del Comité y la Convención, puede ser vista como una mala práctica.

Respecto del principio de no discriminación, el Comité muestra preocupación por la estigmatización de las y los migrantes en el país y recomienda campañas de concientización dirigidas a funcionarios de migraciones, profesionales de medios de comunicación y al público general¹³². En este sentido, se puede ver cierta similitud entre las recomendaciones que le hizo el Comité a Argentina en materia de no discriminación. Además, es importante reconocer la necesidad de capacitar a los funcionarios públicos que traten con migrantes para que puedan tener el mejor trato posible y no se les vulneren sus derechos de forma fáctica en los mismos servicios públicos.

Respecto del derecho a la salud, el Comité aprecia que haya un Oficio Ordinario que ordene la atención de urgencia para las y los migrantes en situación irregular, pero le preocupa la falta de capacitación del personal sanitario respecto del conocimiento de dicha

¹³⁰ Naciones Unidas. 2011. *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares para Chile*. CMW/C/CHL/CO/1. Párrafos 5, 6 y 7.

¹³¹ Ibid. párrafos 16 y 17.

¹³² Ibid. párrafo 19.

normativa como de los derechos de las y los migrantes en situación irregular¹³³. A la luz de lo estudiado en este capítulo, parece ser que la capacitación del personal de los servicios públicos que atienden migrantes es una buena práctica necesaria para poder garantizarles los derechos que la Convención otorga, e incluso para garantizar los derechos que las leyes puedan garantizar también.

Las observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile ante el CMW fueron publicadas el 20 de abril de 2021. Entre los aspectos positivos, en este caso el Comité destaca la aprobación de la nueva Ley N°21.325 de Migración y Extranjería, así como otras leyes relativas a medidas contra la discriminación y sobre condiciones de trabajo en casas particulares, así como la firma y ratificación de distintos convenios internacionales. Asimismo, se destaca el rol del poder judicial en la incorporación de estándares de derechos humanos en procesos de expulsión y también se destaca la creación de organismos colegiados como consejos o mesas de trabajo para formular programas dedicados a las personas en movilidad humana¹³⁴.

Respecto de las recomendaciones y preocupaciones del Comité es necesario destacar una preocupación que abarca la totalidad del documento: la falta de recolección de información y falta de informar a la población migrante sobre sus derechos. Respecto de lo primero, esto se repite en varias áreas concernientes a las detenciones para expulsar migrantes o sobre las medidas de control fronterizo que se adoptan, sobre la política de trata de personas, entre otras cosas¹³⁵. Sobre lo segundo, se menciona principalmente la falta de información de los derechos y recursos de que disponen las personas migrantes para exigir reparaciones en casos de vulneración de sus derechos¹³⁶.

Además, el Comité realizó una serie de recomendaciones para realizar adecuaciones de la nueva ley. Respecto de los temas que son objeto de estudio en este trabajo, las recomendaciones que más cabe destacar son relativas a la población migrante en situación irregular, en donde se insta a que se creen “mecanismos de regularización ordinarios y

¹³³ Ibid. párrafo 30 y 31

¹³⁴ Naciones Unidas. 2021. *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile*. CMW/C/CHL/CO/2. Párrafos 6 a 8.

¹³⁵ Ibid. párrafos 41, 43, 49 y 59.

¹³⁶ Ibid. párrafo 31.

regulados en norma legal dentro del Estado parte”¹³⁷ sumado a que se establezcan derechos para esta población de acuerdo con la observación general N°2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular, ya comentada más arriba¹³⁸.

Además, respecto de la regularización de migrantes indocumentados, al CMW le preocupa la ausencia de una “política integral de regularización migratoria”¹³⁹ y la excesiva arbitrariedad que tiene la nueva ley sobre la facultad de la autoridad de dictar procesos de regularización extraordinarias. Ante estas situaciones las recomendaciones son crear una política pública que garantice una regularización que sea accesible y asequible y que amplíe los canales regulares con una liberalización de las visas y la creación de visas de fácil acceso¹⁴⁰.

Sobre el derecho a la salud, por un lado, el Comité recomienda a Chile que proteja en particular el derecho a la salud de la población migrante y que de esta forma mitigue los impactos causados por la pandemia de COVID-19. Se recomienda además que se garantice el acceso equitativo a la vacunación contra el COVID-19¹⁴¹. Sobre el derecho a la vivienda, por otro lado, la principal preocupación del CMW es la falta de información sobre medidas para luchar contra la explotación en los arriendos y para asegurar condiciones adecuadas de seguridad y salubridad habitacional, ante lo cual, la principal recomendación es tomar medidas para sancionar la explotación en los arriendos y asegurar el acceso a una vivienda adecuada para las personas migrantes, incluido el acceso a los planes de viviendas sociales y otra políticas públicas¹⁴².

En definitiva, es posible ver que en estas recomendaciones se ven expresados los estándares mencionados en el análisis de la Observación General N°2 del CMW y en lo relativo a la Convención, por lo que estas consideraciones sobre los derechos de las y los migrantes deben ser la base a la hora de analizar un concepto de buenas prácticas en el marco de la CIPDTMF.

¹³⁷ Ibid. párrafo 11, letra a)

¹³⁸ Ibid. párrafo 11 letra b)

¹³⁹ Ibid. párrafo 61

¹⁴⁰ Ibid. párrafo 62

¹⁴¹ Ibid. párrafo 9

¹⁴² Ibid. párrafos 57 y 58

III. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“CDESC” o “Comité de Derechos Sociales”) es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”) y también de realizar observaciones generales que interpreten el alcance de las disposiciones de este tratado internacional.

1. Observaciones Generales

Este Comité ha publicado más de 20 observaciones generales (“OG”) interpretando diferentes disposiciones del PIDESC. Para efectos de esta tesis, son de especial importancia las relativas a la no discriminación, al derecho a la vivienda adecuada y al derecho al mejor nivel de salud, siendo la primera de estas la más importante para determinar un concepto de buenas prácticas.

a. Observación General N°20 sobre la no discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En esta OG el CDESC desarrolla cómo se debe entender el principio de no discriminación para interpretar los derechos que garantiza el PIDESC. En primer lugar, comienza por definir el concepto de discriminación, para lo cual se basa en la definición aportada por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, definiéndola como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”¹⁴³.

Respecto de los temas de esa tesis, es importante la prohibición de discriminación en base a la nacionalidad que establece el CDESC en este documento. Menciona, por ejemplo, que “Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores

¹⁴³ Naciones Unidas. 2009. *Observación General N°20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. E/C.12/GC/20. párrafo 7.

migratorios y las víctimas de la trata internacional, independiente de su condición jurídica y de la documentación posean”¹⁴⁴. Este es un importante estándar para poder medir la aplicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la población migrante, ya que el propio Comité sostiene que no puede haber discriminación basada en la nacionalidad a la hora de otorgar prestaciones sociales, como la vivienda o la salud.

Esta OG finaliza recomendando a los Estados a tomar acciones para eliminar la discriminación prohibida y asegurar que todas las personas tengan acceso en igualdad a los DESC. Recomienda modificaciones legales allí donde sea necesario, pero además una aplicación comprensiva de políticas públicas, reglamentaciones y capacitaciones a funcionarios públicos y agentes privados, apuntando también a la eliminación de la discriminación sistemática en el Estado¹⁴⁵. Es importante destacar también que el CDESC, como una recomendación concreta para alcanzar la eliminación de la discriminación sistémica sostiene que “deberá prestarse especial atención a asegurar que los funcionarios y otras personas apliquen las leyes y las políticas en la práctica”¹⁴⁶. Esto está en sintonía con otras recomendaciones ya analizadas a propósito del CMW y otras buenas prácticas ya mencionadas más arriba, porque es fundamental capacitar a los funcionarios que ejecuten cualquier buena práctica que se pretenda implementar para poder lograr que se garanticen los derechos de las y los migrantes.

Finalmente, es importante señalar las situaciones en que el propio CDESC en esta OG permite una diferenciación. Para determinar cuándo un trato diferencial no será discriminatorio, el Comité de Derechos Sociales sostiene que deberá estar fundado en una “causa razonable y objetiva”¹⁴⁷. Esto implica un ejercicio de evaluar si el fin de las medidas que se toman (o no se toman) son “legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática”¹⁴⁸. A su vez, sostiene que debe haber proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el fin perseguido con ellas. Sumado a todo esto, el CDESC sostiene que

¹⁴⁴ Ibid. párrafo 30. Es importante tener en consideración, en cualquier caso, el artículo 2 párrafo 3 del PIDESC en que se le autoriza a los Estados en vías de desarrollo a determinar en qué medida van a garantizar los DESC a personas no nacionales de dichos Estados.

¹⁴⁵ Ibid. párrafos 36 a 40

¹⁴⁶ Ibid. párrafo 39

¹⁴⁷ Ibid. párrafo 13

¹⁴⁸ Ídem.

los derechos de esta convención deben aplicarse de buena fe para no infringir la prohibición de discriminación contenida en el Pacto¹⁴⁹.

b. Otras Observaciones Generales

En otras OG, el CDESC ha establecido en qué consisten los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y qué condiciones deben cumplirse en su prestación para que se consideren satisfechos. En este marco hay menciones a las y los migrantes, pero no son desarrollos en profundidad, son más bien referencias al principio de no discriminación, ya tratado.

Por un lado, el derecho a la vivienda adecuada está desarrollado en la Observación General N°4 sobre el Derecho a la vivienda adecuada¹⁵⁰ y por el otro, el derecho a la salud está desarrollado en la Observación General N°14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud¹⁵¹. En ambas OG se menciona la necesidad de que el ejercicio de estos derechos no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación. En particular, respecto del derecho a la vivienda, el Comité sostiene que “El derecho a la vivienda adecuada se aplica a todos”¹⁵², pero esto también se puede apreciar para el derecho a la salud, en donde el Comité sostiene que “el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo”¹⁵³.

Específicamente, sobre el derecho a la salud, el CDESC sostiene dentro de las obligaciones legales específicas de los Estados con respecto al derecho a la salud, está la de respetar este derecho, lo que implica abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidas, entre muchos otros, las y los inmigrantes ilegales¹⁵⁴.

2. Recomendaciones a países

¹⁴⁹ Ibid. párrafo 14

¹⁵⁰ Naciones Unidas. 1991. *Observación General N°4 sobre el derecho a una vivienda adecuada*. E/1992/23

¹⁵¹ Naciones Unidas. 2000. *Observación General N°14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4

¹⁵² Op. Cit. *Naciones Unidas*. 1992. Párrafo 6

¹⁵³ Op. Cit. *Naciones Unidas*. 2000. Párrafo 18.

¹⁵⁴ Ibid. párrafo 34

El CDESC, al igual que el CMW, realiza observaciones a los informes periódicos que presentan los Estados Parte sobre la aplicación del PIDESC en dichos países. En esta sección se estudiarán las observaciones finales de Argentina, Chile, Francia y Suecia y se analizará qué ha recomendado el Comité respecto de la población migrante y los derechos de salud y vivienda, si es que ha recomendado algo al respecto.

a. Argentina

Las Observaciones finales de Argentina son las más recientes, siendo del año 2018. En estas hay recomendaciones específicas sobre la población migrante. Principalmente, el CDESC expresa preocupación por “las barreras a la regularización y el acceso a servicios sociales de los migrantes”¹⁵⁵. Ante esto las recomendaciones son eliminar las barreras a la regularización y a los trámites administrativos, como flexibilizar la exigencia de certificados de residencia legal para el acceso a prestaciones sociales. Asimismo, recomienda que se garantice asistencia humanitaria a los migrantes en situación de vulnerabilidad¹⁵⁶.

Respecto de los derechos a la salud y a la vivienda, si bien no hay menciones específicas para la población migrante, en virtud de que los derechos que garantiza el PIDESC no deben estar sujetos a discriminaciones prohibidas, igualmente aplica los análisis y recomendaciones que realice el Comité.

En este sentido, respecto del derecho a la vivienda, hay una gran preocupación respecto del aumento de asentamientos informales y que el 10% de las viviendas del país carezcan de acceso a agua potable¹⁵⁷. Debido a las condiciones de vulnerabilidad a la que pueden estar sujetos las y los migrantes, sin duda que esta situación de la vivienda en Argentina también les debe impactar de forma negativa, más aún a quienes están indocumentados.

¹⁵⁵ Naciones Unidas. 2018b. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*. E/C.12/ARG/CO/4. Párrafo 26.

¹⁵⁶ Ibid. párrafo 27

¹⁵⁷ Ibid. párrafo 47

Sobre el derecho a la salud, el CDESC expresa gran preocupación por el deterioro de la infraestructura de salud del Estado y recomienda mejorar los servicios de salud y “asegurar el acceso igualitario a un servicio de salud de calidad”¹⁵⁸.

b. Chile

Las observaciones finales al cuarto informe periódico de Chile fueron publicadas el año 2015. En estas no hay una mención específica a migrantes, pero sí se mencionan a propósito de análisis del principio de no discriminación para el país. El Comité muestra preocupación respecto de la “persistente discriminación contra (...) migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, particularmente en los ámbitos laboral y educativo, así como en el acceso a servicios de salud”¹⁵⁹. Por lo que se puede evidenciar una clara mala práctica respecto del tratamiento de la población migrante en Chile, ya que la persistente discriminación, especialmente en los servicios de salud, dificulta enormemente el acceso a los derechos garantizados por parte del Pacto respecto de las y los migrantes. El CDESC recomienda ante esto que se adopten las medidas necesarias para prevenir y combatir esta discriminación y para generar sensibilización en la población y así poder garantizar un mejor acceso a sus derechos sociales, como el de poder acceder a una atención de salud, entre otras cosas¹⁶⁰.

Respecto del derecho a una vivienda adecuada, el Comité reconoce que existe un déficit habitacional en Chile que afecta especialmente a las familias más desfavorecidas y marginadas y que las medidas que han sido tomadas no han permitido eliminar la segregación habitacional y exclusión social¹⁶¹. Para esta tesis, es interesante destacar la recomendación de que el Estado debe asegurar que se les dé prioridad a las personas más marginadas para satisfacer su necesidad de vivienda y que estas no conduzcan a la segregación y exclusión social¹⁶².

¹⁵⁸ Ibid. párrafo 49 y 50

¹⁵⁹ Naciones Unidas. 2015. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*. E/C.12/CHL/CO/4. Párrafo 12. La lista de grupos discriminados es bastante extensa, por lo que se menciona solamente a los grupos de interés para esta tesis.

¹⁶⁰ Ibid. párrafo 12, especialmente la letra d)

¹⁶¹ Ibid. párrafo 26

¹⁶² Ibid. párrafo 26, letras b) y c)

Por otra parte, respecto del derecho a la salud, el Comité muestra preocupación también con la limitada accesibilidad a servicios básicos de salud, especialmente en los grupos más marginados con bajos ingresos económicos¹⁶³. Respecto de esto, recomienda que se asignen recursos suficientes al sistema de salud y que se busque mejorar el acceso a este, especialmente entre “grupos marginados y desfavorecidos, especialmente de aquellos con bajos ingresos económicos, así como de (...) migrantes, solicitantes de asilo y refugiados”¹⁶⁴.

c. Francia

Las Observaciones Finales sobre el cuarto informe periódico de Francia fueron publicadas el año 2016. Si bien, no hay menciones dedicadas exclusivamente a la población migrante en esta observación final (la hay respecto de los solicitantes de asilo), hay menciones respecto de otros derechos. En este apartado se revisará respecto del derecho a la vivienda y a la salud.

En el derecho a la vivienda, el Comité muestra bastante preocupación por la falta de viviendas sociales y asequibles y de alojamientos de emergencia en el país, además de los problemas que eso conlleva, como el aumento de los asentamientos irregulares¹⁶⁵. Entre las recomendaciones el CDESC sostiene que el Estado debe invertir mayores recursos para resolver la escasez de viviendas, pero lo que es de mayor relevancia para la población migrante es que recomienda eliminar obstáculos para acceder a la vivienda, que están contemplados en la Ley DALO, como es la regularidad de la estancia¹⁶⁶. Esto es importante y se relaciona con lo mencionado sobre Chile más arriba en el sentido de que exigir una estancia regular para poder acceder a una vivienda tiene como resultado la exclusión de la población migrante en situación irregular, cosa que los deja en una situación de mayor vulnerabilidad, pudiendo ser definido eventualmente como una mala práctica.

Para el caso del derecho a la salud, no hay una mención específica a migrantes, pero los problemas que el Comité diagnostica dicen relación con dificultades de acceso a los servicios de salud en zonas urbanas sensibles y en zonas rurales afectadas por falta de

¹⁶³ Ibid. párrafo 28

¹⁶⁴ Ídem.

¹⁶⁵ Naciones Unidas. 2016. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Francia*. E/C.12/FRA/CO/4. Párrafo 35.

¹⁶⁶ Ibid. párrafo 37

médicos¹⁶⁷. No hay que descartar el que la población migrante se concentre en las mencionadas zonas urbanas sensibles, cosa que puede conllevar una mayor dificultad para que se garantice su derecho a la salud.

d. Suecia

Las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Suecia fueron publicadas en 2016. Respecto de las y los migrantes, en esta observación se sostiene que al Comité le preocupa los obstáculos que enfrentan los extranjeros vulnerables para acceder a servicios sociales básicos y a las prestaciones de asistencia social en el país¹⁶⁸.

Además, hay una mención especial a los refugiados y solicitantes de asilo, sobre las dificultades que enfrentan respecto de su acceso a los servicios de salud, instándole el Comité al Estado que deben tomar las medidas necesarias para garantizar el acceso a la salud de todas las personas sin discriminación alguna, incluyendo refugiados y solicitantes de asilo¹⁶⁹. Fuera de estas menciones, no hay una específica al derecho a la salud y migrantes.

Finalmente, respecto del derecho a la vivienda, no hay menciones explícitas sobre población migrante (ni refugiados ni asilados), pero se menciona como problema el acceso a una vivienda asequible y la falta de viviendas sociales¹⁷⁰, lo cual puede ser un problema que también impacte en la población migrante, dada la mayor dificultad que poseen para buscar una vivienda. En este caso no se dispone de suficiente información en la observación, pero una posible buena práctica podría ser facilitar el acceso de estos a las viviendas sociales, especialmente de las y los migrantes en situación irregular.

IV. Las Buenas Prácticas en el Sistema Universal

En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y en el ámbito internacional, como han sido estudiados en este capítulo, se pueden apreciar muchos estándares y recomendaciones de medidas a tomar para establecer mecanismos de protección de derechos efectivos. Además, existe, en el ámbito internacional, una definición clara de

¹⁶⁷ Ibid. párrafo 44

¹⁶⁸ Naciones Unidas. 2016. *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Suecia*. E/C.12/SWE/CO/6. Párrafo 19

¹⁶⁹ Ibid. párrafos 31 y 32

¹⁷⁰ Ibid. párrafo 37

buenas prácticas: la de la OIM. A pesar de que esta no entrega un contenido claro, esta es una definición que solo puede ser pensada en el marco de la actividad de la OIM, ya que sin saber cuáles son las políticas que favorece esta organización, es imposible poder evaluar prácticas para el tratamiento de la población migrante solamente con esa definición.

Un aspecto muy importante en el ámbito internacional es la necesidad de la cooperación internacional entre los Estados, tanto bilateral como multilateral, para la gestión de las migraciones. En el Pacto Mundial se puede ver la relevancia que esta tiene, ya que es lo que articula la labor de los Estados y sus compromisos en este Pacto. Otro estándar importante en este ámbito es el enfoque de Derechos Humanos, tanto en el Pacto Mundial como en las recomendaciones de la OIM se menciona que se deben respetar los Derechos Humanos aplicables a los migrantes, sin perjuicio de que las migraciones es soberanía de cada Estado. En este sentido, es especialmente interesante el análisis de los compromisos en el Pacto Mundial, ya que, si bien los Estados no se obligan a garantizar mayores derechos a las y los migrantes, sí están obligados a respetar sus derechos que emanan de los tratados internacionales que sí han firmado y ratificado y son, por tanto, obligatorios para ellos. Esto permite conectar esa sección con la parte relativa a los análisis de los tratados internacionales relevantes.

En relación con las observaciones de los órganos de tratados internacionales, es interesante mencionar que destaca ante todo el principio de igualdad y no discriminación. A través de este principio se puede entender la forma en que se les garantizan los Derechos Humanos a la población migrante. Es interesante también considerar que la CIPDTMF establece un estatuto de derechos claro y que diferencia entre migrantes documentados e indocumentados (cosa que puede ser criticable pero atractiva para los Estados), pero que de todas formas no tiene una aplicación muy grande al haber muy pocos Estados que han firmado y ratificado esta Convención. Respecto del PIDESC, es claro que el CDESC busca que los derechos contenidos en ese tratado internacional se apliquen en pie de igualdad para todas las personas dentro de un Estado parte, por lo que sus recomendaciones siempre giran alrededor del principio de no discriminación en base a nacionalidad para argumentar que las y los migrantes deben tener un acceso a derechos con igual facilidad y calidad que los nacionales del Estado parte.

Es importante considerar también un breve análisis referente a las implicancias políticas de los estándares estudiados en este capítulo. El hecho de que en prácticamente todos los instrumentos analizados se sostenga la idea de la soberanía nacional como el fundamento que tienen los Estados al construir e implementar su política migratoria dice relación con el gran nivel de desacuerdos que hay en la materia. Justamente, es este nivel de desacuerdos el que justifica la creación de las Narrativas sobre las Migraciones Internacionales ya mencionadas más arriba. Entonces, es de esperar que, a pesar de que los estándares elaborados por los Comités en los distintos instrumentos estudiados significan una importante contribución tanto para dilucidar estándares de protección de la población migrante como para construir un concepto de buenas prácticas, el hecho de que se le otorgue a la soberanía nacional un lugar importante implica que se van a reconocer diferencias entre los nacionales y los extranjeros en un Estado. Esto puede tener como consecuencia el que se legitimen ciertas diferencias de trato en el seno de los Derechos Humanos, cosa que puede dificultar una adecuada protección de las personas migrantes.

Es por lo anterior que el principio de igualdad y no discriminación y la forma en que ha sido entendido por los Comités estudiados deberá jugar un rol fundamental para entregar una protección a las y los migrantes que sea similar a la de los nacionales de un país. Se puede apreciar que mediante este principio es posible reducir la diferencia que se legitima entre nacionales y extranjeros, como ya se señaló. El intentar establecer criterios con los que deben evaluarse los tratos diferenciados para ver su conformidad con el PIDESC puede ser considerado como un importante intento de restringir el espacio dado a los Estados en virtud de su soberanía nacional, y como tal, una pieza central que deberá consignarse a la hora de establecer elementos para una definición de buenas prácticas.

Capítulo Tercero: Mecanismos de protección específicos en ciertos países

En este capítulo se estudiarán mecanismos de protección específicos en determinados países, a saber, Chile, Argentina, Francia y Suecia. Este análisis constará de dos partes: en primer lugar, un estudio de los Exámenes Periódicos Universales (EPU) correspondientes a cada país, para así poder estudiar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos a estos países en materia migratoria. En segundo lugar, se estudiarán mecanismos específicos que se hayan desarrollado para lograr la protección de la población migrante en los aspectos ya mencionados en la introducción de este trabajo.

I. Análisis de los Exámenes Periódicos Universales

1. Chile

El Examen más reciente para Chile fue el año 2019, en el que se discutieron, en el Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (“Grupo de Trabajo”), las acciones presentadas el 2018 por el Estado, para luego emitir las recomendaciones efectuadas. En el informe presentado por el Estado ante el Grupo de Trabajo se señalaron una serie de medidas, tomadas en favor de la población migrante, en relación con las recomendaciones efectuadas en el anterior EPU.

Respecto de las medidas importante para efectos de este trabajo, se pueden señalar las siguientes medidas que el Estado afirma haber adoptado. En primer lugar, respecto de las menciones específicas para la población migrante, es de interés señalar las medidas relativas al acceso de salud de la población en situación irregular. Además de la implementación de planes piloto de salud para migrantes y la publicación de una Política de Salud de Migrantes Internacionales y su correspondiente Plan de Acción, es muy interesante destacar la publicación del Decreto Supremo N°67 del año 2016 que fija mecanismos para acreditar la carencia de recursos para los beneficiarios de FONASA, en donde se incorpora a la población migrante en situación irregular “en iguales condiciones que los nacionales”¹⁷¹.

¹⁷¹ Naciones Unidas. 2019a. *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. Chile. A/HRC/WG.6/32/CHL/1*. Párrafo 96.

En segundo lugar, vale la pena destacar en materia de vivienda la “eliminación de barreras de acceso a subsidios habitacionales”¹⁷² que afectaban a población extranjera, donde se cita como ejemplo la eliminación del requisito de 5 años de permanencia definitiva, que fue reemplazado con el de tener únicamente el certificado de permanencia definitiva¹⁷³. En este sentido, es interesante consignar el dato estadístico que se entrega: “entre 2014 y 2018 se ha beneficiado a un total de 8.197 migrantes con subsidios habitacionales para vivienda definitiva, vivienda en arriendo y mejoramiento de la vivienda”¹⁷⁴.

Antes de estudiar las recomendaciones efectuadas y las respuestas del Estado chileno a estas, es interesante destacar que no hay menciones respecto de la vivienda para migrantes en situación irregular, además de que no se entregan cifras estimadas respecto a la población migrante en situación irregular y su efectivo acceso a la salud. Además, durante las discusiones en el Grupo de Trabajo, el Estado de Chile hizo una breve mención al proceso de regularización extraordinaria de migrantes llevado a cabo durante el año 2018 en el país¹⁷⁵.

Los Estados en el Grupo de Trabajo entre las recomendaciones efectuadas, realizaron varias en materia migratoria. Es importante destacar, en primer lugar, la recomendación 125.259¹⁷⁶ debido a que se enfatiza en la necesidad de aplicar un enfoque basado en derechos para desarrollar políticas públicas que permitan asegurar el acceso de la población migrante a distintos Derechos Sociales, entre ellos la vivienda y la salud. Respecto de esta recomendación, Chile decidió tomar nota y señalar que el Proyecto de Ley de Migraciones (que aún estaba en tramitación en esa fecha) se adecuaba a los estándares internacionales en la materia¹⁷⁷.

Además, el Estado de Chile aceptó la recomendación número 125.265 relativa a elaborar un marco jurídico para garantizar los derechos todos los migrantes, independiente

¹⁷² Ibid. párrafo 143.

¹⁷³ Ídem.

¹⁷⁴ Ídem.

¹⁷⁵ Naciones Unidas. 2019c. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile*. A/HRC/41/6 párrafo 72.

¹⁷⁶ “Formular, en el marco de un enfoque basado en derechos, políticas públicas integrales e inclusivas en relación con los migrantes y sus familias, a fin de garantizar su acceso a la vivienda, la educación, la salud y el empleo”. Ibid. párrafo 125.259

¹⁷⁷ Naciones Unidas. 2019d. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile, Adición: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado*. A/HRC/41/6/Add. 1 párrafo 26.

de su situación¹⁷⁸. Esto es importante también para este trabajo, ya que una primera práctica importante a realizar en esta materia es poder establecer un marco jurídico que permita garantizar los derechos de la población migrante, a partir del cual se podrán desarrollar distintas políticas públicas destinadas a su cumplimiento.

2. Argentina

En el EPU más reciente para la República Argentina, el informe del Estado fue presentado en el año 2017, al igual que las observaciones y recomendaciones y las respuestas del país fueron publicadas en marzo del 2018.

Del informe presentado al Grupo de Trabajo, es interesante destacar ciertos aspectos de la política migratoria argentina, mencionadas en respuesta a recomendaciones efectuadas en su anterior EPU. En primer lugar, este país define su política como una “abierta a la inmigración”¹⁷⁹, la que además se sostiene en el artículo 20 de su Constitución Política, donde tienen regulación sobre la igualdad de derechos civiles entre nacionales y migrantes. Segundo, es interesante destacar que, en consecuencia de lo anterior, en la regulación legal de migraciones argentina se establece que “el Estado asegurará, en todas sus jurisdicciones, el acceso igualitario a todo migrante y sus familias a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales”¹⁸⁰.

Además, es de interés mencionar respecto del principio de igualdad y no discriminación una serie de campañas y políticas, elaboradas por la institución estatal dedicada a la lucha contra la discriminación, que buscan concientizar los derechos de las personas migrantes y garantizar su acceso a derechos en igualdad de condiciones¹⁸¹.

Sobre derechos sociales no se encuentra ninguna mención relativa a migrantes, ni tampoco sobre la situación de la población migrante en situación irregular. Esto es interesante

¹⁷⁸ “Establecer el marco jurídico necesario para garantizar los derechos de todos los migrantes, independientemente de su situación, y promover una migración ordenada, segura y regular” Op. Cit. Naciones Unidas A/HRC/41/6 párrafo 125.265.

¹⁷⁹ Naciones Unidas. 2017a. *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. Argentina*. A/HRC/WG.6/28/ARG/1 párrafo 143.

¹⁸⁰ Ibid. párrafo 144.

¹⁸¹ Ibid. párrafos 135-137.

de destacar debido principalmente a que el propio Estado sostiene tener una política abierta de inmigración y que tanto nacionales como migrantes y sus familias tendrán acceso a los mismos derechos.

Respecto de las recomendaciones realizadas por el Grupo de Trabajo al Estado, las relativas a migraciones se centran las de intentar acabar con las discriminaciones estructurales contra las y los migrantes (recomendación 107.182) y en reforzar medidas para asegurar los derechos humanos de las y los migrantes y su protección, además de preocuparse de aprobar programas integrales con suficiente financiamiento para su implementación efectiva (recomendaciones 107.183 y 107.185). También se recomienda asegurar el acceso a derechos humanos fundamentales de la población migrante independiente de la situación migratoria de las personas (recomendación 107.186)¹⁸².

Estas recomendaciones cobran especial interés al ser relacionadas con las medidas presentadas en el informe del Estado, ya que, en materia de migraciones, se menciona casi exclusivamente los principios que rigen la regulación de migraciones argentina, pero no el nivel de implementación ni las medidas que busquen asegurar el real acceso a derechos de las y los migrantes.

Asimismo, es importante destacar que, respecto de la recomendación 107.184 que recomienda que el Estado vele porque el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 que limita garantías procesales en procedimientos de expulsión, no restrinja derechos humanos de las y los migrantes, ha habido un avance significativo¹⁸³. Con fecha 5 de marzo de 2021 fue publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el Decreto 138/2021 que deroga el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017¹⁸⁴.

Respecto de todas estas recomendaciones, el Estado las aceptó. La única excepción es la recomendación sobre el mencionado Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017 ya mencionado, sobre la que tomaron nota aduciendo que dicho decreto no vulnera los

¹⁸² Naciones Unidas. 2017b. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Argentina*. A/HRC/37/5. Párrafos 107.181 a 107.186.

¹⁸³ Ibid. párrafo 107.184

¹⁸⁴ Este decreto se puede encontrar en la Primera Sección de Legislación y Avisos Oficiales de la edición del 5 de marzo de 2021 del Boletín Oficial de la República Argentina: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/241471/20210305>

estándares internacionales en la materia. En cualquier caso, este tema se resolvió con la derogación del decreto.

3. Francia

El informe presentado por Francia para el EPU es del año 2017, y las recomendaciones y observaciones de estas son del año 2018. En esta, la primera mención que se puede hacer es respecto al derecho a la salud. El Estado sostiene que les garantiza el acceso a los cuidados a todos, mencionando específicamente un programa de ayuda médica diseñado para las y los migrantes en situación irregular y sus familias, llamado AME (Aide Médicale de l'Etat)¹⁸⁵. Es interesante esta mención, especialmente como una buena práctica, debido a que se garantizan una serie de prestaciones que van más allá de un acceso de urgencias a la salud, por lo que podría ser una importante forma de hacer cumplir el derecho a la salud de la población migrante en situación irregular.

En materia de vivienda, entre las medidas que informa la República de Francia en forma general está la relativa al derecho a una vivienda digna¹⁸⁶. En esta, el Estado sostiene que reconoce un “derecho a una vivienda digna e independiente para todas las personas que residen en el territorio francés de manera regular y permanente y que no pueden acceder a ella por sus propios medios o no pueden mantenerla”¹⁸⁷. Esto se encuentra señalado en virtud de la Ley del Derecho Exigible a la Vivienda, la que establece dicho derecho además de mecanismos tanto administrativos como judiciales para hacerlo valer en caso de que no se cumpla dicha prestación, con la consecuente indemnización de perjuicios por responsabilidad del Estado en el caso contrario. Se hace necesario mencionar, sin embargo, que no hay menciones de acciones tomadas en atención a asegurar el acceso a una vivienda para la población en situación irregular.

En materia de regularización de migrantes en situación irregular no hay menciones en este informe, sin perjuicio de que el Estado señala disponer de mecanismos de apoyo a la

¹⁸⁵ Naciones Unidas. 2017c. *Rapport National présenté conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16/21 du Conseil des droits de l'homme. France*. A/HRC/WG.6/29/FRA/1. Párrafo 121.

¹⁸⁶ Ibid. párrafo 49.

¹⁸⁷ Ídem.

llegada a Francia de las personas migrantes, tanto para los trámites a realizar como de asistencia lingüística e incluso para la integración profesional y el acceso al empleo¹⁸⁸.

Respecto a las recomendaciones efectuadas a este Estado, la que más destaca en el ámbito de las migraciones es la de ratificar la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y su Familiares, la que fue efectuada por 8 países distintos, además de 2 más que recomendaron considerar la posibilidad de ratificar dicha Convención¹⁸⁹.

Luego, están las recomendaciones orientadas a promover la inclusión social y el acceso a los servicios básicos para la población migrante. Estas son las recomendaciones 145.74 y 145.261 principalmente y se enfocan en promover la integración de la población migrante (especialmente niños migrantes y extranjeros) en las sociedades de acogida. Esta promoción de la integración se relaciona con lo desarrollado en los capítulos anteriores de este trabajo en el sentido de que para lograr una adecuada integración hay que, entre otras cosas, garantizar el acceso de las y los migrantes a los servicios básicos¹⁹⁰.

Es importante mencionar además la recomendación 145.267, relativa a establecer estrategias de largo plazo para dar acceso a agua potable y saneamiento a migrantes que se encuentran en el norte de Francia, particularmente en Calais¹⁹¹. Esto porque asegurar esos derechos se relaciona directamente con el derecho a la salud y a la vivienda de las y los migrantes en esa situación particular. En esta región además, desde el año 2015 hay una alta concentración de migrantes que están a la espera de poder emigrar al Reino Unido para solicitar asilo en dicho país, por lo que forman campamentos¹⁹² en los que viven en condiciones muy por debajo de lo estándares tratados en este trabajo, es por eso que esta recomendación es importante de mencionar.

¹⁸⁸ Ibid. párrafos 122-124

¹⁸⁹ Naciones Unidas. 2018c. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Francia*. A/HRC/38/4. Recomendaciones 145.4 a 145.13.

¹⁹⁰ Ibid. párrafos 145.74 y 145.261.

¹⁹¹ Ibid. párrafo 145.267.

¹⁹² DeutscheWelle. 2020. *Francia: Desmantelan un campamento de migrantes en Calais*. 29 de septiembre <<https://www.dw.com/es/francia-desmantelan-un-campamento-de-migrantes-en-calais/a-55095023>> Estos campamentos se han formado periódicamente desde el año 2015.

Finalmente, hay un grupo de recomendaciones más generales: las recomendaciones 145.266, 145.275, 145.276 y 145.279, que piden adoptar medidas e iniciativas y proseguir esfuerzos para lograr una protección efectiva de la población migrante en el Estado¹⁹³.

Respecto de las respuestas de Francia sobre las recomendaciones formuladas, el Estado solo se limitó a declarar si las aceptaba, tomaba nota o las aceptaba parcialmente. Sobre las primeras recomendaciones, relativas a la ratificación de la CIPTMF, el país tomó nota de estas recomendaciones, pero no declaró el motivo para tomar nota¹⁹⁴. Las otras recomendaciones fueron aceptadas en su totalidad.

4. Suecia

El EPU para el Reino de Suecia tuvo lugar durante el año 2020, siendo el informe nacional presentado a finales de 2019 y el informe del Grupo de Trabajo publicado a mediados de 2020.

La primera mención importante es la justificación que entrega el Estado para no ratificar la CIPTMF: las medidas que implica esta convención han sido tomadas a nivel comunitario, por lo que la ratificación de este tratado debe verse a nivel de la Unión Europea, no siendo posible, por tanto, una ratificación unilateral de Suecia¹⁹⁵.

Sobre las medidas mencionadas por el Estado la primera mención a realizar es la falta de mención general sobre el acceso de la población migrante a los derechos sociales objetos de estudio en este trabajo. La única mención explícita se da en el contexto de los niños y niñas migrantes, al sostener que todos tienen acceso a la salud, independiente de su situación migratoria¹⁹⁶. Una segunda mención se relaciona al énfasis que le da el Estado a la inclusión de las organizaciones de la sociedad civil y los gobiernos locales a la hora de diseñar políticas de integración de la población migrante, ya que uno de los objetivos de su política migratoria es lograr la inclusión social y laboral de las y los migrantes recién llegados, por lo que “las

¹⁹³ Op. Cit. *Naciones Unidas* 2018c. párrafos 145.266, 145.275, 145.276 y 145.279.

¹⁹⁴ Naciones Unidas. 2018d. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Francia. Adición: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos y respuestas del Estado examinado.* A/HRC/38/4/Add.1. Párrafo 9.

¹⁹⁵ Naciones Unidas. 2019b. *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos. Suecia.* A/HRC/WG.6/35/SWE/1. párrafo 18.

¹⁹⁶ *Ibid.* párrafo 97

organizaciones de la sociedad civil desempeñan un papel importante en la consecución de este objetivo”¹⁹⁷. El ejemplo que dan de lo anterior es la posibilidad de dar subvenciones a las municipalidades y otorgar fondos¹⁹⁸ a las organizaciones de la sociedad civil para la realización de programas para promover la integración y dar apoyo a estas personas.

En las recomendaciones efectuadas por los Estados del Grupo de Trabajo se puede destacar de inmediato la recomendación hecha por 9 países de ratificar la CIPTMF¹⁹⁹. Es interesante además porque Suecia insistió en sus razones durante la etapa de conversaciones con el Grupo de Trabajo de que la ratificación de dicha convención es de competencia de la Unión Europea, al ser materias de competencia comunitaria²⁰⁰.

Otras recomendaciones giran en torno a dos temas principales: no discriminación y promoción e integración de las y los migrantes. Respecto del primer tema, las recomendaciones se enfocan en reforzar medidas para evitar la discriminación tanto racial como xenofóbica contra la población migrante, buscando evitar también delitos de odio²⁰¹. Sobre el segundo tema, se recomienda principalmente tomar medidas adicionales para proteger los derechos de las y los migrantes y seguir las medidas ya tomadas e intensificarlas²⁰². Además, está la recomendación contenida en el párrafo 156.206 sobre garantizar la igualdad de acceso a los servicios de salud sexual a las personas indocumentadas²⁰³, entre otras, lo cual es importante respecto del objeto de este trabajo.

Respecto de estas recomendaciones, Suecia aceptó todas las recomendaciones relativas a no discriminación y migrantes y la mayoría sobre intensificar las medidas de protección. Las dos recomendaciones mencionadas en este trabajo sobre las que tomó nota fueron las contenidas en los párrafos 156.206 y 156.282. Sobre la primera, la respuesta de Suecia es que las personas solicitantes de asilo y las indocumentadas ya disponen de estos derechos en atención a dos leyes dictadas específicamente para asegurar la atención de salud

¹⁹⁷ Ibid. párrafo 33

¹⁹⁸ Ibid. párrafo 34

¹⁹⁹ Naciones Unidas. 2020b. *Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Suecia*. A/HRC/44/12. párrafos 156.12 a 156.16

²⁰⁰ Ibid. párrafo 116.

²⁰¹ Ibid. párrafos 156.90, 156.94 y 156.96

²⁰² Ibid. párrafos 156.249 y 156.282 a 156.286

²⁰³ Ibid. párrafo 156.206

a solicitantes de asilo y migrantes indocumentados²⁰⁴. En tanto, sobre la segunda, la respuesta es que la “legislación sueca garantiza los derechos de los migrantes y los refugiados”²⁰⁵.

II. Análisis de mecanismos particulares por país

1. Chile

En Chile el acceso a derechos de la población migrante está definido principalmente por el estatus de regularidad migratoria. A nivel constitucional, hay pocas menciones explícitas respecto de las personas extranjeras, sin embargo, se ha entendido que “Conforme al artículo 19 de la Constitución Política de la República (C.P.R.) la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales corresponde a las personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras”²⁰⁶. Esto significa que la población migrante, en principio, sí debería estar protegida por los derechos garantizados a todas las personas por la Constitución. A su vez, esto ha sido sostenido también por el Tribunal Constitucional al decir que “esta titularidad genérica no sólo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente”²⁰⁷.

Lo anterior puede ser considerado, a primera vista, como una forma de protección, ya que se hace una interpretación de la constitución que incluye a la población migrante en el estatuto de derechos, sin embargo, es importante tener en cuenta que también podría desarrollarse una interpretación restrictiva que no reconozca derechos en la misma medida o que genere espacios de exclusión. Entonces no se puede considerar buena práctica el que los derechos aplicables a la población migrante dependan de una interpretación jurisprudencial. Si se quiere considerar como tal, sería necesario explicitar la extensión de derechos a esta población, ya que, como se verá en el caso de Francia, una interpretación deferente con el legislador podría implicar una desprotección muy grande en materia de derechos fundamentales.

²⁰⁴ Naciones Unidas. 2020c. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Suecia. Adición: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado. A/HRC/44/12/Add.1.* Párrafo 5, respuesta a la recomendación 156.206. Se menciona específicamente que estas personas tienen “derecho a atención de salud materna, la atención relativa al aborto, el asesoramiento en materia de anticonceptivos y la atención que no puede aplazarse”.

²⁰⁵ Ibid. párrafo 5, respuesta a la recomendación 156.282.

²⁰⁶ Zúñiga, Francisco. 1998. «El estatus constitucional de extranjeros.» *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N°203, año LXVI, Enero-Junio. p. 306.

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. 2013. Rol N°2273-12-INA. Considerando vigesimonoveno.

A nivel legal, el Decreto Ley N°1094 de 1975 es la regulación vigente actualmente en Chile. Esta regulación da amplias facultades discrecionales a la autoridad administrativa²⁰⁸ y está construida a partir de la doctrina de la seguridad nacional y la idea del ‘enemigo interno’, lo que permite explicar el nivel de discrecionalidad y la no regulación de derechos de las personas migrantes²⁰⁹. Es por eso por lo que se debe mencionar esta ley como una forma de desprotección en sí misma, destinada más bien a regular la entrada y salida de las personas extranjeras en atención a consideraciones de orden público antes que cualquier otra cosa, lo que no puede ser compatible con los distintos estándares que han sido analizados en este trabajo.

a. La nueva normativa migratoria: La ley 21.325

Es importante mencionar además que el 20 de abril de 2021 fue publicada la ley 21.325, la nueva ley de migraciones. Este nuevo cuerpo legal trae consigo una gran variedad de cambios, entre los que cabe destacar para efectos de este trabajo principalmente dos menciones.

En primer lugar, las menciones respecto del acceso a los derechos estudiados en este trabajo se pueden ver en dos partes distintas de la ley. Por un lado está el artículo 3, en donde se menciona que el Estado “deberá proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria”²¹⁰, para luego mencionar en el penúltimo inciso del mismo artículo que, respecto de derechos sociales, el Estado “se compromete a adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución”²¹¹. En este artículo se puede apreciar lo que sería un posible mecanismo de protección, ya que se establece como deber del Estado el proteger y respetar los Derechos Humanos de la población migrante, independiente de su condición, pero esto

²⁰⁸ Ibid. Considerando séptimo.

²⁰⁹ Pascual Ricke, T. 2020. «La [des]protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional.» *Anuario de Derechos Humanos*, Volumen 16 N°2. p. 385

²¹⁰ Ley 21.325, artículo 3

²¹¹ Ídem.

se ve entorpecido por el segundo extracto de la misma norma, en donde la promoción de derechos sociales pasa a tener un carácter más bien programático.

Por otro lado, está el estatuto de derechos reconocidos a la población migrante, en donde se puede apreciar que se reconoce el acceso al derecho a la salud “conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales”²¹². Esto puede ser considerado como un avance en relación con la situación existente, pero hay que tener en cuenta que los requisitos que establezca la autoridad de salud pueden significar barreras de acceso, especialmente si es que se dictan requisitos que impliquen algún tipo de discriminación.

Sobre el derecho a la vivienda, el artículo 18 establece que los extranjeros titulares “gozarán de los mismos derechos en materia de vivienda propia que los nacionales”²¹³. Es importante la inclusión de esta norma porque hace explícito el hecho de que las personas migrantes pueden acceder a las distintas políticas de vivienda que implementa el Estado en igualdad de condiciones con los nacionales, lo cual sin duda tiene el potencial de ser una forma de protección de su derecho a la vivienda. El problema con esta norma se da en dos sentidos: primero, la mención de “vivienda propia”, que puede significar espacios de exclusión respecto de los subsidios de arriendo u otros planes de apoyo a quienes no son propietarios de una vivienda²¹⁴ y; segundo, el hecho de que no se regula el derecho a la vivienda a nivel constitucional en Chile implica desde ya un menor nivel de protección en relación con este derecho que impacta a toda la población del país, personas migrantes incluidas.

Una segunda mención importante respecto a la nueva ley migratoria chilena es, precisamente, las escasas menciones sobre la irregularidad migratoria. No se contemplan mecanismos de regularización permanente, solamente se le otorga la facultad a la Subsecretaría del Interior de poder establecer mecanismos de regularización²¹⁵ y además el

²¹² Ibid. Artículo 15

²¹³ Ibid. Artículo 18

²¹⁴ En este sentido, el Tribunal Constitucional se pronunció en contra de la inconstitucionalidad de esa mención, argumentando que el texto legal regula situaciones de abuso en materia habitacional que van más allá del solo dominio de una vivienda y entiende que según esta ley, a las personas migrantes le caben los mismos derechos que la Constitución le otorga a los nacionales, por lo que no podría haber discriminación debido al fraseo particular que se hace. STC. 2021. Rol N°9930-2020 del 29 de enero. Considerandos 46° a 49°.

²¹⁵ Ley 21.325, artículo 155 N°8.

sistema de visados pasa a tener un potencial incentivo perverso a la irregularidad migratoria. Bajo el artículo 58 de esta nueva ley, quienes tengan un permiso de permanencia transitoria (que es como se conoce a la estadía típicamente por turismo en esta ley) no podrán postular a permisos de residencia, salvo la excepción ya mencionada de mecanismos de regularización, o que se puedan acreditar vínculos de familia con chilenos o personas con residencia definitiva. Es importante mencionar esto porque el no poder transitar de categoría implica que, si una persona entra con permanencia transitoria al país y se queda más tiempo que el autorizado, estará en situación irregular y se verá afecto a las sanciones que ello implique, independientemente de cual sea su arraigo con el país. Además, para obtener un permiso de residencia, tendrá que salir del país, lo que implica un costo importante para una persona en situación irregular, sumado a que no tendrá certeza de la posibilidad de que le otorguen el permiso una vez que lo solicite en un consulado de Chile.

Vale la pena mencionar el artículo 9 de esta ley, que establece “la migración irregular no es constitutiva de delito”²¹⁶. Esto tiene el potencial de ser un avance en la medida que contribuya a una menor criminalización de la migración indocumentada, sin embargo no hay más menciones sobre esto en la ley que permitan contribuir a este objetivo.

Dado que la ley 21.325 ha sido recientemente publicada, habrá que esperar la publicación de su reglamento para que entre completamente en vigencia y para analizar a fondo cómo será la política migratoria chilena bajo esta nueva regulación.

b. La escasa regulación

Dejando a un lado la nueva regulación, hasta ahora, la falta de consagración a nivel legal de los derechos en estudio puede ser considerado ya un mecanismo de desprotección frente al paso del tiempo y los cambios de gobierno. Esto porque cualquier regulación hecha a nivel reglamentario e infra legal, podrá ser cambiada en la medida en que cambie el gobierno y asuma uno nuevo con orientaciones políticas contrarias a las políticas migratorias con enfoque de derechos. Esto se sostiene a pesar de que, conforme a lo estudiado en el capítulo anterior, el CMW ha mirado con buenos ojos la existencia de alguna regulación a nivel infra legal que asegure el acceso a prestaciones de salud de emergencia para la

²¹⁶ Ibid. artículo 9.

población indocumentada, porque es positiva la existencia de una regulación que permita acceso a prestaciones de salud a la población migrante, pero otorgará una mayor protección la existencia de derechos garantizados a nivel legal con sus respectivas formas de hacerlos exigibles. Una garantía a nivel legal o constitucional permitiría evitar que estos derechos dependieran del gobierno de turno y su potestad reglamentaria.

Es interesante estudiar en Chile los mecanismos de protección que han sido desarrollados a nivel de los gobiernos locales. En efecto, la insuficiencia de los pocos mecanismos provenientes de la administración central ha implicado que haya desarrollos a nivel local de mecanismos de protección de la población migrante.

Es interesante el caso de Quilicura, ya que esta comuna fue la primera en elaborar un plan de acción en materia de migraciones, siendo la primera institución estatal en organizar un plan de este tipo²¹⁷. Esta municipalidad construyó su plan en base a la idea de tener a los Derechos Humanos en la centralidad del plan, usando también ideas de la gobernanza democrática para incluir a la población migrante y así poder legitimar las acciones que se tomen y siempre teniendo en cuenta lo local, en el sentido de los lugares de la comuna en donde se pueden apreciar las relaciones de las y los migrantes con el resto de la población y las lógicas de discriminación que se generan²¹⁸.

La formulación de un plan con las características mencionadas supone un gran avance respecto de lo que existe a nivel de la administración central. Resaltan además las ideas de incluir a la población en la elaboración del plan y que se mantenga un enfoque en Derechos Humanos, ya que estas son ideas que se mencionan mucho en el ámbito internacional ya estudiado, tanto a nivel del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos como respecto del Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular, en donde el enfoque de derechos tiene una importancia mayor. Es por eso por lo que elaborar planes para el tratamiento de la población migrante que las incluyan puede ser considerada como una forma de mejorar la protección de la población migrante a la luz de este trabajo, ya que permite legitimar las acciones que se tomen.

²¹⁷ Thayer, E., Durán, E. 2015. «Gobierno local y migrantes frente a frente: nudos críticos y políticas para el reconocimiento.» *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. N°63. p. 133.

²¹⁸ Ibid. p. 136-137

Además, en Chile las municipalidades tienen competencias que permiten involucrarse en el tratamiento de la población migrante, ya que aplican la política social nacional a un nivel local, habiendo entonces una necesidad de tratamiento de la población migrante²¹⁹. Entonces, sin una coordinación a nivel central, es natural que a nivel local se intenten tomar estas decisiones.

Sin embargo, esta acción local no está exenta de problemas: en un estudio realizado entre el año 2014 y 2015 indica que parte de las acciones ejecutadas por los municipios dependen de la voluntad de sus funcionarios, además de tener una aproximación general y que no incluye a la población nacional en las acciones que se ejecutan²²⁰. Por lo que, a pesar de que la acción local puede dar origen a buenas prácticas, si es que no es complementada con programas y coordinación desde la administración central que permitan una ejecución prolongada en el tiempo, entonces podría existir un riesgo de que se dejen de aplicar las acciones locales y se caiga en una situación de desprotección.

En definitiva, la protección de personas migrantes en Chile está caracterizada principalmente por la acción a nivel local en donde se han desarrollado planes que intentan incluirlas para favorecer su inclusión en las comunidades locales. Lo anterior se suma a la falta de coordinación a nivel central y la legislación que se aboca a regular la entrada, salida y las sanciones en materia migratoria, sin construir una política migratoria con enfoque de derechos ni asegurar derechos mínimos a la población migrante, sea cual sea su situación migratoria.

2. Argentina

En Argentina, como ya fue mencionado en la sección anterior, existe una amplia regulación sobre las migraciones que puede ser analizada como una buena práctica en sí misma. En primer lugar, está el ya mencionado artículo 20 de la Constitución argentina que establece que los extranjeros gozan los mismos derechos civiles que los nacionales, además

²¹⁹ Matus, T., Sabatini, F., Cortez-Monroy, F., Hermansen, P. y Silva, C. 2012. «Migración y municipios. Construcción de una propuesta de política pública de gestión municipal para la población inmigrante.» *En: Propuestas para Chile, Concurso Políticas Públicas*. Santiago: Centro de Políticas Públicas UC. p. 332.

²²⁰ Thayer, L. y Stang, F. 2017. «Entre la debilidad institucional y el voluntarismo individual: Reconocimiento parcial y derechos limitados en las políticas migratorias locales en Santiago.» *En: Vial, C. y Hernández, J. ¿Para qué descentralizar? Centralismo y Políticas Públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*. Santiago: ICHAM-Universidad Autónoma de Chile. p. 116.

del artículo sexto de la ley 25.871 de Migraciones en el que se establece que el Estado garantizará diversos derechos sociales a la población migrante.

Otro aspecto de interés es que Argentina establece un derecho a la migración en el artículo cuarto de la misma ley. Sostiene que este es “esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”²²¹. Esto es de considerable importancia ya que es “inédito en los estándares internacionales que se habían centrado en el derecho a salir y a retornar al país de residencia”²²² y puede muy bien ser considerado un muy buen mecanismo para entregar una mayor protección a las personas migrantes a nivel de legislación.

Asimismo, esta misma ley de migraciones establece también que el Estado debe tomar medidas “tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”²²³, lo cual se ve complementado con el artículo 8 de dicha ley en el que se establece el acceso al derecho a la salud a la población migrante independiente de su situación. Es por eso que, a nivel de regulación legal, se pueden considerar estas normas como mecanismos interesantes de protección.

Entonces, a un nivel legal, hay una regulación que asegura derechos a la población migrante. La complicación comienza en Argentina, en la aplicación de dichas regulaciones a nivel práctico. En efecto, en esta esfera el ejercicio de los derechos sociales en Argentina termina estando ligado a la regularidad de la condición migratoria, especialmente respecto del derecho a la vivienda. En este sentido, a pesar de la regulación a nivel federal, ha habido cambios legislativos a nivel de cada provincia que ha significado un retroceso en el acceso a la salud de la población migrante en situación irregular²²⁴.

Además, esto se ve profundizado con la “inconsistencia entre la ley de migraciones y otros cuerpos normativos, que redundaría en la negación de un acceso igualitario a la

²²¹ República Argentina. 2004. *Ley 25871 Ley de Migraciones*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Artículo 4.

²²² Centro de Estudios Legales y Sociales. 2020. *Laberintos de papel: Desigualdad y regularización migratoria en América del Sur*. Informe, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales. p. 17

²²³ Op. Cit. *República Argentina*. 2004. *Ley de Migraciones*, artículo 17.

²²⁴ Amnistía Internacional. 2020. *Agenda para el migrante 2020*. Buenos Aires, diciembre. Tercer eje nodal: Derechos sociales y políticos. En este se menciona la ley 6.116 del año 2019 de la provincia de Jujuy en la que se establece un seguro de cobro a las personas extranjeras que residan de manera transitoria en la provincia, cosa que contraviene la regulación a nivel federal.

seguridad social por la vigencia de otras normas”²²⁵, cosa que termina por dificultar el acceso a derechos de la población migrante en este país, cosa que implica desprotección para ellos. También, en este sentido, es importante considerar la presencia de prácticas institucionales de discriminación hacia estas personas que también termina por dificultar su acceso a derechos²²⁶.

En este sentido también vale la pena mencionar que hay poblaciones migrantes que enfrentan mayores dificultades en el acceso a la regularidad, debido a que les es más difícil cumplir los requisitos legales para regularizar su situación²²⁷. Esto se debe a que hay ciertas poblaciones que han sido más propensas a entrar al país por pasos no habilitados, esto es, de forma clandestina, y la ley de migraciones en su artículo 29, en donde se señala que estas personas no tienen derecho a permanecer en el territorio argentino²²⁸. Este es un problema de la regulación de este país, ya que implica que a pesar de haber un derecho a migrar que es universal y inalienable, y que envuelve una obligación para el Estado de establecer mecanismos de regularización y un derecho para el migrante de poder acceder a esta posibilidad, las personas que entren por pasos no habilitados no dispondrán de esta vía, cosa que termina favoreciendo su irregularidad migratoria²²⁹.

Otro ejemplo de un mecanismo de desprotección en un nivel infra legal (entendido como bajo la ley nacional argentina), consiste en los requisitos necesarios para acceder a una vivienda social en la Provincia de Buenos Aires, en donde se exige tener una tarjeta de identificación, la cual se obtiene estando en una situación regular²³⁰.

Argentina tiene una regulación en materia migratoria muy interesante, fundamentada en un enfoque de derechos humanos que puede y debe ser vista como un ejemplo en la región, especialmente respecto del derecho humano a migrar. Sin embargo, es importante tener en

²²⁵ Thayer, L. Stang, F. 2016. «Estatus legal precario y condicionalidad en el acceso a derechos. Una aproximación a la regulación migratoria de Argentina y Canadá.» *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*. Volumen 16 N°2. p.25

²²⁶ Ibid. p. 26

²²⁷ Ibid. p. 27

²²⁸ Op. Cit. *República Argentina*. 2004. Ley de Migraciones, artículo 29

²²⁹ Acosta, D. y Feline, L. 2015. «Turning the Immigration Policy Paradox Upside Down? Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America.» *International Migration Review*. Volumen 49 N°3. p. 681

²³⁰ Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires. 2021. *Requisitos para tener una Vivienda Social*. En línea: https://www.gba.gov.ar/vivienda/requisitos_para_tener_una_vivienda_social. Visitado el 05 de abril de 2021.

consideración las discrepancias que pueden surgir con la realidad que fomentan una situación de precariedad de las y los migrantes, especialmente aquellos que se encuentran indocumentados²³¹.

3. Francia

Respecto de Francia, es interesante analizar primero la protección a nivel constitucional de la población migrante. La Constitución de 1958 de Francia no menciona sus derechos de forma explícita en ningún apartado, pero hay jurisprudencia del Tribunal Constitucional francés que se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de leyes de migraciones, especialmente en las últimas décadas.

A partir de estos pronunciamientos es que la doctrina francesa ha sostenido que hay un estatuto constitucional de las personas extranjeras. Esto dice relación con la forma en que el Tribunal Constitucional francés ha analizado la constitución, ya que ha hecho un análisis en base a la falta de mención de las y los migrantes para sostener que “ningún principio ni tampoco ninguna regla de valor constitucional asegura a los extranjeros derechos de carácter general y absoluto de acceso y residencia en el territorio nacional”²³². Esto tiene como consecuencia que hay una distinción entre los nacionales y los extranjeros a nivel constitucional que significa que el “legislador puede someter a los extranjeros a una policía administrativa que subordina su residencia a una autorización previa doblemente precaria, porque está limitada en el tiempo y sometida a los riesgos de las revisiones legislativas”²³³. Esto implica que la figura del extranjero en Francia es, más bien, una figura administrativa, nacida de la ley y regulada en función de ella. Es importante tener en cuenta que, esto no implica la falta de reconocimiento de derechos para las personas extranjeras, toda vez que estos serán reconocidos al obtener un permiso de residencia y vivir una cantidad determinada de tiempo en Francia, además que a partir de otras situaciones en las que la ley les otorga

²³¹ Op. Cit. *Centro de Estudios Legales y Sociales*. 2020. p. 6 en donde se menciona la dificultad para acceder a viviendas para la población migrante indocumentada, lo que se condice con los requisitos de la Provincia de Buenos Aires, ya mencionados.

²³² Conseil Constitutionnel. 1993. *Décision N°93-325 DC du 13 août 1993*. Diario Oficial de la República de Francia, edición del 18 de agosto. p. 11723. En una línea similar de un análisis muy deferente del legislador, aunque no mencione explícitamente la cita de la sentencia de 1993: Conseil Constitutionnel. 2018. *Décision N°2018-770 DC du 6 septembre 2018*. Diario Oficial de la República de Francia, edición del 11 de septiembre.

²³³ Tchen, Vincent. 2021. «La constitutionnalisation des droits des étrangers: essai de synthèse.» *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*. N°6, abril. p. 2

determinados derechos. Lo importante que hay que entender es que, a nivel constitucional, ha habido una gran deferencia del Tribunal Constitucional que ha implicado que no se reconoce a los extranjeros en igualdad de condiciones respecto de los nacionales en la constitución, por lo que los primeros estarían regulados a nivel legal y administrativo. Entonces, esta falta de estatuto, sumado a la negativa del Tribunal Constitucional de analizar más allá de lo literal puede ser visto como una forma de precarizar a la población migrante a los ojos de los estándares estudiados en los capítulos anteriores.

Con respecto a mecanismos de protección a nivel legal, para acceder a los derechos sociales en el nivel que se garantiza a los nacionales franceses, es necesario tener un permiso de residencia. En particular, el artículo L-160-1 del Código de Seguridad Social francés establece que toda persona que resida de manera estable y regular en Francia, sea que trabaje o no, es beneficiaria de la cobertura de sus gastos en salud²³⁴, lo que quiere decir que para la población migrante en situación regular el derecho a la salud se encuentra garantizado en los mismos términos que para los nacionales.

Como se ya adelantó en la sección anterior, respecto del derecho a la salud de la población migrante indocumentada, se puede identificar un mecanismo de protección claro: la “*Aide Médicale de l’Etat*” o AME, por sus siglas. Este mecanismo permite la cobertura de los gastos de salud para la población migrante indocumentada que residan en Francia de manera ininterrumpida desde hace más de 3 meses y que no dispongan de recursos suficientes²³⁵. Para aquellos que no cumplen los requisitos mencionados precedentemente, existe una asistencia médica de urgencia establecida en artículo L-254-1 del Código de la acción social y de las familias²³⁶.

Respecto del derecho a la vivienda, es importante mencionar que también se depende de la situación de regularidad para poder gozar de este derecho. De acuerdo con el artículo L300-1 del Código de la construcción y la vivienda, el derecho a una vivienda digna se garantiza a todo aquel que resida en el territorio francés de forma regular y en las condiciones

²³⁴ República de Francia. 1985. *Code de la Sécurité Sociale*. Legifrance. Parafraseo del artículo L-160-1.

²³⁵ UNAFO. 2016. *La Protection Sociale des étrangers en France (états tiers et Union Européenne)*. UNAFO, Paris. p. 40

²³⁶ República de Francia. 1956. *Code de l’action sociale et des familles*. Legifrance. La AME está regulada en este mismo cuerpo normativo en los artículos L251-1 y siguientes.

que defina el Consejo de Estado mediante un decreto²³⁷. Este decreto establece en el artículo R300-2 que las condiciones de permanencia de la residencia son cumplidas para las y los migrantes un permiso de residencia de una duración mayor a un año, siempre que no haya caducado²³⁸.

Es interesante analizar que para el derecho a una vivienda digna se requiere estar en situación regular, lo cual puede ser considerado una buena práctica en el sentido de que estas personas tienen derecho a acceder en condiciones similares a las de los nacionales. Sin embargo, no hay que dejar de lado el hecho de que esto deja en desprotección a la población en situación irregular, la que se encuentra además en una situación de mayor vulnerabilidad, por lo que el no tener mecanismos que cubran el derecho a una vivienda de las y los migrantes indocumentados puede ser visto como un mecanismo de precarización a la luz de los estándares ya analizados. Esta idea se ve complementada con que, en los hechos, las personas migrantes tienen mayores dificultades para encontrar una vivienda, tienen menos posibilidades de ser propietarios y viven en lugares de peor calidad que los nacionales franceses, situación que mejora en la medida que obtienen un permiso de residencia²³⁹. A esto se le suma el dato de que “una naturalización y una duración más larga de residencia son el signo de un anclaje más profundo en el territorio, del que el acceso a la propiedad es una ilustración”²⁴⁰, cosa que enfatiza en la idea de que la residencia permanente permite un acceso a un nivel que se asemejará más al de los nacionales, pero para aquella población indocumentada habrá una mayor precarización de su acceso a una vivienda.

Hay una regulación particular de Francia que merece ser mencionada como algo no recomendable, especialmente, a la luz de los estándares estudiados más arriba. En este país, existe un delito reglado en el artículo L622-1 del Código de la entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo según el cual “toda persona que haya sea directa o indirectamente, ayudado o intentado ayudar a la entrada, circulación o residencia de personas extranjeras de forma irregular será penada con 5 años de prisión y una multa de 30.000

²³⁷ República de Francia. 1978. *Code de la construction et l'habitation*. Legifrance. Artículo L300-1

²³⁸ Ibid. Parte reglamentaria, artículo R300-2

²³⁹ Eremenko, Tatiana. 2017. «Le logement des familles de migrants à l'arrivée en France.» *Infos Migrations*, n° 92: p. 1

²⁴⁰ Domergue F., Jourdan V. 2017. «Les déterminants du statut d'occupation des logements et de la mobilité résidentielle des ménages immigrés.» *En: Insee. Les conditions de logement en France*. Insee Références. p. 80

euros”²⁴¹. Esta norma ha sido denunciada por organizaciones que buscan ayudar a la población migrantes debido a que, a pesar de estar pensada para “sancionar a las personas y organizaciones que hacen del paso ilegal de las fronteras un negocio altamente lucrativo, explotando a las personas extranjeras”²⁴², la redacción de la norma permite sancionar también a quienes quieran ayudar a las y los migrantes en situación irregular.

Esta norma puede ser considerada un mecanismo de desprotección indirecto para la población migrante indocumentada, ya que es una forma de impedir que puedan recibir apoyo de parte de organizaciones de la sociedad civil, ya que se someterían al riesgo de una condena privativa de libertad por ayudar a residir en Francia de forma irregular a personas extranjeras. Es por eso por lo que diversas organizaciones llaman a una reforma de dicho artículo sobre la base de permitir restringir el campo de aplicación de tal forma que se sancione solamente el negocio de tráfico ilegal de personas a través de las fronteras y no las acciones gratuitas que realizan organizaciones²⁴³.

Respecto de regularización de migrantes indocumentados, vale la pena mencionar que en Francia hay un mecanismo excepcional que permite regularizar la situación de migrantes en ciertos casos. Esto se desprende de una circular del Ministerio del Interior, conocida como la “Circular Valls”²⁴⁴ del año 2012, por el nombre del ministro que la dictó. En esta no se establece un mecanismo de regularización permanente, sino que su propósito es aclarar las situaciones en que se permite el acceso a un permiso de residencia en caso de que se esté en situación irregular. Los casos en que se permite un permiso de residencia son, entre otros, cuando la persona lleva más de 3 años viviendo en el país y puede demostrar que ha trabajado por al menos 2 años, con un mínimo de 8 meses consecutivos. Estos requisitos se van flexibilizando a medida que se ha residido por un mayor lapso de tiempo en el país. Además, hay otros casos en que se permite regularizar la situación de los cónyuges de una persona en

²⁴¹ República Francesa. 2004. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Legifrance. Artículo L622-1.

²⁴² Ligue des Droits De L'Homme. 2019. Rapport Annuel 2018: Rassembler pour les libertés. Informe anual, Paris: Ligue des droits de l'Homme. p. 60

²⁴³ Ídem.

²⁴⁴ República de Francia. 2012. Circular N° NOR INTK1229185C “Circular Valls” de fecha 28 de noviembre. Disponible en línea: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44486?page=1&pageSize=10&query=INTK1229185C&searchField=NOR&searchType=ALL&sortValue=SIGNATURE_DATE_DESC&tab_selection=circ&typePagination=DEFAULT>

situación regular; o los padres de hijos matriculados en una escuela; o también los menores que estaban en situación irregular y cumplieron los 18 años, entre otros casos.

Esta circular no puede ser considerada un buen mecanismo de protección debido a que consagra una protección a un nivel inferior incluso a un reglamento, además de que permite regularizar en casos excepcionales y no es obligatoria, por lo que incluso cumpliendo los requisitos que se exigen, la autoridad migratoria francesa podría negar la regularización.

4. Suecia

Como ya se mencionó en la sección anterior, es importante recordar que, en Suecia, la ley asegura acceso a la población migrante en situación regular a derechos sociales en las mismas condiciones que los nacionales. Es por eso que en esta sección se buscarán políticas que vayan en este sentido, así como también se harán notar políticas que vayan en el sentido contrario, esto es, políticas que eviten que la población migrante acceda a sus derechos a la salud o a una vivienda en el mismo nivel que los nacionales suecos.

En primer lugar, es importante mencionar el artículo 12 de la Constitución de Suecia, ya que establece una prohibición para la ley “u otras disposiciones”²⁴⁵ de discriminar personas por su pertenencia a un grupo minoritario, sea por razones de origen étnico u otras. Esta disposición refleja cierta similitud con los estándares internacionales de no discriminación estudiados en el capítulo 2, por lo que se puede considerar que es una forma de protección jurídica a la población migrante, en tanto minoría.

Es importante mencionar que el año 2016, el parlamento sueco aprobó una ley temporal que redujo la protección de las y los migrantes que solicitan refugio en Suecia. Esta ley duraría tres años y tiene como consecuencia que a estas personas se les entregaría un permiso de residencia temporal en vez de uno definitivo, como indica la ley de migraciones sueca. Esta ley se encuentra vigente hasta julio de 2021 debido a que fue extendida en 2019.

A nivel legal, la ley de migraciones sueca establece que, para obtener un permiso de residencia en este país, es necesario estar empleado y poder mantenerse a sí mismos y su

²⁴⁵ Reino de Suecia. 2016. «The Constitution of Sweden: The fundamental Laws and the Riksdag Act.» Sveriges Riksdag. Artículo 12.

familia²⁴⁶. Asimismo, el acceso a derechos sociales está basado en la tenencia de un permiso, entonces es posible sostener que la población que se encuentra indocumentada no tendrá el mismo acceso a derechos sociales. Esto es confirmado por la ley que regula los servicios sociales suecos y por la ley que regula las solicitudes de asilo. En esta última se establece que hay un derecho de asistencia a aquellos que se encuentran solicitando un permiso de residencia, pero que este derecho no lo tienen aquellos que se esconden de tal forma que una decisión de expulsión no puede ser aplicada²⁴⁷. Asimismo, la Ley de Servicios Sociales establece en su capítulo cuarto sección primera que las personas que no pueden “satisfacer sus propias necesidades o que las tienen cubiertas por otros medios tienen derecho a la ayuda del comité de asistencia social para su subsistencia y para el resto de su vida”²⁴⁸. Luego añade en la sección segunda que estos comités pueden decidir extender la ayuda más allá de lo regulado en la sección primera si es que encuentra motivos para ello.

Esta idea es importante para esto ya que, es un derecho universal para todas las personas que se encuentren en Suecia, lo cual es en principio una buena forma de protección, sin embargo, el Tribunal Supremo Administrativo ha decidido que estos beneficios no son susceptibles de discutirse en tribunales. En efecto, el año 2017 sostuvo que “Según el capítulo 2, sección 1, de la Ley de Servicios Sociales, el municipio es el responsable último de garantizar que las personas reciban el apoyo y la asistencia que necesitan y, según el capítulo 4, sección 2, también puede prestar asistencia en casos distintos a los contemplados en el capítulo 4, sección 1. Sin embargo, de las disposiciones de recurso del capítulo 16(3) se desprende que estos párrafos no otorgan a los individuos un derecho de asistencia que pueda ser revisado ante los tribunales.”²⁴⁹. Entonces, dada esta decisión es importante tener en consideración que este derecho no tendría una forma efectiva de exigir su cumplimiento, debido a aquella decisión, por lo que el aseguramiento de un derecho de asistencia se vería

²⁴⁶ Reino de Suecia. 2021. *Aliens Act 2005*. Estocolmo: Ministerio de Justicia de Suecia, 29 de septiembre de 2005. Actualizado.

²⁴⁷ El artículo 12 de la Ley de Acogida de Solicitantes de Asilo sostiene que “La persona que se fugue de tal manera que no pueda ejecutarse una orden de traslado o expulsión no tiene derecho a asistencia.”. Reino de Suecia. 1994. *Ley de Acogida de Solicitantes de Asilo y Otros*. Estocolmo: Ministerio de Justicia de Suecia, 30 de marzo.

²⁴⁸ Reino de Suecia. 2002. *Ley de Servicios Sociales*. Estocolmo: Ministerio de Asuntos Sociales. 1 de enero. Capítulo 4 sección 1. Los comités de asistencia social dependen de cada municipalidad, ya que bajo esta ley son aquellas las encargadas de otorgar las prestaciones sociales.

²⁴⁹ Högsta Förvaltningsdomstolen HFD. Tribunal Supremo Administrativo de Suecia. 2017. Ref. 33. Rol N°1527--1529-16. Apartado de consideraciones del Tribunal. p. 3

envuelto por una interpretación judicial que impediría poder exigir el cumplimiento de dicho derecho ante situaciones en que no se otorgue, por lo que este sería un mecanismo de protección potencialmente débil. Esto se traduce, además, que dicho Tribunal estimó que estos comités de asistencia social no tienen, por tanto, la obligación de prestar asistencia en virtud de la ley de Servicios Sociales²⁵⁰.

Respecto del derecho a la salud para población indocumentada, la ley 2013:407 del año 2013 les garantizó el mismo acceso a la salud que tienen los solicitantes de asilo en Suecia. Esto quiere decir atención médica de urgencia correspondiente a “tratamientos inaplazables, atención de salud materna, atención para el aborto y asesoramiento en materia de anticoncepción”²⁵¹.

Sobre mecanismos de protección de la población migrante con respecto a los derechos sociales en estudio desde un punto de vista más práctico, estos se relacionan con el sistema de Estado de Bienestar propio de este país. Por lo tanto, en este país, la provisión de derechos sociales a la población migrante tiene las características propias del régimen de Estado de Bienestar social democrático que caracteriza a Suecia, esto es, universalismo en conjunto con acceso en base al estatus de residencia²⁵². Esto, a primera vista, puede ser analizado como un mecanismo de protección, ya que se busca asegurar el acceso a la salud y a una vivienda desde que se obtiene un permiso de residencia permanente, sin embargo, como ya se avanzó, esto puede implicar que aquellas personas que se encuentran indocumentadas o con un permiso de residencia temporal tendrán un peor acceso a estos derechos sociales, cosa que implica un cierto nivel de desprotección.

Asimismo, a nivel histórico, ha habido épocas en que el sistema de acceso a derechos en base al estatus de residencia ya mencionado ha operado también como un mecanismo de

²⁵⁰ Esto se debe a un conflicto entre la Ley de Servicios Sociales y la Ley de Acogida de Solicitantes de Asilo en la que el tribunal, basándose en una decisión anterior, consideró que una persona que se encuentra en el caso de no tener derecho a una asistencia por la ley de acogida de solicitantes de asilo, igualmente es considerada como cubierta por dicha ley, por lo que no podría exigir el cumplimiento en base a la ley de servicios sociales. Esta interpretación había sido distinta en primera instancia, en donde se entendió que no tener asistencia en virtud de la ley de acogida de solicitantes de asilo no significaba no poder tenerla en virtud de la ley de servicios sociales.

²⁵¹ Reino de Suecia. 2013. *Ley sobre la asistencia sanitaria de determinados extranjeros que residen en Suecia sin los permisos necesarios*. Estocolmo: Ministerio de Asuntos Sociales. 30 de mayo. Artículo 7.

²⁵² Sainsbury, D. 2012. *Welfare States and Immigrant Rights: The politics of inclusion and exclusion*. Oxford University Press. p. 83-84

desprotección de esta población. Esto se explica porque si bien había un fácil acceso a permisos de residencia permanente, con el consecuente acceso a derechos sociales, ha habido épocas, como a inicios de los años 90s y repetido ahora a partir del año 2016, en que se limitan los permisos otorgados a un período limitado de tiempo²⁵³, como los tres años que se permiten hoy en día. Esto tiene como consecuencia la dificultad de acceder a prestaciones sociales, además de extender la exigencia a las y los migrantes de mantenerse a sí mismos y sus familias, especialmente respecto de aquellos que solicitan asilo.

Sin embargo, el aspecto histórico es interesante respecto de este país precisamente porque por muchos años hubo una política de fácil obtención de permisos de residencia permanente en conjunto con acceso a derechos sociales al obtener dichos permisos²⁵⁴. Esto es importante de mencionar respecto del fácil acceso a derechos sociales como también respecto de la existencia de mecanismos que ayuden a reducir la irregularidad de la población migrante, ya que estas facilidades para obtener un permiso de residencia permanente permiten disminuir la cantidad de personas que podrían quedar sin un permiso en virtud de que vencieron por cumplirse el tiempo que habían sido autorizados a estar en Suecia.

Es importante también tener en cuenta que las distintas reformas que han efectuado en el sistema de provisión de derechos sociales han tenido como impacto el dejar a la población migrante en una situación precaria, especialmente para aquellos que están en situación irregular²⁵⁵. Esto también favorece la desprotección y debe ser considerado como contrario a los estándares estudiados en este trabajo.

En definitiva, en este país hay una buena base de protección al haber un Estado de Bienestar que otorga prestaciones universales a la población, además de derecho a acceder fácilmente a estas prestaciones, todo lo cual puede bien ser considerado como una forma de protección que se adecúa a estándares internacionales. Sin embargo, el problema radica en los derechos de la población indocumentada, ya que se puede evidenciar un mayor nivel de desprotección respecto de ellos, al no garantizar derechos sociales que puedan ser exigibles en tribunales, además de establecer expresamente (aunque sea solamente para la población

²⁵³ Ibid. p. 92

²⁵⁴ Ibid. p. 85. Llegando incluso a tener derechos políticos como el derecho a voto en determinadas elecciones.

²⁵⁵ Dahlstedt, Maguns, y Anders Neergaard. 2019. «Crisis of Solidarity? Changing Welfare and Migration Regimes in Sweden.» *Critical Sociology* 45, n° 1. p. 130.

que solicitó asilo) que, si uno se esconde para evitar la aplicación de órdenes de expulsión, no se tendrá derecho a las prestaciones asistenciales mínimas a las que tendrían derecho.

III. Sistematizando: ¿Hay buenas prácticas?

Resulta de interés para este trabajo el ejercicio de comparar la información entregada por los Estados en sus EPU frente al análisis de mecanismos particulares de protección que despliegan. Esto porque así se pueden ver cuáles son los esfuerzos que realizan en intentar garantizar algún nivel de protección a la población migrante.

Las medidas presentadas por los Estados en los EPU pueden ser resumidas en la siguiente tabla.

Tabla 1: Medidas presentadas por los Estados en los Exámenes Periódicos Universales.

Criterio	Argentina	Chile (EPU del 2019)	Francia	Suecia
Derecho a la salud	No hay mención de medidas	DS N°67 de 2016, planes piloto, Política de Salud de Migrantes Internacionales y su plan de acción.	Acceso para migrantes regulares. AME para migrantes indocumentados.	Acceso para niños y niñas migrantes, independiente de su situación migratoria.
Derecho a la vivienda	No hay mención de medidas.	“Eliminación de barreras de acceso para subsidios habitacionales” ²⁵⁶	Acceso para migrantes regulares al Derecho a la Vivienda digna.	No hay mención explícita de medidas.
Regularización de migrantes indocumentados	No hay menciones explícitas	Se mencionó la regularización extraordinaria de 2018	No hay menciones explícitas. Hay programas de apoyo a la llegada al país.	No hay menciones explícitas

A partir de esta figura se puede destacar de inmediato el poco interés por la regularización de la población migrante indocumentada que manifestaron los Estados en sus EPU. Esto se vuelve más interesante debido a la forma en que operan estos exámenes, ya

²⁵⁶ En el informe presentado por el Estado se menciona este aspecto en estos mismos términos, por lo que se copian textuales acá. Op. Cit. *Naciones Unidas* (2019a).

que, al ser exámenes realizados por otros Estados, podría sostenerse que los países que examinan no quieren verse expuestos a recibir las críticas que sostienen respecto de otros.

Además, al comparar las medidas presentadas, vale la pena mencionar una interesante relación entre Argentina y Suecia. Si bien ambos países disponen de legislación más protectora que los otros países estudiados, ninguno entregó medidas concretas sobre la protección de la población migrante en los EPU, con la excepción del acceso a la salud de niños y niñas migrantes en Suecia.

Sobre la regulación del acceso a derechos en los países estudiados, según su normativa vigente a 2021, estos se pueden compilar de la siguiente forma.

Tabla 2: El acceso a derechos y regularidad migratoria en los países estudiados.

	Argentina	Chile²⁵⁷	Francia	Suecia
Derecho a la salud	Se asegura igualdad de acceso entre nacionales y extranjeros a nivel legal. Acceso independiente de la situación migratoria	En la nueva ley hay un compromiso del Estado para asegurar derechos sociales hasta el máximo grado posible. Art. 3. En cuanto al derecho a la salud, en la nueva ley se reconoce acceso de acuerdo con lo que establezca la autoridad de salud, en igualdad de condiciones con los nacionales. Art. 15.	Acceso al mismo nivel que los nacionales en base a la regularidad. Acceso al AME para los indocumentados.	Acceso en base a la regularidad. Acceso a niños y niñas indocumentados (como se menciona en el EPU). Indocumentados no tienen derecho exigible de acceso, pero tienen acceso a atenciones de urgencia.
Derecho a la vivienda	Se asegura acceso igualitario en las mismas condiciones que los nacionales a nivel legal. Acceso condicionado a la regularidad.	Acceso en base a la regularidad migratoria. En la nueva ley se establece que aquellas personas que tengan un permiso de residencia definitiva tendrán los mismos derechos que los nacionales en materia de vivienda. Art. 18.	Acceso en las mismas condiciones que los nacionales en base a la regularidad y residencia por más de un año.	Acceso en base a la regularidad. Indocumentados no tienen derecho exigible de acceso.

²⁵⁷ Las referencias contenidas acá corresponden a la nueva ley.

Regularización de migrantes indocumentados	Compromiso a nivel legal del Estado de disponer de mecanismos de regularización para la población migrante. Prohibición de regularización a quienes ingresaron clandestinamente	Regularización extraordinaria en la normativa transitoria de la nueva ley. En la nueva ley no hay posibilidad de cambiar el estatus migratorio. Art. 58.	No hay mención de mecanismos permanentes de regularización. Hay casos excepcionales de regularización.	No hay menciones.
---	---	--	--	-------------------

Lo primero que sale a la luz en esta segunda tabla es la dispersión normativa de la regulación que se puede apreciar tanto en Chile como en Francia. Si bien en Chile la dispersión se da a nivel infra legal y en Francia a nivel legal, en ambos países la regulación de los derechos de la población migrante está esparcida en distintos cuerpos legales y sin un estatuto que los unifique. Esto puede complicar la información para las personas migrantes sobre sus derechos, ya que cualquier esfuerzo en dicho sentido tiene que estar acompañado de una sistematización de dónde se encuentran regulados. Por su parte, en Suecia, si bien hay una dispersión legal, especialmente entre la regulación del acceso a derechos y la regulación sobre la entrada, salida y permanencia de la población migrante, esta parece ser menor que la de los países ya mencionados. En Argentina además, la dispersión también es menor, ya que la propia ley de migraciones establece derechos de forma clara para la población migrante²⁵⁸.

Asimismo, en todos los países hay una correlación entre el acceso a derechos y la regularidad migratoria. Esto se complementa además con las medidas informadas en los EPU, en que en la mayoría de los casos las medidas informadas con relación al acceso a derechos están supeditadas a la regularidad migratoria de las personas. Excepcionalmente, los casos de Argentina y Francia sobre el acceso a la salud deben ser destacados, ya que no se consagra solo acceso en base a la regularidad, sino que se busca asegurar un acceso más

²⁵⁸ Ver el Anexo para una comparación entre todos los países estudiados sobre la dispersión normativa.

completo a personas indocumentadas y no solo acceso en casos de urgencia o a determinados grupos, como en Chile y Suecia.

Vale la pena mencionar además que, de todos los países estudiados, solamente Argentina cuenta con menciones relativas al acceso a derechos civiles de personas migrantes²⁵⁹. Además, Suecia cuenta con una mención de una prohibición de discriminación en su constitución. En cuanto a los demás países, no hay un estatuto constitucional claro que mencione a las personas migrantes ni les garantice derechos de forma explícita.

Resulta interesante también destacar en relación con el caso de Chile y Suecia, la importancia de las organizaciones locales para el tratamiento de la población migrante. Esto porque por un lado en Chile ha habido un desarrollo en los gobiernos locales, debido a la inacción del gobierno central, y por otro en Suecia, como se sostiene en su EPU y se menciona en su subsección, se promueve la acción de los gobiernos locales y las organizaciones de la sociedad civil. Las acciones a nivel pueden ser vistas como una pieza importante para garantizar derechos a la población migrante, ya que tienen un contacto más estrecho con estas poblaciones que los gobiernos centrales, pero en ningún caso deben ser vistas como una única solución.

No se puede dejar de mencionar, asimismo, la publicación de la nueva ley migratoria en Chile. Lo que podría ser un mecanismo de protección y que, sin duda, fue anunciado como tal, puede devenir en una mayor precariedad de la población migrante. Es importante considerar cómo será el reglamento que aún falta por publicar para hacer un análisis en mayor profundidad de cómo serán las instituciones migratorias. Sin embargo, desde ya es interesante la idea de que es una ley que en apariencia busca dar una mayor protección a la población migrante, pero sus regulaciones en específico dejan entrever que no se está garantizando una protección adecuada, ya que la consagración de derechos que se establece parece ser insuficiente además de que se rigidiza el régimen migratorio a tal punto que podría ser un incentivo a la existencia de migrantes irregulares. En este sentido, es importante tener en cuenta la idea desarrollada por Thayer de que es la ley y la política migratoria las que

²⁵⁹ A pesar de lo positivo de esta consagración, no puede evitar mencionarse que esta constitución establece explícitamente en su artículo 25 que fomentará la inmigración europea. De aplicarse, esta norma significaría una discriminación de personas extranjeras en base a la nacionalidad.

generan la irregularidad, esta no nace de la realidad, sino que es creada por el Derecho y las prácticas institucionales²⁶⁰.

En último término, es útil destacar las relaciones entre el EPU y los mecanismos estudiados en cada país, ya que tanto las medidas presentadas y las recomendaciones estudiadas más arriba reflejan los intereses políticos internacionales de los Estados en defender lo que han realizado en materia de migraciones. Ningún país va a recriminar a otro acciones y medidas que él mismo no ha tomado. Es por eso que se pueden apreciar pocas medidas en relación a población migrante indocumentada y allí donde las hay, suelen estar focalizadas en ámbitos específicos, como el acceso a la salud. Esto se relaciona con lo tratado en el capítulo dos sobre la despoltización del debate internacional de migraciones y las Narrativas sobre las Migraciones Internacionales, ya que de esta forma se busca llegar a acuerdos que permiten establecer pisos comunes a nivel internacional evitando, al mismo tiempo, un debate sobre las implicancias políticas de las migraciones en los Estados y en el panorama internacional. Esto incluso se aprecia en las recomendaciones que se hacen los Estados entre sí en los EPU, ya que suelen ser recomendaciones relativamente abiertas para así evitar críticas importantes. Respecto de Chile, esto aplica incluso para la nueva ley, en la que se adopta una idea de migración segura, ordenada y regular²⁶¹, en alusión al Pacto de Marrakech que Chile decidió no firmar, e incluso en ese sentido da una idea mucho más restringida de lo que se trata en dicho Pacto.

De igual forma, es importante mencionar la relación entre la regulación migratoria en los países en estudio y los discursos avanzados. Esto es especialmente notorio en Chile y Argentina, ya que en ambos países se ha desarrollado un discurso que busca darle a las migraciones una perspectiva de derechos humanos, como se da en el caso de Chile en que se

²⁶⁰ Thayer, Eduardo. 2016. «Migración, Estado y seguridad. Tensiones no resueltas y paradojas persistentes.» *Polis, Revista Latinoamericana*. Volumen 15 N°44. p. 122.

²⁶¹ Ley 21.325, artículo 7: Migración segura, ordenada y regular. El Estado promoverá que los extranjeros cuenten con las autorizaciones y permisos de residencia o permanencia necesarios para su estadía en el país, y para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus derechos, de conformidad con la Constitución Política de la República, la ley y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. De igual forma promoverá la migración segura y las acciones tendientes a prevenir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, y velará por la persecución de quienes cometan estos delitos, en conformidad con la legislación y los tratados internacionales ratificados por Chile sobre la materia y que se encuentren vigentes. Además, buscará que las víctimas de trata puedan regularizar la situación migratoria en la que se encuentran en el país.

regula hasta un principio de migración segura, ordenada y regular o en Argentina en que la ley incluso consagra un derecho a migrar. Pero esto presenta complicaciones al analizar la regulación, ya que tanto en Chile como en Argentina (aunque a un mucho menor nivel) hay espacios que permitirían la irregularidad y tendrían un efecto contrario al enunciado en los discursos públicos como en los principios que informan dichas legislaciones, como ha sido estudiado por Diego Acosta y Luisa Feline²⁶².

Frente a todo esto, cabe preguntarse si es que existe una idea de buenas prácticas en el ámbito de los países estudiados. No cabe duda de que hay mecanismos de protección de la población migrante, de que además estos difieren según el país estudiado y que, efectivamente, hay aspectos en que se busca asegurar la protección de dicha población, al menos a nivel legal. No obstante, no se puede sostener que hay una idea clara de buenas prácticas que guíe las políticas migratorias de estos países y que permita determinar si un determinado mecanismo es bueno o no.

²⁶² Op cit. *Acosta, D. y Feline, L.* 2015. p. 690

Conclusiones

En esta investigación se elaboró la hipótesis de que se han construido distintas definiciones y formas de comprender las buenas prácticas, las que han variado según la región o los organismos que las acuñen. Además, se sostiene que estas definiciones han permitido elaborar mecanismos de protección que permiten garantizar los derechos a la vivienda y a la salud, además de poder garantizar mecanismos de regularización de migrantes indocumentados.

Esta hipótesis puede considerarse parcialmente verificada. Si bien no hay definiciones claras sobre qué es una buena práctica, y las que existen no permiten analizar acciones concretas y determinar si es que son buenas o malas prácticas, sí se han desarrollado estándares de protección de la población migrante, los cuales varían enormemente dependiendo de los organismos y la región en donde se desarrollen.

Es posible concluir que estos estándares no han llevado necesariamente a establecer mecanismos de protección adecuados, ya que puede haber discriminaciones en la provisión de derechos, como ocurre muchas veces entre migrantes documentados e indocumentados.

Es interesante, sin embargo, la idea desarrollada por el TEDH de que hay estándares mínimos que se deben respetar a la hora de analizar casos como las expulsiones de migrantes, ya que esto permite crear un set de criterios que pueden transformarse en mecanismos de protección que tengan la capacidad de evitar expulsiones automáticas, a partir de un examen del nivel de integración del migrante en el país que lo intenta expulsar.

Asimismo, es importante considerar el impacto político de las migraciones en los diferentes países, ya que esto va a influir en las políticas públicas que desarrollen los gobiernos. En ese sentido, hay que destacar que el influjo de discursos contrarios a las migraciones puede tener un impacto en las legislaciones que dificulten el acceso a derechos de las poblaciones migrantes. Esto reafirma la importancia de hacer respetar los estándares internacionales de protección de las y los migrantes, pero también reafirma la importancia de fomentar este acceso a derechos igualmente a nivel local y mediante una gobernanza democrática, ya que de esa forma se puede intentar disminuir el impacto de los discursos políticos que busquen restringir los derechos de las personas migrantes.

En este sentido, es esencial tener en consideración el avance de estos discursos, ya que han ido permeando lentamente las políticas migratorias de distintos países latinoamericanos, cosa que se puede ver en los estándares estudiados en el último capítulo. Pareciera ser que la idea de que en Europa hay una mayor protección de la población migrante no es completamente cierta, ya que en los casos estudiados el mejor acceso a derechos sociales no estaría dado por una mejor protección de las y los migrantes, sino que estaría determinado por una mejor provisión de derechos sociales en general, ya que el acceso en la mayoría de los casos estudiados está supeditado a la regularidad.

Otro aspecto importante para considerar es el lugar de la irregularidad migratoria en este trabajo. Se buscó en este trabajo ver si existen estándares para la regularización de personas indocumentadas, sin embargo, un importante hallazgo que se puede hacer sobre lo estudiado en este trabajo consiste en el poco interés al nivel de los Estados de buscar regularizar su población migrante. Esto contrasta con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en donde sí hay un deber de regularizar contenido en la CIPDTMF. Resaltar esto es importante porque permite concluir que no hay prácticas claras que apunten a favorecer la regularización de migrantes indocumentados. Hay que hacer notar, de todas formas, el caso de Argentina, en donde hay un compromiso explícito en la ley para regularizar migrantes, ya que ese es un avance importante para evitar que la regulación legal genere irregularidad, permitiendo una vía para la regularidad migratoria.

Entonces, a partir de lo estudiado en este trabajo, es posible avanzar, hacia una definición de buenas prácticas que permita dar una referencia para calificar de buenos o malos los distintos mecanismos que adopten los Estados en su política migratoria: Aquellos mecanismos que permiten garantizar un acceso efectivo a derechos a las personas migrantes en pie de igualdad con los nacionales, que tengan como objetivo central el evitar la precariedad de estas personas y favoreciendo su regularidad migratoria. Pero esta definición debe ser tomada en consideración a distintos elementos.

En primer lugar, debe analizarse a la luz de los estándares de Derechos Humanos existentes y que sean aplicables a la población migrante. Con esto se puede establecer un marco de referencia mínimo desde el cual poder apreciar los mecanismos que están siendo adoptados por los Estados.

En segundo lugar, también debe tomarse en cuenta un aspecto institucional. Esto se refiere a que el mecanismo en cuestión debe estar apoyado por un marco institucional que permita su aplicación y que genere efectos reales, sea que se aplica desde el Estado central, sea que se aplique desde los gobiernos locales. Este elemento también apunta a evitar la dispersión de la normativa de derechos, para así facilitar su acceso y aplicación.

Tercero, un elemento central debe necesariamente ser el principio de igualdad y no discriminación. El acceso efectivo a derechos de las personas migrantes podrá alcanzarse en la medida en que no haya exclusión en base a la nacionalidad para su acceso. La idea es que, de acuerdo con lo expuesto en este trabajo, el acceso a derechos en condiciones de igualdad constituye una de las mejores formas de evitar espacios de exclusión que precaricen a las personas migrantes respecto de los nacionales de un determinado país. Además, esto implica que se restrinjan los espacios en los que se permiten diferencias de trato, debiendo estas, como se sostiene en el capítulo dos, estar justificadas en base a una causa razonable, objetiva y proporcional.

Un cuarto aspecto para considerar, para el caso de mecanismos de protección que puedan adoptarse a nivel internacional, es la cooperación entre los Estados. Las migraciones internacionales involucran siempre a más de un país y, por lo tanto, la cooperación entre estos países para construir mecanismos que favorezcan el acceso a derechos de las y los migrantes, como la firma de tratados o la creación de políticas migratorias comunes, podrá ser bien vista como una buena práctica. Es importante considerar que la cooperación internacional es una herramienta esencial cuando se habla de migraciones y de flujos migratorios, por lo que no se debe menospreciar este elemento.

En este sentido, finalmente a modo de ejemplo, se pueden proponer las siguientes prácticas como buenas prácticas, de acuerdo con el concepto propuesto:

1. Estatuto de derechos claro. Establecer estatutos de derechos claros que sean aplicables a la población migrante, independientemente de su regularidad. De preferencia debe ser en la Constitución nacional y no deben ser discriminatorios respecto del nivel que se le asegura a los nacionales.
2. Institucionalidad. Establecer la institucionalidad necesaria para garantizar dichos derechos a las y los migrantes. La autoridad encargada de gestionar las

migraciones en el país debería tener en consideración los derechos de las y los migrantes en todas sus decisiones, sin distinguir según situación migratoria.

3. Capacitación a funcionarios. Generar capacitaciones constantes a los funcionarios públicos involucrados en los servicios públicos que traten con migrantes. Esta es de gran relevancia, debido a que, si hay funcionarios mal preparados o capacitados, entonces los derechos de esta población pueden verse seriamente afectados.
4. Mecanismos de regularización ordinarios. Elaborar mecanismos de regularización permanentes para las y los migrantes en situación irregular, especialmente para casos en que haya un arraigo de esa población al país donde residen. Esto debe estar acompañado de garantías de que no serán expulsados enseguida si es que se acercan a la autoridad migratoria para normalizar su situación. Esto es importante para poder garantizar que la población en situación irregular pueda disminuir constantemente y no cuando la autoridad decide discrecionalmente abrir un periodo de regularizaciones extraordinario.
5. Acceso a la información y difusión. Acceso fácil y expedito a toda la información relacionada con los derechos de las personas migrantes y los mecanismos para reclamarlos en caso de que se vean vulnerados. Esto debe considerar campañas para informar a la población migrante de sus derechos. Si las y los migrantes no conocen sus derechos, difícilmente podrán exigirlos.
6. Denuncias y bienestar. Evitar cruces de información entre servicios públicos que otorguen prestaciones sociales y las autoridades encargadas de sancionar a las y los migrantes irregulares o que hayan cometido infracciones administrativas. Esto es muy importante para que el acceso a prestaciones sociales para las personas migrantes indocumentadas no implique sanciones como multas o expulsiones por parte de la autoridad migratoria debido a su irregularidad. De esta forma se puede fomentar que las personas indocumentadas puedan gozar de sus derechos sociales y así disminuir las condiciones de precariedad en las que puedan encontrarse.
7. Atención de salud. Otorgar atención de salud integral a las y los migrantes, independiente de su situación migratoria. Esto es importante ya que solo otorgar atención de urgencia a migrantes indocumentados, puede fomentar una mayor

vulnerabilidad y precariedad en las condiciones de vida de esta población respecto de otros migrantes o de los nacionales del país.

8. Acceso a la vivienda digna. Garantizar el acceso a las prestaciones de vivienda en las mismas condiciones que los nacionales. Además, respecto de quienes están indocumentados: permitir su regularización de forma paralela al acceso a una prestación en materia de vivienda. La idea es favorecer el arraigo en el país de personas que ya están solicitando una vivienda, y así evitar profundizar su vulnerabilidad.

Bibliografía

Doctrina

Acosta, D. 2014. *EU Integration Policy: between Soft law and Hard law*. KING Project – EU Policy Unit. Desk Research paper

Acosta, D. y Feline, L. 2015 Turning the Immigration Policy Paradox Upside Down? Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America. *International Migration Review*. Volumen 49 N°3

Amnistía Internacional. 2020. *Agenda para el migrante 2020*. Buenos Aires, diciembre de 2020

Baumgärtel, M. 2020. Facing the Challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Volumen 38. N°1

Bartel, B. y James A. R. Nafziger. 1991. The Migrant Workers Convention: It's Place in Human Rights Law. *The International Migration Review*. Volumen 25, N°4, Edición especial: U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.

Besson, S. 2014. La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme, en: Burgorgue-Larsen, L. (ed). *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*. Paris: Editorial Pedone. p. 70

Bonet Pérez, J. 2004. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En: Gómez, F. (dir.) y José Manuel Pureza. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Universidad de Deusto, Bilbao

Caicedo Camacho, N. 2018. Los Derechos Sociales de los y las Migrantes: El reconocimiento fragmentado por el TEDH. *Revista Derechos y Libertades*. N°38, enero

Camos Victoria, I. y Eduardo Rojo Torrecilla. 2004. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Migrantes y sus Familias. *Revista Migraciones*. N°16

Carmona Cuenca, E. 2017. «Derechos Sociales de Prestación y Obligaciones Positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.» *Revista de Derecho Político*. N°100, septiembre-diciembre

Dahlstedt, Maguns, y Anders Neergaard. 2019. «Crisis of Solidarity? Changing Welfare and Migration Regimes in Sweden.» *Critical Sociology* 45, n° 1. pp. 121-135

DeutscheWelle. 2020. *Francia: Desmantelan un campamento de migrantes en Calais*. Consultado el 29 de septiembre de 2020. <<https://www.dw.com/es/francia-desmantelan-un-campamento-de-migrantes-en-calais/a-55095023>>

Doutriaux, Y., Lequesne C. 2013. *Les institutions de l'Union Européene après la crise de l'euro*. Direction de l'information legale et administrative. Paris

Domergue F., Jourdan V. 2017. «Les déterminants du statut d'occupation des logements et de la mobilité résidentielle des ménages immigrés.» En: Insee. *Les conditions de logement en France*. Insee Références

Eremenko, Tatiana. 2017. «Le logement des familles de migrants à l'arrivée en France.» *Infos Migrations*, n° 92

Fajardo del Castillo, T. 2019. «El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: Un instrumento de Soft Law para una gestión de la migración que respete los Derechos Humanos.» *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. N°11, diciembre

Guild, E., Tugba Basaran y kathryn Allinson. 2019. «From Zero to Hero? An análisis of the human rights protections within thr Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM).» *International Migration*. Organización Internacional para las Migraciones

Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires. 2021. *Requisitos para tener una Vivienda Social*. En línea: <https://www.gba.gob.ar/vivienda/requisitos_para_tener_una_vivienda_social>

Ktistakis, Y. 2013. *Protecting migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter: A Handbook for legal practitioners*. Council of Europe Publishing. Paris, France

La Spina, E. 2013. «Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares: Alcance y Limitaciones.» *Revista Derechos y Libertades*. N°11, época II, enero

Matus, T., Sabatini, F., Cortez-Monroy, F., Hermansen, P. y Silva, C. 2012. «Migración y municipios. Construcción de una propuesta de política pública de gestión municipal para la población inmigrante.» *En: Propuestas para Chile, Concurso Políticas Públicas*. Santiago: Centro de Políticas Públicas UC. pp. 323-362

Ministerio de Vivienda y Urbanismo. 2020. *Beneficios Vivienda: arriendo de una vivienda*. Visitado el 29 de diciembre de 2020. <<https://www.minvu.cl/beneficio/vivienda/arriendo-de-una-vivienda/>>

Murphy, C. 2010. «The Concept of Integration in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.» *European Journal of Migration and Law*. Volumen 12 pp. 23-43

Murphy, C. Mary Gilmartin and Leanne Caulfield. 2019. «Building and Applying a Human Rights-Based Model for Migrant Integration Policy.» *Journal of Human Rights Practice*. (2019) pp. 1-22

Newland, K. 2018. «The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement.» *International Journal of Refugee Law*. Volumen 30, N°4 pp. 657-660

Oberoi, P., Juana Sotomayor, Paola Pace, Barbara Rijks, Jaqueline Weekers y Yehenew Tsegaye Walilegne. 2013. *Migración Internacional, salud y derechos humanos*. OIM: Ginebra

Organización Internacional para las Migraciones. 2020. *6 buenas prácticas de gestión migratoria en las ciudades*. Visitado el 29 de diciembre de 2020. <<https://rosanjose.iom.int/SITE/es/blog/6-buenas-practicas-de-gestion-migratoria-en-las-ciudades>>

Osburn, J., Guy Caruso, Wolf Wolfensberger. 2011. «The Concept of “Best Practice”:
A brief overview of its meanings, scope, uses, and shortcomings.» *International Journal of Disability, Development and Education*. Volumen 58, n°3 pp. 213-222

Pardo Cuerdo, J. 2019. «El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular y sus implicaciones para los Estados.» *Revista Tiempo de Paz*. N°135, invierno

Pascual Ricke, T. 2020. «La [des]protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional.» *Anuario de Derechos Humanos*, Volumen 16 N°2 pp. 381-410

Perez Alberdi, M. 2014. «La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.» En: Jimena Quesada, L. y Manuel Terol Becerra (Directores). *Tratado sobre protección de Derechos Sociales*. Tirant Lo Blanch. Valencia, España

Pécoud, A. 2015. *Depolitising Migration: Global Governance and International Migration Narratives*. Palgrave Macmillan, Londres, Reino Unido

Pécoud, A. 2018. «Politización/Despolitización de las Migraciones: Discursos y Prácticas de la Organización Internacional para las Migraciones.» *Revista Relaciones Internacionales*. N°36, octubre 2017 – enero 2018

Sainsbury, D. 2012. *Welfare States and Immigrant Rights: The politics of inclusion and exclusion*. Oxford University Press.

Sebastiani, Luca. 2017. «¿Para quién y para qué son las buenas prácticas? Unión Europea, integración de (in)migrantes y despolitización/tecnificación de las políticas hegemónicas: un estudio de caso.» *EMPIRIA Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n° 36, enero-abril

Tchen, Vincent. 2021. «La constitutionnalisation des droits des étrangers: essai de synthèse.» *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*. N°6, abril

Thayer, L. 2016. «Migración, Estado y seguridad. Tensiones no resueltas y paradojas persistentes.» *Polis, Revista Latinoamericana*. Volumen 15 N°44 pp. 109-129

Thayer, L., Durán, E. 2015. «Gobierno local y migrantes frente a frente: nudos críticos y políticas para el reconocimiento.» *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. N°63. pp. 127-162

Thayer, L. Stang, F. 2016. «Estatus legal precario y condicionalidad en el acceso a derechos. Una aproximación a la regulación migratoria de Argentina y Canadá.» *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*. Volumen 16 N°2. pp. 11-43

Thayer, L. y Stang, F. 2017. «Entre la debilidad institucional y el voluntarismo individual: Reconocimiento parcial y derechos limitados en las políticas migratorias locales en Santiago.» En: Vial, C. y Hernández, J. *¿Para qué descentralizar? Centralismo y Políticas Públicas en Chile: análisis y evaluación por sectores*. Santiago: ICHEM-Universidad Autónoma de Chile

Thym, D. 2014. «Residence as a De facto Citizenship? Protection of long-term Residence under Article 8 ECHR.» En: Rubio-Marin, R. *Human Rights and Immigration*. Nueva York: Oxford University Press

Triandafyllidou, A., Bartolini, L. and C.F. Guidi. 2019. *Exploring the Links Between Enhancing Regular Pathways and Discouraging Irregular Migration*, OIM: Ginebra

UNAFO. 2016. *La Protection Sociale des étrangers en France (états tiers et Union Européenne)*. UNAFO, Paris

Viljanen J., Heta-Elena Heiskanen. 2016. «The European Court of Human Rights: A guardian of minimum standards in the context of immigration.» *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Volumen 34 N°2. pp. 174-193

Zúñiga, Francisco. 1998. «El estatus constitucional de extranjeros.» *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N°203, año LXVI, Enero-Junio. pp. 301-330

Informes

Centro de Derechos Humanos. 2016. *Informe Temático. Migración y Derechos Humanos*. Informe temático, Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile

Centro de Estudios Legales y Sociales. 2018. *Pacto global para las migraciones: Recomendaciones para un pacto con enfoque de derechos*. Informe, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales

Centro de Estudios Legales y Sociales. 2020. *Laberintos de papel: Desigualdad y regularización migratoria en América del Sur*. Informe, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales

Keusch, Marlene y Nadja Schuster. 2012. *European Good Practice Examples of Migration and Development Initiatives with a particular focus on Diaspora Engagement*. Viena: Vienna Institute for International Dialogue and Cooperation

INE-DEM. 2020. *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2019, Informe técnico: Desagregación regional y comunal*. Instituto Nacional de Estadísticas

Ligue des Droits De L'Homme. 2019. *Rapport Annuel 2018: Rassembler pour les libertés*. Informe anual, Paris: Ligue des droits de l'Homme

MigrEmpower. 2019. *Estudio sobre políticas y buenas prácticas dirigidas a la integración social y laboral de migrantes y refugiados*. Informe conjunto. Roma: MigrEmpower

Niessen, Jan y Yongmi Schibel. 2004. *Manual sobre la integración para responsables de la formulación de políticas y profesionales*. Bruselas: Migration Policy Group/ Comisión Europea

Organización Internacional para las Migraciones. 2011. *Glossary on Migration*. Serie International Migration Law, N°25

Organización Internacional para las Migraciones. 2018. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Informe anual, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones

Organización Internacional para las Migraciones. 2019. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Informe anual, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones

Instrumentos internacionales

Fuentes de la Unión Europea: Tratados, Directivas, Documentos de Soft Law

Comisión Europea. 2011. Agenda Europea de Integración de Nacionales de Terceros Países. [SEC(2011) 957 final]

Comisión Europea. 2016. Action Plan on the integration of third country nationals. [COM(2016)377 final]

Conclusiones de la presidencia. 1999. Consejo Europeo Tampere, 15 y 16 de octubre

Consejo de Justicia y Asuntos del Interior de la UE. 2004. Principios Básicos Comunes para la Integración de Inmigrantes. [14615/04 (Presse 321)]

Directiva 2003/86/CE Sobre el Derecho de Reagrupación Familiar

Directiva 2003/109 Relativa al Estatuto de los Nacionales de Terceros Países Residentes de Larga Duración, DO 2004 L 16/44

Directiva 2011/98/UE por la que se establece un procedimiento único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro

Sitio Web de la Red Europea de Integración. 2020. “About the EMN”. Visitado por última vez el 30 de julio de 2020. <https://ec.europa.eu/home-affairs/content/about-emn-0_en>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Última versión publicada en: Diario Oficial n° C 326 de 26/10/2012.

Fuentes del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos: Tratados, observaciones generales y específicas y Exámenes Periódicos Universales

Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Nueva York, 18 de diciembre de 1991. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2220. N°39481. pp. 207-246

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Viena, 23 de mayo de 1969. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 331. N° 1155 Doc A/CONF.39/27

Naciones Unidas. 1991. *Observación General N°4 sobre el derecho a una vivienda adecuada*. E/1992/23

Naciones Unidas. 2000. *Observación General N°14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4

Naciones Unidas. 2009. *Observación General N°20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. E/C.12//GC/20

Naciones Unidas. 2011. *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares para Chile*. CMW/C/CHL/CO/1

Naciones Unidas. 2013. *Observación General N°2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares*. CMW/C/GC/2

Naciones Unidas. 2015. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*. E/C.12/CHL/CO/4

Naciones Unidas. 2016a. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Francia*. E/C.12/FRA/CO/4

Naciones Unidas. 2016b. *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Suecia*. E/C.12/SWE/CO/6

Naciones Unidas. 2017a. *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos*. Argentina. A/HRC/WG.6/28/ARG/1

Naciones Unidas. 2017b. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Argentina. A/HRC/37/5

Naciones Unidas. 2017c. *Rapport National présenté conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16/21 du Conseil des droits de l'homme*. France. A/HRC/WG.6/29/FRA/1

Naciones Unidas. 2018a. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018: Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*. A/RES/73/195

Naciones Unidas. 2018b. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina*. E/C.12/ARG/CO/4

Naciones Unidas. 2018c. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Francia. A/HRC/38/4

Naciones Unidas. 2018d. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Francia. Adición: *Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos y respuestas del Estado examinado*. A/HRC/38/4/Add.1

Naciones Unidas. 2019a. *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos*. Chile. A/HRC/WG.6/32/CHL/1

Naciones Unidas. 2019b. *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos*. Suecia. A/HRC/WG.6/35/SWE/1

Naciones Unidas. 2019c. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Chile. A/HRC/41/6

Naciones Unidas. 2019d. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Chile, Adición: *Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado*. A/HRC/41/6/Add. 1

Naciones Unidas. 2020a. *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina*. CMW/C/ARG/CO/2

Naciones Unidas. 2020b. *Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal*. Suecia. A/HRC/44/12

Naciones Unidas. 2020c. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Suecia. Adición: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado.* A/HRC/44/12/Add.1

Naciones Unidas. 2021. *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile.* CMW/C/CHL/CO/2

Jurisprudencia

Consejo Constitucional de Francia

Conseil Constitutionnel. 1993. Décision N°93-325 DC du 13 août 1993. Diario Oficial de la República de Francia, edición del 18 de agosto de 1993

Conseil Constitutionnel. 2018. Décision N°2018-770 DC du 6 septembre 2018. Diario Oficial de la República de Francia, edición del 11 de septiembre de 2018

Tribunal Constitucional de Chile

STC. 2013. Rol N°2273-12-INA. 4 de julio

STC. 2021. Rol N°9930-2020-CPT. 29 de enero

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH. 1979. *Airey v. Irlanda*. 9 de octubre. (App. 6289/73)

STEDH. 2001. *The Case of Boultif v. Switzerland*. 2 de agosto. (App. 54273/00)

STEDH. 2006. *The Case of Üner v. Netherlands*. 18 de octubre. (App. 46410/99)

STEDH. 2009. *The case of Muñoz Díaz v. Spain*. 8 de diciembre. (App. 49151/07)

STEDH. 2014. *The Case of Dhabbi v. Italy*. 8 de abril. (App. 17120/09)

STEDH. 2017. *The Case of Ndidi v. United Kingdom*. 14 de septiembre. (App. 41215/14)

STEDH. 2020. *The Case of Azerkane v. Netherlands*. 2 de junio. (App. 3138/16)

Tribunal Supremo Administrativo de Suecia

Högsta Förvaltningsdomstolen HFD. Tribunal Supremo Administrativo de Suecia. 2017. Ref. 33. Rol N°1527--1529-16

Legislación comparada

Reino de Suecia. 1994. *Ley de Acogida de Solicitantes de Asilo y Otros*. Estocolmo: Ministerio de Justicia de Suecia, 30 de marzo

Reino de Suecia. 2002. *Ley de Servicios Sociales*. Estocolmo: Ministerio de Asuntos Sociales. 1 de enero

Reino de Suecia. 2013. *Ley sobre la asistencia sanitaria de determinados extranjeros que residen en Suecia sin los permisos necesarios*. Estocolmo: Ministerio de Asuntos Sociales. 30 de mayo

Reino de Suecia. 2016. *The Constitution of Sweden: The fundamental Laws and the Riksdag Act*. Sveriges Riksdag

Reino de Suecia. 2021. *Aliens Act 2005*. Estocolmo: Ministerio de Justicia de Suecia, 29 de septiembre de 2005. Actualizado

República Argentina. 2004. *Ley 25871 Ley de Migraciones*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

República de Francia. 1956. *Code de l'action sociale et des familles*. Legifrance

República de Francia. 1978. *Code de la construction et l'habitation*. Legifrance

República de Francia. 1985. *Code de la Sécurité Sociale*. Legifrance

República de Francia. 2004. *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Legifrance

República de Francia. 2012. Circular N° NOR INTK1229185C “Circular Valls” de fecha 28 de noviembre de 2012. Disponible en línea: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/44486?page=1&pageSize=10&query=INTK1229185C&searchField=NOR&searchType=ALL&sortValue=SIGNATURE_DATE_DESC&tab_selection=circ&typePaging=DEFAULT>

Anexo

Tabla 3: Referencias constitucionales a migraciones y dispersión normativa en los países estudiados.

Criterio	Argentina	Chile	Francia	Suecia
Regulación constitucional	Hay una referencia directa. Artículo 20 señala que gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales.	Solamente hay una referencia en las normas sobre nacionalidad y derecho de sufragio.	Hay una única referencia respecto del derecho de asilo en el Preámbulo de 1946.	Hay una referencia respecto de la norma de no discriminación en el Artículo 12.
Dispersión normativa	Todas las materias objeto de esta tesis tienen un tratamiento en la Ley 25.871 (acceso a derechos y regularización de migrantes indocumentados)	La ley 21.325 regula escuetamente el acceso a derechos. No hay mención a regularización de migrantes indocumentados.	El CESEDA contiene regulaciones generales sobre migraciones (permisos, sanciones, derecho de asilo y refugio) sin incluir los derechos. Respecto del acceso a derechos, la regulación está contenida en las legislaciones generales de cada materia. No hay regulación legal sobre regularización, sí un tratamiento a nivel administrativo.	Hay una ley que contiene las regulaciones generales para las migraciones y otra para el derecho de asilo y refugio. Respecto de los objetos de estudio de esta tesis, el acceso a derechos está regulado en las leyes generales sobre estos. No hay leyes que traten la regularización de migrantes indocumentados, tampoco se encontró regulación administrativa.