

HERRAMIENTAS EUROSOCIAL

Nº 17/2019

COHESIÓN SOCIAL en la práctica

**Protocolo para el acceso
a la justicia de personas migrantes
en Chile**

CARMEN MIGUEL JUAN
MACARENA RODRÍGUEZ ATERO

HERRAMIENTAS EUROSOCIAL

Nº 17/2019

COHESIÓN SOCIAL en la práctica

Protocolo para el acceso a la justicia de personas migrantes en Chile

CARMEN MIGUEL JUAN
MACARENA RODRÍGUEZ ATERO



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA

Edita:

Programa EUROsociAL
C/ Beatriz de Bobadilla, 18
28040 Madrid (España)
Tel.: +34 91 591 46 00
www.eurosocietal.eu

Con la coordinación de:



Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas

Publicación realizada con el apoyo de:



Poder Judicial de Chile



Consejo General de la Abogacía Española

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

Edición no venal.

Realización gráfica:

Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.

Madrid, octubre 2019



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Índice

1. Prólogo	5
2. Introducción	7
3. Pertinencia	9
4. Presentación	11
5. Definiciones	13
6. Normas internacionales de derechos humanos	17
7. Normas nacionales aplicables a personas migrantes	21
7.1. Resoluciones de carácter administrativo	21
8. Principios generales aplicables a personas migrantes y a personas necesitadas de protección internacional	25
8.1. Principio de igualdad y prohibición de discriminación	25
8.1.1 Colectivos migrantes en situación de especial vulnerabilidad	29
8.2. Otros principios	33
9. Acceso a la justicia para personas migrantes	35
9.1. Derecho a la información, asistencia legal y defensa pública	36
9.2. Derecho a un intérprete y traductor	37
9.3. Derecho a la asistencia consular	38
10. Reconocimiento práctico de los principios generales aplicables a personas migrantes ..	41
10.1. Recomendaciones comunes para jueces/zas y funcionarios/as	41
10.2. Recomendaciones para jueces/zas	43
Anexo I. Tabla identificación ámbitos de vulnerabilidad	53

1. Prólogo

El Poder Judicial de Chile ha colocado dentro de sus prioridades y como eje estratégico de la institución “facilitar el acceso a la justicia a la ciudadanía y ser reconocido por la opinión pública como una institución cercana, preocupada por la justicia y que mejora constantemente la tutela judicial”¹.

Hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia es de especial importancia, pues es un principio básico del Estado de derecho, ya que no consiste solo en tener acceso a un tribunal, sino también que, gracias a él, se ejercitan, se hacen exigibles otros derechos y se resuelven conflictos de relevancia jurídica, lo que contribuye a la paz social, al diálogo, al fortalecimiento de la democracia y a la garantía de los derechos humanos de todas las personas.

En ese marco, en el año 2017, el Poder Judicial de Chile, al amparo del Proyecto Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables, postuló a la asesoría técnica del programa EUROsociAL+ de la Unión Europea con el objeto de elaborar un documento útil para abordar los casos que afectan a las personas migrantes, que proporcione reglas de actuación y mecanismos de tutela efectiva que aseguren una mayor protección en el acceso a la justicia.

La iniciativa, que fue aprobada por el programa EUROsociAL+, permitió que entre los años 2017 y 2019 se llevara a cabo el proyecto, el cual contó con la asistencia técnica de Carmen Miguel Juan, doctora en Derecho por la Universidad de Valencia y experta en género y migraciones, y Macarena Rodríguez, abogada y académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, bajo la coordinación del Consejo General de la Abogacía Española, que requirió de visitas técnicas a nuestra institución para conocer la experiencia chilena, la normativa nacional y la cultura institucional, así como a instituciones públicas relacionadas con el sector justicia.

El protocolo está dirigido a jueces, juezas y funcionarios judiciales; está orientado principalmente a mejorar los procedimientos y mecanismos de atención y asistencia de los tribunales y a fortalecer las capacidades institucionales para favorecer que la condición de vulnerabilidad de las personas afectadas sea debidamente considerada a la hora de resolver los procedimientos iniciados.

El protocolo define los principales conceptos de la materia; hace referencia a la normativa internacional de derechos humanos; a la normativa nacional aplicable a personas migrantes e incluye las resoluciones de carácter administrativo. Desarrolla el principio de igualdad y prohibición de discriminación haciendo referencia a determinados colectivos de personas migrantes respecto de los cuales se sobreponen otras categorías sospechosas de discriminación, teniendo particularmente en cuenta los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, los derechos de las personas migrantes indígenas y otros principios con especial énfasis en el acceso a la justicia, distinguiendo entre: 1) derecho a la información, asistencia legal y defensa pública, 2) derecho a intérprete y traductor y 3) derecho a la asistencia consular.

1. Planificación estratégica del Poder Judicial de Chile, Plan 2015-2020.

Por último, para concretar la aplicación de estos principios al impartir justicia, se incluye un apartado en el que se realizan: a) recomendaciones comunes para jueces/zas y funcionarios/as y b) recomendaciones específicas para jueces/as.

Las recomendaciones se ordenan en grupos y siguen el mismo orden expositivo que los principios generales desarrollados en el documento. Al final de cada grupo de recomendaciones se consignan buenas prácticas, consistentes en jurisprudencia proveniente de los juzgados y cortes chilenas, y una fundamentación jurídica de las recomendaciones realizadas basada en normas jurídicas (universales, interamericanas y nacionales).

Agradecemos sinceramente al programa EUROSOCIAL+ de la Unión Europea su colaboración en la ejecución de este proyecto con asistencia técnica de calidad; a María Luisa Domínguez, técnica de Gobernanza Democrática del mencionado programa, siempre presente en el proceso de acompañamiento técnico; a Mikel Córdoba y Francisco Segovia, de la Fundación de la Abogacía Española, encargados de la ejecución del proyecto, siempre atentos a nuestros requerimientos, y, muy especialmente, a Carmen Miguel y a Macarena Rodríguez, quienes, con su profesionalidad y dedicación, lograron plasmar en un completo documento una serie de recomendaciones y buenas prácticas que, con un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género, propenden a una mayor protección a los derechos humanos de las personas migrantes y colaboran en la supresión de las barreras que actualmente les impiden el acceso efectivo a la justicia.

Esta herramienta se pone hoy al servicio de los jueces, juezas y funcionarios judiciales de nuestro país, con la esperanza de que colabore generando mecanismos de tutela efectiva que aseguren una mayor protección en el acceso a la justicia de las personas migrantes.

LAMBERTO CISTERNAS ROCHA
Ministro Corte Suprema de Chile
Coordinador del Proyecto Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables

2. Introducción

La presente asistencia técnica se ha realizado en el marco del programa EUROsociAL+, una iniciativa de cooperación técnica de la Comisión Europea, cuyo objetivo es apoyar en los países de América Latina las políticas públicas nacionales dirigidas a mejorar los niveles de cohesión social, fortaleciendo también las instituciones que las llevan a cabo, mediante el intercambio de experiencias, conocimientos y buenas prácticas entre Administraciones públicas de la Unión Europea y de América Latina, así como entre Administraciones públicas de América Latina, en un esfuerzo por afrontar problemáticas y cambios políticos semejantes en pos de la cohesión social. Dichos intercambios se realizan en tres ejes temáticos: 1) políticas sociales, 2) políticas de gobernanza democrática y 3) políticas de igualdad de género.

La Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP) actúa como líder del consorcio de las entidades que implementan EUROsociAL+, que incluye a Expertise France (EF, Francia), el Instituto Italo-Latino Americano (IILA, Italia) y la Secretaría de la Integración Social Centroamericano (SISCA). La FIIAPP ostenta la dirección del programa y se responsabiliza de las acciones del Área de Gobernanza Democrática. Asimismo, la Unidad Técnica de Políticas de Gobernanza Democrática desarrolla, entre otras, la línea de acción “Acceso a la justicia”, que incluye las sublíneas de acción “Mecanismos alternativos de solución de conflictos”, “Reducción de barreras de acceso a la justicia”, “Divulgación de derechos, orientación y asistencia legal” y “Fortalecimiento de las defensorías públicas”.

El presente protocolo se enmarca dentro de la sublínea “Reducción de barreras de acceso a la justicia”.

Durante los días 8 a 12 de abril de 2019 se realizó un diagnóstico sobre la situación actual del acceso a la justicia de las personas migrantes y refugiadas² en Chile, considerando para ello diversos antecedentes disponibles y la opinión de diferentes actores que forman parte del Poder Judicial. De igual manera, se consultó a otras instituciones que se vinculan con el Poder Judicial en su rol de administrador de justicia, como la Corporación de Asistencia Judicial de Santiago, las Clínicas Jurídicas de Atención Especializada de Personas Migrantes y Refugiadas, Defensoría Laboral, Defensoría Penal Pública³, organizaciones de la sociedad civil vinculadas a temas migratorios y servicios públicos como el Servicio Nacional de Menores (SENAME).

Sus resultados revelaron tanto los desafíos como las dificultades que se presentan en materia de acceso a la justicia en los diferentes ámbitos o competencias jurisdiccionales, así como las buenas

2. Se utiliza indistintamente el término migrante o extranjero/a pese a las diferencias que en el ámbito especializado se atribuyen a uno u otro grupo, incluyendo bajo estos términos no solo a quienes técnicamente se consideran migrantes, sino también a las personas solicitantes de protección internacional, personas refugiadas o de otro modo necesitadas de protección internacional, en riesgo de apatridia y personas en movilidad en general, en cuanto requirentes del Poder Judicial.

3. Con anterioridad a esta asistencia técnica, las expertas realizaron otra asistencia técnica para la Defensoría Penal Pública de Chile con el objetivo de elaborar un modelo de defensa especializada para personas migrantes y extranjeras, cuyos resultados también se tuvieron en cuenta para la realización del diagnóstico previo al presente protocolo.

prácticas implementadas en estas. Asimismo, confirmaron la necesidad de generar un protocolo o guía para mejorar el acceso a la justicia de personas migrantes.

El presente documento tiene por finalidad entregar, de acuerdo con los antecedentes recopilados, la experiencia comparada, la normativa nacional y los estándares internacionales de derechos humanos, una propuesta que identifica factores críticos de éxito y los pilares fundamentales sobre los que debiera estructurarse el reconocimiento y mejoramiento del acceso a la justicia para las personas migrantes que actualmente viven en el país.

Así, el objetivo de este protocolo es proveer al Poder Judicial en su conjunto de un documento que pueda ser útil para abordar los casos que afectan a las personas migrantes, proporcionando reglas de actuación y mecanismos de tutela efectiva que aseguren una mayor protección en el acceso a la justicia. Con este fin, la propuesta de protocolo se encuentra orientada principalmente a 1) mejorar los procedimientos y mecanismos de atención y asistencia de los tribunales y 2) fortalecer las capacidades institucionales para favorecer que la condición de vulnerabilidad de las personas afectadas sea debidamente considerada a la hora de resolver los procedimientos iniciados.

Como se ha indicado, para la realización de este protocolo se han utilizado como punto de partida las opiniones y experiencias de los miembros del Poder Judicial y, en particular, el trabajo que ha realizado la Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos de la Corte Suprema, a través de la implementación y coordinación de una mesa de trabajo sobre la materia y la posterior elaboración de un primer protocolo de acceso a la justicia para personas migrantes. Su colaboración en este último documento ha sido esencial.

3. Pertinencia

La migración, con sus características actuales, constituye un fenómeno global que impacta a casi la totalidad de los países del mundo en su condición de países origen, tránsito o destino y donde se percibe claramente la existencia de flujos migratorios mixtos. Chile ha sido parte de esta dinámica, aumentando en las últimas décadas su población migrante y, en particular, en los últimos años, alcanzando el 6,3% del total de la población. Los estudios indican que el fenómeno migratorio se mantendrá e incluso incrementará en las próximas décadas.

Este dato es importante para comprender la situación actual, las necesidades y los desafíos que enfrenta el Poder Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas migrantes, pues se trata de un fenómeno de impacto y de percepción social relativamente reciente y con características propias en el último tiempo, que complejizan para dichas personas su pleno ejercicio.

Entre estas características destacan: a) ingreso de población que habla un idioma distinto al español, principalmente haitianos/as que hablan criollo; b) ingreso sistemático de población migrante por pasos no habilitados y, por tanto, en condición migratoria irregular; y c) aumento sostenido en el ingreso de personas necesitadas de protección internacional (refugio u otras formas de protección internacional).

Así pues, es necesario reforzar el entendimiento, sustentado en las normas nacionales y en los estándares internacionales en materia de derechos humanos, de que las personas migrantes son titulares de derechos. Este reconocimiento supone, entre otros efectos, la obligación de los Estados de respetar y garantizar sus derechos humanos, independientemente de su situación migratoria.

Las personas migrantes son un grupo en especial condición de vulnerabilidad. Así se reconoce en las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*⁴. Esta condición de vulnerabilidad también ha sido señalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) al destacar que este colectivo normalmente se encuentra “en una condición individual de ausencia o diferencia de poder respecto a los no-migrantes”⁵.

Circunstancias como no contar con documentos que acrediten su residencia regular en el país; su situación de marginalidad y falta de recursos; el desconocimiento de la cultura, el idioma y las leyes nacionales; el miedo de ser descubiertas por las autoridades; el verse obligadas a huir de sus países de origen porque su vida, integridad, seguridad o libertad corren peligro; y las condiciones en las que viajan son una evidencia de tal situación⁶.

4. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008.

5. Opinión Consultiva (OC) 18/03 de la Corte IDH, de 17 de septiembre de 2003. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párr. 112.

6. CIDH. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, OEA/Ser. LV/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 236.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos en relación con el rol del Poder Judicial, el acceso a la justicia surge como el sustento central sobre el que se construye el accionar de los tribunales en esta materia y que se fundamenta particularmente en lo dispuesto en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990), ratificada por Chile en 2005, la adhesión a la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y su protocolo en 1972 y la Ley de Refugio de 2010.

El acceso a la justicia es un derecho humano que tiene fundamento en la dignidad de todas las personas, lo que garantiza y exige la igualdad ante el alcance de la ley y la no discriminación. El acceso a la justicia exige a los Estados garantizar que todas las personas que así lo requieran puedan recurrir al sistema de justicia y obtener una respuesta efectiva a una necesidad legal.

4. Presentación

El protocolo se inscribe en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la legislación nacional chilena y los principios generales aplicables a personas migrantes. Estos últimos se basan en los principios recogidos en el *Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*.

En primer lugar, el protocolo desarrolla el principio de igualdad y prohibición de discriminación haciendo referencia a determinados colectivos de personas migrantes en condiciones de vulnerabilidad (mujeres migrantes y refugiadas, migrantes lesbianas, gais, bisexuales y transgénero-LGTBI, migrantes indígenas y niños, niñas y adolescentes-NNA migrantes). Además, hay que tener en cuenta la discriminación interseccional y la distinción entre discriminación directa e indirecta. Ello conlleva la necesidad de aplicar una perspectiva de género y de diversidad sexual, teniendo particularmente en cuenta los derechos de los NNA migrantes y los derechos de las personas migrantes indígenas como modo de materializar el principio de igualdad y prohibición de discriminación.

Acto seguido, se desarrollan otros principios previstos igualmente en el Protocolo Iberoamericano con énfasis en el acceso a la justicia, distinguiendo entre: 1) el derecho a la información, asistencia legal y defensa pública, 2) derecho a intérprete y 3) derecho a la asistencia consular.

Por último, para concretar cómo aplicar estos principios al impartir justicia, se incluye un apartado en el que se realizan: a) recomendaciones comunes para jueces/zas y funcionarios/as y b) recomendaciones específicas para jueces/as.

Las recomendaciones se ordenan en grupos y cada uno de ellos responde a recomendaciones concretas para aplicar cada uno de los principios generales previstos en el Protocolo Iberoamericano. De este modo, las recomendaciones siguen el mismo orden expositivo que los principios generales desarrollados previamente en el documento. Al final de cada grupo de recomendaciones se consignan buenas prácticas, consistentes en jurisprudencia proveniente de los juzgados y cortes chilenas, y una fundamentación jurídica basada en normas jurídicas (universales, interamericanas y nacionales) de las recomendaciones realizadas.

Una de las recomendaciones para garantizar el principio de igualdad y no discriminación es la identificación de personas en situación de vulnerabilidad que requieren acceder al sistema de justicia. Con el fin de facilitar la identificación de factores de vulnerabilidad se adjunta como anexo una tabla en la que se indica: a) ámbito de vulnerabilidad, b) algunas preguntas que se pueden formular a la persona migrante, c) algunas consideraciones a tener en cuenta y d) pautas para la derivación y coordinación interinstitucional.

5. Definiciones

Migrante internacional

Si bien no existe una definición dentro del derecho internacional con relación al término “migrante internacional”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido por tal a toda persona que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional⁷.

Migrante en situación irregular

Se refiere a aquellas personas migrantes que ingresaron de manera irregular en el territorio de un Estado del que no son nacionales o en el cual han permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizadas.

La CIDH ha recomendado a los Estados utilizar este término con el fin de evitar el uso de otros como “migrante ilegal”, ya que este refuerza el falso y negativo estereotipo de que las personas migrantes, por el simple hecho de encontrarse en situación irregular, tienen una mayor vinculación con la criminalidad.

Movimiento migratorio mixto

Este término se refiere a los movimientos migratorios que se caracterizan por ser movimientos de población complejos que comprenden diferentes grupos de personas tales como migrantes por causas económicas, migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo o refugiados, víctimas de trata, niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de sus familias, personas que migran como consecuencia de desastres naturales o por los efectos del cambio climático, así como otras personas con necesidad de protección. En algunos casos, a lo largo del proceso migratorio concurren entre las personas migrantes diferentes categorías de las señaladas anteriormente, por ejemplo, personas que a lo largo de su proceso migratorio terminan siendo víctimas de delitos, como la trata de personas con fines de explotación sexual, laboral u otro tipo de explotación.

Solicitante de asilo

Este término se utiliza para designar a la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada de forma definitiva en el país de acogida.

7. CIDH. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015.

Refugiado

Se entiende como tal a la persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él⁸.

Sin embargo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984) amplió esta definición para adecuarla a los retos y particularidades del continente americano. En este sentido, en dicho documento se establece que, además de los elementos contenidos en la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, debía considerarse también como refugiadas a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La CIDH, en concordancia con los lineamientos establecidos por el ACNUR, ha determinado que una persona es refugiada tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición tradicional o ampliada, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición. Esto tiene como consecuencia que sea posible determinar que la condición de refugiado no tiene un carácter constitutivo, sino declarativo. Es decir, no se adquiere la condición de persona refugiada en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado⁹.

Principio de no devolución

Se encuentra definido, entre otros instrumentos de protección de derechos humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en los siguientes términos: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

Lo anterior supone que se busca sustraer a la persona de una situación de riesgo a través de la prohibición de someterla a cualquier tipo de procedimiento de expulsión hacia su país de origen o un tercer país desde el cual pueda ser subsecuentemente devuelto.

Procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado

Se trata del examen que realizan las autoridades facultadas para determinar si la persona que presenta una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o expresa de alguna manera su necesidad de acogerse a la protección internacional puede ser considerada como refugiada. Este análisis consiste en constatar que su situación se apega a los criterios contenidos en la definición de persona refugiada que resulte aplicable.

Los Estados suelen establecer los procedimientos internos para el reconocimiento de la condición de refugiado a través de leyes, en las que se detallan las autoridades encargadas de sustanciar los

8. Definición de persona refugiada de la Convención de Ginebra (CG) de 1951 sobre los refugiados, recogida en el artículo 1A 2).

9. CIDH. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 31 de diciembre de 2015, párr. 131; ACNUR. *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1979, párr. 28.

procedimientos, los plazos, los aspectos a evaluar, los recursos para impugnar decisiones desfavorables, los derechos de las personas solicitantes y refugiadas, entre otros aspectos. Además de seguir lo establecido en las leyes internas, los Estados deben tener en cuenta los lineamientos establecidos por el ACNUR respecto a las obligaciones que se derivan de la Convención de 1951.

Orden de expulsión

De acuerdo con la normativa chilena es una decisión administrativa que puede ser dictada por el ministro del Interior, por el Departamento de Extranjería y Migración o por las intendencias regionales, y que debe o puede adoptarse en una amplia gama de circunstancias o supuestos, en general, en contra de los que ejecuten hechos que la ley califique como delitos contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público. Además, cuando se cometen delitos como tráfico ilícito de drogas o armas, contrabando, tráfico ilegal de migrantes y trata de personas, incluyendo además una causal indeterminada: “contra todos aquellos que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

A partir del año 2012 existe en el ordenamiento jurídico chileno una orden de expulsión de carácter judicial que adopta un juez penal como pena sustitutiva por la comisión de delitos en Chile que no superen los cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo y cumpliendo los demás requisitos que se indican en la normativa¹⁰.

Trata de personas

Es la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Tráfico de migrantes

Es la facilitación o promoción de la entrada ilegal de una persona a un país del que no es nacional o residente, con el propósito de obtener un beneficio económico.

El tráfico de personas migrantes es un delito que, en su forma agravada, considera que se haya puesto en peligro la integridad física o salud de la víctima o que esta sea menor de edad.

10. Ley 18.216 de 1983 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

6. Normas internacionales de derechos humanos

Las obligaciones de origen internacional para el Estado de Chile provienen de dos fuentes: el Sistema Universal de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interamericano o regional). En materia migratoria, el derecho internacional reconoce la potestad soberana de los Estados para controlar sus fronteras, definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de las personas extranjeras de su territorio y, en general, de establecer sus políticas migratorias. Sin embargo, las políticas, leyes y prácticas que se implementen en esta materia deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes y sujetas de protección internacional, los cuales son derechos y libertades que se derivan de su dignidad humana y que han sido ampliamente reconocidos por los Estados a partir de los tratados de derechos humanos que han suscrito a nivel internacional¹¹.

El principio fundacional del derecho internacional de los derechos humanos es que los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. En este orden de ideas, las personas en el contexto de la migración (tanto voluntaria como forzosa) tienen derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos. Si bien se admiten ciertas restricciones relacionadas con el derecho a entrar, circular y residir en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la autorización legal para hacerlo, y de ciertos derechos políticos restringidos a los/as ciudadanos/as, estas restricciones no pueden ser arbitrarias, ya que las personas migrantes tienen derecho a que se les respeten y garanticen los demás derechos reconocidos en la CADH y demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás personas¹².

Algunos de estos instrumentos internacionales plenamente aplicables a Chile son los siguientes:

Universales

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954)¹³.
- Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961)¹⁴.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ratificada por Chile el 1 de enero de 1968.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), ratificada por Chile el 10 de octubre de 1971.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

11. CIDH (2015). *Movilidad humana, estándares interamericanos*, párr. 6.

12. CIDH (2015). *Movilidad humana, estándares interamericanos*, párr. 80.

13. El 11 de abril de 2018 Chile depositó el instrumento correspondiente en la Secretaría de la ONU.

14. *Ibidem*.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1989), ratificada por Chile el 30 de septiembre de 1988.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989), ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), ratificada por Chile el 29 de julio de 2008.
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006), ratificada por Chile el 8 de diciembre de 2009.

Interamericanos

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969), ratificada por Chile el 8 de octubre de 1990.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987), ratificada por Chile el 15 de septiembre de 1988.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belém do Pará" (1994), ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), ratificada por Chile el 13 de enero de 2010.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), ratificada por Chile el 4 de diciembre de 2001.
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), ratificada por Chile el 7 de noviembre de 2017.

Además de estos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, existen otros instrumentos que reconocen a las personas migrantes y refugiadas derechos específicos. Así sucede, en relación con las personas migrantes, con la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)¹⁵ y, respecto de las personas refugiadas, la Convención de Ginebra sobre los Refugiados (1951)¹⁶, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 1967¹⁷ y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. También cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁸ (2000) y dos de sus protocolos que complementan la convención: a) Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (conocido como el Protocolo de Palermo) y b) Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares consagra un catálogo de derechos humanos de los que son titulares todos los trabajadores migratorios y sus familias, tanto los/as que están documentados/as como los/as que se encuentran en situación irregular¹⁹, teniendo en cuenta que los trabajadores/as no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados/as frecuentemente en condiciones de trabajo

15. Ratificada por Chile el 21 de marzo de 2005.

16. Accesoión por parte de Chile el 28 de enero de 1972.

17. Accesoión por parte de Chile el 27 de abril de 1972.

18. Ratificada por Chile el 29 de noviembre de 2004.

19. Igualmente habrá que tener en cuenta los principios y normas establecidos en los instrumentos elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, en especial el convenio relativo a los trabajadores migrantes (n.º 97), el convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (n.º 143), la recomendación sobre los trabajadores migrantes (n.º 86), la recomendación sobre los trabajadores migrantes (n.º 151), el convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (n.º 29) y el convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (n.º 105).

menos favorables que las de otros/as trabajadores/as. Entre los derechos reconocidos cabe mencionar, por ejemplo, la protección contra la privación arbitraria de sus bienes y frente a la destrucción de documentos de identidad, permisos de residencia y trabajo; prohibición de expulsiones colectivas; consagra el derecho a no estar sujetos a esclavitud o servidumbre; a no realizar trabajos forzados; acceder a los tribunales y a recibir un trato no menos favorable en cuanto a remuneración y condiciones de trabajo que aquel que reciben las personas nacionales del Estado en donde se emplean; y reconoce el derecho de protección especial de aquellas personas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad. A sus familiares también se les reconocen todos estos derechos.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados es el principal instrumento legal en el que se define quién es una persona refugiada, cuáles son sus derechos y las principales obligaciones jurídicas de los Estados. Además, establece un estatuto personal de las personas refugiadas y los estándares mínimos para su trato, incluyendo una enumeración de sus derechos básicos. Según este instrumento, una persona refugiada es aquella que huye de su país de origen o residencia habitual por temor fundado de sufrir persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o personas que carecen de nacionalidad (apátridas) y que, por alguno de los motivos anteriores, no pueden o no quieren regresar a su país de residencia habitual²⁰. Consagra el principio de no devolución (*non refoulement*)²¹, indicando que “Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”. Este principio es la “piedra angular de la protección de las personas refugiadas” y se aplica también a las personas sujetas a un procedimiento de extradición. El artículo 22.8 de la CADH²² reproduce este mismo tenor literal reconociendo también su extensión a cualquier migrante al igual que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²³.

Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita refugio cuando hubiera posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución en su país de origen o residencia habitual a otro país desde donde pueda ser retornada al país donde sufre dicho riesgo (“devolución indirecta”).

Por medio del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 1967, se logran superar las principales limitaciones que contenía la Convención de 1951: en primer lugar, la limitación temporal que contenía dicho instrumento, en el sentido de que era aplicable a acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, por lo que mediante el protocolo se eliminó esa fecha límite. La segunda limitación que se eliminó era la denominada “reserva geográfica”, ya que el texto de la convención señalaba que se aplicaba únicamente a hechos ocurridos en Europa, cuestión que este protocolo cambió, en el sentido de indicar que se aplicaba a acontecimientos ocurridos “en Europa o en otro lugar”.

La Declaración de Cartagena sobre Refugiados contiene una definición de persona refugiada más amplia que la prevista en la Convención de Ginebra sobre los Refugiados. Define como persona refugiada a “aquella cuya vida, seguridad o libertad haya sido amenazada por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país”.

20. Definición de persona refugiada de la Convención de Ginebra (CG) de 1951 sobre los Refugiados, recogida en el artículo 1A 2).

21. Artículo 33.1 de la Convención sobre los Refugiados de 1951.

22. Este principio se ve reforzado por el reconocimiento del derecho de toda persona a buscar y recibir asilo del artículo 22.7 del mismo texto legal. El derecho a buscar y pedir asilo está igualmente consagrado en el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El principio de no devolución también se recoge en el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

23. La Corte IDH consideró vulnerado dicho principio de no devolución en el Informe de Fondo n.º 51/96, caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997; Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, serie C, n.º 272, párr. 153.

El Protocolo de Palermo que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional define la trata de personas como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; el consentimiento dado por la víctima de la trata no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; en el caso de menores existirá trata incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados”.

Es importante distinguir la trata del tráfico de personas, conceptos que en muchos casos y de forma equivocada son utilizados como referidos al mismo fenómeno.

Trata	Tráfico
Engaño, explotación, coerción o sometimiento	No existe engaño, explotación, coerción o sometimiento
No existe consentimiento o este está viciado	Sí existe consentimiento
Puede ser interna ²⁴ o transnacional dependiendo de si la víctima es trasladada a otro Estado o no	Es siempre transnacional
La situación se perpetúa en el tiempo	Termina con la llegada a destino de la persona
El delito de trata es de carácter personal: atenta contra los derechos humanos	En el delito de tráfico, el bien jurídico protegido es el interés del Estado (protección de fronteras)

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no existe un tratado específico para el tema migratorio. Sin embargo, los derechos reconocidos en la CADH, así como otros instrumentos que integran el *corpus juris* interamericano de derechos humanos, son derechos que los Estados tienen que respetar y garantizar a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Además, la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999 relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal y la Opinión Consultiva 18/03 del 17 de septiembre de 2003 relativa a la condición jurídica y los derechos de las personas migrantes indocumentadas son fundamentales para el tema migratorio puesto que reconocen el derecho a la igualdad como una norma de *jus cogens*, exponen los elementos necesarios en materia de debido proceso de personas migrantes, destacan la importancia del derecho a la asistencia consular y el reconocimiento de que, independientemente de su situación migratoria, las personas tienen derecho a condiciones dignas de trabajo de la misma manera que cualquier nacional. Con excepción de la asistencia consular en el caso de personas refugiadas y apátridas, algunos de los principios enunciados en ambas opiniones consultivas resultan también aplicables por analogía a las personas sujetas de protección internacional²⁵. A estas dos opiniones consultivas hay que añadir la n.º 25/18, de 30 de mayo de 2018 sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección y la n.º 21/14, de 19 de agosto de 2014 sobre derechos y garantías de las niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. La primera de ellas aborda el desarrollo histórico del asilo, su cristalización como derecho humano y las obligaciones de los Estados derivadas del principio de no devolución, etc.; y la segunda, los procedimientos para identificar necesidades de protección internacional, garantías de debido proceso, principio de no devolución y derecho a la vida familiar de niños y niñas migrantes, entre otros.

24. Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, 2014, p. 171.

25. La víctima no tiene que ser extranjera, pero un alto porcentaje lo es.

7. Normas nacionales aplicables a personas migrantes

- Constitución Política de la República.
- Ley de Extranjería, Decreto Ley n.º 1094 de 1975, que regula el ingreso, la residencia y el egreso de las personas extranjeras en el país, definiendo la(s) autoridad(es) en materia migratoria y las causales de expulsión. No existe en este texto un reconocimiento explícito de derechos fundamentales de las personas extranjeras.
- Reglamento de Extranjería, Decreto Supremo n.º 597 de 1984.
- Disposiciones sobre nacionalización de extranjeros, Decreto Supremo n.º 5142 de 1960.
- Ley 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.
- Ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de personas refugiadas: concepto, principios fundamentales de la protección, derechos y obligaciones de las personas refugiadas, organismos competentes para el reconocimiento de la condición de persona refugiada, procedimiento para su determinación, estableciendo especificidades a tener en cuenta en el caso de menores, menores no acompañados, víctimas de violencia sexual y persecuciones por motivos de género, documentación de las personas refugiadas, así como cláusulas de exclusión y causales de cesación de la condición de persona refugiada.
- Decreto 837 que aprueba el reglamento de la ley 20.430, que establece disposiciones sobre protección de personas refugiadas.

7.1. Resoluciones de carácter administrativo

Dado que el DL 1094 (Ley de Extranjería y Migración), como ya se ha señalado, no contempla el reconocimiento de derechos para las personas migrantes, ha sido la autoridad administrativa, a través de la celebración de convenios intersectoriales y otros actos administrativos, la que ha regulado en gran medida esta materia.

a) Acceso al Sistema Público de Salud de las personas migrantes²⁶

Según esta política, la atención a la salud no está condicionada a la tramitación de permisos de residencia, disponiendo que los establecimientos integrantes del Sistema Público de Salud brindarán las atenciones y prestaciones de salud que sean necesarias a las personas extranjeras que estén en el país en calidad de migrantes y no cuenten con otro derecho de atención a la salud, que carezcan de documentos o permisos de permanencia en los siguientes casos:

1. Mujeres durante el embarazo, el parto y posparto hasta los 12 meses desde este: todas las prestaciones de salud que requieran, incluidas las del Programa de Apoyo al Desarrollo Biopsicosocial (PADBP) y las del Programa de Apoyo al RN.

26. Oficio Circular MINSAL A 15/06 de 2015 sobre atención de salud de personas migrantes.

2. Niños hasta los 18 años de edad: todas las prestaciones de salud que requieran, incluidas las del programa de apoyo al desarrollo biopsicosocial (PADBP) y las del Programa de Apoyo al RN.
3. Casos de urgencia médica: atención a todas las personas que solo se podrá cobrar en los casos en que el afectado/a declare que le es posible pagar la prestación recibida.
4. Prestaciones de Salud Pública: métodos de regulación de la fertilidad, incluida la anticoncepción de emergencia, vacunas y atenciones de enfermedades transmisibles como tuberculosis (TBC), virus de la inmunodeficiencia humana (VIH-SIDA), infecciones de transmisión sexual (ITS), y educación sanitaria.

b) Acceso a la vivienda²⁷

Se elimina el requisito de tener cinco años de permanencia definitiva para poder postular a los programas de ayuda vigentes del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con lo que las personas migrantes pueden acceder a los beneficios de vivienda en las mismas condiciones que los/as chilenos/as una vez tengan su permanencia definitiva.

Se prevé un subsidio de arriendo para personas con visa de residencia y queda establecida la no obligatoriedad de contar con permanencia definitiva.

c) Acceso a la salud a personas con solicitud de residencia en trámite²⁸

Las personas extranjeras que han solicitado un permiso de residencia en Chile y las que están solicitando un cambio de permiso temporal a permanente que está en proceso de análisis tendrán derecho a acceder al Fondo Nacional de Salud (FONASA) en igualdad de condiciones que cualquier otro/a extranjero/a que cuente con una visa de residente vigente en Chile, ya sea como titular o dependiente.

d) Acción especial de protección de la maternidad²⁹

Medida conjunta entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud para facilitar el acceso a los servicios de salud en los establecimientos de la red pública de salud a aquellas trabajadoras extranjeras que, residiendo en Chile, se quedan embarazadas. Podrán optar a un permiso de residencia temporal certificando que controlan su situación de embarazo en el centro de salud que corresponde a su domicilio.

e) Acceso a Educación Parvularia³⁰

Facilita el ingreso a programas de educación parvularia a hijos/as menores de cinco años de mujeres migrantes o refugiadas, independientemente de la condición migratoria en la que se encuentren y su regularización.

27. Decreto MINVU n.º 105 de 2015 que modifica el Decreto n.º 49 de 2011 que reglamenta el Programa Fondo Solidario de Elección de Vivienda.

28. Decreto Exento n.º 6410 de 2014 que aprueba el convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Fondo Nacional de Salud.

29. Oficio Ordinario MINSAL A14/n.º 3229 de 2008 sobre la atención en salud de población inmigrante en riesgo social y situación de permanencia no regular.

30. Resolución Exenta n.º 6677 de 2007 que aprueba el convenio de colaboración y la acción conjunta entre el Ministerio del Interior y la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

f) Acción especial de acceso a la educación³¹

Medida del Ministerio de Educación que facilita y promueve la incorporación a los diversos establecimientos de Educación General Básica y Media de todos los/as hijos/as de personas migrantes que residen en Chile y amplía la circular anterior en lo referido al acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes, independientemente de la condición migratoria de sus padres.

g) Acceso a la red de protección de la infancia³²

Convenio que facilita el acceso a la red de protección social de la infancia y adolescencia a hijas e hijos de familias de personas migrantes y/o refugiadas, cualquiera que sea la condición migratoria en la que se encuentren. Se establece una colaboración en la gestión para obtener la visa de residencia para menores de 18 años que no se encuentren acompañados/as por sus padres o tutores, o de aquellos/as menores de edad que se encuentren en proceso de adopción.

h) Acceso a la red de protección de víctimas de violencia intrafamiliar a mujeres migrantes, solicitantes de refugio y refugiadas³³

Convenio para facilitar el acceso a las mujeres migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas residentes en Chile a la red de protección para víctimas de violencia intrafamiliar. Pueden acceder quienes hubiesen iniciado una acción ante los tribunales por este motivo. Se facilitará el acceso a una visa a las personas que se encuentren en la situación mencionada y en condición migratoria irregular.

31. Oficio Circular n.º 6.232 de 2003 que precisa sentido y alcance de Circular 1179 DEM.

32. Resolución Exenta n.º 10654 de 2009 que aprueba el convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Servicio Nacional de Menores (SENAME).

33. Resolución Exenta n.º 80388 de 2009 que aprueba el convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Servicio Nacional de la Mujer.

8. Principios generales aplicables a personas migrantes y a personas necesitadas de protección internacional

8.1. Principio de igualdad y prohibición de discriminación

La mayoría de instrumentos de protección de derechos humanos consagran dos principios fundamentales: el **principio de igualdad** y el **principio de prohibición de discriminación**, que a la vez son los pilares del sistema de protección de los derechos humanos universal e interamericano, y “pertenecen al dominio del *jus cogens*³⁴ revestido de carácter imperativo, que acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, incluso particulares³⁵.”

La noción de igualdad se desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o lo discrimine de cualquier forma del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza³⁶.

Estos dos principios están previstos en muchos instrumentos de protección de los derechos humanos: Así pues, el artículo 24 de la CADH estipula que “todas las personas” son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. A su vez, en el artículo 1 de la CADH se determina que: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; artículo 1, 7, 17.7 y 18 de la Convención

34. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una norma de *jus cogens* tiene cuatro características: 1) estatus de norma de derecho internacional general, 2) aceptación por la comunidad internacional, 3) inmunidad de derogación y 4) puede ser modificada únicamente por una norma de la misma jerarquía.

35. Opinión Consultiva (OC) 4/84 de la Corte IDH, de 19 de enero de 1984. *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, párr. 118.

36. *Ibidem*, párr. 55.

Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares³⁷; y el artículo 3 de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951³⁸.

Así pues, la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de igualdad, pues dicho principio tiene carácter fundamental, y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos/as y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio³⁹.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación se encuentran reconocidos y garantizados en el ordenamiento jurídico nacional chileno por la norma fundamental, esto es, la Constitución Política de la República, que ya en su capítulo I, sobre las Bases de la Institucionalidad comienza señalando que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y establece como un deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1.º, incisos 1.º y 5.º).

A su vez, en el capítulo de los Derechos y Deberes Constitucionales, el artículo 19 asegura a todas las personas la igualdad desde distintas perspectivas, básicamente, la igualdad ante la ley (19 n.º 2), y la igual protección de esta en el ejercicio de los derechos (19 n.º 3). Por otra parte, el artículo 5.º inciso 2.º de este mismo texto legal reconoce como límite al ejercicio de la soberanía, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y establece que es un “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La Comisión y la Corte IDH han articulado dos concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación: 1) la prohibición de diferencia de trato arbitraria, entendida como diferencia de trato, distinción, exclusión, restricción o preferencia⁴⁰; y 2) la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados⁴¹.

Es decir, los Estados no pueden discriminar ni tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de las personas migrantes⁴².

Al examinar las implicancias del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”⁴³. Para que una distinción sea admisible se requiere que se

37. Artículo 1: La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y sus familias sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Artículo 7: Los Estados partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Artículo 17.7: Los trabajadores migratorios y sus familiares sometidos a cualquier forma de detención o prisión prevista por las leyes vigentes del Estado de empleo o el Estado de tránsito gozarán de los mismos derechos que los nacionales de dichos Estados que se encuentren en igual situación. Artículo 18: Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. 38. Los Estados contratantes aplicarán las disposiciones de esta convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.

39. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. *Condición y derechos de los migrantes indocumentados*, párr. 118.

40. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párr. 92. También ONU, Observación General N.º 18, comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, no discriminación, 37.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 168 (1989), párr. 7.

41. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Karen Atala e Hijas vs. Chile, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

42. OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, *Condición y derechos de los migrantes indocumentados*, párr. 119.

43. OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 46.

funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue⁴⁴. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran⁴⁵.

Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos humanos afecta con carácter general a todas las personas en todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, como las personas migrantes y refugiadas⁴⁶, dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio ya sea por la concurrencia de varias causas de exclusión (discriminación múltiple o interseccional) o por la gran incidencia de una de ellas.

La Observación General n.º 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisa que puede existir **discriminación múltiple**. Algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de un motivo prohibido. Esta discriminación acumulada afecta a personas de forma especial y concreta, por lo que merece particular consideración y medidas específicas para combatirla.

La Corte IDH ha señalado que “a menudo, las personas migrantes suelen enfrentar formas interrelacionadas de discriminación, por las cuales son discriminadas no solo por su origen nacional, su situación migratoria, o más ampliamente por el hecho de ser extranjeros, sino también en razón de factores tales como su edad, género, orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnico-racial, condición de discapacidad, situación de pobreza o pobreza extrema, entre otras. [...] Las situaciones de vulnerabilidad descritas anteriormente conllevan a que las personas migrantes padezcan diversas formas de discriminación, las cuales, al darse en un mismo tiempo, conllevan a una **discriminación interseccional**”⁴⁷.

La Recomendación General n.º 28 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW)⁴⁸ contiene una definición de “interseccionalidad” que, si bien viene definida en relación con las mujeres, puede ser extrapolada a cualquier colectivo vulnerable:

La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas.

Por lo tanto, la interseccionalidad es aquella herramienta metodológica que permite entender cómo se cruzan y concurren en una persona o en un colectivo diferentes categorías sospechosas⁴⁹ de

44. CIDH, informe n.º 51/01, caso 9903, Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos), informe anual de la CIDH 2000, OEA/Ser. /L/V/II.111, doc. 20, rev., 16 de abril de 2001, párr. 238.

45. OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 46.

46. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre protección de los migrantes, de 24 de febrero de 2000.

47. CIDH (2015). *Movilidad humana, estándares interamericanos*, párr. 9. También Corte IDH, caso González Lluy y otros casos. Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 290.

48. Relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párr. 18.

49. Según Díaz Valdés (2018), las categorías sospechosas son aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo y la religión, y que el ordenamiento

discriminación, tornando más grave la experiencia de desventaja. La figura de la interseccionalidad ayuda en la comprensión de cómo estos casos comportan mayor gravedad y, por lo tanto, requieren de un análisis de mayor complejidad en la toma de las decisiones judiciales. Por lo tanto, la interseccionalidad le exige al juzgador/a no ignorar todas las categorías sospechosas que puedan concurrir en un caso y en tales condiciones está obligado/a a realizar un análisis cuidadoso de estos criterios para garantizar el acceso a la justicia⁵⁰. Se erige como un mecanismo útil en la tarea de garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia.

La propia jurisprudencia de los tribunales chilenos ha reconocido la interseccionalidad en la discriminación en la sentencia de la Corte Suprema, dictada en el caso Lorenza Beatriz Cayuhán LLebul vs. la Gendarmería de Chile⁵¹. Aunque en este caso, los factores de exclusión que interseccionan son el de tratarse de una mujer mapuche, gestante y parturienta y privada de libertad, la interseccionalidad puede aplicarse a personas migrantes.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también alerta sobre la discriminación sistémica, aquella que es omnipresente y está fuertemente arraigada en el comportamiento y organización de la sociedad. A menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada que genera desventaja comparativa para algunos grupos y privilegios para otros, es decir, reproduce relaciones asimétricas de poder.

Ello nos lleva a distinguir entre la discriminación directa e indirecta.

La discriminación directa se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga.

Por otra parte, la discriminación indirecta se observa en aquellos casos en los que, si bien a primera vista la práctica o norma aplicada al caso y que genera consecuencias jurídicas distintas es neutral, su impacto en un grupo determinado podría generar una consecuencia igualmente discriminatoria. De esta forma, aunque en principio no habría una diferencia en el trato, la situación estructural en la que se encontrarían estos grupos conllevaría una situación de discriminación⁵².

La CADH prohíbe tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. Así lo ha determinado la Corte IDH en su reiterada jurisprudencia al afirmar que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*”⁵³.

La Corte IDH ha determinado que la discriminación indirecta se ve reflejada en aquellos casos en los que “el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”⁵⁴.

jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria. Tal y como su nombre indica, el empleo de tales categorías resulta “sospechoso” *per se* en razón de una probable discriminación. Díaz Valdés, José Manuel (2018). Las categorías sospechosas en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, julio 2018.

50. *Ibidem*, p. 36.

51. Rol n.º 92975 de 18 de noviembre de 2016.

52. Pérez, Edward Jesús (2016). *La igualdad y no discriminación en el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos*. Ciudad de México, México: CNDH.

53. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012, serie C, n.º 251, párr. 236.

54. *Ibidem*, párr. 235.

Así, en el caso Nadege Dorzema, la Corte determinó que un grupo de migrantes haitianos fueron víctimas de discriminación indirecta debido a: 1) la falta de medidas preventivas para enfrentar de manera adecuada situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera terrestre con Haití y en consideración con su situación de vulnerabilidad; 2) la violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza contra personas migrantes desarmadas; 3) la falta de investigación con motivo de dicha violencia, la falta de declaraciones y participación de las víctimas en el proceso penal y la impunidad de los hechos; 4) las detenciones y expulsión colectiva. Valoró dichos hechos no en forma aislada, sino en atención a la especial condición de vulnerabilidad en la que las personas migrantes haitianas se encontraban en esas circunstancias. De esta forma, la especial situación de vulnerabilidad en la que se hallaban los migrantes haitianos generó que, hechos que originalmente no serían constitutivos de discriminación, tuviesen consecuencias negativas desproporcionadas.

También en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la Corte IDH⁵⁵ determinó que: “Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure o de facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias”.

8.1.1. Colectivos migrantes en situación de especial vulnerabilidad

a) Mujeres migrantes y refugiadas

La situación de especial vulnerabilidad de las mujeres migrantes o refugiadas ha sido expresamente tenida en cuenta en: a) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belem do Pará”⁵⁶; b) Recomendaciones Generales (RG) del Comité CEDAW, en particular la RG n.º 26 sobre trabajadoras migrantes y la RG n.º 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres.

El Comité CEDAW, en su Recomendación General n.º 26, afirma que: “La situación de las mujeres migrantes es diferente en lo que respecta a los cauces legales de migración, los sectores a los que migran, los abusos de que son víctimas y las consecuencias que sufren por ello. Para comprender las formas concretas en que resultan afectadas las mujeres, es menester examinar la migración de la mujer desde la perspectiva de la desigualdad entre los géneros, las funciones tradicionales de la mujer, el desequilibrio del mercado laboral desde el punto de vista del género, la prevalencia generalizada de la violencia por motivo de género y la feminización de la pobreza y la migración laboral a nivel mundial”⁵⁷.

b) Migrantes LGTBI

La situación de especial vulnerabilidad de las personas migrantes LGTBI ha sido destacada por la Organización de los Estados Americanos, que ha emitido diversas resoluciones en las que ha

55. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

56. Artículo 9: Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, **de migrante, refugiada o desplazada**. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

57. Recomendación General n.º 26, párr. 5.

condenado los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra las personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, instando a los Estados a prevenirlos, investigarlos y castigarlos, asegurando a las víctimas la debida protección jurisdiccional en condiciones de igualdad⁵⁸.

La situación de especial vulnerabilidad de las mujeres migrantes, sobre todo la de aquellas en las que confluyen diferentes factores de exclusión (mujeres migrantes privadas de libertad, mujeres migrantes lesbianas, bisexuales, transexuales, intersexuales, mujeres migrantes indígenas, menores, discapacitadas, etc.) es la razón por la que es esencial aplicar una **perspectiva de género** para dotar de contenido real al principio de igualdad y prohibición de discriminación.

Esta necesidad ha sido puesta de manifiesto por: a) el Comité CEDAW: “La incorporación de una perspectiva de género reviste una importancia esencial para el análisis de la situación de las mujeres migrantes y la elaboración de políticas para combatir la discriminación, la explotación y el abuso de que son víctimas”⁵⁹; y b) por la Corte IDH: “[...] la protección efectiva de las mujeres migrantes requiere un abordaje integral desde la perspectiva de género y de los derechos de los migrantes. [...] En este orden de ideas, grupos como los de las personas LGBT también son extremadamente vulnerables a la violencia y discriminación”⁶⁰.

La perspectiva de género es una categoría de análisis que: permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género o preferencia/orientación sexual; revela las diferentes oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder; y determinar en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos es necesario [...]. La perspectiva de género cuestiona el paradigma de único “ser humano neutral y universal”, basado en el hombre blanco, heterosexual, adulto sin discapacidad, no indígena y, en los roles que dicho paradigma se le atribuyen. Es por eso que no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos y necesidades⁶¹.

Esta perspectiva ya está siendo aplicada por los jueces y juezas chilenas, tal y como se refleja en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas (Chile), Rol n.º 163-2015, de 04 de diciembre de 2015:

*Cuarto: que los niños y su madre se encuentran en una situación límite, difícil de resolver para el Tribunal. Pero, así como están las cosas, lo cierto es que X y los niños tienen una red familiar materna disponible y una red institucional de apoyo. Otra cuestión que queda clara es que la intervención del Tribunal debe orientarse con decisión desde **una perspectiva de género**, porque en la fenomenología de violencia contra la mujer, como se evidencia en los informes aludidos, ella tiene, por esta misma situación, una condición intrínseca de vulnerabilidad, de manera que, protegerla bajo esa premisa, es lo que mejor le permite una expectativa de igualdad que debe complementarse con medidas específicas. Esto se traduce en el deber de conjugar los derechos de los niños con los derechos de la mujer y utilizar los instrumentos jurídicos apropiados, como son, en primer lugar, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que, a partir del preámbulo dignifica su condición e instituye el derecho a vivir sin ser agredida de la forma que lo está siendo, entre los derechos*

58. AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 6 de junio de 2013; AG/RES. 5426 (XLIV-O/14), 5 de junio de 2014.

59. RG n.º 26 sobre las trabajadoras migratorias, párr. 5.

60. CIDH (2015). *Movilidad humana, estándares interamericanos*, párrs. 33 y 34. También en Asamblea General de las Naciones Unidas, A/63/635 (AG, 2008).

61. Suprema Corte de Justicia de México (2013). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, pp. 64 y 66.

humanos. Esta ley obliga al Estado y, por ende, a la judicatura a actuar con la debida diligencia para conseguir sus fines. En Chile existen leyes de naturaleza civil y penal para ello y merecen aplicación [...].

Los jueces y juezas, al resolver los casos, tienen un rol fundamental en el reconocimiento de una **perspectiva de género y de diversidad sexual**. Esto es, partiendo de una perspectiva que considere la realidad particular que viven las personas por virtud de su sexo/género, identidad de género y orientación sexual. Lo anterior implica detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por estas razones, es decir, considerar las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género u orientación sexual, discriminan e impiden la igualdad⁶².

c) Migrantes indígenas

La situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas se reconoce en el preámbulo de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁶³, situación de vulnerabilidad que deriva de las injusticias históricas sufridas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

Las mujeres indígenas suelen sufrir formas diversas y sucesivas de discriminación histórica que se combinan y se superponen, exponiéndolas a violaciones de derechos humanos en todos los aspectos de su vida cotidiana: desde sus derechos civiles y políticos —su derecho a acceder a la justicia— hasta sus derechos económicos, sociales y culturales, así como su derecho a vivir sin violencia. Los diversos obstáculos a los que las mujeres indígenas deben enfrentarse son, por ejemplo: muy pocas oportunidades para acceder al mercado laboral, dificultades geográficas y económicas singulares para tener acceso a servicios de salud y educación, acceso limitado a programas y servicios sociales, tasas elevadas de analfabetismo, escasa participación en el proceso político y marginación social. La exclusión política, social y económica de las mujeres indígenas contribuye a una situación permanente de discriminación estructural, que las vuelve particularmente susceptibles a padecer diversas formas de violencia⁶⁴.

El reconocimiento de los derechos indígenas pone a las/los juzgadores ante la necesidad de que existan interpretaciones judiciales que amplíen la visión formalista y permitan que el sistema jurídico vigente responda, desde un lenguaje de derechos, a problemas de falta de acceso de las/los indígenas a la justicia que imparte el Estado⁶⁵.

Esta necesidad de interpretaciones judiciales que tengan en cuenta las diferencias culturales se evidencia en el caso de la pastora aymara Gabriela Blas Blas⁶⁶. En este caso, con posterioridad a las decisiones judiciales, se reconoció por parte del Estado de Chile una sucesión de errores y abusos, y la no comprensión de que la muerte del hijo de Gabriela fue un accidente ocurrido en el marco de las costumbres de vida ancestrales del pueblo aymara.

Una errónea valoración de la prueba y un trato discriminatorio hacia su condición de madre y pastora aymara fueron los argumentos esgrimidos en su momento por su defensa y, si bien se desconoció la existencia de una cosmovisión y cultura aymara que explicaba los

62. Corte Suprema de Justicia de México (2015). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, p. 28.

63. Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en la segunda sesión plenaria celebrada con fecha 14 de junio de 2016. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

64. Comisión IDH (2017). *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*.

65. Corte Suprema de Justicia de México (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, p. 9.

66. <https://ciperchile.cl/2012/06/01/la-historia-no-contada-de-la-pastora-aymara-condenada-por-extraviar-a-su-hijo/>

lamentables acontecimientos, a través de un acuerdo amistoso en el marco de una denuncia en contra del Estado de Chile ante la CIDH, la autoridad reconoció los errores y abusos de que fue víctima Gabriela Blas⁶⁷.

d) NNA migrantes

Por otro lado, la situación de especial vulnerabilidad de los NNA migrantes o refugiados ha sido destacada en: a) Observación General Conjunta n.º 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias y n.º 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño/a sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños/as en el contexto de la migración internacional⁶⁸; b) Observación General Conjunta n.º 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias y n.º 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño/a sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños y niñas en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno⁶⁹; y c) en la Opinión Consultiva 21/14 sobre derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional⁷⁰.

La Observación General n.º 5 del Comité sobre los Derechos del Niño y de la Niña⁷¹ establece la **necesidad de aplicar una perspectiva basada en los derechos del niño/a** sobre la base de cuatro principios generales: interés superior del niño/a, no discriminación, derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que todas las decisiones sean debidamente tomadas en consideración a sus opiniones y su derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

Así pues, y a modo de conclusión, analizar los casos judiciales desde una perspectiva de género y diversidad sexual, teniendo en cuenta los derechos de los niños/as y de las personas indígenas, es indispensable. Todo ello a fin de garantizar que se cumpla con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, y que las mujeres y NNA migrantes, otros colectivos como migrantes LGTBI, migrantes indígenas, migrantes con alguna discapacidad, etc., puedan defender sus derechos de una manera efectiva y sin discriminación⁷².

Los jueces/zas tienen el deber de hacer efectivo el principio de igualdad y prohibición de discriminación consagrada en la Constitución chilena y en los tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado. Ello implica “evitar que en el proceso de aplicación e interpretación del derecho intervengan conceptualizaciones prejuiciadas (estereotipos⁷³) de cómo son o cómo deben comportarse las personas por su pertenencia a un sexo o género determinado, por su preferencia u orientación sexual⁷⁴, por su edad, por su etnia o situación migratoria, [...] “ya que las decisiones judiciales tomadas en base a estos estereotipos deviene en la visibilidad e invisibilidad de las personas y sus intereses, condicionándoles el acceso a la justicia y, en algunos casos, revictimizándoles”⁷⁵.

67. Informe de solución amistosa. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/CHSA687-11ES.pdf>

68. De 16 de noviembre de 2017.

69. *Ibidem*.

70. OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. *Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*.

71. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003.

72. Corte Suprema de Justicia de México (2013). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional*, p. 49.

73. Estereotipar constituye un proceso mental indispensable que permite organizar y categorizar la información recibida con la finalidad de simplificar el entendimiento. En este sentido no es negativo. Pero dicha función cognitiva puede resultar problemática cuando un estereotipo: a) niega un derecho o beneficia, b) impone una carga o c) margina a la persona o vulnera su dignidad. Suprema Corte de Justicia de México (2013). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, pp. 52.

74. Suprema Corte de Justicia de México (2013). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*.

75. *Ibidem*, pp. 14 y 17.

Esta prohibición de aplicar estereotipos ha sido destacada por la Corte IDH al señalar que:

*Una determinación a partir de **presunciones infundadas y estereotipadas** sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en **estereotipos** por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños⁷⁶.*

Por lo tanto, la perspectiva de género es una herramienta que contribuye a avanzar hacia la igualdad y una de las principales dificultades en esta tarea es precisamente la deconstrucción de los estereotipos de género que infravaloran y discriminan a la mujer, a persona migrantes, etc., estando insertos de forma sutil, irreflexiva y arraigada en la cultura⁷⁷.

En esencia, la perspectiva de género es un asunto de derechos humanos, con un nivel de obligatoriedad para los Estados y, en consecuencia, constituye un compromiso central para garantizar el pleno acceso a la justicia⁷⁸.

8.2. Otros principios

Además del principio de igualdad y de prohibición de discriminación, cabe señalar otros principios igualmente relevantes en relación con personas migrantes y personas necesitadas de protección internacional, señalados en el *Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*⁷⁹:

Principio	Acciones
Propersona	Se debe aplicar la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos, e inversamente, la norma más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones a los derechos reconocidos. Idéntica decisión debe tomarse en el caso de que una norma tenga diversas interpretaciones jurídicamente aceptables
Interés superior del niño, niña o adolescente migrante (NNA)	El bienestar del NNA está basado en la dignidad del ser humano, en las características especiales de los NNA y en la necesidad de propiciar su adecuado desarrollo
No devolución	Implica: a) no devolver a las personas necesitadas de protección internacional a un lugar donde su vida o libertad corran peligro; b) permitir a las personas que busquen protección en un país mediante la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, ante la posibilidad de que sean devueltas a un país donde su vida o libertad corran peligro; y c) no negar el acceso al territorio a personas que huyen de la persecución y permitir el acceso a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado
Unidad familiar	La separación de los NNA de su núcleo familiar debe realizarse únicamente bajo una justificación clara y con una duración temporal mínima; tan pronto lo permitan las circunstancias, estos o estas deben ser devueltos a sus progenitores ⁸⁰

76. Atala Riffo y niñas vs. Chile Corte IDH sentencia 24 de febrero de 2012, párr. 111.

77. Poder Judicial República Chile (2019). *Cuaderno de buenas prácticas para introducir la perspectiva de género en las sentencias. Una contribución para la aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación*, p. 14.

78. *Ibidem*, p. 22.

79. *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*, 2014, pp. 182-196.

80. OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*.

Principio	Acciones
No revictimización	Debe mitigarse la victimización primaria (la derivada de los efectos negativos del delito), así como la revictimización o victimización secundaria (toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental y/o psíquico de la persona víctima como consecuencia del contacto de la víctima con el sistema de justicia) ⁸¹ . En todo caso, deben evitarse la solicitud reiterada de declaraciones, interrogatorios inquisitivos, procesos largos y diligencias innecesarias
Presunción de inocencia	Toda persona acusada de haber cometido un delito debe ser considerada inocente, siempre que no se establezca lo contrario, mediante una resolución judicial definitiva
Beneficio de la duda	Principio rector de los procedimientos de la determinación de la condición de persona refugiada, ya que reconoce que es difícil para las personas refugiadas aportar todas las pruebas necesarias para valorar y comprobar sus afirmaciones
Confidencialidad	No se deben publicar datos personales cuando las personas migrantes y sujetas a protección internacional así lo decidan
Gratuidad	Cualquier actuación judicial o administrativa promovida por las personas migrantes o refugiadas debe realizarse sin costo alguno
Prontitud y prioridad	Adoptar las medidas necesarias para garantizar que las resoluciones judiciales y su ejecución ocurran oportunamente y sin retrasos innecesarios. Estos principios son de especial importancia, pues el tiempo que duran los procedimientos judiciales y administrativos es un factor determinante en la decisión de las personas migrantes y solicitantes de asilo de abandonar la defensa de sus derechos
Coordinación	Comunicación constante entre las instancias competentes en los casos que involucren a personas migrantes y refugiadas para evitar retrasos y lograr la correcta resolución de los mismos. Es importante reconocer que los casos de personas migrantes involucran a varios países, por lo que la coordinación entre ellos es fundamental para garantizar que las personas no se queden sin un efectivo acceso a la justicia

81. *Reglas de Brasilia*, capítulo I, preliminar, sección segunda; y capítulo III, sección tercera y cuarta.

9. Acceso a la justicia para personas migrantes

Además de los principios anteriormente expuestos, otro principio fundamental en relación con personas migrantes es el acceso a la justicia considerando la situación de las personas migrantes y sujetas a protección internacional.

Sobre el derecho de acceso a la justicia, la CIDH lo ha entendido como el acceso *de jure* y *de facto* a los organismos judiciales y a recursos judiciales de protección. Esto implica el derecho a un recurso judicial efectivo en el sentido de otorgar a toda persona la posibilidad de acceder a un tribunal cuando estima que cualquiera de sus derechos ha sido violado, con miras a que se realice una investigación judicial por parte de un tribunal competente, imparcial e independiente que pueda establecer si se ha producido o no una violación y que ordene, cuando corresponda, una compensación adecuada⁸².

La noción de que es necesario eliminar las barreras que *de jure* o *de facto* impidan a las personas ejercer sus derechos es particularmente importante en el caso de personas migrantes. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran provoca que, para ellos/as, existan obstáculos particularmente graves en el acceso a sus derechos.

Estas barreras se originan a partir de lo que la Corte IDH ha denominado “factores reales de desigualdad”, es decir, aquellas diferencias materiales derivadas del contexto personal y social de un individuo que se manifiestan cuando intenta ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que otras personas o grupos.

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁸³.

De esta forma, queda claro que la obligación de las autoridades se centra en evitar contribuir a la repetición, perpetuación o profundización de estos factores de desigualdad para garantizar el goce efectivo de los derechos que en su caso corresponda.

Por tanto, para que pueda hablarse de acceso a la justicia es necesario que se respete el derecho a un debido proceso que, según la Corte IDH, es un derecho que debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se debe brindar a toda persona migrante, independientemente de su

82. CIDH. Violencia contra personas LGBTI, OEA/Ser. L/V/II. Rev. 2. Doc. 36, 12 de noviembre de 2005, párr. 458.

83. OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

estatus migratorio⁸⁴, y se aplica no solo al orden penal, sino también al civil, laboral, administrativo o de cualquier otro carácter.

En opinión de la Corte IDH, para que exista el debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal⁸⁵.

Así pues, para asegurar el acceso a la justicia a las personas migrantes debe garantizárseles, en especial, los siguientes derechos:

- Derecho a la información, asistencia legal y defensa pública.
- Derecho a un intérprete y traductor.
- Derecho a la asistencia consular.

9.1. Derecho a la información, asistencia legal y defensa pública

Las Reglas de Brasilia determinan que los Estados deben adoptar medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y promover tanto actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre derechos como asistencia legal, defensa pública y asistencia letrada al detenido, asistencia que debe ser de calidad, especializada y gratuita⁸⁶.

La información básica sobre derechos, según las Reglas de Brasilia, comprende la “consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial”⁸⁷.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁸⁸ establece la obligación del Estado de proporcionar **información** sobre los derechos consagrados en la convención, sobre los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado y cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado. Los Estados partes adoptarán todas las medidas que consideren apropiadas para difundir la información mencionada o velar por que sea suministrada por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones apropiados. Esta información debe ser suministrada de forma gratuita y en un idioma que puedan entender.

A nivel nacional, este derecho a la información está consagrado en la Ley de Refugio, en concreto en su artículo 15: “las autoridades competentes asistirán a los refugiados, otorgándoles información sobre sus derechos y obligaciones”.

84. *Ibidem*, párrs. 123, 124 y 125.

85. OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de la garantía del debido proceso legal*, párr. 117.

86. *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*, párr. 26.

87. *Ibidem*.

88. Artículo 33.

Las Reglas de Brasilia también establecen la necesidad de prestar asistencia legal y defensa pública para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales⁸⁹.

Tanto la Constitución Política de Chile como los diferentes tratados universales e interamericanos de derechos humanos definen lo prioritario de la prestación de **asesoría jurídica**.

El derecho a la asistencia jurídica se encuentra reconocido en el artículo 19.3 de la Constitución Política de Chile que señala que: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”, así como en diferentes tratados internacionales ratificados por Chile, como en el artículo 8.2 e) de la CADH que reconoce el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley; el artículo 14.2 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce el derecho “a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”; y el artículo 18.3 d) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que reconoce el derecho a ser asistido por un defensor de su elección, a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciera de medios suficientes para pagar.

El rol de los jueces/zas es asegurar que las personas migrantes tengan acceso a estos derechos y, en caso negativo, derivarles a las instituciones y organizaciones competentes que puedan facilitarles estos derechos.

9.2. Derecho a un intérprete y traductor

En Chile es cada vez más habitual encontrar a personas migrantes que hablan un idioma distinto del español y que necesitan de interpretación como sucede, por ejemplo, con personas haitianas que hablan criollo, personas migrantes indígenas que solo hablan sus lenguas originarias y personas migrantes de otras nacionalidades, lo que constituye un importante desafío que el poder judicial está abordando como prioridad, tal como lo demuestra la implementación del sistema de traducción en línea.

El artículo 8.2 a) de la CADH, dentro de las garantías judiciales mínimas de todo proceso, recoge el derecho de la persona inculpada de ser asistida gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; el derecho a un intérprete también está consagrado en el artículo 14.3 f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁰, el artículo 16.5⁹¹ y el 16.8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁹².

89. Reglas de Brasilia, párrs. 28 y 29.

90. “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o habla el idioma del empleado por el tribunal”.

91. “Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean detenidos serán informados en el momento de la detención, de ser posible en un idioma que comprendan, de los motivos de esta detención, y se les notificarán prontamente, en un idioma que comprendan, las acusaciones que se les haya formulado”.

92. “Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar procedimientos ante un tribunal, a fin de que este pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal. En el ejercicio de este recurso, recibirán la **asistencia, gratuita** si fuese necesario, **de un intérprete** cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado”.

Si bien todos los artículos mencionados destacan el derecho a contar con la asistencia de un intérprete en el marco de procesos penales, este derecho se extiende más allá de estos procesos, tal y como recogen las Reglas de Brasilia⁹³: “Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución”.

El derecho a un intérprete forma parte del derecho de defensa, derecho que, a su vez, es una garantía del debido proceso consagrado por el artículo 8 de la CADH.

Como ya se ha indicado, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia debiendo adoptar las medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Proveer de intérprete a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento es una de esas medidas⁹⁴.

Este derecho incluye el acceso a un intérprete competente y gratuito y el derecho a la traducción de documentos relevantes para el proceso. El intérprete permite una comunicación adecuada con el tribunal, traduciendo al tribunal lo que señala el acusado/a y viceversa. A su vez, mediante la traducción, el acusado/a puede conocer adecuadamente ciertos documentos que contienen información relevante para el proceso.

Las diligencias practicadas sin traductor, en los casos en que el imputado no comprende o no habla el idioma del tribunal, pudieran ser susceptibles de anulación por cuanto afectan este derecho del imputado, e indirectamente el derecho a guardar silencio, el derecho a ser notificado de los cargos y el principio de igualdad de armas.

9.3. Derecho a la asistencia consular

Al igual que el derecho a un intérprete, el derecho a asistencia consular es un medio para que las personas puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas.

El derecho a la asistencia consular en el marco de un arresto, una detención o reclusión en prisión está recogido en el artículo 16.7 a), b) y c) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁹⁵. Esta convención también prevé el derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas en todos los casos en que resulten menoscabados los derechos reconocidos en la convención. En particular, en caso de expulsión (artículo 23).

Pero el instrumento más importante en esta materia es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares que, si bien constituye esencialmente un instrumento orientado a establecer el equilibrio

93. Párrafo 32.

94. OC-16/99 de la Corte IDH, de 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de la garantía del debido proceso legal, párr. 119.

95. “Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluso en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención: a) las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o de un Estado que represente los intereses del Estado de origen, serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida; b) la persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a esas autoridades será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de dichas autoridades; c) se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal”.

entre los Estados, en el artículo 36.1 b)⁹⁶ consagra el derecho del extranjero privado de la libertad a ser informado, “sin dilación”, de que tiene:

- a) derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva;
- b) derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, para que esta le sea transmitida “sin demora”.

Los derechos mencionados tienen la característica de que su titular es el individuo, constituyendo una importante excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena⁹⁷.

En este marco, la Corte IDH estima que la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia⁹⁸.

El derecho de las personas detenidas extranjeras a la comunicación con funcionarios consulares del Estado que envía es concebido como un derecho del detenido/a en las más recientes manifestaciones del derecho penal internacional⁹⁹.

Los funcionarios consulares deben visitar a su nacional que se encuentre arrestado, detenido o en prisión preventiva, a hablar con la persona privada de libertad y organizar su defensa ante los tribunales respectivos, visitar a sus nacionales que se encuentren arrestados, detenidos o presos en cumplimiento de una sentencia [...]. El Estado puede asistir a la persona en su defensa, nombrando o contratando un abogado/a, obteniendo pruebas en el país de origen, verificando que tenga una adecuada representación legal y asistiendo al detenido¹⁰⁰.

Así pues, “no solo la asistencia del traductor y del defensor son suficientes para garantizar que el extranjero detenido enfrente el proceso penal en condiciones de igualdad procesal, sino que también se requiere el apoyo de la oficina consular del país de origen para que desarrolle acciones de asistencia y protección, así como un acompañamiento con fines humanitarios. Por tanto, es trascendental el carácter técnico de la asistencia consular a fin de determinar que sea real y efectiva”¹⁰¹.

96. Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: [...] Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando este se oponga expresamente a ello.

97. OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de la garantía del debido proceso legal, párr. 82.

98. *Ibidem*, párr. 80.

99. *Ibidem*, párr. 78.

100. Martínez Pérez, Odette y Zaldívar Valdés, Dianelis (2015). La protección consular como derecho humano. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, n.º 18, p. 15.

101. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México. Asistencia Consular. Comprende los diversos derechos humanos de la persona extranjera detenida de contar con un traductor, de ser asistida legalmente por un defensor público o privado y de contar con el apoyo de la oficina consular de su país de origen. 2012048. 1a. CXCVI/2016 (10a.). Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 32, julio de 2016, p. 310.

La notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país contribuirá a mejorar considerablemente las posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene —entre ellos los correspondientes a diligencias de policía— se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas¹⁰². Así, el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye un medio para la defensa de la persona inculpada, que repercute —y en ocasiones decisivamente— en el respeto de sus otros derechos procesales¹⁰³ y debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas para brindar a las personas extranjeras la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo¹⁰⁴.

El derecho a la información sobre la asistencia consular se debe aplicar a cualquier persona detenida extranjera con independencia de la naturaleza y gravedad de la pena aplicable al delito que origina la detención¹⁰⁵, y debe proporcionarse sin dilación, esto es, en el momento de privar de libertad al inculpado/a y, en todo caso, antes de que este haga su primera declaración ante la autoridad¹⁰⁶.

102. OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de la garantía del debido proceso legal*, párr. 121.

103. *Ibidem*, párr. 123.

104. *Ibidem*, párr. 122.

105. *Ibidem*, párr. 100.

106. *Ibidem*, párr. 106.

10. Reconocimiento práctico de los principios generales aplicables a personas migrantes

10.1. Recomendaciones comunes para jueces/zas y funcionarios/as

A) Garantizar el principio de igualdad y no discriminación a través de una correcta identificación de las personas en situación de vulnerabilidad que requieren acceder al sistema de justicia

Este epígrafe se divide en dos apartados: 1) identificación de personas migrantes en situación de vulnerabilidad y 2) identificación de la situación migratoria.

A.1. Identificación de personas migrantes en situación de vulnerabilidad

Los jueces/zas y funcionarios/as pueden tener un rol fundamental en la identificación de personas migrantes en condiciones de desprotección o a las que se les están vulnerando sus derechos, y a que esta identificación les permita acceder tanto a ayuda humanitaria como al apoyo y los servicios pertinentes. Si se les están vulnerando sus derechos, la identificación contribuirá a poner fin a dicha vulneración.

Recomendaciones

- Tener en cuenta que el hecho de ser una persona migrante constituye un factor de vulnerabilidad.
- Realizar todos los esfuerzos posibles para identificar otros factores de desprotección en las personas migrantes y posibles vulneraciones de sus derechos.
- Adoptar todas las medidas posibles para su apoyo y protección o para poner fin a posibles violaciones de sus derechos.
- Derivación a la/s institución/es y/o organización/es competentes para adoptar medidas de prestación de ayuda o de apoyo y defensa para poner fin a situaciones de violación de derechos cuando las mismas queden fuera de la competencia de la autoridad judicial. Para ello debe promoverse la **coordinación interinstitucional**.

Para facilitar la identificación de factores de vulnerabilidad en las personas migrantes se adjunta como anexo I una tabla en la que se indica el **ámbito de vulnerabilidad**, algunas **preguntas** que se pueden formular a la persona migrante, algunas **consideraciones a tener en cuenta**¹⁰⁷ y pautas para la derivación/coordinación institucional.

107. Esta tabla ha sido realizada con información extraída de: ACNUR, Detention Coalition y OAK Foundation (2016). *Herramienta para identificar la vulnerabilidad. Identificar y abordar la vulnerabilidad: una herramienta para sistemas de asilo y migración*. Disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&doid=5906f7894>. A la información contenida en esta publicación se ha agregado otra información que las expertas han considerado conveniente.

No hay que perder de vista que estos ámbitos de vulnerabilidad pueden cruzarse (discriminación interseccional) y que: a) algunas personas pueden sentirse identificadas con varios factores de vulnerabilidad, mientras que otras no se identificarán con categorías predeterminadas de vulnerabilidad, aunque se encuentren en grave riesgo de daños; y b) que algunas personas puede que no tengan clara su situación o se resistan a revelar determinadas experiencias en un primer momento o no las revelen nunca a causa de diversas razones como la capacidad de la persona para comunicarse, vergüenza, falta de confianza, miedo a ser expulsada, etc.

En particular, para la identificación de personas que pudieran ser potenciales solicitantes de asilo se recomienda tener en cuenta:

- Definición de persona refugiada de acuerdo a la Convención de 1951 y en su definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984.
- Prestar especial atención a persecuciones que son más difíciles de detectar, como las persecuciones por pertenencia a un determinado grupo social entre las que se subsumen las persecuciones por motivos de género¹⁰⁸ (todas las formas de violencia basadas en el género contra las mujeres, incluida la trata de seres humanos¹⁰⁹, y persecuciones por motivos de identidad/orientación sexual)¹¹⁰.
- Tener en cuenta determinadas formas de persecución específicas que pueden sufrir los NNA como el reclutamiento forzoso, la trata, etc.¹¹¹.
- Se puede tener derecho al reconocimiento de la condición de persona refugiada, incluso por hechos ocurridos en el país de origen o de residencia habitual posteriores a su salida¹¹², por lo que conocer la situación del país de origen o de residencia habitual de la persona migrante puede ser de utilidad.

A.2. Identificación de la situación migratoria

Si la persona se encuentra en situación migratoria regular o irregular en el país, si se trata de una persona que pudiera ser una potencial solicitante de la condición de persona refugiada que no ha tenido acceso al proceso de determinación de la condición de refugiado, si es una persona que ostenta el estatuto de refugiada o si es solicitante de dicha protección.

Recomendaciones

- e) En el caso de tratarse de una **persona en situación migratoria irregular** se recomienda darle **información** sobre las instituciones u organizaciones que puedan informarle sobre las posibilidades de regularizar su estatus, dado que en muchas ocasiones la situación de irregularidad puede agudizar el problema jurídico que se busca solucionar con la acción y proceso judicial¹¹³.

108. ACNUR. Directrices sobre protección internacional: la persecución por motivos de género en contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (2002).

109. ACNUR. Guidelines on international protection: the application of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked (2006).

110. ACNUR. Directrices de protección internacional: solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967 (2012).

111. ACNUR. Directrices de protección internacional: solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados (2009).

112. Artículo 2.4 Ley n.º 20.430 sobre refugio.

113. Por ejemplo, en muchos casos los progenitores no pueden atender todas las necesidades básicas de los menores o el acceso a servicios debido a la falta de recursos económicos derivado de su situación de irregularidad migratoria que les impide trabajar de forma regular. En casos de violencia intrafamiliar, la situación de estrés e inseguridad que sufren las personas en situación migratoria irregular puede incrementar la violencia. Los hombres migrantes, en estos casos, al encontrarse en situación migratoria irregular, no pueden satisfacer las expectativas de género de ser el principal proveedor del sustento familiar y la frustración que ello acarrea puede traducirse en un incremento de la violencia hacia la pareja.

- f) Si se trata de una persona que pudiera ser una **potencial solicitante de la condición de persona refugiada** que no ha tenido acceso al proceso de determinación de la condición de refugiado se recomienda darle información sobre qué es el derecho de asilo, casos en que se puede solicitar, la posibilidad de solicitar protección internacional, el procedimiento a seguir y, en su caso, derivarle a las instituciones que prestan asesoría en esta materia, al DEM en Santiago y a las gobernaciones provinciales en la regiones, para que pueda acceder el procedimiento de determinación de la condición de persona refugiada solicitando esta protección.

10.2. Recomendaciones para jueces/zas

A) Reconocimiento de las diferencias culturales de personas migrantes

- Ser consciente de las diferentes cosmovisiones que pueden tener las personas migrantes, con particular atención cuando se trate de personas migrantes indígenas.
- Tener en cuenta, al dictar resoluciones, de no utilizar estereotipos que limiten el acceso a la justicia a las personas migrantes.
- Considerar la discriminación interseccional que pueden sufrir las personas migrantes.

Buena práctica

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, Rol 351-2013, de 9 de marzo de 2013, en la que se alude al deber de especial protección del Estado de los derechos de las personas migrantes atendida su situación de vulnerabilidad “dada la situación en que se encuentran en tanto que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es el propio”.

Buena práctica

Sentencia de la Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párr. 111: Una determinación a partir de presunciones infundadas y **estereotipadas** sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que “no son admisibles las consideraciones basadas en **estereotipos** por la orientación sexual, es decir, pre- concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”.

Buena práctica

Sentencia de la Corte Suprema, caso Lorenza Beatriz Cayuhan LLebul vs. Gendarmería de Chile, Rol n.º 92975, de 18 de noviembre de 2016, que reconoce la interseccionalidad de la discriminación: “16.º) Que, así las cosas, se estima que en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues esta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia”.

Buena práctica

Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Purén, de 21 de junio de 2017. Un migrante haitiano en situación migratoria irregular interpuso una denuncia en procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales basando su denuncia en que fue contratado, pero nunca se llegó a formalizar su contrato, no recibió remuneración alguna y se le obligó a trabajar en unas condiciones diferentes al resto de trabajadores (jornadas de trabajo sin descanso, asignación de tareas no previstas inicialmente, etc.), se retuvo su pasaporte por parte del empleador y este le amenazaba con que comunicaría su situación a la Policía de Investigación, haciéndole sentir una persona ilegal. El tribunal sostiene que “los hechos denunciados conculcaron derechos fundamentales del denunciado, el derecho a no ser discriminado y su derecho a la integridad física y psíquica” y que el denunciante, “en virtud de la vulneración de derechos fundamentales puso término a su relación laboral a través de un despido indirecto (art. 160 n.º 7 del Código de Trabajo)”.

Fundamentación jurídica

Principio de igualdad y prohibición de discriminación: art. 3 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 3 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, arts. 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, art. 14.2 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, art. 19.2 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementan la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, arts. 1, 7, 17.7 y 18 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Constitución Política de la República, capítulo I, (art. 1.º, incisos 1.º y 5.º), art. 19 n.º 2 y 3, art. 5 inciso 2.º y arts. 3 y 8 de la Ley n.º 20.430.

Derecho a la información: art. 33 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 15, Ley n.º 20.430, Reglas de Brasilia, párr. 26 y capítulo III, sección 1.ª y 2.ª.

Derecho a buscar y recibir asilo: art. 22.7 CADH, art. XXVII de la Declaración Americana de los Derechos Humanos; art. 14 Declaración Universal de Derechos Humanos.

Discriminación interseccional: RG n.º 28, Comité CEDAW, párr. 18.

B) Garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el marco de procesos de expulsión

Este epígrafe se divide en dos apartados: 1) casos de personas migrantes, solicitantes de la condición de refugiado y personas refugiadas; y 2) casos de personas solicitantes de la condición de refugiado o una persona que ostenta la condición de refugiado.

B1. Casos de personas migrantes, solicitantes de la condición de refugiado y personas refugiadas

Recomendaciones

- Tener en cuenta la prohibición de expulsiones colectivas.
- Considerar todos los antecedentes que sean relevantes para tomar una decisión fundada, especialmente la situación laboral, personal y familiar (**protección de la unidad familiar**¹¹⁴) del amparado/a, debiendo darse a este/a la instancia y la oportunidad para aportar dicha información ya que, de lo contrario, la orden de expulsión no satisfaría las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación, lo que conduciría a que la decisión fuese arbitraria. Ello implica el deber de comprobar:
 - En el caso de comisión de delitos, si estos revisten la gravedad y peligrosidad que exige la normativa, que exista habitualidad, la colaboración con las autoridades durante el proceso penal y una vez en prisión, etc.
 - La existencia de pareja estable chilena.
 - La existencia de hijos/as chilenos/as: la edad de los/as menores, la convivencia con ellos/as, que haya continuidad en la educación del NNA, su integración en el país, el periodo de ausencia de su país de origen o si ha nacido en Chile, las posibilidades de integrarse en su país de origen y la afectación que puede generar en el NNA la ruptura familiar debido a la expulsión, etc.
 - El tiempo de permanencia en Chile y si tiene trabajo (arraigo/proyecto migratorio).
 - El tiempo que media entre la dictación de una orden de expulsión y su ejecución.
 - El estado de salud del amparado/a y de sus familiares, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma.
- En los casos de imposición de la sanción de expulsión como pena sustitutiva, escuchar a la persona migrante y tener en cuenta sus circunstancias personales.

B2. Casos de personas solicitantes de la condición de refugiado o una persona que ostenta la condición de refugiada

Recomendaciones

- Tener en cuenta que una posible expulsión no vulnere el principio de no devolución al resolver un recurso judicial contra una orden de expulsión o al imponer una expulsión como una pena sustitutiva.
- Al resolver un recurso judicial hay que considerar que el principio de no devolución se aplica a aquellas personas que quieran hacer valer su derecho de buscar y recibir asilo y se encuentren, ya sea en la frontera o al cruzar la misma, sin ser admitidos formal o legalmente en Chile¹¹⁵. Ello implica la prohibición del rechazo en la frontera¹¹⁶ sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones.
- Al resolver un recurso judicial está prohibida la sanción por ingreso clandestino de las personas necesitadas de protección internacional¹¹⁷.

114. CIDH adopta el estándar de garantizar el “derecho a la protección de la familia en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas, caso República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014 (fondo), serie C, n.º 282, párrs. 413-416.

115. OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. *Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párrs. 5, 83 y 210.

116. Artículo 6 de la Ley n.º 20.430.

117. Artículo 6 de la Ley n.º 20.430 y artículo 31 de la Convención de Ginebra.

Pese a que el principio de devolución no es absoluto, ya que no se aplicaría en el caso de cometerse un delito particularmente grave que constituya una amenaza para la comunidad¹¹⁸, la expulsión de una persona refugiada o solicitante de protección debe cumplir con determinados requisitos¹¹⁹: debe ser excepcional, cuando razones de seguridad nacional o de orden público así lo justifiquen; se deberá conceder un plazo de treinta días para que gestione su admisión legal en otro país, caso en el que quedará sujeta a las medidas de control de conformidad con la legislación que establece normas sobre personas extranjeras en Chile.

Buena práctica

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 4291-2018, de 21 de marzo de 2015. Declara ilegal y señala que se trató de una expulsión colectiva la practicada a sesenta y dos ciudadanos haitianos “por no haber examinado la situación individual de cada persona al disponer su expulsión”.

Buena práctica

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Rol 6.649-2013, de 9 de septiembre de 2013 y Rol 4.466-3013, de 11 de julio de 2013, que establece la necesidad de “tener en cuenta los antecedentes que sean atingentes y relevantes para tomar una decisión fundada, especialmente la situación laboral, personal y familiar del amparado debiendo darse a este la instancia y la oportunidad para aportar dicha información”.

Fundamentación jurídica

Prohibición de expulsiones colectivas: art. 22 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protección de la unidad familiar: arts. 11.2 y 17 de la CADH, artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1 de la Constitución Política de Chile que consagra a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, arts. 3 y 9 de la Ley n.º 20.430.

Principio de no devolución: art. 33.1 de la Convención de Ginebra, 22.8 de la CADH, art. 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; *Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes y pueblos indígenas*, capítulo 3, sobre personas migrantes y sujetas de protección internacional (en adelante, Protocolo Iberoamericano), p. 28, arts. 3 y 4 de la Ley n.º 20.430.

Prohibición de rechazo en frontera: arts. 3, 4 y 6 de la Ley n.º 20.430.

Prohibición de sanción por ingreso clandestino de las personas necesitadas de protección internacional: arts. 3 y 6 de la Ley n.º 20.430 y art. 31 de la Convención de Ginebra. Excepciones al principio de no devolución.

118. Artículo 33.2 de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados que contiene la excepción al principio de no devolución.

119. Artículo 32 de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados y artículo 5 de la Ley n.º 20.430.

Requisitos para la expulsión de una persona refugiada: arts. 32 y 33.2 de la Convención de Ginebra y art. 5 de la Ley n.º 20.430.

C) Garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el marco de procesos en que intervengan NNA

Recomendaciones

- Tener en cuenta que los NNA migrantes tienen los mismos derechos que los NNA chilenos. Por lo tanto, se recomienda comprobar si se respetan los derechos a la nacionalidad, salud, educación, regularización migratoria, etc., de los NNA.
- Garantizar su derecho a la educación, derecho a la identidad, el acceso a la salud, tratamientos para enfermedades y rehabilitación para aquellos que son víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso.
- Considerar el interés superior del/de la menor y la protección de la unidad familiar a la hora de declarar la legalidad de una orden de expulsión, ya que la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundará en el interés superior del NNA, sino que lo afectará¹²⁰.
- Escuchar al/a la menor en todas las audiencias y juicios que le afecten, particularmente en aquellos que pueden suponer la expulsión de uno de los progenitores, y tener en cuenta sus opiniones para tomar una decisión, sin perder de vista que puede que el menor rechace hablar en presencia de familiares.
- Que todas las medidas que se adopten para la protección del NNA sean culturalmente adecuadas y tengan consideraciones de género.
- Tomar las medidas necesarias para garantizar que el NNA tenga acceso al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado¹²¹.
- La determinación del interés superior del NNA exige una evaluación clara y a fondo sobre su identidad, nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección (como el que sean solicitantes de asilo o se encuentren en riesgo de apatridia), la edad, si están acompañados por sus progenitores, el grado de madurez y educación, etc.
- Tomar todas las medidas necesarias para reducir los casos de apatridia de NNA.
- Garantizar la asistencia jurídica a los NNA, incluidos aquellos casos en que el interés del/de la menor pueda colisionar con el de los progenitores.
- En el caso de NNA no acompañados localizar a la familia es fundamental, a menos que el interés del NNA indique lo contrario. En el caso de no existir redes familiares en Chile que puedan hacerse cargo del NNA, se debería localizar la red familiar del NNA en el extranjero para su posterior reunificación, siempre que esta sea la medida más apropiada en interés del/de la menor. Es necesario prestar atención a que la posibilidad de retorno del NNA a su país de origen lo ponga en una situación de riesgo (conflicto, persecución o riesgo de sufrir tortura, desastre natural, etc.) y se deberá escuchar al NNA sobre este extremo. Tampoco hay que perder de vista que: a) para facilitar la localización de la red familiar en el país de origen a la autoridad competente (SENAME), es conveniente proporcionarle información lo más detallada posible (dirección, teléfono de contacto y cualquier otro antecedente que apoye la identificación y localización del grupo familiar). Si el tribunal otorgó alguna medida de protección debería acompañarse el acta en la que figura la adopción de dicha medida; y b) que las solicitudes de información requeridas a las autoridades del país de origen en materia de protección se realizan en virtud del trabajo de cooperación

120. OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. *Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 278.

121. Artículo 22 de la Convención sobre Derechos del Niño.

internacional llevado a cabo por la Unidad de Relaciones Internacionales del SENAME con sus contrapartes en el extranjero, por lo que no existe un plazo estipulado para la realización de dicha gestión, al depender de las autoridades competentes en el país de origen. En relación con este extremo, también hay que tener en consideración las posibles diferencias culturales como, por ejemplo, que en el país de origen del NNA no se les inscriba nada más nacer y que ello dificulte la localización de su red familiar.

Buena práctica

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Rol 9.168-201, 27.580-2012 y 5.482-2013, en que se reconoce el derecho a la nacionalidad de aquellos NNA que nacen en Chile y cuyos padres se encuentran en condición migratoria irregular, señalando que “la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada, [...] que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra [...] y, finalmente, que cuando se trata de NNA resulta además aplicable a su respecto la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”.

Fundamentación jurídica

Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3 sobre el interés superior del menor; art. 22 sobre las especiales necesidades de protección de los NNA refugiados; art. 37 sobre prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

Convención para Reducir los Casos de Apatridia.

D) Otros principios

1. Confidencialidad

Recomendaciones

- Tener en cuenta este principio¹²² para personas solicitantes de la condición de refugiado y refugiados con causas en los tribunales de justicia para mantener la reserva de sus datos y evitar amenazas para ellos/as y sus familias.
- Garantizar que los/as intérpretes respetan el carácter confidencial inherente a los servicios que facilitan.

122. Artículo 3 de la Ley n.º 20.430.

2. Beneficio de la duda

Recomendaciones

- Aplicar este principio en relación con las personas necesitadas de protección internacional implica reconocer que, en muchos casos, puede ser difícil para las personas refugiadas aportar todas las pruebas necesarias para validar o comprobar sus afirmaciones. Es decir, bajo los estándares de derecho internacional sobre refugiados, la carga de la prueba no recae solamente en el/la solicitante de asilo, puesto que es imposible que esta persona, cuya vida, seguridad, libertad o integridad corran peligro, prepare de manera exhaustiva las pruebas que apoyan su caso en el país de acogida. Por lo tanto, si se identifica en una audiencia o juicio a una persona potencialmente necesitada de protección internacional, aunque esta no tenga pruebas de la persecución temida o sufrida, se recomienda igualmente informarla del derecho a solicitar protección y a derivarla, en su caso, al DEM en Santiago o a las gobernaciones provinciales en las regiones.

3. No revictimización

- Intentar concentrar en un solo día las distintas actuaciones que exijan la comparecencia de una persona ante un mismo órgano judicial.
- Procurar que la víctima no coincida con el agresor en las dependencias judiciales (sobre todo en delitos de violencia intrafamiliar).
- Evitar la reiteración de comparecencias judiciales (sobre todo en el caso de NNA).
- No exigir la asistencia de una mujer con su hijo/a lactante a una audiencia salvo que sea estrictamente necesario para evitar su **revictimización**.

4. Prontitud y Prioridad

- Procurar dar una tramitación preferente a aquellos procesos en los que intervengan cualquier persona en situación de vulnerabilidad.

5. Propersona

- Aplicar dentro de la totalidad de las normas la que favorezca más a la persona¹²³.
- Interpretar las normas de la manera que más beneficie a la persona¹²⁴.
- No aplicar normas inferiores si son contradictorias con los tratados de derechos humanos¹²⁵.

Fundamentación jurídica

Confidencialidad: arts. 3 y 7 de la Ley n.º 20.430, Reglas de Brasilia, sección 4.^a, protección de la intimidad, art. 3 de la Ley n.º 20.430, Protocolo Iberoamericano, p. 33.

No revictimización: Reglas de Brasilia, párr. 37, 68-71, Protocolo Iberoamericano, p. 30.

Prontitud y prioridad: Reglas de Brasilia, párr. 38, Protocolo Iberoamericano, p. 32.

Propersona: arts. 3 y 11 de la Ley n.º 20.430 (trato más favorable), Protocolo Iberoamericano, p. 26.

123. *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes y pueblos indígenas*, capítulo 3, sobre personas migrantes y sujetas de protección internacional, p. 26.

124. *Ibidem*.

125. *Ibidem*.

E) Acceso a la justicia. Garantizar el derecho a la información

Recomendaciones

- Utilizar un lenguaje claro y sencillo y adaptado a las circunstancias psicológicas sociales o culturales de la persona migrante, especialmente en el caso de NNA.
- Evitar elementos intimidatorios innecesarios en la comunicación.
- Dar información sobre el objeto, estado, fases y posible resultado del proceso, con sus diferentes consecuencias finales, así como el cargo y rol de cada una de las personas que participan en el proceso, incluida la persona migrante.
- Dar información sobre la posibilidad de interponer recurso sobre las decisiones judiciales que se adopten.
- Cerciorarse de que la persona comprende efectivamente en todo momento lo que se le dice.

Fundamentación jurídica

Derecho a la información: art. 33 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 15 de la Ley de Refugio, Reglas de Brasilia, párr. 26 y capítulo III, sección 1.^a y 2.^a, carta de derechos de las personas ante la justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano; Eje Estratégico n.º 5 de la política de atención a usuarios del Poder Judicial.

F) Acceso a la justicia. Garantizar el derecho de asistencia jurídica y defensa pública

Recomendaciones

Si la persona migrante no dispone de defensor/a, informarla de este derecho y derivarla a las instituciones y organizaciones que prestan asistencia jurídica y defensa pública **gratuitamente**.

Fundamentación jurídica

Derecho a la asistencia jurídica y defensa pública: art. 8.2 e) de la CADH, art. 14.2 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18.3 d) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 19.3 de la Constitución Política de Chile y Reglas de Brasilia, párrs. 28 y 29.

G) Acceso a la justicia. Garantizar el derecho a intérprete

Recomendaciones

En los casos en que no se tenga claro que la persona migrante entienda el español, se recomienda preguntarle si lo entiende, teniendo en cuenta que el conocimiento de esta lengua para manejarse en la vida cotidiana no es suficiente para entender los términos jurídicos de un proceso judicial de manera que le permita el pleno ejercicio del derecho a la defensa. También hay que tener en cuenta que el hecho de que lleven residiendo en Chile durante un largo periodo de tiempo no siempre implica que tengan un conocimiento suficiente del lenguaje utilizado en los procesos judiciales.

- En todos estos casos se recomienda el uso del programa Visor implementado y gestionado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial y efectuar la reserva, con la debida anticipación, de traductores para audiencias.
- Si la persona migrante padece alguna discapacidad auditiva, el derecho a intérprete implica proporcionarle la información en la lengua de signos en su propio idioma.
- En el caso de que la persona migrante renuncie al derecho a intérprete, se recomienda comprobar que esta renuncia ha sido realizada libremente y una vez recibida toda la información necesaria y con asesoramiento jurídico.
- Comprobar que el idioma que habla el intérprete es efectivamente entendido por la persona migrante, ya que hay ocasiones en que en un mismo país se hablan varios dialectos.
- Comprobar que la persona comprende efectivamente en todo momento lo que le transmite el intérprete.
- Comprobar que el intérprete está cualificado para realizar su labor y que no sea un amigo de la persona migrante, un funcionario judicial o cualquier otra persona que supuestamente hable el idioma de la persona migrante.
- Facilitar a la persona migrante el acceso a mecanismos para poder impugnar la idoneidad y calidad de una interpretación cuando esta no haya sido suficiente para salvaguardar la equidad del proceso. Este derecho debería suponer el derecho a sustituir al intérprete designado/a en un primer momento por otro/a.
- Proporcionar a los/as intérpretes información adicional sobre términos jurídicos complejos para que puedan transmitirla con mayor facilidad a la persona migrante.

Buena práctica

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol 4291-2018, de 21 de marzo de 2015, que considera la especial situación de vulnerabilidad y desigualdad material en la que se encuentran las personas haitianas por no comprender el idioma español.

Fundamentación jurídica

Derecho a intérprete: art. 8.2 a) de la CADH, art. 14.3 f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 16.5 y 16.8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Reglas de Brasilia, párr. 32.

H) Acceso a la justicia. Garantizar el derecho a la asistencia consular

Recomendaciones

Garantizar este derecho, particularmente en los procesos penales (arresto, detención, prisión) y en casos de expulsión, pero también en todos aquellos casos que impliquen un menoscabo de los derechos consagrados en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

- Comprobar si se ha informado a la persona migrante de su derecho a informar sin demora a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, ya que la omisión de este derecho puede constituir una vulneración del debido proceso y, por tanto, la privación de libertad que adolezca de este defecto pudiera ser ilegal. Igualmente, pudiera ser ilegal la diligencia de declaración del detenido/imputado que no sea precedida de la información

sobre el derecho a la asistencia consular y la correspondiente notificación al consulado del país del que es nacional¹²⁶.

- Comprobar si la asistencia consular ha sido efectiva y la calidad de la misma ya que, en el caso de que esta no fuese efectiva, podría constituir una vulneración del debido proceso.
- En el caso de que la persona migrante sea una persona solicitante de la condición de refugiado o reconocida como tal no debe contactarse con la oficina consular, como regla general. En el caso de que la persona haya sido perseguida o tenga un temor fundado de persecución por uno de los motivos de la Convención de Ginebra y la persecución o el temor fundado de persecución sea por parte de un agente del Estado, no querrá, bajo ningún concepto, que se comunique su detención o prisión al consulado de su país de origen o de residencia habitual del que huyó. Sin embargo, si se trata de una persona perseguida por un agente no estatal, puede que sí quiera hacer uso de este derecho. Dentro de las persecuciones por agentes no estatales cabe señalar todas las formas de violencia contra las mujeres (violencia doméstica, trata, cualquier forma de violencia sexual, muchas persecuciones por orientación/identidad sexual, etc.). También se incluyen entre este tipo de persecución las sufridas, por ejemplo, por pandillas.

Fundamentación jurídica

Art. 36.1 b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; art. 16.7 a), b) y c), art. 23 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

126. DPP (2014). *Guía básica. Derechos de las personas extranjeras y migrantes ante el sistema penal*, pp. 4 y 5.

Anexo I. Tabla identificación ámbitos de vulnerabilidad

Identificando vulnerabilidades en personas migrantes			Coordinación/derivación
Ámbito de vulnerabilidad	Preguntas	Cuestiones a tener en cuenta	
Persona migrante	<p>¿Cuándo llegó a Chile?</p> <p>¿Ha llegado a Chile solo o con familiares? ¿Qué familiares le acompañan?</p> <p>¿Tiene familia, amigos o personas en Chile que le puedan ayudar?</p> <p>¿Ha podido Ud. regularizar su situación migratoria?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p>	<p>Comunicar a la persona migrante que la información que ellos proporcionen es confidencial y que va a ser utilizada únicamente con la finalidad de defender sus derechos y bajo ningún concepto para expulsarle a su país de origen.</p>	<p>Clinicas Jurídicas con asesoría gratuita (en caso de situación migratoria irregular) y CAJ.</p> <p>En caso de tener necesidades que requieran atención inmediata, derivar a instituciones competentes.</p>
Niño, niña o adolescente	<p>Háblame de tus padres y demás miembros de la familia;</p> <p>¿Con quién llegaste a Chile?</p> <p>¿Vas a la escuela?</p> <p>¿Qué haces en un día normal?</p>	<p>¿Dónde se encuentran los padres o cuidadores principales? ¿Existen impedimentos para su reunión?</p> <p>¿Con quién viaja el NNA?</p> <p>¿Se siente seguro con estas personas?</p> <p>Si presenta cualquier signo de enfermedad, abandono o daño.</p> <p>Si tiene cubiertas sus necesidades básicas (documentación, servicios sanitarios, vacunación, alojamiento, nutrición, etc.)</p> <p>Si está escolarizado (matriculado y asistiendo a clases con normalidad).</p>	<p>En caso de que el interés superior del menor exija la reagrupación familiar: SENAME a través de la Unidad de Relaciones Internacionales con el apoyo de consulados (salvo que el NNA sea un solicitante de asilo o refugiado).</p> <p>En caso de que el interés superior del menor no sea compatible con la reagrupación familiar: SENAME para que el menor ingrese en el sistema de protección.</p> <p>En caso de tener necesidades que requieran atención inmediata, derivar a instituciones competentes.</p>
Acompañado por su padre, madre, otros familiares o tutores	<p>¿Qué es lo que más le gusta de su niño/a?</p> <p>¿Qué le resulta más difícil?</p> <p>¿Qué le gusta hacer en familia?</p> <p>¿Hay algo de su niño/a que le preocupe?</p> <p>Cuénteme un día típico en la vida del niño/a</p> <p>¿Quién le presta apoyo cuando Ud. se siente estresado/a?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p>	<p>Si tiene una supervisión adecuada y quién la proporciona.</p> <p>Si el/la cuidador/a principal tiene algún problema que afecte a su capacidad para mantener a los/as niños/as a salvo como ser víctima de violencia intrafamiliar, trastorno por estrés posttraumático, etc.</p> <p>Si el niño/a asume responsabilidades propias del/de la cabeza de familia.</p>	<p>Clinicas Jurídicas con asesoría gratuita (en caso de situación migratoria irregular de padre, madre, NNA u otros familiares) y CAJ</p> <p>Instituciones de apoyo y Orientación en temas de familia.</p> <p>En caso de tener necesidades que requieran atención inmediata, derivar a instituciones competentes.</p>

Identificando vulnerabilidades en personas migrantes			Coordinación/derivación
Ámbito de vulnerabilidad	Preguntas	Cuestiones a tener en cuenta	
Sexo, género, identidad de género, orientación sexual	Mujer o niña embarazada o mujer lactante	<p>¿Cuánto tiempo de gestación lleva la mujer/niña?</p> <p>¿Cómo se siente sobre su embarazo?</p> <p>¿Qué preocupaciones tiene respecto de su embarazo?</p> <p>¿Qué preocupaciones tiene respecto de su recién nacido/a?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p>	<p>Clinicas Jurídicas con asesoría gratuita (en caso de situación migratoria irregular) y CAJ</p> <p>Instituciones de apoyo y Orientación en temas de familia.</p> <p>En caso de tener necesidades que requieran atención inmediata, derivar a instituciones competentes.</p>
	Mujer en situación de violencia intrafamiliar	<p>¿Ha recibido Ud. amenazas?</p> <p>¿Ha sentido miedo en alguna ocasión?</p> <p>¿Cómo es su estado de salud?</p> <p>¿Se siente Ud. a salvo?</p> <p>¿Qué necesitaría para sentirse segura?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p>	<p>Ser consciente de agresiones observables, posibles pruebas de abuso y lesiones.</p> <p>Ser consciente de indicadores de trauma: deterioro de la memoria, dificultades para concentrarse, incapacidad para confiar en los demás, tendencia a sobresaltarse con facilidad, presentar un carácter ansioso y evasivo, tener pesadillas o dificultades para dormir, dolor de cabeza, pérdida de apetito y problemas digestivos, etc.</p> <p>Clinicas Jurídicas con asesoría gratuita (en caso de situación migratoria irregular) y CAJ.</p> <p>Instituciones de apoyo y Orientación.</p> <p>Ministerio Público (en caso de posible existencia de un delito).</p> <p>DEM en Santiago/ Gobernaciones provinciales en regiones (si ya sufrió violencia en su país de origen puede calificar como refugiada por motivos de género.)</p> <p>En caso de tener necesidades que requieran atención inmediata, derivar a instituciones competentes.</p>

Identificando vulnerabilidades en personas migrantes				Coordinación/derivación
Ámbito de vulnerabilidad	Preguntas	Cuestiones a tener en cuenta		
<p>Sexo, género, identidad de género, orientación sexual</p> <p>Persona en situación de riesgo de violencia por su orientación/ identidad sexual (LGTBI)</p>	<p>¿Tiene una relación? (en lugar de está casado)</p> <p>¿Cómo se llama su pareja? (en lugar de cómo se llama su esposa/o?)</p> <p>Algunas personas LGTBI pueden correr riesgo. ¿Le afecta esto a Ud. o a algún miembro de su familia?</p> <p>¿Por qué abandonó su país de origen?</p> <p>¿Qué necesitaría para sentirse seguro/a?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p>	<p>Dirijase a las personas migrantes con identidades de género y/o con orientaciones sexuales diversas, tal y como ellas lo deseen, y no conforme al sexo o nombre que aparece en el documento de identificación. Reconozca, además del nombre contenido en el documento de identificación, el nombre identitario de las personas en las actas y documentos generados en el marco de la atención y protección. No considere bajo ningún precepto el nombre identitario como un alias.</p> <p>No exija cambios en la expresión de género (voz, ademanes, ropa, accesorios, cabello, uñas), ni la realización del cambio de nombre o sexo en los documentos durante las actuaciones ante la justicia o como requisitos para acceder a los servicios que presta la entidad en la que se desempeña.</p>	<p>Clinicas Jurídicas con asesoría gratuita (caso de situación migratoria irregular) y CAJ DEM en Santiago y Gobernaciones provinciales en regiones (caso de tener temor de ser perseguida o haber sufrido persecución en el país de origen).</p> <p>En caso de tener necesidades que requieran atención inmediata, derivar a instituciones competentes.</p>	
<p>Necesidades de protección</p> <p>Solicitantes de asilo y refugiados</p>	<p>¿Por qué abandonó su país de origen?</p> <p>¿Conoce Ud. lo que es el derecho de asilo?</p> <p>¿Desea Ud. solicitar asilo?</p>		<p>Clinicas Jurídicas con asesoría gratuita (caso de situación migratoria irregular) y CAJ DEM en Santiago y Gobernaciones provinciales en regiones.</p>	

Identificando vulnerabilidades en personas migrantes			Coordinación/derivación
Ámbito de vulnerabilidad	Preguntas	Cuestiones a tener en cuenta	
Necesidades de protección	Solicitantes de asilo y refugiados	<p>¿Por qué abandonó su país de origen?</p> <p>¿Conoce Ud. lo que es el derecho de asilo?</p> <p>¿Desea Ud. solicitar asilo?</p>	<p>Clinicas Jurídicas con asesoría gratuita (caso de situación migratoria irregular) y CAJ</p> <p>DEM en Santiago y Gobernaciones provinciales en regiones.</p>
	Victimas de trata (si decidimos incluirlos)	<p>¿Ha recibido Ud. amenazas?</p> <p>¿Se siente Ud. engañada/o?</p> <p>¿Ha sentido miedo en alguna ocasión?</p> <p>¿Cómo es su estado de salud?</p> <p>¿Se siente Ud. a salvo?</p> <p>¿Qué necesitaría para sentirse segura?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p> <p>¿Por qué abandonó su país de origen?</p> <p>¿Conoce Ud. lo que es el derecho de asilo?</p> <p>¿Desea Ud. solicitar asilo?</p>	<p>Indicadores de trata de la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito-ONODC https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_indicators_S_LOWRES.pdf</p> <p>Clinicas Jurídicas con asesoría gratuita (caso de situación migratoria irregular) y CAJ</p> <p>DEM en Santiago y Gobernaciones provinciales en regiones.</p> <p>Ministerio Público (en caso de posible existencia de un delito).</p>

Cláusulas *ad cautelam*, aclaración y exoneración

Las opiniones o posiciones expresadas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores (Oficina de Programa y Consorcio EUROsociAL+) que han realizado una síntesis de los temas abordados durante la misión de trabajo. En caso alguno debe considerarse que reflejen, necesariamente, los puntos de vista o posicionamientos oficiales de la Comisión Europea.

Considerando que el respeto y la promoción de la igualdad de género constituyen un elemento central y transversal de EUROsociAL+, en este y todos los documentos que se desarrollan en el marco del programa, el uso indistinto de sustantivos —en género masculino o femenino— carece de intención discriminatoria y tiene, en todos los casos, una intención inclusiva.

www.eurosociel.eu

EUROSOCIAL es un programa financiado por la Unión Europea que, a lo largo de sus 10 años de trayectoria, ha venido ofreciendo un espacio para el aprendizaje entre pares, así como el intercambio de experiencias entre instituciones homólogas de Europa y América Latina. EUROSOCIAL tiene como fin contribuir a la mejora de la cohesión social en los países latinoamericanos, mediante la transferencia del conocimiento de las mejores prácticas, que contribuya al fortalecimiento institucional y a la implementación de políticas públicas. Su acción parte desde la convicción de que la cohesión social debe ser considerada como fin en sí misma y, al mismo tiempo, como medio para reducir brechas porque la desigualdad (económica, territorial, social, de género) constituye un freno a la consecución de cualquier Objetivo de Desarrollo Sostenible. EUROSOCIAL cuenta con una innovadora metodología para implementar la cooperación internacional, partiendo de un diálogo institucional horizontal, flexible, complementario y recíproco, focalizando su acción en las áreas de políticas sociales, gobernanza democrática y equidad de género.

Consortio liderado por:



Publicación realizada con el apoyo de:

