

Minuta de sobre el **Boletín Nº 12.748-17**

Proyecto de ley, que modifica y fortalece la ley Nº 20.609, que establece medidas contra la discriminación

Luis Eduardo Thayer Correa
Cátedra de Racismos y Migraciones Contemporáneas de la Universidad de Chile
Investigador Universidad Católica Silva Henríquez
Proyecto Anillos PIA ANID – SOC180008

Le ley 20.609 es un avance en materia de igualdad, y la reforma que se propone lo es también, pero es un avance todavía insuficiente en algunos aspectos. Me voy a referir exclusivamente a aquellos que son atinentes a la situación de las personas migrantes residentes en el país y que tienen relación específicamente con las modificaciones propuestas en los artículos 1° y 2°

- (i) Incorporar como objetivo de la ley la ***“prevenir la discriminación arbitraria y promover y garantizar el principio de igualdad”***.
- (ii) Ajustar la definición de ***discriminación arbitraria al estándar internacional***;

1. Sobre la prevención de la discriminación

Para comprender el carácter de la prevención y el sentido que deben tener las acciones que busquen evitar la discriminación es necesario atender en primer lugar al hecho de que la condición de migrante implica en su definición jurídica un conjunto de condicionalidades y requisitos de diversa naturaleza para acceder a los derechos. De manera que los migrantes enfrentan **por defecto** una situación de discriminación institucionalizada en el sistema normativo. Esto es algo inherente a toda normativa que establezca criterios jurídicos para definir la condición de migrante y que no es exclusiva de la realidad chilena. **Todo país que cuenta con un marco jurídico para la migración establece un conjunto de disposiciones de condicionalidad en el acceso a derechos y al mismo tiempo entrega los elementos necesarios para que en un tiempo determinado esa condicionalidad sea superada.** La política migratoria establece así por definición un sistema de restricciones para el acceso a los derechos y a la vez los mecanismos para superarlo.

En este sentido las personas migrantes experimentan junto a la discriminación derivada del racismo y la xenofobia una forma de discriminación institucional establecida en el marco jurídico.

En el caso de Chile esta discriminación institucional **por defecto** se encuentra en la definición de ciudadanía que establece la Constitución Política de Chile, que en su **artículo 13°** asocia la ciudadanía a la nacionalidad. Esto induce a que cualquier programa social, política pública o instrumento orientado a garantizar o promover el acceso a derechos que esté orientado a los

ciudadanos **excluya por defecto a las personas migrantes. Lo mismo que aquellos programas, políticas etc. que están orientados explícitamente a los chilenos a chilenas**

A pesar de existir esta discriminación **estructural** para los extranjeros residentes, la **Constitución Política de Chile no distingue en materia de acceso a derechos sociales o civiles entre nacionales o extranjeros.** Si establece una distinción y una restricción para acceder a los **derechos políticos**. Ya sea como electores, donde se exigen 5 años de avecindamiento, o en referencia a la ocupación de cargos públicos de elección popular que exige a los extranjeros 10 años de residencia luego de haberse nacionalizado. Salvo por esta excepción, la Constitución Política de Chile no distingue explícitamente entre nacionales y extranjeros en materia de acceso a derechos fundamentales, sin embargo contiene implícitamente como he señalado en su definición de ciudadanía un criterio de exclusión **por defecto** de todos aquellos derechos que en el ley o en la reglamentación administrativa esté dirigida a los ciudadanos.

Podemos decir entonces que descontando la condicionalidad en el acceso de los derechos políticos que se encuentra presente en nuestra constitución, y la referencia a la que aludiré más abajo en relación al artículo 19°, **cualquier distinción o discriminación por motivo de la nacionalidad en materia de acceso a derechos, puede considerarse una arbitrariedad aun cuando esté recogida en cuerpos legales de menor entidad que la constitución.**

Sin embargo y a pesar de esto existen actualmente en Chile una gran cantidad de disposiciones legales, administrativas y burocráticas que afectan la vida de los migrantes excluyéndolos del acceso efectivo a los derechos fundamentales, atentando contra el principio de igualdad ante la ley que la propia constitución consagra y que está además en el espíritu de esta ley que se discute hoy, **N°20.609**.

Es muy importante que podamos visibilizar que una parte significativa de la discriminación que enfrentan los extranjeros en Chile proviene de disposiciones legales, reglamentarias, administrativas. Y también de las prácticas que se producen al interior de las instituciones privadas y públicas, que o bien carecen de protocolos internos que permitan garantizar el acceso a derechos fundamentales que están obstaculizados por normas de menor rango, o bien cuentan con protocolos muchas veces explícitamente discriminatorios en contra de los extranjeros.

(EJ:) De que formas de discriminación institucional estamos hablando: **(a)** exclusión de la atención de salud especializada a personas se encuentren en situación administrativa irregular; **(b)** prohibición de cambiar de empleador y restricciones a la movilidad geográfica a quienes cuenten con una visa sujeta a contrato; **(c)** restricciones de participar de ejercer el derecho de manifestarse públicamente a quienes tengan permisos temporales o transitorios; **(d)** exclusión de los mecanismos de protección y seguridad social que provee el Estado a través de transferencias directas (ej: empleo familiar de emergencia en tiempos de pandemia); y un largo etcétera que ha hecho que la **situación administrativa transitoria de los migrantes, se haya convertido en una condición social permanente y en la fuente de una nueva forma de desigualdad estructural y discriminación sistemática en nuestro país.**

Al respecto es importante destacar que en los últimos años y particularmente entre 2005 - 2010 y entre 2014 - 2017 hubo una especial preocupación del Estado a nivel central y también de parte de muchos gobiernos locales, por atender estas desigualdades y formas de discriminación, publicándose un número importante de documentos administrativos, decretos, instructivos presidenciales, protocolos internos para resguardar el acceso igualitario a los derechos fundamentales en el área de la de la salud, la educación, NNAs etc.

La gran mayoría de estas valiosas acciones estuvieron orientadas a facilitar el ejercicio efectivo e igualitario de los derechos a estas personas que **por defecto** (no ser ciudadanos) o **por el efecto directo de normas discriminatorias**, se encuentran privadas de ejercer los derechos fundamentales. Lo que algunos llamaron durante la última administración de la Pdta Bachelet la “**política del mientras tanto**” apuntaba justamente a “parchar” con medidas específicas la discriminación institucionalizada que afecta a la población migrante.

De manera que para lograr que esta reforma a la ley **20.609** cumpla su propósito en materia de migrantes, y logre el objetivo de **prevenir** la discriminación y **garantizar** el acceso igualitario a lo derechos, debe asumirse que en esta materia tiene que contener explícitamente **los mecanismos a través de los cuales el Estado pueda prevenir las formas de la discriminación que están institucionalizadas en la propia definición jurídica de la condición migrante.** Dicho de otra manera el **estatus legal precario** en que vive una parte importante de los migrantes es una de las causas principales de la discriminación que enfrentan estas personas, y el Estado es el principal agente creador de las condiciones para el ejercicio de esa discriminación. Si esta ley quiere proteger a los migrantes de la discriminación arbitraria, tiene la obligación de atender en primer término a la discriminación que está institucionalizada en el propio Estado

Considerando esto el objetivo de la **prevención** debe implicar la definición de acciones que apunten **no a evitar que sean discriminados, sino a rectificar una situación de discriminación en la que se encuentran por defecto, o por el efecto de normas discriminatorias vigentes.** En este sentido resulta esencial, que se establezcan en la ley los mecanismos a través de los cuales se va a cumplir el objetivo de prevenir la discriminación hacia los extranjeros para no dejarla a como una atribución discrecional de los servicios o la reglamentación administrativa. **Es imperativo que la ley establezca al menos los criterios generales que deben regir esos mecanismos.**

EJ: Hoy en Chile no debiera existir ningún servicio de salud ni establecimiento educacional con matrícula migrante que no cuente con protocolos que garanticen el ejercicio de derechos. No podemos seguir cargando en la buena voluntad o el estado de ánimo de los funcionarios el acceso igualitario a los derechos fundamentales.

2. Sobre la raza el racismo y las categorías migratorias

En relación a la modificación del artículo 2 en que se define la noción de **discriminación arbitraria** se alude a la “**raza**” como una condición en la que podría fundarse la discriminación, con ello la ley incorpora en su redacción uno de los elementos más importantes en la justificación de prácticas racistas: esto es el supuesto de que las razas humanas existen con independencia de los procesos de construcción social de las “razas” o de racialización de los sujetos. En efecto el primer gesto de la discriminación racista y del racismo surge de la atribución a otro de una condición racial diferente. A partir de ese punto se vienen justificando históricamente acciones de diferenciación social y de subordinación de los sujetos marcados como “razas” diferentes.

¿Cuál es la frontera me pregunto que establece esta idea para distinguir entre un negro o un blanco, en qué gradación de negritud o blanquitud, tiene que estar para ser considerado de una raza u otra? Pues esa frontera no existe como tal por fuera de la imputación que se le hace al sujeto, siempre desde una posición de poder, de pertenecer a una “raza”. Y es que históricamente la definición de quien pertenece a una raza u otra se han realizado y se siguen realizando, desde la posición de las supuestas “razas” de las personas privilegiadas. Aquí no hay razas señorías aquí hay personas.

Que la ley antidiscriminación contenga un concepto por definición discriminatorio e históricamente utilizado para justificar discriminaciones, es una contradicción en los términos. En este sentido la redacción del artículo en que se define la discriminación arbitraria debe evitar interpretaciones que justifiquen la discriminación. En tal sentido se recomienda cambiar el concepto de **raza** por el de “**racismo**” o “**discriminación racial**” que son aquellos que están presentes en las últimas recomendaciones de la “**Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial**” de Naciones Unidas o la **Declaración de Durban 2001 de la “Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial y la xenofobia y las formas conexas de intolerancia” (aprobada por Chile)**

*“Toda doctrina de superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa y debe rechazarse, junto con las teorías que tratan **de determinar la existencia de razas humanas separadas**” (p.10)*

Por otra parte y en relación a la preferencia por el concepto de “racismo” o de “discriminación racial” por sobre el de “raza” es importante destacar que el racismo no afecta solo a sujetos tipificados como pertenecientes a otra raza, si no que afecta también muy frecuentemente a sujetos diferenciados culturalmente. Vale decir el incluir el concepto de **racismo** en sustitución del de “raza” permite ampliar el rango de acción de la ley pues incluye a sujetos racializados por sus prácticas, valores, creencias o procedencia.

Si se opta por mantener la noción de **raza** yo invito a la comisión a través suyo Sr. Presidente a que se definan los criterios según los cuales se establecen las distinciones raciales y los límites entre

una raza y otra. Con esta propuesta de **modificación tenemos una oportunidad inmejorable de avanzar en la prevención de la discriminación, a partir de la acción de dejar de hablar de razas y comenzar a hablar de racismo.**

Situación administrativa: También en relación a la definición contenida en el artículo N°2. Es importante señalar que una de las situaciones que más discriminaciones genera hacia la población migrante es la situación administrativa. Particularmente no contar con un carnet, contar con un carnet temporal, tener en su defecto un documento que señala estar en proceso de renovación, o que indique que su solicitud de visa está en trámite, genera exclusiones y discriminación, en el acceso igualitario a los servicios públicos, a los servicios privados como la banca, o a algunos derechos como los laborales.

En este sentido el acceso igualitario a los derechos deja de estar sujeto a la condición humana de las personas y pasa a estar sujeto al hecho de contar o no con un documento de identidad vigente, y en muchos casos **vigente y permanente**. Se imagina Ud. Sr. Presidente que los ciudadanos chilenos comiencen a ser excluidos de la atención sanitaria por no contar con un carnet de identidad, o tener la cedula vencida. Pues bien esta situación no solo es habitual en los migrantes sino que es reconocida por ellos como una etapa ineludible de su trayectoria migratoria, donde entienden que deben permanecer meses e incluso años en un “**limbo**” de incertidumbre en y de exposición arbitraria a la discriminación.

La idea de suprimir la discriminación en el acceso a derechos debido a la situación administrativa de las personas se basa en el **principio de no discriminación** que no solo está contenido en nuestra Constitución, sino también en el “**Pacto para una migración segura ordenada y regular**” firmado por el Estado de Chile en 2018 que recomienda que no se realice la distinción entre migrantes irregulares y regulares en materia de acceso a derechos sociales, y también lo recoge el proyecto de ley de migraciones que esta comisión despachó hace unas semanas, en relación al acceso a la justicia y los derechos laborales de los migrantes. No incluir esta definición implica dejar abierta la puerta para que las personas sean discriminadas por no contar con un carnet de identidad o contar con uno que esté vencido. Si resulta razonable mantener un criterio de discriminación de esta naturaleza estamos evitando prevenir una de las principales causas de discriminación arbitraria que reciben las personas migrantes que se encuentran residiendo en el país.

En este sentido la recomendación concreta es que se incluya en el inciso primero del artículo segundo la expresión “situación administrativa migratoria” como parte de las distinciones, restricciones y exclusiones que carecen de una justificación razonable de privación o perturbación del ejercicio de los derechos de las personas.

3. Sobre los derechos laborales

Finalmente en continuidad y coherencia con la propuesta presentada que apunta a suprimir el inciso 3° del artículo N°2 que se refiere a la excepcionalidad contenida en *“distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”*, se propone incluir en el **Titulo III de la ley y específicamente en los artículos 15° y siguientes una reforma a tres cuerpos legales que contienen normas explícitamente discriminatorias contra el acceso igualitario de los migrantes al trabajo: Ley 18.834, (estatuto administrativo); Ley 18.883 (estatuto adminsitrativo para funcionarios municipales); y el Código del trabajo.**

Para no redundar en la necesidad de evitar crear una jerarquización de derechos que debilita esta ley, a lo cual ya se han referido con suficiente extensión y solidez argumental otros expositores en sesiones anteriores de esta comisión, quisiera dirigir el foco a un punto no aludido que dice relación específicamente con número 16° del artículo 19 de la Constitución.

16°.- La libertad de trabajo y su protección. *Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.*

Pues bien, si se ha optado por eliminar de la ley 20.609, esta excepcionalidad que permite en la versión vigente que los extranjeros puedan ser discriminados en su acceso igualitario al trabajo, **es porque se considera justo que esta reforma convierta en objeto de sanción legal el que una persona sea discriminada en el acceso al trabajo por su condición nacional.**

En concordancia con esto la reforma debe hacerse cargo de una reforma a lo tres cuerpos normativos vigentes en la actualidad que institucionalizan esta forma de discriminación:

- a. La ley N° 18.834 que establece el Estatuto administrativo en su artículo 12° que fija los criterios para ingresar a la administración del estado y señala:

“Artículo 12: Para ingresar a la Administración del Estado será necesario cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano; No obstante, en casos de excepción determinados por la autoridad llamada a hacer el nombramiento, podrá designarse en empleos a contrata a extranjeros que posean conocimientos científicos o de carácter especial.”

Estableciendo con ello una discriminación en relación a los **empleos de planta.**

- b. La ley 18.883 que establece *El estatuto administrativo para funcionarios municipales* que en su artículo 10° donde establece el mismo criterio señalado en la ley 18.834, pero sin su inciso segundo vale decir excluye a los trabajadores extranjeros no solo de la planta administrativa sino también de los empleos a contrata.

Como criterio de mínimos en este sentido se tendría que igualar el estatuto de las municipalidades (18.883) a la excepcionalidad del artículo 12 del estatuto administrativo (18.834) que permite a los extranjeros ingresar como en modalidad de contrata, y como criterio máximo en ambas normas se tendría que permitir igualdad de acceso a todas las modalidades de contratación, sin perjuicio de los otros criterios de acceso.

- c. El Código del trabajo en su artículo 19° que establece como el límite para empresas de más de 25 trabajadores, un máximo de 15% de trabajadores extranjeros. Artículo cuya reforma está contenida en el proyecto de ley migratoria actualmente en tramitación, ampliando esta proporción de trabajadores extranjeros al 25%

Para terminar: por qué es tan importante modificar estos cuerpos normativos. **Por dos motivos:** el primero es porque produce una discriminación directa en los trabajadores extranjeros en el ámbito de la vida más sensible para alcanzar condiciones de vida dignas como es el trabajo. Y segundo porque en virtud de ello se crean condiciones para la precarización del empleo público de los migrantes, que redundan en expresiones de discriminación de otros trabajadores que ven en ellos una suerte de competidores desleales, imputándoles dicho sea de paso, la responsabilidad de su propia precarización, cuando en realidad se encuentra institucionalizada en estas normas.

¿Por qué no va a ser posible que un profesor universitario extranjero o un médico extranjero pueda optar a un empleo de planta en su institución?, o ¿por qué un funcionario municipal extranjero no va a poder optar ni siquiera a un empleo a contrata, quedando expuesto a la inseguridad laboral, en un campo de trabajo donde cada vez más se necesita de las habilidades, competencias, sensibilidad y conocimientos que tienen los trabajadores extranjeros. Y donde dicho sea de paso la propia implementación de esta ley (20.609) requiere de estos trabajadores tanto en las administraciones locales como centrales del Estado.

Si no se incluyen modificaciones a estos cuerpos normativos en los puntos señalados, la eliminación de la exclusión contenida en el número 16° del artículo 19 de la Constitución Política de 1980, que propone la reforma en discusión, no va a generar ningún impacto en la práctica en el ámbito del empleo público y en las empresas de tamaño medio. Y permitirá la reproducción de una discriminación institucionalizada en esos cuerpos normativos.

