

INFORME

BOLETÍN N° 8970-06. PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA. COMISIÓN DE GOBIERNO, DESCENTRALIZACIÓN Y REGIONALIZACIÓN DEL SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Honorable Comisión de gobierno, descentralización y regionalización del Senado, junto con agradecer su invitación, vengo en informar Proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre Migración y Extranjería.

1. En atención a la imposibilidad de realizar un análisis exhaustivo de la integralidad del proyecto de ley de migración y de extranjería por motivos de tiempo, y por tampoco ser ese el propósito del presente informe, quisiéramos en esta oportunidad centrar nuestra reflexión en algunas normas del proyecto de ley (PL), cuya materias que tratan consideramos particularmente relevantes bajo la perspectiva de la protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales de las personas extranjeras.

Nos parece ser este el enfoque adecuado porque, desde luego, tal protección aparece recogida en la forma de obligación del estado de Chile en el artículo 3 del título II del PL dedicado a “los principios fundamentales de protección” y, además, constituye uno de los ejes de la nueva “política nacional de migración y extranjería” (artículo 22.1).

La positivación de la protección y garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros como principio rector de la ley y política migratorias, es decir, su inclusión en las mencionadas normas del PL tiene como consecuencia inmediata la imposibilidad de eludir la aplicación de dichas normas y de realizar cualquier interpretación valorativa, pues una adecuada aplicación e interpretación de las normas del PL debe considerar y ajustarse a dicho principio que, por lo demás se vería reforzada por una imperativa interpretación conforme a la Constitución política de la República de Chile y a las normas internacionales de derechos humanos, expresamente consagrada en artículo 10 del PL.

2. Realizadas las consideraciones introductorias precedentes, la primera idea que quisiéramos destacar es la de que el PL está marcado por un “ethos-anti-regularización”¹, en el sentido de que frente a la irregularidad migratoria, definida y reconocida por el propio PL (artículos 1.4; 14,15, 28. §4, 41. §4 y 92) éste no define, salvo en ciertas situaciones, una respuesta legal más allá de la salida voluntaria o forzada del país. Por ende, el destino más que probable de toda aquella persona extranjera que no cumpla integralmente las condiciones de entrada, permanencia o residencia o vea rechazado o revocado su permiso de permanencia o residencia sea

¹ Tomamos así prestada la expresión acuñada por Cathryn Costello para caracterizar la política y legislación de la Unión Europea, en particular, la “Directiva de Retorno” (Directiva 2008/115/CE, publicada en el DOUE L 348, de 24 de diciembre de 2008, pp. 98-107) y que, a nuestro modo de ver, refleja en gran medida la *ratio iuris* y *legis* del actual proyecto de ley. Cathryn COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2016, p. 98.

el abandono (artículo 89 PL)², la expulsión (artículos 33.8, 123 y 124 PL) o, incluso, la reconducción o devolución inmediatas en las situaciones previstas en el artículo 127.

Si bien el PL menciona que el Estado, a través de su política nacional de migración, “propende” a la integración e inclusión de los extranjeros (artículos 6 y 22.2 y 6), regulando el ejercicio de sus derechos y deberes (artículos 2, 12-21), tal preocupación parece excluir aquellos que se encuentran en situación irregular, ya que, como señalamos anteriormente, con relación a estos últimos el compromiso del legislador es asegurar su retorno al país de origen y, excepcionalmente, la regularización casuística, posibilitada por algunas normas del PL cuya técnica jurídica utilizada para su redacción abre espacio a la discrecionalidad del ejecutivo a la hora de aplicar e interpretarlas.

Así, el artículo 89 del PL expresa que

“el Director Nacional del Servicio, mediante resolución fundada, podrá sustituir la medida de abandono por el otorgamiento de una autorización de residencia o permanencia de vigencia restringida, según se determine en cada caso”,

sin que el legislador defina claramente los criterios jurídicos que fundamenten la decisión de otorgar la autorización y fijen el plazo de vigencia de la misma.

A su vez, el artículo 125 entrega al Servicio Nacional de Migraciones la potestad decisoria de expulsar, e implícitamente de regularizar caso a caso, el extranjero afectado por un orden de expulsión en base a ocho criterios, algunos de ellos de formulación amplia, tributaria de una visión utilitarista de la migración, dando margen para que la discrecionalidad de su interpretación y aplicación potencialmente se convierta en discriminación arbitraria, tal como ésta es entendida incluso por el propio PL (artículo 1.7).

En ese sentido, son particularmente llamativos los últimos dos criterios establecidos en la citada norma, a saber:

“7. El patrimonio y los bienes que tuviere en el país.

8. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional”.

Finalmente, el PL presenta un único mecanismo permanente de regularización circunscrito a las personas víctimas de trata, justificado más bien por razones de orden público, de lucha contra la delincuencia internacional organizada —que tiene en el tráfico de personas una de sus rentables áreas de acción— y de pragmatismo³.

² En el caso de los niños, niñas y adolescentes (NNA) no acompañados o que no cuenten con la debida autorización legalizada el abandono del país se materializa mediante un procedimiento de retorno asistido (artículos 28. §2 y 128 PL) que debe iniciar a la brevedad, que no debe exceder los tres meses.

³ Por ejemplo, en la historia de la Ley N° 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, de 8 de abril de 2011, puede leerse en la sesión en Sala de la Cámara de Diputados, durante el tercer trámite constitucional, que “Si se repatría a una víctima de estos delitos a su país de origen, muchas veces caen en las mismas redes, toda vez que pudo ser captada para estos delitos por alguna situación

3. Un segundo aspecto dice respecto con la ejecución de la expulsión y consecuencias jurídicas.

Pese a que el procedimiento de expulsión sea largo y dispendioso, la *ratio legis* es la de que aquella se ejecute a la brevedad o, por lo menos, dure el menor tiempo posible. Así, las personas extranjeras contra quienes pese una orden de expulsión firme y ejecutoriada deben ser idealmente devueltas en el plazo de 72 horas, tiempo durante el cual pueden ser privadas de libertad para ese efecto (artículo 131. §1).

Ahora bien, el mencionado artículo 131 suscita varias inquietudes. La primera guarda relación con la necesidad y proporcionalidad de las medidas de restricción y privación de libertad a que pueden ser sometidas las personas extranjeras, como sea su detención hasta 72 horas en domicilio o en las instalaciones de la policía, por motivo de ejecución de la orden de expulsión. Según la Corte IDH, en el caso *Vélez Loor c. Panamá*,

“las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra [i.e, asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o garantizar la aplicación de una orden de expulsión] y únicamente durante el menor tiempo posible. **Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas, que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos**”⁴

Ahora bien, ni el artículo 131, o cualquier otra norma del PL, hace referencia a la existencia de catálogo alguno de medidas alternativas, ni remite esa materia para el futuro reglamento. Luego, parece ser que esta sería la única medida prevista para garantizar la ejecución del orden de expulsión. Asimismo, el texto de la norma al referir que la persona “podrá” ser sometida a una restricción o privación de libertad no aparta ni impide una interpretación y aplicación, por parte del ejecutivo, que convierta aquella única medida, en los hechos, obligatoria.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n° 35 señala que la decisión de detención⁵

“**deberá considerar los factores pertinentes de cada caso y no basarse en una norma obligatoria aplicable a una categoría amplia de personas**; deberá tener en cuenta la posibilidad de utilizar medios menos invasivos para alcanzar el mismo fin, como la obligación de presentarse periódicamente en un lugar, la imposición de una

de vulnerabilidad”. Véase, historia de la ley, discusión en Sala, de 08 de marzo, Diario de Sesión, en sesión 134, legislatura 358, p. 7. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>.

⁴ CORTE IDH, caso *Vélez Loor vs Panamá (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, sentencia de 23 de noviembre. Serie C no. 218, párr. 171 (negrita añadida).

⁵ El artículo 9 se aplica durante los procedimientos de control de la inmigración o para llevar a cabo una expulsión, deportación o extradición, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General N° 35 «Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)»*, de 16 de diciembre de 2014, aprobado por el Comité de derechos humanos, 112º período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014), CCPR/C/GC/35, párr. 60.

fianza u otras condiciones para evitar la fuga; y deberá ser objeto de reevaluación periódica y de revisión judicial”⁶.

Transcurrido dicho plazo, el extranjero “será dejado en libertad si la expulsión no se materializa” (artículo 131. §4) y la única medida prevista por el legislador para hacer efectiva el orden de expulsión es, una vez más, la aplicación de una otra medida de privación de libertad ahora “por un plazo máximo de 48 horas” (artículo 131. §4), sin que quede claro la diferente duración de plazos en el primer y segundo momento.

Adicionalmente, en las situaciones en que la persona extranjera contra la cual pese una orden de expulsión vigente haya salido del país e intente posteriormente regresar a él, la respuesta por parte del Estado será la reconducción o devolución inmediata (127. §1). Medida ésta que puede ser recurrible, pero desde el extranjero en el plazo de 15 días (artículo 127. §4). La redacción de esta disposición legal, a nuestro parecer, plantea algunas dudas en cuanto a su compatibilidad con el principio de *non-refoulement* consagrado en la CADH. La Corte IDH ha afirmado en el caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia* que

“135. (...) si se complementan las normas anteriores [artículos 8 y 22.8 de la Convención americana de derechos humanos] con el *corpus juris* internacional aplicable a las personas migrantes, **es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre**”.

Si la reconducción o la devolución son inmediatas en las situaciones del artículo 127, ¿cómo pueden las autoridades chilenas asegurar que dicho riesgo (de violación de la vida, integridad y/o libertad de la persona) no existe? Es decir, que entre el orden de expulsión (incluida su eventual detención y subsecuente liberación por no ejecución del orden) y el posterior reingreso de la persona extranjera al país no se ha producido el riesgo por causas supervenientes. Y, ¿cuál sería el efecto útil de dicho principio si el recurso de la decisión de reconducción o la devolución es meramente declarativo, y la persona debe llevarlo a cabo en el país en el que supuestamente su vida, integridad y/o libertad corren peligro?

La redacción de esta norma es aún más preocupante atendiendo a que las referencias al principio de no devolución se limitan a los asilados políticos (artículo 95) y las víctimas de trata (artículo 69. §2), adoptando así una concepción estricta del principio de no devolución, por oposición a la que es adoptada por la jurisprudencia de la Corte IDH.

Finalmente, una otra consecuencia jurídica de la expulsión es la prohibición de ingreso (artículo 32.4), administrativa (artículos 129 y 133) o judicial (artículo 30). En lo que se refiere a la prohibición administrativa, la característica es también la discrecionalidad, pues el legislador no solo confiere al ejecutivo, en la persona del Director Nacional del Servicio o al Subsecretario del Interior en los casos del artículo 129, la potestad decisoria en cuanto a los plazos para la prohibición, sin haber

⁶ Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 35*, párr. 18.

definido previos criterios legales para su concreta determinación por parte de la Administración, como además, otorga poder para que dichas autoridades adopten, excepcionalmente, una resolución de prohibición de entrada de forma indefinida, atendiendo a la interpretación que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos (“casos debidamente calificados”) y de conceptos relativamente indeterminados como sean “razones graves y calificadas” (artículo 144) o “razones de seguridad interior o exterior” (artículo 129), lo que naturalmente abre la puerta para la ocurrencia de situaciones de discriminación arbitraria.

4. Una última nota para referir la inquietud que nos provoca el artículo 102 del PL. La lucha contra la inmigración irregular ha sido el fundamento para la privatización del control fronterizo y migratorio, es decir, la delegación de tareas de control y vigilancia de la frontera e inmigración a actores privados, como son los transportistas, es hace un tiempo a esta parte una práctica recurrente en el mundo, y que Chile ha también adoptado (artículos 96 ss. del PL).

Sin embargo, el PL da un paso más en esa privatización al imponer a las instituciones universitarias la obligación de recopilar y comunicar los datos al Servicio Nacional de Migraciones de los “extranjeros titulares de permiso de residencia temporal de estudio matriculados en éstas, así como de los que finalizaron sus estudios, hicieron abandono de ellos o fueron expulsados del establecimiento” que, se supone, integrarán el nuevo Registro nacional de extranjeros (artículo 160). La disposición en causa, pese al reconocimiento en el PL de valor de la migración para el país (artículos 8 y 22.7), es más bien tributaria de una visión de la migración como un fenómeno social indeseable⁷.

Santiago, 18 de marzo de 2019

RITA LAGES DE OLIVEIRA

Facultad de la Derecho Universidad de Chile

Investigadora asociada del proyecto CONICYT “Contemporary Migrations in Chile: Challenges to Democracy, Global Citizenship, and Access to Non-discriminatory Rights”, financiado por CONICYT PIA SOC180008

⁷ Por ejemplo, en Reino Unido, desde 2012, bajo la “política de ambiente hostil”, las universidades están obligadas a informar al Ministerio de Interior (“Home Office”) cualquier infracción en la visa o el estatus migratorio de sus estudiantes internacionales. Alexandra Topping, “Universities being used as proxy border police, say academics”, *The Guardian*, 2 de marzo de 2014, disponible en: <https://www.theguardian.com/education/2014/mar/02/universities-border-police-academics>.