

Minuta presentación ante Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado de Chile

**Proyecto de ley de Migración y Extranjería – Boletín 8.970-06
Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, Universidad Diego Portales¹**

La presente minuta tiene por objetivo dar a conocer la postura de nuestra Clínica Jurídica en cuanto a dos puntos del proyecto de ley de migración y extranjería discutido actualmente en segundo trámite constitucional ante el Senado. Estos dos puntos son 1) Cambio de categoría migratoria y 2) Debido proceso, expulsiones y recursos.

1) Cambio de categoría migratoria (art. 56 en relación al artículo 67 proyecto de ley)

El establecimiento de categorías migratorias y modalidades de cambio entre ellas son herramientas de política migratoria que pueden permitir lograr ciertos objetivos y por ello es importante que, entre la diversidad de herramientas existentes, se elija aquella que sea la más idónea para lograr el objetivo propuesto.

Nos parece que el mundo en general, y Chile en particular, vive un momento en el cual la promoción y protección de los derechos humanos de las personas en conjunto con lograr una migración segura y ordenada deben ser objetivos esenciales de cualquier política migratoria², y, por lo tanto, debemos buscar las herramientas que mejor se ajusten a este propósito.

El proyecto de ley de migración y extranjería estudiado elige como herramienta la prohibición de cambio de categoría migratoria entre la permanencia transitoria (art. 56), que es similar a lo que hoy conocemos como turismo, y otros visados de residencia temporal, abriendo esta posibilidad solo para quienes acrediten tener vínculos de familia con personas chilenas o con residencia definitiva, a aquellos cuya estadía sea concordante con los objetivos de la política nacional de migración y extranjería, y en otros casos debidamente calificados por la subsecretaría del interior mediante resolución, previo informe del servicio (art. 67).

De lo anterior, la única posibilidad concreta que queda clara para una persona extranjera, es que serán los vínculos familiares con personas chilenas o extranjeras residentes definitivas los que les permitirán quedarse en el país.

El problema que hay detrás de la elección de esta herramienta de política migratoria es que en nuestro contexto actual, la misma terminaría por ir en contra de los objetivos mencionados anteriormente. En otras palabras, el efecto de la aplicación de esta herramienta resultaría en la precarización de la migración y el aumento de la irregularidad migratoria, lo que es todo lo contrario a lograr una promoción y protección de derechos humanos de las personas y lograr una migración segura y ordenada.

¹ La presente minuta ha sido elaborada por Francisca Vargas Rivas y toma contenido de la publicación de la misma autora en Vargas Rivas, Francisca. "Una ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos" en Vial Solar, Tomás (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 483-538.

² Al respecto, ha sido la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que ha indicado, en su opinión consultiva N° 18 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 2003, que los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos.

Para explicar el por qué de lo anterior, podemos partir indicando que Chile se sitúa en un contexto mundial de migración conocido como migración "sur-sur", que consiste en los movimientos de personas desde un país perteneciente al sur global, es decir, subdesarrollado o en vías de desarrollo, hacia otro con las mismas características.³ Esta migración se da, además, en un contexto latinoamericano, donde personas de diversos países pertenecientes al sur global elegirán a Chile como destino, al figurar como una nación con una de las economías de mayor crecimiento en Latinoamérica, con una importante reducción de la pobreza⁴ y con un alto índice de desarrollo humano⁵ y de paz social.⁶ Lo anterior implica que la gran mayoría de la migración que hay en Chile se produzca por la búsqueda de mejores oportunidades económicas⁷.

Así, las personas que ingresan a Chile buscando mejoras económicas, por ejemplo, a través de la búsqueda de un trabajo, no podrán permanecer en Chile si encuentran una fuente laboral, teniendo que devolverse a sus países de origen a solicitar un visado desde el Consulado de Chile. La experiencia demuestra que un empleador o una empleadora no van a esperar el tiempo que demora la persona en tramitar su visado, menos si esto implica que se vaya del país y no trabaje en el intertanto. Asimismo, una persona con necesidades económicas y ganas de salir adelante va a preferir trabajar, aunque sea desde la irregularidad, con tal de mejorar su situación y/o la de su familia, directamente o a través de envío de remesas, y por tanto, no se devolverá a su país para tramitar un visado si ya cuenta con una fuente laboral. A esto último se suma la falta de dinero para viajar de regreso al país y luego volver a Chile.

Por lo tanto, la herramienta que se pretende aplicar provocaría, por un lado, un aumento de la irregularidad migratoria, ya que tendríamos personas que desean quedarse en el país pero que no tienen ninguna manera legal y realista de hacerlo, y, por otro, abriría las puertas a una mayor precariedad laboral, pues tendríamos a personas migrantes trabajando desde las sombras, expuestas a abusos laborales y falta de protección. Así, no lograríamos proteger los derechos humanos de las personas migrantes y tampoco lograríamos tener una migración efectivamente segura y ordenada.

Detrás de esta herramienta, que bajo nuestra perspectiva y la explicación anterior es incorrecta en nuestro contexto, probablemente hay una intención adecuada y que no debe ser dejada de lado: la posibilidad de transparentar los motivos que tiene una persona para ingresar al país. Quienes son turistas deben acreditar que lo son, y quienes no, no deberían utilizar este estatuto⁸.

Pues bien, la propuesta que se hace para poder conseguir tanto los objetivos de protección de derechos humanos de las personas migrantes y una migración segura y ordenada, así como la transparencia en los

³ OIM, *La migración sur-sur: asociarse de manera estratégica en pos del desarrollo*, Ginebra 2014..

⁴ Índice disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/country/chile/overview>.

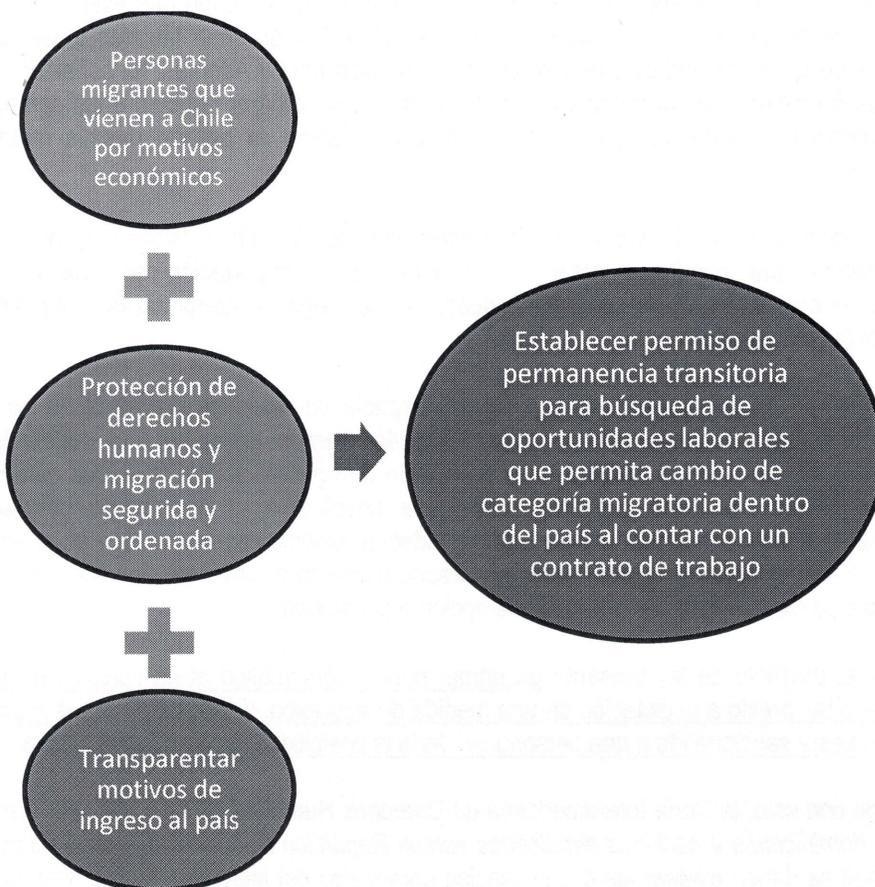
⁵ PNUD, *Informe sobre desarrollo humano*, 2016. Visto en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf.

⁶ Global Peace Index, 2018, *Vision of Humanite*. Visto en: <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2018/06/Global-Peace-Index-2018-2.pdf>.

⁷ De hecho, el 81% de la población migrante en Chile participa del mercado laboral. Ver https://www.migracionenchile.cl/economia_y_trabajo.

⁸ Esto conviene no solo al Estado, sino que también a la persona que muchas veces viene al país a buscar un trabajo y no tiene como acreditar su turismo.

motivos de ingreso al país es que se establezca un permiso de permanencia transitoria precisamente para el ingreso al país con el objetivo de búsqueda de oportunidades laborales, que a su vez permita el cambio de categoría migratoria dentro del país al contar con contrato de trabajo, cumpliéndose ciertas condiciones⁹.



2) Debido proceso, expulsiones y recursos (arts. 129 y 136-138 proyecto de ley)

La medida de expulsión es la sanción más gravosa impuesta a las personas extranjeras que incurran en los motivos contemplados en el proyecto de ley. Una medida que implica que la persona deba salir obligadamente del país, puede vulnerar de una u otra manera su derecho a la libertad personal y otros, como por ejemplo, la protección de la familia si es el caso que la persona deba separarse de esta.

Por lo mismo, el debido proceso frente a estas medidas se hace primordial. Este derecho humano fundamental ha sido reconocido, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual prescribe que toda persona tiene derecho a "ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo

⁹ <https://www.migracionenchile.cl/proyectedeley>

razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”.¹⁰

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que este derecho es aplicable a toda clase de procesos, sean judiciales o administrativos,¹¹ y que son titulares todas las personas con independencia de su calidad de extranjera o situación migratoria.¹² Además, ha señalado que “no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda.”¹³

Esto es reafirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al indicar que “los procedimientos que pueden resultar en la expulsión o deportación de una persona involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso”.¹⁴

En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas migrantes, indicando que “los retornos forzados siempre deben ser una medida de último recurso, y solo deben seguirse de un proceso justo y eficiente que garantice que todas las garantías legales han sido provistas. No se debe implementar ninguna devolución sin un debido proceso legal, en un procedimiento donde el migrante está efectiva y adecuadamente representado y tiene acceso a recursos efectivos”.¹⁵ Acá, el Relator no solo habla del derecho a un debido proceso, sino que además recuerda que las medidas de expulsión deben ser la última opción a considerar.

Con todo, el proyecto de ley presenta un primer punto problemático al no considerar un procedimiento, propiamente tal, previo a la dictación de una medida de expulsión, y esto es un grave problema ya que, en el fondo, se está sancionando a una persona sin darle la posibilidad previa de defenderse.

En relación con esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido bastante clara en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*, indicando que en esta clase de procesos se deben evaluar las circunstancias personales del individuo, lo que, además, debe hacerse caso a caso y no colectivamente. Asimismo, señaló que las personas deben contar con las siguientes garantías básicas:

¹⁰ Artículo 8 CADH.

¹¹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros versus Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

¹² Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 122.

¹³ Caso *Vélez Loor versus Panamá*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142.

¹⁴ CIDH, Informe No. 49/99. *Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 70.

¹⁵ Documento de Naciones Unidas, A/HRC/38/41, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, párr. 89. (Traducción libre).

a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley".¹⁶

Con todo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de la jurisprudencia interamericana y de los informes temáticos de la Comisión sobre la materia,¹⁷ distingue entre la existencia de un debido proceso antes de la dictación de la medida, y el debido proceso en la fase recursiva. Si bien se trata de dos cuestiones diferentes, en ambas deben respetarse las garantías mínimas mencionadas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁸

Por lo mismo, se sugiere revisar el artículo 129 del proyecto de ley que establece un inicio de lo que podría ser un buen procedimiento previo a la dictación de una medida de expulsión, para así transformarlo en un procedimiento justo y racional regulado, con plazos de respuesta por parte de la autoridad e indicación de los criterios específicos que deberá tener en cuenta al evaluar los descargos de la persona para, eventualmente, abstenerse de dictar la medida en cuestión.

Dictada la medida, y siguiendo los estándares de un debido proceso, la persona debe poder recurrir la misma ante autoridad competente.

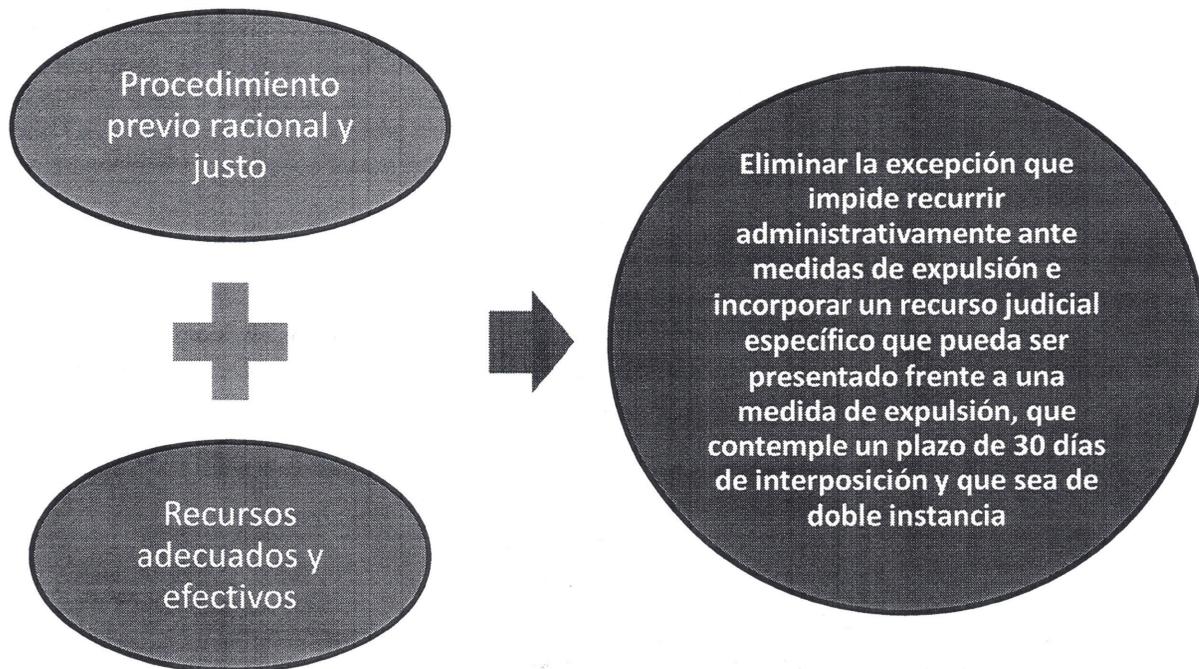
Al respecto, el proyecto de ley establece los recursos que pueden presentarse en contra de sanciones impuestas a personas migrantes, excluyendo la posibilidad de presentar recursos administrativos de la ley 19.880 en los casos de medidas de expulsión y dejando abierta la opción para presentar recursos judiciales que procedan, como son las acciones de protección y amparo.

El hecho de que no exista la posibilidad de presentar recursos administrativos en contra de las medidas de expulsión es problemático por cuanto, primero, se sobrecargaría al poder judicial de acciones jurisdiccionales por expulsión de personas migrantes –en un contexto donde ya, actualmente y existiendo recursos administrativos, la carga es alta-; segundo, se obligaría indirectamente a las personas a contar con asistencia letrada para poder presentar acciones judiciales, lo cual no siempre es posible tanto por desconocimiento como por falta de recursos o de oferta de profesionales e instituciones que se dediquen al tema de manera pagada o gratuita, y, tercero, se saturaría la presentación de acciones de amparo, la cual

¹⁶ Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 356.
¹⁷ CIDH, *Movilidad humana estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015.
¹⁸ CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 55; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 68/05, *Caso 11.495, Juan Chamorro Quiroz* (Costa Rica). 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

es hoy la acción que por antonomasia es presentada en sede judicial frente a medidas de expulsión para revocar las mismas frente a la afectación del derecho a la libertad ambulatoria y otros derechos¹⁹.

Por lo anterior, se sugiere eliminar la excepción que impide recurrir administrativamente ante medidas de expulsión (art. 136) e incorporar un recurso judicial específico que pueda ser presentado frente a una medida de expulsión, que contemple un plazo de 30 días de interposición (asimilable al plazo de interposición de una acción de protección) y que sea de doble instancia²⁰⁻²¹.



¹⁹ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. El habeas corpus contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes. Revista de Derecho Aplicado LLM UC, [S.l.], n. 1, jul. 2018. ISSN 2452-4344. Disponible en: <<http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/115>>

²⁰ <https://www.migracionenchile.cl/proyectedeley>

²¹ Que el recurso sea de doble instancia deviene de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, numeral 2, letra h) establece el derecho a "recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Al respecto, y con ocasión de la tramitación del proyecto de ley de migraciones presentado por el gobierno anterior en 2017, la Corte Suprema se refirió a la doble instancia que deben tener los recursos en un oficio de respuesta a consultas de los legisladores y las legisladoras, señalando que: Noveno: Que esta Corte aprecia el acercamiento de la iniciativa a lo que recurrentemente ella ha manifestado con ocasión de informes de esta índole, en cuanto a entregar la competencia a las Cortes de Apelaciones. Por el contrario, le parece lesivo al concepto mismo de racionalidad que explicita el artículo 19 N° 3° [sic] inciso sexto de la Constitución Política de la República, la vista y veredicto en única instancia. El ordenamiento jurídico chileno custodia el legítimo ejercicio de las garantías que él mismo consagra, con un control jurisdiccional de doble grado. No parece congruente con ese lineamiento, que la tutela del derecho a la libertad ambulatoria de toda persona, por cierto también el extranjero, ante un acto de autoridad, se constriña a una sola instancia. Con esa salvedad, la propuesta constituye un avance. Documento disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=22740&prmTIPO=OFICIOPLEY>