



MINUTA

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA (BOLETÍN Nº8970-06)

I. CONTEXTO

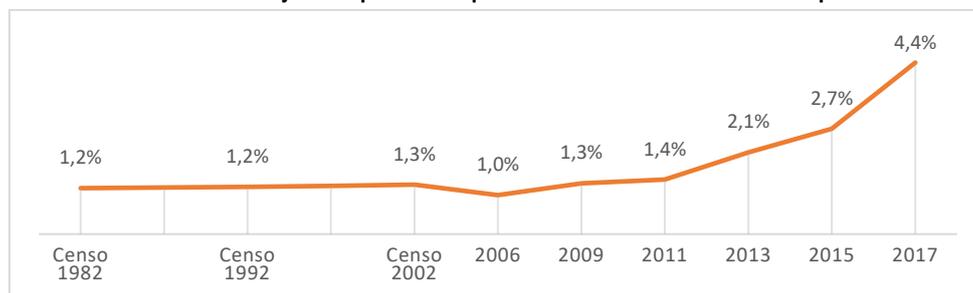
La migración es uno de los temas políticos de mayor relevancia en el mundo actual. El mundo ha visto incrementar los flujos migratorios en forma significativa en los últimos 15 años, según la ONU. El número de personas que viven fuera de su país de origen alcanzó 244 millones en 2015, lo que supone un aumento de 41% con respecto al año 2000. Esto se produce tanto por razones político-humanitarias, como por razones económicas. Los países receptores suelen ser aquellos de mayor desarrollo económico y que están en condiciones de ofrecer trabajo, educación, vivienda, salud y estabilidad política en un contexto más prometedor que el que ofrece el país de origen.

Chile no ha estado ajeno a este fenómeno. Los datos muestran un aumento explosivo de la inmigración en los últimos años, así como el potencial positivo que ésta representa, en la medida que quienes han llegado a Chile exhiben un mayor nivel de escolaridad y una intención de incorporarse al mercado laboral y aportar a la economía nacional, contrarrestando también los efectos negativos del envejecimiento de la población chilena¹.

Sin embargo, al tratarse de un alza muy abrupta que se concentra entre 2015 y 2017, se requiere un tiempo de ajuste para que la población inmigrante pueda alcanzar los estándares de vida acorde a su contribución al país.

Tal como se constata en el Gráfico N°1, este crecimiento es el más alto experimentado desde que tenemos registros, lo que indica que se trata de un fenómeno más bien reciente y que además explica la suerte de explosión que ha tenido este tema durante los dos últimos años.

FUERTE CRECIMIENTO DE LA INMIGRACIÓN EN LOS ÚLTIMOS AÑOS
Gráfico 1: Porcentaje de la población que declara haber nacido fuera del país.



Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN (2006 – 2017) y Censos (1982 – 2002).

¹ Estos datos se pueden ver en CASEN 2017; y en “Características de la inmigración internacional en Chile”, elaborado por el INE, de noviembre 2018.

Por otro lado, según los últimos datos oficiales del Gobierno- que integra los registros administrativos de instituciones vinculadas al proceso migratorio- se estimaron 1.251.225 personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2018, lo que implica un aumento en un 67,6% respecto de la población efectivamente censada el 2017².

Por tanto, es necesario que el país cuente con una institucionalidad adecuada y se apoyen aquellas medidas que tiendan a una migración sustentable y regular, que permitan que el proceso se lleve de manera ordenada, dando un trato amable a quienes quieren venir a aportar al país, y evitando un eventual rechazo entre la población local. Lo que se requiere es inmigración sustentable y el proyecto del gobierno es adecuado para ello.

II. PRINCIPALES EJES DEL PROYECTO DE LEY

En términos generales, el proyecto propone equilibrar el legítimo derecho del Estado de normar la forma en que los extranjeros ingresan y permanecen en el país, con el respeto y garantía de los derechos fundamentales de los migrantes. Asimismo, el proyecto busca hacerse cargo de mitigar los riesgos asociados con el movimiento de personas, combatiendo la migración irregular y reprimiendo las actividades transfronterizas ilícitas.

- **Reconocimiento de derechos y deberes de los migrantes**, con el fin de acoger y dar un trato justo a los migrantes regulares, se contempla el reconocimiento explícito de la condición de igualdad con los nacionales en materia de derechos y deberes (salvo ciertas excepciones consagradas en el ordenamiento jurídico). Sin perjuicio de los derechos que nuestra Constitución reconoce, con independencia de la nacionalidad, se consagran expresamente en este proyecto el derecho y acceso garantizado por ley a la salud en las mismas condiciones que cualquier chileno; mismos derechos laborales que los chilenos; acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal; acceso a la educación en igualdad de condiciones que los nacionales; derecho de acceso a la vivienda propia para los extranjeros titulares de residencia definitiva; entre otros. Respecto de los beneficios de seguridad social financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas, consideramos adecuado que se mantenga la exigencia de una permanencia mínima de 24 meses, para velar por el buen uso de los recursos fiscales.

² La encuesta CASEN arroja que -independiente de la nacionalidad- un 4,4% de la población es inmigrante, es decir, nació en un país distinto al nuestro, en línea con lo que indica el Censo 2017 (Mientras la información del Censo se levantó en abril de 2017, la encuesta CASEN se tomó entre los meses de noviembre de 2017 y febrero de 2018). En lo que dice relación con la educación, la población inmigrante tiene en promedio un mayor nivel que la chilena: mientras los primeros tienen 13,2 años de escolaridad promedio, los nacidos en Chile tienen 11,1 años. Asimismo, los indicadores sobre el mercado laboral dan cuenta de que la población inmigrante en el país tiene una mayor participación (81,3% versus 58,3% de los nacidos en Chile), así como una mayor tasa de ocupación (75,3% versus 53,7%). Por otro lado, el documento del INE "Características de la inmigración internacional en Chile", en base al CENSO 2017, el 85,8% de la población inmigrante internacional tiene entre 15 y 64 años de edad, es decir, figura como potencialmente activa. Dicha cifra es mayor en 18 puntos porcentuales que la población residente nativa, donde un 67,9% conforma este grupo etario. Asimismo, la población inmigrante está menos envejecida que la población nativa, con 3,6% y 11,8% con 65 o más años de edad respectivamente.

- **Las modificaciones en materia de institucionalidad también nos parecen adecuadas.** El **Servicio Nacional de Migraciones** será el encargado de promover los derechos y obligaciones de los migrantes y de formular un registro para identificar a los extranjeros que se encuentren en Chile, sus categorías migratorias y toda otra información relevante, lo que permitirá tener mayores antecedentes del fenómeno migratorio para poder definir políticas públicas al efecto. Asimismo, para agregar elementos de flexibilización, actualización y modernización a la regulación, es positiva la creación del **Consejo de Política Migratoria**, cuya tarea será formular y actualizar en forma periódica la política migratoria y analizar materias relacionadas con los derechos de los migrantes en materia de educación, salud y vivienda, efectuando propuestas al efecto.
- **Nuevas categorías migratorias:** se establece un sistema de categorías migratorias sucesivas que busca reflejar el grado de arraigo que el migrante tendrá con el país. ¿Qué establece el proyecto al efecto?
 1. La **permanencia transitoria**, otorgada al extranjero que ingresa al país sin intenciones de establecerse en él³, lo autoriza a permanecer en él hasta por 90 días y con prohibición de realizar actividades remuneradas, salvo que estos soliciten autorización al Servicio para realizar actividades específicas y esporádicas. También podrá exceptuarse de este impedimento de realizar actividades remuneradas el extranjero que ingrese en calidad de habitante de zona fronteriza. En lo que respecta al cambio de categoría, el artículo 56 del proyecto establece que los titulares de dicho permiso no podrán postular a un permiso de residencia, salvo que cumplan con los requisitos del artículo 67, esto es, que tengan vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos; que su 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, previo informe del Servicio. De este modo, no es efectivo como se ha señalado por algunos que los titulares de permiso de permanencia transitoria no puedan optar en ningún caso a un permiso de residencia. Sin embargo, nos parece adecuada la forma en la que se regula este cambio de categoría en el sentido de que se pueda optar a ella sólo en determinados casos, toda vez que para avanzar hacia una migración ordenada y regular resulta indispensable tener claridad sobre los reales motivos de ingreso de los extranjeros a nuestro país.
 2. La **residencia temporal** es el permiso de residencia otorgado por el Servicio a los extranjeros que tengan el propósito de establecerse en Chile por un período limitado, y se podrá conceder a quienes acrediten alguno de los supuestos del artículo 67 más arriba mencionado⁴. La vigencia de dicha residencia será de hasta dos años, prorrogable por otros dos, y autoriza a sus titulares a desarrollar actividades remuneradas. En cuanto al cambio de categoría, los titulares de residencia temporal podrán postular a la residencia definitiva sólo si la subcategoría migratoria que se trate lo admite y si han

³ Dentro de las subcategorías migratorias de permanencia transitoria se incorporan a modo de ejemplo los extranjeros que ingresan con fines de recreo, deportivos, de salud, estudios, gestión de negocios, familiares u otros similares.

⁴ Dentro de las subcategorías que se comprenden se encuentran, por ejemplo, los extranjeros que acrediten tener vínculos de familia con chilenos o residentes definitivos, extranjeros que ingresan al país a desarrollar actividades remuneradas lícitas, extranjeros que pretendan estudiar, trabajadores de temporada, extranjeros que ante los consulados chilenos en el exterior soliciten búsqueda de oportunidades, siempre que éstas sean autorizadas de acuerdo a la Política Migratoria del País.

residido en el país en tal calidad a lo menos por 24 meses. En lo que respecta a las subcategorías de residencia temporal, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados introdujo un numeral nuevo a las situaciones que conforman la nómina de subcategorías migratorias de permanencia transitoria: “extranjeros en búsqueda de oportunidades laborales”, el cual fue eliminado posteriormente por la Comisión de Hacienda de la Cámara y por la Sala de la Cámara de Diputados. Es de esperar que en la discusión en el Senado no se pretenda incorporar dicha visa, pues entorpece y/o contradice el propósito mismo de la iniciativa que es garantizar una migración ordenada, segura y regular, además de que no se conocen ejemplos de visas de esta naturaleza.

3. La **residencia definitiva** es el permiso para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a desarrollar cualquier actividad lícita, sin otras limitaciones que establezcan las leyes y reglamentos.

En suma, nos parece adecuada la propuesta de regulación de las categorías migratorias. Lo que procura el proyecto original es precisamente que se transparenten los motivos de ingreso al país por parte de los extranjeros, de manera que no ocurra que quienes ingresen como turistas terminen quedándose indefinidamente y exponiéndose a condiciones de precariedad.

Además, el Consejo de Política Migratoria tendrá la tarea de crear y actualizar las subcategorías de residencia temporal que estime oportunas, fijando sus requisitos, lo que habilita al Estado adaptarse al dinamismo del fenómeno migratorio y a las necesidades del país.

- **Infracciones y sanciones en materia de inmigración:** En cumplimiento del principio de no criminalización, no habrá delitos migratorios, sino infracciones. Las sanciones serán establecidas, en atención a si la persona que las comete es un extranjero o un tercero (empleador, empresa transportista o institución de educación superior). Al extranjero se le sanciona por el ingreso y egreso clandestinos, por abandonar el país eludiendo los controles migratorios, por la expiración de sus permisos, por realizar actividades remuneradas sin autorización, entre otros. Se consideran infracciones de terceros, la omisión de los controles de documentación por las empresas transportistas, la contratación de extranjeros sin las autorizaciones para trabajar en el país, el hecho de que las instituciones de Educación Superior no informen de aquellos extranjeros residentes que tienen matrícula en las mismas, terminaron estudios, los abandonaron o fueron expulsados.
- **Expulsión expedita y elusión del control migratorio:** Las indicaciones al proyecto de ley simplifican y agilizan el proceso de expulsión para aquellos extranjeros que hayan infringido la ley migratoria y establece un mecanismo de reconducción inmediata para aquel extranjero que intente ingresar al país eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, quien será inmediatamente reembarcado o reconducido a la frontera previa acreditación de su identidad y respetando los estándares internacionales y los acuerdos administrativos existentes.

III. ALGUNOS COMENTARIOS ESPECÍFICOS SOBRE ALGUNAS NORMAS MÁS CONTROVERTIDAS DEL PROYECTO DE LEY

- **Principio de No Devolución:** Las Comisiones de Gobierno Interior y la de Derechos Humanos, ambas de la Cámara de Diputados, aprobaron una indicación parlamentaria

que pretendía incorporar en el capítulo “De Los Principios Fundamentales de Protección”, el principio de no devolución en los siguientes términos: *“Ningún extranjero podrá ser expulsado o devuelto al país donde su derecho a la vida, integridad física o libertad personal corran riesgo de ser vulneradas en razón de su raza, nacionalidad, religión, condición social u opinión política, en conformidad a los tratados internacionales ratificados por Chile.”* Sin embargo, dicha indicación fue rechazada posteriormente por la Sala de la Cámara de Diputados.

A nuestro parecer, es razonable y ajustado a derecho no incluir el principio de no devolución como un principio de aplicación general en la Ley Migratoria. De acuerdo a nuestra legislación, dicho principio rige específicamente para refugiados (y solicitantes de refugio) y asilados políticos (y está reconocido así también en el proyecto en el artículo 95, en el Título relativo a los solicitantes de asilo político). Por otro lado, en la ley de refugiados (artículo 16), y en la Convención de Viena sobre el Estatuto de los Refugiados, dicho principio admite excepciones, pues, por ejemplo, *“no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra.”* (artículo 33.2 Convención de Viena).

En ese sentido, no parece adecuado trasladar un principio que es propio de un estatuto excepcional al proyecto de migraciones que tiene aplicación general y que no admite excepciones. Surge la legítima preocupación respecto a cómo será interpretado y aplicado este principio por el juez o autoridad correspondiente a la hora de determinar la procedencia de una medida de expulsión.

- **Respeto al principio del debido proceso.** Uno de los aspectos que también ha suscitado mayor debate se refiere a la existencia o no de un procedimiento racional y justo para los migrantes en los procesos de expulsión. ¿Qué establece el proyecto?

En primer lugar, cabe considerar que, dentro de los principios fundamentales de protección se encuentra el de un procedimiento migratorio informado. En virtud de este, el Estado deberá proporcionar a los extranjeros información íntegra y oportuna sobre sus derechos y deberes, requisitos y procedimientos para su admisión, estadía y egreso al país, y cualquier otra información relevante, en idiomas español, inglés y lenguaje de señas. Asimismo, en el artículo 21 del proyecto, se establece que el Estado asegurará a los extranjeros un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones que establece la ley, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República y los tratados internacionales ratificados por Chile, y deberá arbitrar los medios necesarios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a aquellos extranjeros que no puedan procurárselos a sí mismos.

En particular, tratándose de la reconducción o devolución inmediata y de la prohibición de ingreso provisoria, será recurrible desde el exterior ante el Servicio mediante presentación efectuada en el extranjero en los consulados chilenos, dentro de 15 días desde la notificación de la medida. Ello, sin perjuicio de los demás recursos y acciones judiciales que procedan. El extranjero que se encuentre en la frontera tendrá derecho

a ser oído previamente a la ejecución de la medida, a ser informado del procedimiento de reconducción y los recursos procedentes.

Respecto de la medida de expulsión por infracción a la ley migratoria, el proyecto contempla lo siguiente:

- Causales taxativas para su procedencia, distinguiendo según tipo de categoría migratoria.
- Previo a la dictación de la medida el afectado deberá ser notificado y tendrá un plazo de 10 días para efectuar los descargos. La notificación es personal y en ella se comunicará al afectado de sus derechos y obligaciones, recursos judiciales que puede interponer y plazos con que cuenta para ello, además de la indicación precisa de horario y dirección de la Corporación de Asistencia Judicial.
- Resolución fundada por parte del Director Nacional del Servicio (deberá considerarse la gravedad de los hechos, antecedentes delictuales, reiteración de infracciones migratorias, entre otros), o del Tribunal con competencia penal.
- Posibilidad de recurrir frente a la medida impuesta. Siempre procederá el recurso de amparo frente a la medida. Ahora bien, el proyecto original contemplaba una reclamación judicial frente a la medida de expulsión, que podría ser conveniente reconsiderar.

A pesar de que existen discusiones respecto de qué garantías son constitutivas del derecho al debido proceso en el conocimiento y resolución, la doctrina ha acordado que existen ciertas condiciones mínimas que deben cumplirse siempre para poder estar frente a un debido proceso propiamente tal. Tales condiciones mínimas corresponden al derecho a acceder a la justicia; derecho a la igualdad de las partes o bilateralidad de la audiencia, que implica el derecho a ser oído, a tomar conocimiento de las resoluciones y el derecho a presentar pruebas y objetar la prueba contraria; la obligación de los jueces de fundamentar sus resoluciones; y el derecho a la revisión del fallo. Respecto del derecho a la revisión del fallo, ello no supone necesariamente que se abra una segunda instancia. Es un tema que ha sido altamente debatido y que no se encuentra zanjado. Lo importante es que exista la posibilidad de impugnar de la resolución. De hecho, en nuestro ordenamiento existan resoluciones que son inapelables.

En este sentido, a mi juicio no se vislumbra una infracción a la garantía del debido proceso en el proyecto de ley.

- **Revalidación de títulos.** El proyecto original del Ejecutivo establecía que las universidades que se encuentren acreditadas por más de seis años o en el tramo equivalente de acreditación, tendrán la atribución de revalidar y convalidar títulos obtenidos en el extranjero. Sin embargo, en la Cámara de Diputados, se aprobó que únicamente las Universidades del Estado tendrán la atribución de revalidar y convalidar títulos obtenidos en el extranjero. Parece conveniente buscar mecanismos que permitan avanzar en simplificar la revalidación de títulos, pues ello permitirá favorecer la incorporación de profesionales extranjeros al mercado laboral.

IV. CONCLUSIONES FINALES

Las medidas adoptadas mantienen un adecuado equilibrio entre la necesidad que tiene Chile de recibir un flujo de inmigrantes importante, con el imperativo de conducir este proceso

de manera fluida de modo que no cause problemas humanitarios ni rechazo en la población nacional, ya sea por razones culturales o por presión sobre las prestaciones sociales del estado y los mercados laborales. Si ese equilibrio no existe y tenemos una política de apertura ciega a la inmigración, sin hacernos cargo de las situaciones creadas por ella, terminaremos incubando un rechazo en la población nacional. Lo que se requiere es inmigración sustentable y el proyecto del gobierno es adecuado para ello.

Pilar Hazbun
Coordinadora Programa Legislativo Libertad y Desarrollo
13 de mayo de 2019