**MINUTA - EL DERECHO AL CAMBIO DE CALIDAD MIGRATORIA EN EL PROYECTO DE LEY DEL EJECUTIVO BOLETIN Nº 8970-06**

*William García Machmar*

**1. Planteamiento**

La Cámara de Diputados aprobó el día 16 de enero de 2019 el proyecto de ley de Migración y Extranjería, correspondiente al boletín N° 8.970-06, el que pasó a estudio de la Comisión de Gobierno del Senado.

Dicho proyecto sustituye por completo la actual ley sobre “extranjeros” que data de 1975, aprobada por la dictadura como decreto ley 1094.

Entre las diversas innovaciones del proyecto de ley llama la atención la contenida en el artículo 56 del proyecto que señala:

“Artículo 56.- Cambio de categoría o subcategoría migratoria. Los titulares de permiso de permanencia transitoria que se encuentren en el país no podrán postular a un permiso de residencia, salvo que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 67.”[[1]](#footnote-0)

La actual legislación no impone una limitación como esta. En la práctica, bajo la legislación actual existe un verdadero derecho al cambio de la calidad migratoria para los extranjeros que están en Chile, de modo que siempre es posible que “mejoren” su condición desde la de turista hasta la de residente permanente.

Lo anterior permite que actualmente un migrante, especialmente de otros países latinoamericanos ingrese a nuestro país como turista y que una vez que puede encontrar trabajo solicite una visa laboral.

**2. El alcance de la norma aprobada**

La nueva norma, en cambio establece una prohibición: los titulares de un permiso de permanencia transitoria no podrán cambiar su categoría a la de residente.

La misma norma se remite al artículo 67 para determinar las excepciones, a saber:

* 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.
* que el Subsecretario lo determine “en casos calificados”.

**3. Problemas que plantea la modificación**

En primer lugar, es posible afirmar que la innovación contenida en el proyecto de ley provoca una limitación que afecta especialmente a los migrantes más pobres de los países latinoamericanos quienes pueden entrar fácilmente como turistas, pero que bajo la nueva legislación no podrán pasar a ser migrantes trabajadores.

En segundo lugar, las excepciones son al mismo tiempo demasiado estrictas y demasiado amplias.

De una parte, son estrictas porque los vínculos familiares relevantes para hacer valer la excepción son con *chilenos* o con residentes definitivos. Ello impide dar una debida protección, por ejemplo, a los niños, niñas y adolescentes extranjeros que residen en Chile.

De otra parte son demasiado amplias porque abren demasiados espacios para el comportamiento arbitrario. Así, por de pronto, llama la atención la referencia a la Política Nacional como un instrumento para dirimir personas que pueden acceder a este beneficio o no. Las políticas no son instrumentos de carácter preceptivo. No “mandan, prohíben o permiten”. Establecen objetivos, más o menos amplios, metas que se deben cumplir en períodos de tiempo relativamente extensos. Aludir a dicha política abre un espacio de discrecionalidad que será difícil de controlar incluso si una decisión administrativa de este tipo es impugnada judicialmente.

Enseguida, lo mismo pasa cuando se alude, sin más, a los “casos calificados” por el Subsecretario del interior. Es comprensible que la ley contemple un espacio para decisiones discrecionales, pero la ley debe al menos señalar alguna forma - por ejemplo, a través de un reglamento - en que las razones que puede esgrimir la citada autoridad se verán reducidas a un conjunto de criterios relevantes. No resulta aceptable, desde el punto de vista de los migrantes como sujetos de derechos, que la ley autorice a que el Subsecretario apele a *cualquier razón relevante* para justificar su decisión.

**4. Propuesta**

Por lo anterior, resulta atendible modificar la norma aprobada por la Cámara de Diputados en el siguiente sentido:

* Eliminar la restricción impuesta por el nuevo artículo 56, o bien
* Ampliar las excepciones de un modo más racional:
	+ Señalar en la ley criterios relevantes para acogerse a la excepción, incluyendo desde luego el arraigo familiar, pero incluyendo otros como la protección de niños, niñas y adolescentes o de otros sujetos vulnerables; el empleo; los estudios; etc.
	+ Convocar a la potestad reglamentaria de ejecución para desarrollar esos criterios en hipótesis concretas, de modo de darle flexibilidad a los Gobiernos de adaptar la política.
1. Artículo 67.- Criterios de otorgamiento. El permiso de residencia temporal se podrá conceder a quienes acrediten tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos, 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.

Las personas que postulen a un permiso de residencia temporal desde el extranjero podrán hacerlo de manera remota por vías telemáticas o por otros medios que determine el Servicio.

Para el desarrollo de los procedimientos señalados en el inciso anterior el Servicio, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, podrá solicitar a los consulados chilenos respectivos que recaben antecedentes adicionales, lo que podrá incluir una entrevista personal con el interesado.

Los consulados deberán evacuar un informe para la decisión final dentro del plazo de quince días corridos, contado desde la solicitud del Servicio. Dicha recopilación de antecedentes adicionales podrá además ser realizada de oficio por los consulados chilenos. El permiso podrá ser entregado en cualquier sede consular chilena, u obtenido directamente por el interesado por los medios que determine la resolución señalada en el inciso segundo. [↑](#footnote-ref-0)