

PROYECTO DE LEY DE MIGRACIONES Y EXTRANJERÍA
COMENTARIOS DE UNICEF

JULIO 2018

Elementos a Destacar del Proyecto

- El Proyecto de Ley representa un avance significativo en materia de política migratoria para Chile, puesto que moderniza la legislación respecto a la migración.
 - Se establece el deber del Estado de promover los derechos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales y en los demás cuerpos legales.
 - Promueve una migración segura, ordenada y regular.
 - Le entrega la facultad al Presidente de la República de establecer la Política Nacional Migratoria a propuesta del Ministro del Interior y Seguridad Pública.
- La iniciativa legal fortalece la institucionalidad existente, al crear un nuevo Servicio de Migración, descentralizado y autónomo.
- El Proyecto de Ley establece nuevas categorías migratorias que permitirán una mayor flexibilidad, en el reconocimiento de las distintas funciones que pueden desarrollar las personas en situación migratoria en Chile.

Elementos a incorporar al actual Proyecto de Ley en discusión

1.- Interés Superior del Niño

El presente proyecto de ley trata una materia que tiene directa vinculación con los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Por ello, vemos como indispensable incorporar el “interés superior de los niños” como un pilar fundamental en la interpretación de sus normas. En tal aspecto, en opinión de UNICEF, el proyecto de ley se verá fortalecido, si se incorpora expresamente una definición como la siguiente, quedando así contenida en la Ley:

Interés superior: Los niños, niñas y adolescentes son especiales sujetos de derecho, por lo que las personas e instituciones que deban intervenir en cualquier procedimiento vinculado con éstos procurarán siempre generar todas las condiciones necesarias para que aquellos puedan ejercer plenamente sus derechos y garantías conforme a la etapa de desarrollo en la que se encuentran. Lo anterior, redundando especialmente en el derecho que le asiste a los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a participar activamente en cualquier etapa de los diversos procedimientos que contempla esta Ley.

2.- Principio de Unidad Familiar

Complementario al pilar anteriormente mencionado, relativo al “interés superior de los niños” es vital que toda legislación migratoria cautele el principio fundamental de reunificación familiar. En este sentido, el proyecto de ley presenta debilidades en tanto no establece un procedimiento legal que garantice este principio, sino que lo deriva a un reglamento. Adicionalmente, el proyecto de ley no explicita la posibilidad de reunificación familiar entre hermanos.

3.- Retorno asistido

El punto referido al retorno asistido de niños, niñas y adolescentes, es tratado en dos artículos distintos en el proyecto de ley. El primero, es el artículo 23 que señala los requisitos de ingreso al país para los menores de 18 años y, por otro lado, el mismo artículo 23 se remite al artículo 124 para señalar que, respecto de aquellos niños, niñas y adolescentes que no cuenten con los requisitos que se establecen en la ley se debe iniciar el procedimiento de retorno asistido. UNICEF considera necesario atender la especial situación que pueden enfrentar los niños, niñas y adolescentes, respecto a la implicancia de que sus familias, incluido ellos mismos, sean retornados a su país de origen. Por ello, se proponen dos importantes consideraciones:

- a. Prohibición de ingreso de niños, niñas y adolescentes y retorno asistido:** En virtud de diversas normas internacionales, especialmente los artículos 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo VII de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, los Estados no pueden impedir el ingreso de niños, niñas y adolescentes extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos o sin la documentación

requerida¹. Bajo cualquier efecto, y se considera dentro de estos casos el de los niños, niñas y adolescentes refugiados, se debe permitir el ingreso sin ningún tipo de condicionamiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recomienda que los Estados lleven un registro de los niños, niñas y adolescentes que ingresan al país, el cual facilita el resguardo adecuado de sus derechos.

De presentarse un caso como este, la autoridad fronteriza debe poner a los niños, niñas y adolescentes de inmediato a disposición de personal que pueda evaluar “sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niño, niñas o adolescente”².

Sobre el procedimiento mediante el cual se evalúa a los niños, niñas y adolescentes en la situación de retorno asistido, el Comité de los Derechos del Niño ha especificado que “la determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”³.

Se recomienda que el proyecto incorpore un procedimiento que establezca cuál es la medida que se adecua de mejor manera al interés superior del niño, niña o adolescente y no establecer simplemente el retorno asistido. Sobre este procedimiento, la Corte Interamericana ha señalado diversas recomendaciones y que nosotros creemos que el proyecto debería incorporar. Algunos de estos requisitos propuestos son:

- i. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente amigable que otorgue garantías de seguridad y privacidad.

¹ Párrafo 83, OC-21/14 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

² Párrafo 83, OC-21/14 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³ Párrafo 84, OC-21/14 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- ii. Debe encontrarse a cargo de profesionales idóneos formados en técnicas especiales de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género de los niños, niñas y adolescentes.
- iii. La entrevista se debe realizar en un idioma que el niño, niña o adolescente pueda comprender.
- iv. La entrevista debe estar centrada en el niño, niña o adolescente, debiendo asegurar su participación.
- v. Que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar.
- vi. Que se reconozca la cultura de la niña o niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares.
- vii. Que se le provea asesoría legal que le brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el informe 21/14 de la Corte señala expresamente que el Comité de los Derechos del Niño, concluyó que la obligación de no devolver no se limita al peligro real que pueda existir para la niña o el niño de daño irreparable a sus derechos contenidos en los artículos 6 y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que también aplica a otras violaciones de los derechos garantizados por dicho instrumento consideradas graves, tales como “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios” que “sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”. Es por esto que la Corte finalmente concluye señalando que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redunde en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido este retorno cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña]”.

- b. Condiciones de regreso:** en aquellos casos en que producto de este procedimiento inicial se establezca que el niño, niña o adolescente debe retornar a su país de origen, el procedimiento de retorno debe adoptar todas aquellas medidas para asegurar la integridad psíquica y física del niño, niña o adolescente, no solo durante el proceso de retorno, sino que también asegurarse sobre las condiciones adecuadas con las que se encontrará el niño, niñas o adolescente en el arribo a su país de origen.

3.- Niños, niñas y adolescentes apátridas

Por su parte, el proyecto de ley en el artículo 170 señala que se entenderá por “transeúnte extranjero”, a propósito del artículo 10 N°1 de la Constitución Política de la República, a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición migratoria irregular. Lo anterior, marca un evidente retroceso en materia de derechos fundamentales, contradiciendo las Convenciones recientemente ratificadas por Chile y el criterio con el cual ha fallado la Corte Suprema sobre cuál es la extensión de la expresión.

En abril del presente año, Chile adhirió a dos importantes tratados en materia de migración, estos son la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961. Además de estos dos estatutos, el año 2014 la Excelentísima Corte Suprema⁴ modificó la interpretación de lo que se entendía por “extranjeros transeúntes”, señalando que por éstos se entiende, por una parte, que indubitadamente sólo son “extranjeros transeúntes” los turistas y tripulantes, y por la otra, que los extranjeros que se encuentran de forma irregular en el país, por el hecho de haberse mantenido en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él, detentan la calidad de “residentes provisorios” o irregulares, de manera tal que no resulta procedente calificarlos de “extranjeros transeúntes”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen el deber de “identificar, prevenir y reducir la apátrida, así como proteger a la persona apátrida”. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño le sugirió al Estado de Chile que “revise y enmiende su legislación para que todos los niños nacidos en su territorio, que de otra manera serían apátridas, puedan adquirir la nacionalidad chilena en el momento de su nacimiento, independientemente de la condición de inmigrantes de sus padres.”

En este contexto, resulta fundamental circunscribir la definición de “extranjeros transeúntes” a lo que ya ha señalado la Corte Suprema, es decir, sólo a los “tripulantes y turistas”. De esta forma

⁴ Sentencias de la Corte Suprema Roles N°s 6.073, de 2009, de 28 de diciembre de 2009; 8.562, de 2009, de 7 de mayo de 2010; 7580, de 2012, de 22 de enero de 2013; 300, de 2013, de 29 de abril de 2013; 4.108, de 2013, de 16 de septiembre de 2013; 5.482, de 26 de noviembre de 2013; 9.422, de 2013, de 6 de enero de 2014; 12.551, de 2013, de 7 de mayo de 2014; 14.948, de 2013, de 7 de abril de 2014; 16.044, de 2013, de 29 de abril de 2013. Fuente: base de datos del poder judicial, <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

se evita que niños, niñas y adolescentes no puedan acceder a la nacionalidad chilena y se queden sin nacionalidad, con todas las consecuencias que ello implica.

4.- Hijos de padres expulsados

El actual Proyecto de Ley no contempla -al menos no explícitamente- la situación en la que quedan los niños, niñas y adolescentes cuyos padres sean expulsados del país. Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵ ha señalado que, para determinar la expulsión de un extranjero, ya sea vía administrativa o judicial, debe considerarse el interés superior del niño. La Corte estima como esencial que “los Estados aseguren el derecho de las niñas y niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores”. Señala además que “En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño”.

En tal sentido, y en consideración a los avances que el país está dando en materia de protección integral a niños, niñas y adolescentes, es fundamental que esta sea extendida a la niñez y adolescencia en situación migratoria. Es necesario establecer expresamente en la ley la consideración sobre el interés superior del niño, niña y adolescente a propósito de la expulsión de uno o de ambos padres, con el fin de que los procedimientos estén centrados en la protección de la infancia.

5.- Desregulación o derivación de procedimientos y sanciones a la potestad reglamentaria

En el proyecto de Ley se establece en diversas disposiciones la facultad de establecer sanciones y requisitos a través de la potestad reglamentaria. Lo anterior no parece adecuado para un texto

⁵ Párrafo 265 y siguientes, OC-21/14 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

legal que procure garantizar los derechos de las personas migrantes, especialmente de los niños, niñas y adolescentes que puedan estar en dicha situación.

Es fundamental que las garantías de todo debido proceso queden expresamente establecidas en la ley, como asimismo las descripciones de aquellas conductas que traen aparejadas sanciones para sus infractores. De lo contrario, se pueden afectar derechos fundamentales mediante actos administrativos que dependan de la mera discrecionalidad de la autoridad migratoria.

Alguno de los procedimientos que resulta fundamental regular vía legal son:

- el permiso para acceder a los permisos de residencia o permanencia;
- el retorno asistido de menores de edad;
- todos los procedimientos sancionatorios administrativos y judiciales y
- el proceso de reunificación familiar.

Por otro lado, no parece adecuado derivar a reglamentos las siguientes materias: requisitos de ingreso al país (Art. 24 y 27), sanciones (Art. 25, 131, 139, 153), limitaciones para la residencia definitiva (Art. 70), criterios para otorgar la residencia definitiva por gracia (Art. 74), requisitos que habilitan para obtener o conservar los permisos de residencia o permanencia (Art. 81) y el establecimiento de categorías migratorias.

Consideraciones Finales

Este proyecto de ley es una oportunidad para que Chile, junto con modernizar su marco normativo en materia de migración, adecue esta legislación a los estándares establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales ratificados por el país.