



Jaque a la legislación migratoria

El Tribunal Constitucional se perfila como la única instancia capaz de revertir el atropello a derechos fundamentales de inmigrantes sometidos a procesos de expulsión en virtud de una Ley de Extranjería sobrepasada por los tiempos.

Tomás Pascual
Abogado

Con ocasión de dos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad¹ presentados ante el Tribunal Constitucional (TC) por la Oficina Especializada de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, una vez más se ha puesto en jaque a la legislación que regula el ingreso, permanencia y salida de los ciudadanos migrantes.

Encontrándonos ante el inminente envío del proyecto de ley que derogará el actual Decreto Ley N° 1094 que regula esta materia, estos requerimientos pueden resultar fundamentales para el futuro de la normativa migratoria vigente desde 1975, que esperamos que sea modificada de acuerdo a los criterios presentes en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile.

Resulta aberrante que permanezca vigente un cuerpo legal concebido en un contexto de conmoción interna, que día a día vulnera los derechos de los ciudadanos migrantes en un régimen democrático como el chileno, en particular en lo relativo al procedimiento de expulsión de estas personas.

Para comprender la relevancia del proceso que se materializó tras declararse admisible los mencionados requerimientos, debemos conocer lo que deben enfrentar los extranjeros en Chile cuando son expuestos a la decisión administrativa de expulsarlos del territorio nacional.

EL DECRETO LEY N° 1094

Nuestro país regula el ingreso, egreso y permanencia de los migrantes mediante un Decreto Ley dictado el año 1975, conocido convencionalmente como *Ley de Extranjería*. Su reglamento, vigente por Decreto Supremo N° 597 del 14 de junio de 1984, establece su contenido y alcance, transformándolo en una ley marco. Se caracterizó por ser una ley de orientación policíaca —represiva— y de control, cuyo principal objetivo radicaba en “impedir el ingreso de elementos peligrosos o terroristas que amenazaran la estabilidad nacional imperante en la época” y de suma importancia para un régimen de facto². Desde el retorno de la democracia solo se ha procedido a modificar ciertos preceptos normativos. Esto no ha representado un avance, sino un estancamiento en la legislación migratoria, en gran medida debido a que ha generado un desconocimiento enorme en la materia entre los mismos encargados de hacerla cumplir.

EXPULSIÓN “ADMINISTRATIVA” DE LOS INMIGRANTES

El elemento central del Requerimiento lo constituyen las normas relativas a la facultad discrecional del Departamento de Extranjería y Migraciones (DEM) para determinar la conveniencia o no de que un extranjero resida en Chile. Para negarse o acceder a una petición de visa bastará, de acuerdo a la Ley, atenerse a “(...) *la conveniencia o utilidad que reporte al país* (...)” de la permanencia de este.

Lo anterior permite que un funcionario, sentado en su escritorio y frente a su computador, determine a su arbitrio si el ciudadano extranjero es merecedor de una medida de expulsión o no. Como motivos para decidirla pueden señalarse haber suscrito un contrato simulado, tener una condena por hurto en su país de origen o, simplemente, existir la posibilidad de que pueda alterar el “orden interno”.

Aun cuando la ley establece ciertas posibilidades de reclamación administrativa ante estas situaciones, en la práctica ha sido

Sobre el TC pesa una responsabilidad y oportunidad única de hacer la “política migratoria” que nuestro Estado, durante veintidós años ha sido incapaz de abordar.

posible constatar la nula eficacia de esas vías. En las normas se abren espacios para que las respuestas que dé la autoridad carezcan de un fundamento mínimo que las haga razonables y proporcionales. Lo anterior, en todo caso, no obedece a una acción circunstancial del Gobierno de turno, sino a una política sistemática de parte del Estado de Chile que se arrastra por al menos los últimos doce años.

Basta una decisión administrativa adoptada a través de una resolución exenta o bien un decreto supremo —firmados “por orden del Presidente de la República”— para que la permanencia de un ciudadano extranjero en Chile se transforme en ilegal, sin posibilidad ulterior de acceder a previsión, salud, educación, trabajo y, menos, justicia. Las complejidades que esto implica hacen que el afectado se encuentre en el más completo desamparo y, para colmo, sin poder reclamar.

Con lo anterior, la autoridad administrativa se convierte en una suerte de Comisión Especial o Tribunal *ad hoc* que no solo detenta el poder discrecional de entregar visas con parámetros tremendamente ambiguos, sino que también puede restringir garantías constitucionales al momento de determinar que tal o cual ciudadano extranjero es merecedor de una sanción *cuasipenal*, como la expulsión u orden de abandono que emana desde dicha repartición. Pondré el énfasis en la expulsión de migrantes, porque es quizás donde con mayor nitidez se aprecia la flagrante vulneración de garantías fundamentales.

DES-CONTROL JUDICIAL DE LA EXPULSIÓN

Tramitado completamente el decreto o resolución administrativa que consigna la expulsión, el extranjero no solo es compelido a hacer abandono del territorio nacional, sino que en numerosos casos es privado de libertad entre la notificación de la sanción y la ejecución de la misma.

Sin embargo, dicha detención no es controlada judicialmente. La Ley de Extranjería nada dice al respecto, de modo que no existe un juez que cautele su legalidad (como pasa en todos los casos con el control de detención ante el juez de garantía³). Es más, cuando se ha solicitado a los jueces de garantía la revisión de esta situación, estos se han declarado incompetentes para conocer, de modo que en la actualidad no existen en Chile

¹ Presentación efectuada ante el Tribunal Constitucional para que este determine si la disposición legal impugnada es aplicable o no, de acuerdo a si se encuentra en armonía con la Constitución Política de la República. En este caso, se trata de la causa rol 2257-12 y de la causa rol 2273-12.

² Stefoni E., Carolina. “Representaciones Culturales y Estereotipos de la Migración Peruana en Chile. Informe final del concurso: Culturas e identidades en América Latina y el Caribe”. Programa Regional de Becas CLACSO. En, Jensen S., María Florencia, *op. cit.*

³ Señala el artículo 95 del Código Procesal Penal: “Toda personas privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere (...)”.



Encontrándonos en un momento crucial en la materia, *ad portas* de un cambio legislativo y del pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto al DL N° 1094, deseamos hacer presente la necesidad de contar con una política migratoria seria y responsable.

jueces que revisen la idoneidad de la privación de libertad de los ciudadanos extranjeros sujetos a una medida de expulsión.

Aun cuando esta última medida lleva consigo en muchos casos la restricción de una serie de garantías constitucionales, solo en la medida en que el inmigrante alcance a acudir a los tribunales el caso puede ser objeto de análisis. Sin embargo, cuando esto se hace, generalmente se trata de una mera constatación de forma ya que la Corte Suprema, conociendo del recurso excepcional de reclamación que se contiene en el DL N° 1094, ha señalado de manera sistemática que “la resolución impugnada de expulsión ha sido dictada por la autoridad respectiva, en uso de sus atribuciones y en un caso en que la normativa vigente contempla tal medida, por lo que su reclamo no puede acogerse”⁴.

En otras palabras, una sanción administrativa dictada por autoridad administrativa, pero que afecta derechos garantizados en la Constitución (libertad, dignidad, libre desplazamiento, derechos del niño, entre otros) no tiene la necesidad de ser visada por la judicatura. Todo esto resulta increíble cuando se habla de un Estado de Derecho que proclama que respeta el principio del debido proceso legal.

Vale hacer presente, por lo demás, que la Corte Suprema solo es competente para conocer de ciertas medidas admi-

nistrativas de expulsión, de modo que no todas las órdenes de este tipo son reclamables por esta vía. Sumado a lo anterior, la reclamación ante esa Corte debe ser interpuesta en un plazo de 24 horas siguientes a la notificación al “extranjero infractor”. Pero como este en la mayoría de las veces queda privado de libertad, resulta ilusoria la posibilidad de ir a los tribunales. Es más, cuando se logra presentar la reclamación, los pocos antecedentes aportados resultan insuficientes para llevar adelante una asistencia jurídica razonable. En lo que va del año, la Corte Suprema se ha pronunciado respecto de al menos diez recursos de reclamación, confirmando en todos los casos la medida impuesta por la autoridad administrativa, señalando lo ya citado.

En los últimos años, solo tenemos conocimiento de un recurso acogido por la Corte⁵, lo que pone de manifiesto que no existe en estos casos el acceso a la justicia ni la posibilidad de éxito para revertir medidas.

Por otra parte, los recursos de protección interpuestos ante las Cortes de Apelaciones con ocasión de la imposición de una medida de expulsión o resolución que ordena el abandono, salvo calificadas excepciones, han sido desestimados tanto en primera como en segunda instancia.

Ante un escenario como el descrito, la única alternativa viable para revertir una flagrante infracción a la Constitución y las leyes, la estaría constituyendo el Tribunal Constitucional, el cual se pronunciará por vez primera en una materia de esta índole, resolviendo la aplicabilidad de preceptos legales contenidos en el DL N° 1094, lo que puede abrir un camino de esperanza ante futuras situaciones similares.

DESAFÍOS PARA UNA NUEVA LEGISLACIÓN

El desolador panorama descrito se puede resumir en lo siguiente: Chile carece de un proceso de expulsión de inmigrantes que guarde relación con garantías mínimas de resguardo de derechos fundamentales. Estos pueden ser limitados por una autoridad administrativa en procesos en los que solo en algunas oportunidades intervienen los tribunales de Justicia y, además, las resoluciones judiciales dan muestras de falta de suficiente razonamiento. Por otra parte, la legislación en la materia es roñosa, regresiva y se enmarca dentro de una política migratoria restrictiva; es decir, no ha incorporado de manera integral los elementos jurídicos que ha ido aportando la jurisprudencia internacional en la materia y de la que se han hecho eco ciertos cuerpos normativos locales, como el Código Procesal Penal. Resulta regresiva en tanto utiliza a la expulsión como una herramienta de doble sanción ya que no solo se le expulsa al extranjero sino que también se le prohíbe el retorno al territorio jurisdiccional chileno.

Por todo, la conclusión resulta obvia. En Chile no existen mecanismos de impugnación viables para revocar decisiones

⁴ Corte Suprema de Justicia, Rol N° 5989-05, de 27 de diciembre de 2005.

⁵ Causa Rol 6733-2010, APOLINAR BECERRA, César Aníbal.

administrativas que restringen garantías fundamentales de las personas extranjeras. Estas medidas sancionatorias o denegatorias generan un clima de incertidumbre para los extranjeros, muchos de los cuales son padres de familias cuyos integrantes son chilenos. De pasada, desconocen derechos del niño, por cuanto el núcleo familiar se vería forzado a separarse por una decisión administrativa.

Encontrándonos en un momento crucial en la materia, ad portas de un cambio legislativo y del pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto al DL N° 1094, deseamos hacer presente la necesidad de contar con una política migratoria seria y responsable. Esta debe tener correspondencia con un sistema que comprenda un aparato institucional que se dedique al fenómeno migratorio en toda su esfera, desde el control en el ingreso y egreso, hasta la existencia de infraestructura que garantice los derechos de los extranjeros detenidos y jueces con competencias expresa en la materia.

Sumado a lo anterior se hace indispensable una formación jurídica que haga énfasis en la preparación del personal dedicado a la materia (policías, funcionarios administrativos, jueces, legisladores), ya que de lo contrario se actuará sobre una base formal que muchas veces pasa a ser letra muerta cuando los ejecutores de los procedimientos desconocen las implicancias de sus actos.

Es justamente a propósito de este tipo de desconocimiento de los funcionarios públicos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha incorporado en su jurisprudencia la necesidad de que los Estados proporcionen cursos de educación y capacitación. Estos apuntan a quienes se desempeñan en el aparato público y están inmersos en algunas de las áreas que puedan tener relación con la afectación de los derechos humanos.

Será necesario preguntarse entonces qué justicia queremos construir, qué Estado deseamos consolidar y si estamos o no dispuestos a cumplir normas internacionales que nos hemos obligado a respetar.

Dado lo anterior, será necesario preguntarse entonces, qué justicia queremos construir; qué Estado deseamos consolidar y qué costos vamos a asumir en definitiva. Si estamos o no dispuestos a cumplir las normas internacionales que nos hemos obligado a respetar de manera voluntaria. Y, en caso de que no tengamos la capacidad logística para concretarlas, interroguémonos cómo podemos —al menos en la forma— dar garantías suficientes para adecuarnos a los mínimos exigibles.

Urge entonces una modificación del DL que nos rige en la actualidad, sobre el que no caben más apelativos para destacar su improcedencia en un Estado de Derecho respetuoso de los derechos humanos.

SUPERAR UNA INCAPACIDAD DE VEINTE AÑOS

Cambiar la Ley implica derogar la existente por un nuevo cuerpo normativo, sancionado y elaborado por el Congreso de la Nación, que se encamine a respetar los derechos de un grupo especialmente vulnerable, que —tal como señala la Corte Interamericana— es blanco de violaciones por su carácter de indefensión: muchas veces su estatus migratorio es irregular y, por lo tanto, no tiene la posibilidad de exigir derechos que son inalienables a todos los seres humanos.

Sobre el TC pesa una responsabilidad y oportunidad única de hacer la “política migratoria” que nuestro Estado, durante veintidós años ha sido incapaz de abordar. Sobre los razonamientos de los magistrados se elevan las esperanzas de quienes día a día, luchan por encontrar en los postulantes de la Oficina de Derechos Humanos y otras entidades relacionadas, una oportunidad para seguir construyendo en Chile. **MSJ**



FUNDACIÓN VIVIENDA

Ahora somos, FUNDACIÓN VIVIENDA
Ex Vivienda Hogar de Cristo

“Tenemos nuevo nombre y nueva imagen, pero continuamos con la misión de apoyar a los que aun no tienen un techo digno donde vivir”

Desde 1958, inspirados por San Alberto Hurtado en el trabajo de soluciones habitacionales para los más pobres de los pobres.

D. Las Uvas y el Viento 0316, La Granja, Santiago, Chile. | T. (+56-2) 541 64 56 | M. info@fundacionvivienda.cl



WWW.FUNDACIONVIVIENDA.CL