

OFICIO N° 149 - 2020

INFORME PROYECTO DE LEY N° 28-2020

Antecedente: Boletín N° 8970-06

Santiago, diecisiete de agosto de 2020.

Por Oficio H-10 (2020), de 7 de agosto de 2020, la Secretaria de la Comisión de Hacienda del Senado, señora María Soledad Aravena, en conocimiento de la Corte Suprema, en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, el proyecto de ley sobre Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 17 de agosto en curso, presidida por su titular señor Guillermo Silva Gundelach, e integrada por los ministros señores Muñoz G., Künsemüller y Brito, señoras Maggi, Egnem y Sandoval, señor Blanco, señoras Chevesich y Muñoz S., señores Valderrama, Dahm y Prado, señoras Vivanco y Repetto, señor Llanos y suplente señor Zepeda, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

A LA SECRETARIA

DE LA COMISIÓN DE HACIENDA

DEL SENADO

SEÑORA MARIA SOLEDAD ARAVENA

VALPARAÍSO



“Santiago, diecisiete de agosto de dos mil veinte.

Vistos:

Primero. La Secretaria de la Comisión de Hacienda del Senado, señora María Soledad Aravena, mediante Oficio H-10 (2020), de 7 de agosto de 2020, puso en conocimiento de la Corte Suprema, en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, el proyecto de ley que sobre Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06).

Segundo. El proyecto de ley cuyo análisis se solicita, actualmente consta de 181 artículos permanentes y doce artículos transitorios.

El mensaje mediante el cual se dio inicio al proyecto da cuenta que, en los últimos años, ha aumentado la migración al país, que históricamente no había sido un destino tradicional de las grandes corrientes migratorias. Lo anterior, unido a que la legislación vigente -principalmente el Decreto Ley N° 1.094 de 1975- carece de principios orientadores, derechos y deberes, que cuenta con categorías migratorias insuficientes, que la institucionalidad vigente es débil a nivel de estructura presupuestaria y de atribuciones, que no existen mecanismos institucionales para la generación de políticas, que se omite la situación de los chilenos en el exterior, que existen dificultades para expulsar extranjeros, entre otras razones, genera la necesidad de actualizar la normativa vigente sobre extranjería y migración.

Por lo anterior, se señala que el proyecto tiene por finalidad asegurar, mediante la modificación de la legislación vigente, un trato igualitario para los inmigrantes, beneficiar al país a nivel microeconómico y cultural y permitir que la política migratoria se encuentre bajo permanente análisis.

Los ejes en los que se centran las modificaciones propuestas son, entre otros, los siguientes: derechos y deberes de los extranjeros, política nacional de migración, institucionalidad migratoria, reglas de ingreso y egreso, nuevas categorías migratorias, solicitudes de asilo, obligaciones de medios de transportes, empleadores e instituciones de educación superior, expulsión y retorno asistido, control administrativo de extranjeros, impugnación de decisiones, reconocimiento de títulos profesionales y alteración de los límites de trabajadores extranjeros en las empresas.

Tercero. Opiniones previas de la Corte Suprema



1.- Primer informe. Oficio N° 99-2013.

Como ya se mencionó, mediante Oficio N° 10.762 de 4 de junio de 2013, la Cámara de Diputados solicitó la opinión de la Corte apenas iniciada la tramitación legislativa del proyecto. En específico, se consultó respecto del artículo 134 (recurso judicial en contra de la medida de expulsión) y 139 (obligación de los tribunales de entregar información a la Subsecretaría del Interior). Esta Corte emitió su informe en el Oficio N° 99-2013 de 09 de julio de 2013, en el cual se dio cuenta de una serie de observaciones a la iniciativa.

En términos generales, se manifestó que algunas de las modificaciones propuestas a la regulación de la reclamación de la medida de expulsión – actualmente reguladas en el Decreto Ley N° 1.094 en sus artículos 81 a 90-, resultaban favorables para el extranjero afectado toda vez que se produce el traslado de la competencia de la Corte Suprema a la Corte de Apelaciones del domicilio del afectado, aumentan los plazo de interposición, ampliación de la legitimación activa, y la limitación de los lugares donde el extranjero podrá cumplir medidas de privación de libertad.

Una de las principales observaciones planteadas en dicho informe fue el conocimiento en única instancia de la reclamación judicial de la medida de expulsión *“en consideración a la afectación del derecho al debido proceso que produce la prescindencia del principio de doble instancia”*¹. Además, reitera la opinión negativa sobre la instauración de procedimientos que no quedan sujetos a revisión de un tribunal superior.²

En segundo lugar, el informe evidenció que la forma de tramitación propuesta –breve y sumariamente- es desconocida para los asuntos que se tramitan ante las Cortes de Apelaciones. Ante ello, se propuso que el conocimiento del asunto fuera previa vista de la causa o en cuenta, que la causa se agregara en forma extraordinaria y que se permitiera a la Corte recabar todos los antecedentes necesarios.³

En tercer lugar, se recomendó que se señalara expresamente la procedencia de la acción constitucional de amparo del artículo 21 de la Constitución.⁴

En cuarto orden, se observó, por ser un carga excesiva, la obligación de los tribunales de informar a la Subsecretaría del Interior las medidas cautelares

¹ Corte Suprema. Oficio N° 099-2013 de 09 de julio de 2013. p. 4.

² Corte Suprema. Oficio N° 099-2013 de 09 de julio de 2013. pp. 4-7.

³ Corte Suprema. Oficio N° 099-2013 de 09 de julio de 2013. p. 4.

⁴ Corte Suprema. Oficio N° 099-2013 de 09 de julio de 2013. p. 4.



personales y sentencias condenatorias en que extranjeros aparezcan como formalizados o condenados (contenida en el artículo 139 de la versión original del proyecto), ya que en virtud del Convenio de Cooperación con el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, dicho organismo puede acceder a la información contenida en el sistema SIAGJ. Además, hizo presente que el Servicio de Registro Civil e Identificación podría traspasar la información de las condenas al Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Por último, se refirió en términos negativos a que se obligara a entregar información de extranjeros formalizados, pues no se evidenciaba su finalidad, toda vez que la formalización, regulada en el artículo 229 del Código Procesal Penal, es una comunicación que tiene el carácter de actuación unilateral del Ministerio Público y que ha sido establecida en favor del imputado, evidenciándose, luego, que la entrega de esta información podría atentar contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley que establece el artículo 19° N° 2 y al derecho a la privacidad y a la honra consagrado en el artículo 19° N° 4 de nuestra Carta Fundamental, como, asimismo, al principio de inocencia consagrado tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por la normativa internacional contenida en diversos tratados internacionales suscritos por nuestro país, que regulan la materia.⁵

2.- Segundo informe. Oficio N° 90-2020.

Mediante Oficio DDHH/131/20 de fecha 11 de mayo de 2020, el Senado solicitó la opinión de la Corte. En específico, se consultó respecto del artículo 140 (recurso judicial en contra de la medida de expulsión).

En su informe, la Corte se refirió tanto al artículo 140 como a los artículos 129 (reconducción o devolución inmediata), 130 (retorno asistido de niños, niñas y adolescentes –en adelante “NNA”-), 133 (ejecución de la medida de expulsión) y 144 (obligación de los tribunales de justicia de entregar información).

En relación con el artículo 140, se señaló que:

- a. Hizo presente que se debía otorgar a las Cortes de Apelaciones potestades para recabar antecedentes durante la tramitación del reclamo;

⁵ Corte Suprema. Oficio N° 099-2013 de 09 de julio de 2013. p. 4.



- b. Manifestó que se debía establecer expresamente la procedencia de la acción de amparo constitucional;
- c. Consideró positivo el aumento del plazo para reclamar;
- d. Hizo presente que se debía aclarar si la ejecución de la medida de expulsión podía o no ser ejecutada mientras se encontrara corriendo el plazo para reclamar;
- e. Manifestó que se debía aclarar el alcance de la expresión “tabla más próxima”, referida a la inclusión del reclamo en la tabla extraordinaria;
- f. Sobre los alegatos, manifestó que a nivel de Cortes de Apelaciones se debía conocer el asunto en cuenta, a menos que las partes pidieran alegatos, y que en la Corte Suprema también se debiera conocer en cuenta, a menos que las partes solicitaran alegatos y la Corte lo autorizara;
- g. Hizo presente que no se indicaba cómo se debía computar el plazo para resolver en las Cortes de Apelaciones; e
- h. Hizo presente que existirían inconsistencias entre la tramitación en las Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema.⁶

Sobre el artículo 144 –ex artículo 139 del proyecto- la Corte manifestó que: “[...] *si bien no fue requerida la opinión de la Corte, se observa que la versión actual mantiene el deber de los tribunales de justicia de comunicar al Servicio de Migraciones el hecho de haberse dictado una sentencia condenatoria en procesos donde aparezcan condenados extranjeros. Por ello, si bien se modificaron ciertos puntos observados por la Corte, aún se mantiene una carga que parece excesiva y cuyos fines pueden ser logrados por vías más eficientes que no recarguen la labor de los tribunales, tal como manifestó la Corte Suprema en su primer informe*”.⁷

En relación con los artículos 129, 130 y 133, la Corte manifestó que contenían [...] “*distintas formas de afectación del derecho a la libertad personal y seguridad personal, similares a la expulsión, sin que se establezca expresamente respecto de estas medidas la posibilidad de presentar recursos judiciales, y sin que se explicita la posibilidad de recurrir de amparo*”.⁸

⁶ Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. pp. 6-8.

⁷ Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. pp. 8-9.

⁸ Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. p. 9.



Sobre el artículo 129, que regulaba la reconducción o devolución inmediata del extranjero que ingrese al país, encontrándose vigente una orden de expulsión, abandono o prohibición de ingreso, la Corte observó los siguientes aspectos:

a.- El acto de reconducción o devolución no requiere la dictación de un acto administrativo, por lo que se trataría sólo de un acto material que “[...] *difícilmente podrá ser objeto del sistema de recursos administrativos de la Ley N° 19.880 y la tutela judicial por la vía ordinaria*” (p. 10)⁹;

b.- La autoridad que ordene la reconducción o devolución no se verá en la obligación de dictar una resolución escrita que explicita los fundamentos de la medida, lo que es contrario a los artículos 11 y 50 de la Ley N° 19.880; y

c.- La regla que permite reclamar en contra de la medida sólo una vez que el afectado haya sido devuelto a su país de origen, dificulta la revisión administrativa o judicial de la misma.¹⁰

En cuanto al artículo 130, que regulaba el retorno asistido de NNA extranjeros, la Corte hizo presente que la falta de claridad e imprecisiones de las que adolecía podrían generar desprotección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de los NNA, y constituir un incumplimiento al artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño. En particular, la Corte considera inadecuado que:

a.- No se precisara el mecanismo, administrativo o judicial, para determinar el interés superior de los NNA al momento de tomar la medida ni la autoridad encargada de tomarla;

b.- No se explicitara “[...] *si existirá y cómo se hará efectivo el control judicial de esta decisión*”¹¹; y

c.- No se contemplara ningún tipo de revisión ni examen periódico, ya sea administrativo o judicial, de la medida de tuición de la autoridad encargada de la protección de NNA mientras dura el procedimiento de retorno asistido.¹²

Por último, respecto del artículo 133, en lo relativo a las restricciones y privaciones de libertad en las ejecuciones de las medidas de expulsión, la Corte señaló que si bien la norma seguiría la línea de lo establecido por los tribunales superiores de justicia en relación con los plazos y condiciones de las detenciones, observó que la norma no consideraba “[...] *la habilitación en las*

⁹ Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. p. 10.

¹⁰ Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. pp. 9-10.

¹¹ Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. p. 11.

¹² Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. pp. 10-12.



unidades policiales de ‘módulos especiales para la permanencia transitoria de extranjeros expulsados’, ‘separados entre hombres y mujeres’ e ‘independientes de las instalaciones destinadas a personas detenidas por otras causas legales’, según la misma autoridad administrativa había dispuesto anteriormente”¹³; ni establecía expresamente el control judicial de la detención de extranjeros, lo que podría resultar contrario al artículo 7.5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.¹⁴

Cuarto. Contenido del proyecto que será informado

A continuación, se analizará -y reproducirá para mayor claridad- el contenido de los artículos consultados por el oficio remitido, esto es, los artículos 132 y 142 del proyecto. En el siguiente acápite se realizarán los comentarios relativos a los artículos sobre los cuales ya ha habido un pronunciamiento de esta Corte.

A. Artículo 132.

El texto del artículo 132 propuesto es el siguiente:

“Artículo 132.- Procedimientos respecto de niños, niñas y adolescentes. Los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados, o que, disponiendo de compañía, se hallen separados de sus padres; y no contaren, en cualquiera de dichas situaciones, con la autorización del inciso primero del artículo 28¹⁵ o con documentos de viajes no podrán ser expulsados.

La autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes deberá solicitar al tribunal competente que adopte las medidas de protección que sean pertinentes de acuerdo a la normativa vigente, dando cumplimiento a los principios de interés superior del niño y su derecho a ser oído. Esta solicitud deberá presentarse en el plazo más breve posible.

Los niños, niñas y adolescentes no acompañados quedarán bajo el cuidado de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes mientras se adopten las medidas de protección que ordene el

¹³ Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. p. 14.

¹⁴ Corte Suprema. Oficio N° 90-2020 de 19 de mayo de 2020. pp. 12-14.

¹⁵ “Artículo 28.- Requisitos de niños, niñas y adolescentes. Los niños, niñas y adolescentes extranjeros deberán ingresar al país acompañados por su padre, madre, guardador o persona encargada del cuidado personal del menor de 18 años, o con autorización escrita de uno de ellos, del tribunal o la autoridad competente, según corresponda. Dicha autorización deberá estar legalizada ante la autoridad consular chilena en el país de origen, o acompañada del certificado de apostilla correspondiente, o bien tratarse de un documento reconocido como válido por las autoridades de control fronterizo chilenas, en virtud de convenios internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes”.



tribunal competente. No podrá privarse de libertad a extranjeros niños, niñas y adolescentes para hacer efectiva esta medida.

La autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes informará a éstos de sus derechos, conforme a la normativa vigente en materia de niñez y adolescencia, de los servicios a los que tienen acceso, así como del lugar y condiciones en que se mantendrán en el país mientras se adopten las medidas de protección que decida el tribunal competente.

La autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes, previa determinación de su identidad y filiación, promoverá la búsqueda de familiares adultos, tanto en el territorio nacional, como en su país de origen o residencia, pudiendo coordinarse con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente.

Con objeto de coordinar esta búsqueda se podrá notificar al consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente, de su ubicación y condiciones, conforme al interés superior del niño, debiendo escucharse al menor y a la autoridad responsable de su cuidado.

El Servicio otorgará, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 y en tanto se resuelve su situación, un visado de residencia en favor del niño, niña o adolescente a solicitud de la autoridad encargada de su protección, el que será expedido de forma inmediata y con plena vigencia, previa verificación de su identidad y filiación.

En caso de que el tribunal competente, de acuerdo a los principios señalados en el inciso segundo de este artículo, estime necesario que el niño, niña o adolescente retorne a su país de origen u a otro en el que resida su familia, la autoridad encargada de su protección coordinará el procedimiento de retorno y dispondrá de los recursos necesarios para la adopción de esta medida. Las condiciones bajo las cuales se implementará dicho procedimiento serán establecidas por el reglamento.

La decisión de retorno será adoptada por el tribunal competente, mediante resolución fundada, la que podrá ser impugnada conforme a lo que establece la normativa vigente aplicable a procedimientos en que se adopten medidas de protección respecto de niños, niñas y adolescentes. En la resolución que decreta la medida precedente, el juez siempre designará al niño, niña o adolescente un representante de acuerdo con el artículo 19 de la ley N° 19.968.



En ningún caso se podrá ordenar la prohibición de ingreso de un niño, niña o adolescente que haya sido retornado conforme a lo señalado en este artículo” (énfasis agregado).

Quinto. Aspectos preliminares.

Se observa, en primer lugar, que el texto del ex artículo 130 “Retorno asistido de niños, niñas y adolescentes” fue reemplazado por el texto del actual artículo 132 en comento y que algunas de las observaciones realizadas por la Corte Suprema en el Oficio N° 90-2020 fueron acogidas en la nueva redacción.

El artículo recién transcrito debe ser analizado teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 28 del proyecto, el cual establece los requisitos de ingreso de NNA extranjeros al país y, en particular, que ante la falta de acompañamiento de ellos o la falta de documentos de viaje, se deberá aplicar el procedimiento del artículo 132, procurando en todo momento su interés superior y el cuidado de la autoridad competente.

El artículo 132 regula las medidas de protección a las cuales podrían quedar sujetos los NNA extranjeros *“no acompañados, o que, disponiendo de compañía, se hallen separados de sus padres; y no contaren, en cualquiera de dichas situaciones, con la autorización del inciso primero del artículo 28 o con documentos de viajes”*.

De acuerdo a este artículo, los tribunales serán los encargados de determinar las medidas de protección a las que quedarán sujetos los NNA, para lo cual se deberá dar cumplimiento al interés superior del niño y el derecho a ser oído. En particular, se entrega a los tribunales la potestad para ordenar la medida de retorno asistido del NNA extranjero a su país de origen o de residencia, la cual deberá ser fundada y podrá ser impugnada de acuerdo a las reglas del procedimiento de aplicación de medidas de protección respecto de NNA.

Mientras se encuentra pendiente la decisión del tribunal, los NNA extranjeros no acompañados quedarán bajo el cuidado de la autoridad encargada de protección de NNA, a los cuales deberá, además, informar sus derechos, de los servicios a los que tienen acceso, del lugar y condiciones en las cuales se mantendrán en el país, y, por otro lado, deberá solicitar al Servicio de Nacional de Migraciones el otorgamiento de un visado de residencia. Asimismo, la autoridad mencionada deberá promover la búsqueda de familiares, tanto dentro como fuera del país.



Sexto. Observaciones al artículo 132.

Se observa el uso de la expresión “*tribunal competente*”. En atención a lo dispuesto en los artículos 8°, numerales 7) y 10), 22 y 71, letra i) de la Ley N°19.968, se puede concluir que el “tribunal competente” será aquél que conozca de asuntos en materia de familia que corresponda de acuerdo a las reglas de competencia relativa.

En relación con las observaciones realizadas por la Corte Suprema en su Oficio N° 90-2020, se debe tener presente que el texto reproducido da cuenta que se acogió aquella que criticaba la falta de precisión de mecanismos para determinar el interés superior del NNA al momento de adoptar la medida y la falta de determinación de la autoridad que la debía ordenar, pues, por la nueva redacción resulta claro que lo anterior quedará entregado a los tribunales de acuerdo a las reglas del procedimiento de las medidas de protección de la Ley N° 19.968.

También se recibió la observación que criticaba la falta de explicitación sobre el control judicial de la medida de retorno asistido, en atención a que expresamente se señala en la nueva versión que la medida será impugnabile según las reglas del procedimiento de medidas de protección ya mencionado.

Con todo, no se acogió la observación que criticaba la falta revisión o examen periódico, ya sea administrativo o judicial, de la medida de tuición de la autoridad encargada de los NNA extranjeros a la que se refería el inciso final del ex artículo 130¹⁶, la cual es en esencia idéntica al deber de cuidado de NNA extranjeros no acompañados, que regula el actual artículo 132 en su inciso 3°.

En relación a la redacción del inciso 1° del artículo 132, ganaría completitud la disposición aludiendo a los NNA acompañados pero separados no solo de sus padres, sino que también de sus guardadores o de quiénes estén a cargo de su cuidado personal, considerando que este grupo de NNA también podrían encontrarse en una situación de desprotección. En similar sentido, también podría resultar problemático que en el inciso 3° de este artículo se considere únicamente a los NNA no acompañados y que se excluya a los NNA separados de sus padres, guardadores y de quiénes tengan a su cargo su cuidado personal.

¹⁶ “Los niños, niñas y adolescentes no acompañados o autorizados quedarán bajo la tuición de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes mientras dura el procedimiento de retorno asistido. No podrá privarse de libertad a extranjeros niños, niñas y adolescentes para hacer efectiva esta medida”.



Adicionalmente, el inciso segundo del artículo analizado precisa que la “*autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes*” deberá solicitar al tribunal competente que adopte las medidas de protección que sean pertinentes de acuerdo a la normativa vigente, pero no establece la misma obligación respecto de otras autoridades policiales y administrativas. Este punto podría ser problemático, al no considerar que actualmente, las autoridades policiales y administrativas son precisamente quienes suelen tener el primer contacto con los NNA que se encuentran en esta situación. Este aspecto también debería tomarse en consideración en cuanto a la obligación de informar a los NNA respecto de sus derechos, de acuerdo a lo que se precisa en el inciso 4° de este artículo, en tanto esta obligación sólo se establece respecto de la “*autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes*”.

También puede resultar problemático lo que dispone el inciso 3° de este artículo que precisa que los NNA “*quedarán bajo el cuidado de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes mientras se adopten las medidas de protección que ordene el tribunal competente*”, en tanto que, para que un NNA pueda quedar bajo el cuidado de cualquier autoridad, se requiere de una resolución judicial que así lo ordene.

Otro aspecto al que debería ponerse especial atención es que la norma del artículo 132 no considera la situación de aquellos NNA a quienes se les prohíba el ingreso, conforme a lo que disponen los artículos 32 y 33 de este proyecto de ley, ni de aquellos que podrían ser reembarcados, reconducidos en frontera o que sean sujetos de devolución, conforme a lo que establece el artículo 131 de este proyecto de ley. Por el contrario, la norma sólo establece la prohibición de expulsión de los NNA, pero no considera las modalidades de restricción a la libertad personal y de circulación ya mencionadas y la especial situación de desprotección en la que se podrían encontrar de los NNA que podrían ser reconducidos o devueltos por la autoridad policial en frontera, e incluso después de haber ingresado al país, sin que se precise la obligación de estas autoridades de proceder conforme al procedimiento que regula el artículo 132.

En este sentido, la omisión ya mencionada podría contravenir lo que disponen los artículos tercero y sexto de la Convención de Derechos del Niño y las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en



la materia. En particular, este órgano ha establecido que *“los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia”*¹⁷.

Séptimo. B. Artículo 142.

El texto del artículo 142 es el siguiente:

“Artículo 142.- Recurso judicial. El afectado por una medida de expulsión podrá reclamar por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de 20 días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva. Antes del cumplimiento de este plazo la autoridad administrativa deberá abstenerse de ejecutar la medida de expulsión.

Dicho recurso deberá ser fundado, la Corte de Apelaciones conocerá de este en relación. La Corte de Apelaciones podrá solicitar informe al servicio respectivo, el que deberá ser evacuado en un plazo de 10 días corridos, no prorrogables. La causa será agregada extraordinariamente a la tabla más próxima, gozando de preferencia para su vista y fallo, debiendo resolver el asunto dentro de 15 días. De lo resuelto por la Corte de Apelaciones respectiva se podrá apelar en un plazo de 5 días desde notificado el fallo, para que conozca la Corte Suprema.

Los extranjeros afectados por una medida de expulsión que carezcan de representación jurídica tendrán derecho a la defensa jurídica a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en igualdad de condiciones que los nacionales, de conformidad a las normas que las regulan.

La interposición de este recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión”.

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No.6 Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005. Adicionalmente, en este documento, el Comité precisa que “(L)a 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. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género”



Comparación del artículo 142.

A continuación, se incluye una tabla que da cuenta de las diferencias en las redacciones de la actual versión del artículo en comento, con su versión anterior.

Materia	Versión informada previamente	Versión actual
Vías de reclamación	Vía administrativa o judicial	Vía administrativa o judicial
Plazo judicial	30 días corridos contados desde la notificación de la resolución	20 días corridos contados desde la notificación de la resolución
Instancia	Primera instancia	Primera instancia
Tramitación	En cuenta	“En relación”
Inclusión en tabla	Se debe agregar extraordinariamente a la tabla más próxima y tendrá preferencia para su vista y fallo	Se debe agregar extraordinariamente a la tabla más próxima y tendrá preferencia para su vista y fallo
Plazo para resolver	Tres días, sin indicar el hecho que inicia el cómputo	Quince días, sin indicar el hecho que inicia el cómputo
Plazo para apelar	10 días hábiles	5 días hábiles

Octavo. Aspectos preliminares.

El artículo 126 del proyecto define la expulsión como *“la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en la ley para su procedencia”*. Por otro lado, las causales que hacen procedente la expulsión se encuentran reguladas en los artículos 127 y 128 del proyecto.

La iniciativa mantiene la regla que entrega la potestad de decretar la medida de expulsión al Servicio Nacional de Migraciones (SERMIG) –órgano público que el proyecto se encarga de crear y regular-, al Subsecretario del Interior, en ambos casos mediante resolución fundada, y a los tribunales con competencia penal (inciso 2° del artículo 126 y artículo 133).

Cuando la expulsión es ordenada por el SERMIG, se realiza a través de su Director Nacional o, según disponga este último, por los Directores Regionales en ciertos casos (artículo 131). Por su parte, el artículo 129 establece ciertas consideraciones que el SERMIG debe tener presente al momento de resolver.

Noveno. Observaciones al artículo 142.

En relación con la opinión previa de la Corte, se observa que la primera modificación planteada, relativa a la potestad de recabar antecedentes, fue acogida en parte, ya que la nueva versión contempla la potestad de las Cortes de Apelaciones para solicitar informe al servicio respectivo, el cual deberá ser evacuado en un plazo de 10 días corridos no prorrogables.



Al respecto, no resulta claro el alcance de la expresión “*servicio respectivo*”, pues, si se refiere a los órganos administrativos que pueden decretar la medida, se observa que la Subsecretaría del Ministerio del Interior y Seguridad Pública no cuenta con la calidad de servicio público según se desprende de los artículos 24 y 28 del D.F.L. N° 1 de 2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia¹⁸ que definen, respectivamente, a las Subsecretarios de las Subsecretarías ministeriales como “*colaboradores inmediatos de los Ministros*” encargados de “*coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector, actuar como ministros de fe, ejercer la administración interna del Ministerio y cumplir las demás funciones que les señale la ley*” y a los servicios públicos como “*órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua*”, motivo por el cual el tribunal no podría requerir informe a la Subsecretaría mencionada aun cuando ésta haya ordenado la medida de expulsión. El mismo efecto tendrá entender la expresión “servicio respectivo” en el sentido de “*servicio público*” en términos amplios, no referidos únicamente a quién dictó la medida.

En cualquier caso, en atención a que no es posible determinar *a priori* qué tipo de instituciones, ya sean públicas o privadas, podrían contar con antecedentes que las Cortes de Apelaciones pudiesen considerar necesarios para resolver, resulta recomendable que la potestad para recabar antecedentes se regule en forma amplia, tal como fue propuesto por la Corte Suprema en su Oficio N° 90-2020.

Por otro lado, no se recogió la observación consistente en que se señale expresamente la procedencia del recurso de amparo constitucional, que la Corte manifestó en las dos ocasiones en las que ha informado el proyecto de ley.

Se agregó en el inciso 1° del artículo 142 una regla que suspende la ejecución de la medida mientras no se cumpla el plazo para reclamar, a diferencia de la versión anterior que no contaba una regla similar. Por lo anterior, se puede tener por superada la observación realizada por la Corte en el Oficio N° 90-2020, relativo a aclarar si la medida podía o no ser ejecutada durante el plazo con el que se cuenta para reclamarla judicialmente.

¹⁸ “*Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*”.



Se mantiene la expresión “tabla más próxima” en relación con la inclusión en la tabla extraordinaria, motivo por el cual se mantiene la observación realizada por la Corte en la materia:

“Se observa que la expresión utilizada por el artículo 140 ‘La causa será agregada extraordinariamente a la tabla más próxima’, se aleja de la fórmula legal empleada en el inciso 5° del artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales, que señala que ‘Serán agregados extraordinariamente a la tabla del día siguiente hábil al de su ingreso al tribunal, o el mismo día, en casos urgentes’. Ante ello, cabe la duda acerca del alcance de la expresión ‘tabla más próxima’, en específico, si permitirá que la causa se agregue, de ser posible, el mismo día en que se presenta el recurso”.

En cuanto a la forma de conocimiento, que se relaciona directamente con la existencia de alegatos, se elimina la referencia al conocimiento en cuenta y se sustituyó por conocimiento “en relación”. En primer lugar, se debe tener en cuenta que el artículo 68 del Código Orgánico de Tribunales, las Cortes de Apelaciones resuelven los asuntos entregados a su conocimiento en cuenta o previa vista de la causa, motivo por el cual se debe enmendar el cambio introducido con el fin de utilizar la expresión legal correcta. Sin perjuicio de lo anterior, se observa que no se acogió la observación realizada por la Corte en el Oficio N° 90-2020, mediante la cual se propuso que en Cortes de Apelaciones el reclamo se resolviera en cuenta a menos que las partes pidieran alegatos. En forma similar, tampoco se acogió la observación sobre la tramitación ante la Corte Suprema.

Sobre el plazo con el que contarán las Cortes de Apelaciones para resolver, se amplió de tres a quince días, pero no se aclaró desde cuándo se debiese contar dicho plazo, motivo por el cual se mantiene la observación realizada por la Corte en su informe anterior.

Por último, en cuanto a las inconsistencias entre los procedimientos que se seguirá en el tribunal *a quo* y en el tribunal *ad quem*, se mantienen en materia de la tabla a la cual se agregará la causa y el plazo para resolver, pues no se contemplan reglas especiales respecto de la Corte Suprema.

Décimo. Observaciones a otros artículos del proyecto de ley

1. Artículo 146

El artículo 146 de la versión actual del proyecto, que cuenta con idéntica redacción al artículo 144 de la versión que fue objeto de informe en el Oficio N°



90-2020, mantiene el deber de los tribunales de justicia de comunicar al Servicio de Migraciones el hecho de haberse dictado una sentencia condenatoria en procesos donde aparezcan condenados extranjeros. Por lo anterior, se mantiene la opinión de la Corte manifestada en sus dos informes previos, esto es, que el deber en comento constituye una *“carga que parece excesiva y cuyos fines pueden ser logrados por vías más eficientes que no recarguen la labor de los tribunales, tal como manifestó la Corte Suprema en su primer informe”*.

2. Artículos 131 y 135.

a. Reconducción o devolución inmediata.

En relación con las observaciones realizadas por la Corte en su informe anterior, cabe destacar que se agregó al artículo 131 –que regula la misma materia que el ex artículo 129, esto es, las medidas de reconducción y devolución inmediata- un nuevo inciso que dispone lo siguiente:

“Los extranjeros reconducidos o reembarcados conforme a este artículo deberán ser informados por escrito de los fundamentos de la medida aplicada, debiendo dejarse la constancia administrativa correspondiente, de conformidad al artículo 34”.

También se debe tener presente en este punto que no se alteró la regla contenida en el inciso 1°, que permite que la medida de reconducción o devolución inmediata se ejecute sin necesidad de que se dicte una nueva resolución.

Por lo anterior, el inciso 1° permitirá que la orden de reconducir o devolver inmediatamente al extranjero no requiera acto administrativo y escrituración, pero de todas formas se deberá emitir un acto administrativo que contenga los fundamentos de la decisión; es decir, la decisión no requiere escrituración, pero sí la fundamentación de la misma.

En este punto, cabe tener en consideración que se ha hecho presente que la jurisprudencia administrativa ha estimado que *“[...] los actos jurídicos que las autoridades administrativas dotadas de potestades de ejecución llevan a cabo en uso de sus potestades, se deben revestir de ciertas formas sin las cuales no tendrían expresión externa”*¹⁹ y, en relación con ello, que la

¹⁹ CORDERO Vega, Luis. (2015) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Segunda edición corregida. Editorial Thompson Reuters. Santiago. p. 359.



escrituración “[...] es un sistema de garantía para las personas y un sistema de control de la administración”²⁰.

Teniendo lo anterior en consideración, se puede observar que la actual regulación de las medidas de reconducción constituye una situación anómala si se analiza a la luz de los artículos 5° y 11, pues si bien el primero contempla la posibilidad de que ciertos actos administrativos no queden sujetos a escrituración, el inciso 2° del artículo 11 dispone que *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares”*, lo cual se debiese ejecutar en forma escriturada en atención a que constituye la regla general y que dicho requisitos de escrituración sólo podría cumplirse debidamente si decisión y fundamentación se encuentran por escrito.

Por otro lado, se observa que el inciso final se refiere sólo a extranjeros “reconducidos o reembarcados”, pero no se hace referencia expresa a la medida de devolución inmediata.

Por último, se mantiene la regla que permite reclamar en contra de la medida sólo una vez que el afectado haya sido devuelto a su país de origen, motivo por el cual se mantiene la observación realizada por la Corte en su informe anterior, consistente en que dicha reglamentación dificulta la revisión administrativa o judicial de la misma.

b. Restricciones y privaciones en la ejecución de la expulsión

El actual artículo 135 regula las materias anteriormente normadas por el ex artículo 133 que fue objeto de observaciones por parte de la Corte, esto es, las restricciones y privaciones de libertad a las cuales puedan quedar sujetos extranjeros respecto de los cuales se decretó la medida de expulsión que ha alcanzado el carácter de firme.

Al respecto, se observa que se acogió la opinión de la Corte relativa a la necesidad de regular la habilitación en las unidades policiales de módulos especiales para la permanencia transitoria de extranjeros expulsados, según se desprende la nueva redacción del inciso 1° del artículo 135.

Por otro lado, se observa que no se recogió la observación de la Corte relativa al establecimiento expreso de control judicial de la detención de extranjeros. En este sentido, la propuesta normativa, podría contravenir la posición de la Corte Interamericana en esta materia, la que ha precisado que

²⁰ Cordero, 2015, p. 360.



“para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél”²¹.

Por último, cabe destacar que, en la normativa aprobada en la Comisión de Hacienda, se aumentó el plazo que puedan durar las restricciones y privaciones de libertad de 24 horas a 48 horas. Al respecto, cabe hacer presente que, tal cómo se señaló anteriormente al informar este proyecto de ley, la Corte de Apelaciones de Apelaciones de Santiago, en su fallo de 9 de marzo de 2013, confirmado por la Corte Suprema mediante sentencia de 25 de marzo de 2013 (Rol 1651-2013), se refirió a esta materia, al pronunciarse acerca de la acción de amparo presentada en contra de la Policía de Investigaciones, por la privación de libertad por periodos que superaron los 20 días de 18 personas extranjeras, quienes permanecieron reclusas en dependencias de esta institución policial (denominado “Cuartel Borgoño”). En esta sentencia, la Corte estableció que este tipo de privación de libertad no podía superar las 24 horas que prescribe el inciso segundo del artículo 90 de la Ley de Extranjería (Decreto Ley 1.094 de 1975), plazo máximo para que la autoridad policial respectiva ejecute la medida de expulsión (Considerando Octavo).

Junto con lo anterior, la Corte precisó que *“cualquier medida que comprometa la libertad personal ha de ser de carácter excepcional, desde que importa la afectación de un derecho fundamental. Ahora bien, tal excepcionalidad se incrementa todavía más cuando se trata de detenciones de esta índole, que no están visadas por autoridad judicial alguna. Por lo mismo, han de sujetarse al tiempo mínimamente posible, sin que – en caso alguno - puedan extenderse más allá de los límites que la propia ley ha indicado, esto es, las mencionadas 24 horas”* (Considerando Noveno).

En el mismo sentido, la Corte IDH ha establecido que *“las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra y únicamente durante el menor tiempo posible.”²²* Adicionalmente, ha precisado que *“serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central sea la detención*

²¹ Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 107.

²² Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 171.



obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines”²³.

En virtud de lo ya señalado, la propuesta de ampliar el plazo de detención de personas extranjeras, duplicándolo, sin precisar criterios de necesidad y proporcionalidad y, al omitir establecer un mecanismo de control judicial, no se condice con lo establecido por la Corte IDH y la jurisprudencia de esta Corte previamente citada.

Undécimo. Observaciones y comentarios finales. Si bien es cierto que se ha solicitado a la Corte Suprema emitir informe solo respecto de los artículos 132 y 142 del mentado proyecto, no es menos cierto la pertinencia respecto de los demás artículos ya señalados, toda vez que, respecto de ellos, la Corte ya había emitido pronunciamiento, a instancia de la Cámara de Diputados y del propio Senado.

Con todo, es importante señalar lo siguiente:

1° Resultan muy apropiadas algunas de las modificaciones realizadas al artículo 132, toda vez que éstas van en la línea de lo sugerido por esta Corte y en orden a tener una adecuada implementación de la ley.

2° Con todo, cuando el artículo 132 se refiere a tribunal competente, bien podría haberse referido de manera expresa a aquellos con competencia en familia.

3° Igualmente, no acoge la observación relativa a la falta de revisión o examen periódico, ya sea administrativo o judicial, de la medida de tuición de la autoridad encargada de los NNA extranjeros. También, favorecería al proyecto, la inclusión en el inciso 1° del artículo 132 de los NNA acompañados de tutores o guardadores, ya que el proyecto solo refiere a los padres.

4° La obligación de solicitar las medidas de protección solo se establece respecto de la “autoridad encargada de la protección de los niños, niñas y adolescentes”, pero no se considera respecto de las otras autoridades administrativas o policiales que intervienen.

5° El inciso 3° del artículo ya mencionado sostiene que los NNA quedarán bajo el cuidado de la autoridad encargada mientras se adopten las medidas de protección que ordene el tribunal competente, pero para que los NNA queden

²³ Ibid.



bajo el cuidado de cualquier autoridad, requieren de una resolución judicial que así lo ordene.

6° La norma no se refiere a aquellos NNA a quienes se les prohíba el ingreso, conforme los artículos 32 y 33 del proyecto de ley, ni de aquellos que podrían ser reembarcados, reconducidos en frontero o que sean sujetos de devolución.

7° Respecto del artículo 142, se han recogido parcialmente las observaciones planteadas con anterioridad, especialmente la potestad de la Corte de Apelaciones para solicitar informe al servicio respectivo, pero no resulta claro si se refiere a quien dictó la medida o a otro servicio público.

8° No se recogió la observación relativa a la incorporación de la procedencia del recurso de amparo constitucional. Tampoco se modificó la expresión “tabla más próxima”. Se eliminó el conocimiento de la causa en cuenta y se sustituyó por conocimiento previa vista de la causa, el proyecto refiere que será en relación.

9° Resulta positivo el aumento de 3 a 15 días para resolver la causa, pero sigue persistiendo el problema que no indica desde cuándo debe computarse el plazo.

10° Finalmente, respecto de los artículos consultados, no indica normas de tramitación ante la Corte Suprema.

11° En cuanto al artículo 146, mantiene la carga excesiva de tener que informar, por parte de los tribunales de justicia, al Servicio de Migraciones.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, **se acuerda informar en los términos precedentemente expuestos** el proyecto de ley que sobre Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06).

Se deja constancia que los ministros señoras Egnem y Sandoval, señor Blanco y señora Repetto estuvieron por informar únicamente los preceptos consultados.

Ofíciase

PL 28-2020”

Saluda atentamente a V.S.



