

OFICIO N° 90- 2020

INFORME PROYECTO DE LEY N° 16-2020

ANTECEDENTE: BOLETÍN N° 8970-06

Santiago, diecinueve de mayo de 2020

Por Oficio N° DDHH/131/20 de fecha 11 de mayo de 2020, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía don Juan Ignacio Latorre Riveros, puso en conocimiento de la Excm. 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 18 de mayo en curso, presidida por su titular señor Guillermo Silva Gundelach y con la asistencia de los Ministros señores Muñoz G. y Brito, señora Sandoval, señores Fuentes y Blanco, señora Chevesich, señor Aránguiz, señoras Muñoz S. y Vivanco y señores Silva C. y Llanos, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL PRESIDENTE
DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA DEL SENADO,
SEÑOR Juan Ignacio Latorre Riveros
VALPARAÍSO**



YXCGPQZXR

“Santiago, diecinueve de mayo de dos mil veinte.

Vistos y teniendo presente:

Primero. Que el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, señor Juan Ignacio Latorre Riveros, por Oficio N° DDHH/131/20 de fecha 11 de mayo de 2020, puso en conocimiento de la Corte Suprema, el Proyecto de Ley sobre Migración y Extranjería al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (Boletín N° 8970-06).

Cabe destacar que es la segunda ocasión en este proyecto de ley en que se solicita la opinión de la Corte. En la primera, este tribunal emitió su opinión a través de Oficio N° 99-2013 de 09 de julio de 2013.

Segundo. Fundamentos y objetivos del proyecto. El proyecto de ley cuyo análisis se solicita, en su versión aprobada por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, consta de 179 artículos permanentes y once 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. Contenido del proyecto que será informado.

El presente proyecto consta de ciento setenta y nueve artículos, pero se informará solamente respecto del artículo 140, solicitado por el oficio del Senado y de los artículos 129, 130 y 133, en atención a su relación con la materia del artículo consultado, y el artículo 144, el cual regula aspectos observados en el primer informe emitido por la Corte Suprema.

A. Aspectos Preliminares.

Previo al estudio del artículo 140 del proyecto de ley, resulta necesario realizar algunas menciones a otras disposiciones del mismo.

En dicho sentido, el artículo 124 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 el ordenamiento jurídico para su procedencia”. Las causales que hacen procedente la expulsión se encuentran reguladas en los artículos 125 y 126 del proyecto.

La iniciativa 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 124 y artículo 131).

Cuando la expulsión es ordenada por el Servicio Nacional de Migraciones, se realiza a través de su Director Nacional o, según disponga este último, por los Directores Regionales (artículo 131). Por su parte, el artículo 127 establece ciertas consideraciones que el SERMIG debe tener presente al momento de resolver.

B. Artículo 140, texto consultado.

El texto del artículo 140 es el que se transcribe a continuación:

“Artículo 140.- 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 30 días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva.

Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte de Apelaciones respectiva fallará la reclamación en primera instancia, en cuenta. La causa será agregada



extraordinariamente a la tabla más próxima, gozando de preferencia para su vista y fallo, debiendo resolver el asunto dentro de tercero día. Su interposición suspenderá la ejecución de la orden de expulsión.

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”.

C. Opiniones previas de la Corte Suprema.

Como se señaló, mediante Oficio N° 10.762 de 04 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).

La 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. A continuación, se exponen aquellas relacionadas con la reclamación judicial de la medida de expulsión.

En general, la Corte 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, a saber estas son: el traslado de la competencia de la Corte Suprema a la Corte de Apelaciones del domicilio del afectado, el aumento del plazo de interposición, la 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 que planteó la Corte Suprema 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, reiteró su opinión negativa sobre la instauración de procedimientos que no quedan sujetos a revisión de un tribunal superior.²

En segundo lugar, la Corte 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, propuso que el conocimiento del asunto fuera

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.



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

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

Cuarto. Observaciones a la propuesta de artículo 140.

A. Comparación de las versiones.

Cabe tener presente que las reglas de la iniciativa que rigen la reclamación judicial de la medida de expulsión (art. 140) sufrieron una serie de modificaciones, por lo que existen diferencias entre la versión informada el 2013 por la Corte y la ahora consultada, las cuales se sintetizan a continuación:

Materia	Primera Versión	Versión actual
----------------	------------------------	-----------------------

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.

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



Vías de reclamación	Solo vía judicial	Vía administrativa o judicial
Plazo	48 horas contados desde la notificación de la resolución	30 días corridos contados desde la notificación de la resolución
Instancia	Única instancia	Primera Instancia
Tramitación	Breve y sumariamente	En cuenta
Inclusión en tabla	No contiene reglas	Se debe agregar extraordinariamente a la tabla más próxima y tendrá preferencia para su vista y fallo
Plazo para resolver	Cinco días desde la presentación	Tres días, sin indicar el hecho que inicia el cómputo

B. Sobre las reglas observadas por la Corte en su primer informe.

En primer lugar, se debe tener presente que algunas de las observaciones realizadas por la Corte Suprema en su primer informe fueron acogidas durante la tramitación legislativa, tal como se desprende del cambio del conocimiento del reclamo de única instancia a primera instancia, la determinación de que la causa de tramitará en cuenta y no breve y sumariamente, y la inclusión de la causa en la tabla extraordinaria.

Con todo, aún persisten dos situaciones evidenciadas por la Corte que requieren de modificaciones. **La primera de ellas corresponde a la necesidad de otorgar a las Cortes de Apelaciones en forma expresa potestades que permitan recabar todos los antecedentes necesarios para una correcta decisión del asunto. La segunda corresponde a la necesidad de que la iniciativa en estudio establezca expresamente la procedencia de la acción de amparo constitucional.** En lo que se refiere a las obligaciones de informar de los tribunales, dado que la versión actual del proyecto las regula en otra disposición, respecto de la cual se aludirá en el capítulo “Otras observaciones” de este informe.

C. Sobre la ejecución de la expulsión y el plazo para reclamar.

En primer lugar, se aprecia positivamente, tanto el aumento del plazo para reclamar de la expulsión -que sin duda permitirá al afectado contar con un mayor



tiempo para recabar antecedentes, obtener asistencia legal y materializar adecuadamente su derecho a defensa- así como el efecto suspensivo que la presentación tiene respecto de la ejecución de la expulsión. En relación con lo anterior, el artículo 133 dispone que sólo una vez firme y ejecutoriada la resolución se podrá someter a restricciones o privaciones de libertad al extranjero, con el fin de materializar la expulsión, aspecto que también se aprecia correcto.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que no existe una regla expresa que obste a que la medida de expulsión se ejecute antes del vencimiento del plazo de 30 días corridos con que se cuenta para reclamar judicialmente de la resolución de expulsión. En efecto, el inciso 1° del artículo 51 de la Ley N° 19.880 establece que: “Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior” (énfasis agregado). Dicha regla resultará aplicable a las resoluciones de expulsión dictadas por el Servicio de Migraciones y la Subsecretaría del Interior, en virtud de lo dispuesto del artículo 2° de la misma ley.

En consecuencia, cabe preguntarse si la medida de expulsión inmediata contará con la ejecutoriedad que otorga el artículo 51 citado, **en cuyo caso eventualmente podría poner en riesgo la finalidad misma del reclamo judicial**, pues la persona extranjera afectada podría ser expulsada antes de poder interponer la acción, o si, por el contrario, las reglas de los artículos 133 y 140 implican que para la ejecución de la medida se debe esperar que transcurra el plazo de 30 días para reclamar judicialmente de la resolución, ante lo cual la regla de suspensión del artículo 140 sería innecesaria. Ante ello, se observa la necesidad de aclarar el punto.

D. Inclusión extraordinaria de la causa en la tabla.

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.

E. Alegatos.



La norma en comento no regula la posibilidad de que las partes soliciten alegar ante la Corte de Apelaciones. Sobre el particular, cabe recordar –por la similitud de las materias- la opinión de la Corte Suprema, contenida en el Oficio N° 119-2019 de 05 de junio de 2019, relativo al proyecto de ley sobre acciones constitucionales (Boletín N° 2.809-07), en la cual se recomendó que ante las Cortes de Apelaciones las causas se vieran en cuenta a menos que se solicitaran alegatos, con el fin de cautelar los intereses de las partes (p. 33), y que ante la Corte Suprema la causa también se viera en cuenta, a menos que las partes pidieran y el tribunal autorizara los alegatos.

F. Plazo para resolver.

El inciso 2° del artículo 140 otorga a la Corte de Apelaciones un plazo de tres días para resolver. Con todo, no se indica desde cuándo se debe computar el plazo, a diferencia de la primera versión informada, en la que expresamente se señalaba que se debía resolver dentro de los cinco días contados desde su presentación.

G. Falta de regulación especial del procedimiento en segunda instancia.

El proyecto no contiene reglas que regirán la tramitación del recurso de apelación en segunda instancia. Sin perjuicio que dicha ausencia sería suplida por las reglas generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil, cabe observar que dicha aplicación supletoria generará una cierta inconsistencia entre la tramitación en los tribunales *a quo* y *ad quem*.

En efecto, mientras que, en la Corte de Apelaciones, la causa será incluida en forma extraordinaria en la tabla, se verá en cuenta y el tribunal contará con tres días para resolver –todo lo cual apunta a otorgar celeridad a la tramitación-, en segunda instancia, por aplicación de las reglas generales, para presentar el recurso se contará con 10 días hábiles, el recurso de apelación será agregado a la tabla ordinaria, la causa se verá previa vista de la causa por tratarse de la apelación de una sentencia definitiva y el plazo para resolver se regirá por las reglas generales, todo lo cual podría afectar la celeridad del proceso.

Quinto. Comentarios sobre preceptos no consultados, pero respecto de los cuales ya se ha emitido pronunciamiento.

En este punto nos referiremos a los artículos 129, 130, 133 y 144.

A. Artículo 144.

Respecto del actual artículo 144 –ex artículo 139 del proyecto- 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.

B. Artículos 129, 130 y 133.

Por otro lado, se observa que en ciertos ámbitos de actuación de la administración no se contempla una regulación especial de control judicial. En particular, es posible identificar en el proyecto de ley otras normas que regulan 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, tal como lo sugirió esta Corte en el informe previamente remitido respecto de este proyecto de ley.

En este sentido, se debe precisar que el recurso judicial del artículo 140 sólo puede ser utilizado para impugnar cierto tipo de restricción del derecho a la libertad personal y seguridad individual que establece esta normativa, esto es, la expulsión que define el artículo 124 del proyecto. Así también, este último contempla otras garantías de debido proceso en relación a la expulsión, que el articulado no hace extensivas a otras formas de restricción a la libertad personal y seguridad individual que contempla este proyecto.

Algunas de las medidas administrativas que representan una amenaza o afectación del derecho a la libertad personal y seguridad individual que no contemplan un recurso judicial especial como el que se solicita informar y que requerirían una mayor atención, son las establecidas en las normas que se detallan a continuación:

i. Reconducción o devolución inmediata.

El inciso 1° del artículo 129, que regula la reconducción o devolución inmediata del extranjero que ingrese al país, encontrándose vigente una orden de expulsión, abandono o prohibición de ingreso, para lo cual no se requiere que se dicte una nueva resolución. La falta de dictación de un acto administrativo formal que ordene la devolución o reconducción –que, en atención a que el extranjero ya ingresó al territorio nacional, tiene los mismos efectos materiales que la expulsión– potencialmente podría generar una situación de indefensión, pues se tratará 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.

Adicionalmente, se exige a la autoridad de dictar una resolución escrita que disponga la medida de devolución, explicitando los fundamentos de la medida, lo que resulta contrario a lo que dispone el artículo 11 de la Ley N°19.880 que establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado, norma que dispone que “los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”. Además, no se condice con lo dispuesto en el artículo 50 de la misma ley, según el cual: “La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico”.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 129 del proyecto establece que: “Las medidas de reconducción o reembarco y la prohibición de ingreso provisoria dictada por la autoridad contralora será recurrible desde el exterior ante el Servicio, mediante presentación efectuada por el extranjero ante los consulados chilenos, desde donde se hará llegar a la sede central de éste”. A continuación, dispone que “con todo, la interposición de este recurso no suspenderá la aplicación de la resolución de reconducción”.

De esta manera, esta disposición sólo habilita al afectado para presentar el recurso administrativo indicado, una vez que la medida de devolución o reembarco ya haya sido ejecutada y con posterioridad a que la persona afectada ya haya sido devuelta a su país de origen. En este sentido, tal como se señaló, la norma propuesta dificulta la revisión administrativa o judicial de la medida de reconducción o devolución del afectado, en caso que la medida carezca de fundamento legal o sea arbitraria, por ejemplo, en aquellos casos que los tribunales superiores de justicia hubieran dejado sin efecto una medida de expulsión vigente al resolver un recurso de amparo, sin que la autoridad administrativa hubiese acatado esta decisión o no hubiera tenido conocimiento de la decisión judicial respectiva.

ii. Retorno asistido de niños, niñas y adolescentes extranjeros.

El artículo 130 regula el retorno asistido de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados y que no cuenten con autorización de ingreso de su padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal. Se



observa que dichos niños, niñas y adolescentes se encontrarán en una situación de especial vulnerabilidad, ya que por definición se encontrarán solos en el país.

Respecto de esta norma, se reconoce como un avance la consideración expresa de la necesidad de privilegiar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes al resolver acerca de si adoptar o no la medida de devolución a su país de origen, dando pleno respeto a sus derechos y garantías consagrados en la Constitución y en tratados internacionales.

Sin embargo, la disposición anterior no precisa qué mecanismo administrativo o judicial se establecerá para determinar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes no acompañados, ni la autoridad encargada de tomar una decisión al respecto. A su vez, tampoco se explicita si existirá y cómo se hará efectivo el control judicial de esta decisión, considerando que la protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de los niños, niñas y adolescentes no acompañados, podría ser materia de competencia de los tribunales de familia, de acuerdo a lo que establecen los artículos 8°, numerales 7) y 10)⁶, 22⁷ y 71, letra e)⁸ de la Ley N°19.968 que crea los tribunales de familia. Al respecto, se debe recordar que el propio proyecto dispone en el artículo 4 que: *“El Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, desde su ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que lo tengan a su cuidado”*.

La falta de claridad e imprecisiones de la norma observada en este apartado podría incidir en una posible desprotección del derecho a la libertad

⁶ Artículo 8°.- Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores; 10) La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley;

⁷ Artículo 22.- Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

⁸ Artículo 71.- Medidas cautelares especiales. En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares: (...)i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.



personal y seguridad individual de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y, adicionalmente, podría constituir un incumplimiento de lo que dispone el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, que recoge el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, conforme a lo que ha establecido al respecto el Comité de Derechos del Niño, órgano encargado de supervisar el cumplimiento de este tratado.

Este órgano ha señalado que *“al preparar una decisión que tenga repercusiones fundamentales en la vida del niño o niña no acompañado o separado, se documentará la determinación del interés superior”*⁹ y que esta determinación *“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”*¹⁰.

Al respecto, **cabe observar que la norma del artículo 130 no contempla ningún tipo de revisión ni examen periódico**, ya sea por un órgano judicial o administrativo, de la medida establecida de *“tuición de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes mientras dura el procedimiento de retorno asistido”*.

iii. Restricciones y privaciones en la ejecución de la expulsión.

El Artículo 133 establece que, una vez que se encuentre firme y ejecutoriada, la resolución que ordena la expulsión “se podrá someter al afectado a restricciones y privaciones de libertad por un plazo que no puede ser superior a veinticuatro horas. Esta medida sólo podrá practicarse en el domicilio del afectado o en dependencias de la Policía, dando cumplimiento a los estándares sanitarios y de habitabilidad adecuados. En ningún caso se aplicará esta medida a niños, niñas o adolescentes”.

Además, precisa que “el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejado en libertad si la expulsión no se materializa una vez transcurridas veinticuatro horas desde el inicio de la privación de libertad. Posteriormente, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de veinticuatro horas”.

⁹ 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.

¹⁰ Ibid.



En relación a la detención de personas migrantes en procedimientos de expulsión, esta norma seguiría la línea de lo establecido por los tribunales superiores de justicia en cuanto a los plazos y condiciones de detención de personas migrantes.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Apelaciones de Santiago, en su fallo de 9 de marzo de 2013, confirmada por la Corte Suprema mediante sentencia de 25 de marzo de 2013 (Rol 1651-2013), se pronunció 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 condiciones “inadecuadas e indignas”, según pudo verificarlo el tribunal que dictó la sentencia al visitar estas instalaciones (Considerando 10°).

La Corte acogió la acción, señalando que “se ha conculcado gravemente el derecho fundamental a libertad personal de cada uno de los amparados, porque se ha excedido con creces el plazo máximo de 24 horas de detención, porque no se han guardado las formalidades legales y [...] se incurrió en irregularidades que no pueden ser toleradas”. Así también, precisó que las condiciones de la detención en las que se encontraban detenidas las personas migrantes eran “del todo inadecuadas e indignas” (Considerando 10°). Finalmente, resolvió acoger la acción, ordenando poner en libertad inmediatamente a los afectados, disponiendo además que las autoridades competentes estudien la adopción de las medidas destinadas a prevenir que “puedan reiterarse situaciones como las evidenciadas en este caso” (Considerando 10°).

Como respuesta a esta decisión judicial, las autoridades administrativas adoptaron el “Protocolo de actuación para expulsión de extranjeros infractores”, celebrado entre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Policía de Investigaciones (2013), para dar cumplimiento a lo que dispone esta sentencia en relación al plazo máximo de detención y para adecuar las condiciones de detención de las personas migrantes a los estándares internacionales de derechos humanos.

En este Protocolo se establece expresamente que: “La Policía de Investigaciones de Chile, habilitará en las Regiones Policiales y unidades dependientes, módulos especiales para la permanencia transitoria de extranjeros expulsados, los que deberán contar con las condiciones sanitarias y de habitabilidad adecuadas, separados entre hombres y mujeres e independientes de las instalaciones destinadas a personas detenidas por otras causas legales”.



Pese a lo ya señalado, la norma del proyecto en análisis no considera algunos de los estándares explicitados anteriormente por los tribunales superiores de justicia y que la misma autoridad administrativa ya ha implementado, en cuanto a las condiciones mínimas de detención de extranjeros.

En efecto, la norma observada no considera la habilitación en las 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.

Adicionalmente, podría resultar problemático que no se establezca expresamente alguna forma de control judicial de la detención de extranjeros, conforme a esta normativa. Esta omisión podría resultar contraria a lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia. En particular, esta Corte ha señalado que “la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal” . A continuación, la Corte IDH precisa que “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”.

Sexto. Observaciones y comentarios finales.

Si bien es cierto que se ha solicitado a la Corte Suprema emitir informe solo respecto del artículo 140 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.

Con todo, es importante señalar lo siguiente:

1° Resultan muy apropiadas las modificaciones realizadas al artículo 140, las cuales ayudarán a materializar de mejor manera el derecho a defensa del justiciable, ya reseñadas en el cuadro presentado en el cuerpo del presente informe.

2° Se reitera la necesidad de otorgar a las Cortes de Apelaciones, en forma expresa, potestades que permitan recabar todos los antecedentes necesarios para



una correcta decisión de las materias que el proyecto somete a su conocimiento. Asimismo, se releva la necesidad de que la iniciativa en estudio establezca expresamente la procedencia de la acción de amparo constitucional.

3° Falta que el proyecto desarrolle de manera adecuada y orgánica la tramitación del recurso que se establece en ella en segunda instancia, toda vez que no es coherente tener un procedimiento expedito en primera instancia para que luego éste sea desarrollado de manera ordinaria en segunda instancia.

4° De igual manera, el proyecto no contempla el hito procesal desde el cual se computa el plazo para la resolución del asunto en segunda instancia.

5° En lo que respecta a la inclusión de la causa en tabla, tampoco el proyecto contiene normas claras, tal como se consigna en lo principal de este informe.

6° Es importante señalar que no hay norma que refiera a los alegatos en segunda instancia, es por ello que se exhorta al legislador a la inclusión de norma específica sobre el asunto.

7° En cuanto al actual artículo 144 del proyecto, ya informado en 2013, se observa que se mantiene la carga de informar las sentencias condenatorias por parte de los tribunales, existiendo formas más eficientes de lograr aquello.

8° Finalmente, en cuanto a los artículos 129, 130 y 133, el proyecto aún mantiene formas de afectación de la libertad y seguridad personal, similares a la expulsión y que no se encuentran sujetas a control judicial o respecto de las cuales se haga expresamente aplicable, como se ha dicho, la acción de amparo constitucional.

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 sobre Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06).

Se previene que los ministros señora Sandoval y señores Fuentes y Blanco fueron del parecer de emitir informe únicamente en relación con la disposición consultada.

PL 16-2020.”



Saluda atentamente a V.S.

