
Jornada de fortalecimiento de capacidades para el acceso a la justicia de las personas migrantes en Chile

- Nombre: Rodrigo Godoy Araya
- Institución: Oficina de DDHH -CAJMETRO
- Fecha 16 de marzo de 2023





‘Aplicación de la experiencia internacional al contexto nacional’

Sugiero cambiarlo por otro más adecuado:


‘Criterios dados por el derecho internacional y la experiencia nacional’

I. Marco general:

Las obligaciones internacionales de Chile en materia de extranjería provienen de dos fuentes:

- i. **Sistema Universal de DDHH**
- ii. **Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Oc 18/2003 / OC/ 21/14**
- iii. 16/99 SOBRE ASISTENCIA CONSULTAR

El derecho internacional reconoce la potestad soberana de lo Estados para controlar sus fronteras, definir requisitos de ingreso, estancia y expulsión de los extranjeros y , en general, establecer sus políticas migratorias, siempre que estas sean compatibles con las obligaciones internacionales de derechos humanos. (Velez Loor vs. Panamá).




El único tratado que recoge disposiciones exclusivamente de carácter migratorio es la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los trabajadores migrantes y sus familiares (convención de 1990).

En el Sistema Interamericano de DDHH no existe un tratado específico para el tema migratorio, sin embargo, los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los instrumentos que integran el corpus iuris interamericano de DDHH, son derechos que los Estados tienen que respetar y garantizar respecto de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

Sin embargo, hay Opiniones Consultivas que son fundamentales para el tema migratorio puesto que reconocen el derecho de igualdad como una norma de Jus Cogens, exponen los elementos necesarios en materia de debido proceso de personas migrantes. Además, está la jurisprudencia del sistema de casos.

Como nos vemos enfrentados a flujos migratorios mixtos, es necesario recurrir a otros tratados e instrumentos internacionales específicos para ocuparse de las exigencias de casos como la protección internacional de refugiados y personas beneficiarias de protección complementaria, apatridia, la trata y el tráfico de personas , y de las necesidades específicas de ciertos grupos (ej: NNA).

- 
- I. Privación de libertad por razones migratorias: Caso del Cuartel Borgoño**
 - II. Nacionalidad:**
 - III. Unidad familiar:**
 - IV. Interés superior del niño: Litigio ante Tribunales de Familia**
 - V. Gratuidad: El rol de la Corporación de Asistencia Judicial**
 - VI. Protección a la intimidad y confidencialidad**
 - VII. Facultades administrativas y debido proceso**
 - VIII. Derecho a la identidad y los chilenos en el exterior.**

I. Privación de libertad por razones migratorias: Caso del Cuartel Borgoño

Fuentes de derecho internacional:


Normativa:

CADH: Art. 7 y 8

Jurisprudencia:

Vélez Loor contra Panamá: estándares mínimos para la privación de la libertad por razones migratorias, como que se realice conforme a las garantías específicas del derecho a la libertad personal, así como ajustada a principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad e idoneidad:

- **La garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención 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 (Vélez Loor)**
- **Plazo de duración de la detención. (Vélez Loor).**


- 
- **Siendo que la orden fue dispuesta por autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales a través de su control jurisdiccional directo. (Vélez Loor)**
 - **El Tribunal considero que la detención de personas por incumplimiento de leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o garantizar la aplicación de una orden de deportación, y únicamente durante el menor tiempo posible.**

Caso Cuartel Borgoño 351-2013 - Corte de Apelaciones de Santiago



II. Nacionalidad:

- **En el D° internacional:**
 - Convencion estatuto apátridas**
 - Convención para reducir casos de apatridia**
 - Convención Americana sobre DDHH ART. 20**
- **Jurisprudencia**
 - Niñas Yean y Bosico**
- **Experiencia local:**
 - a) Se debe reconocer la nacionalidad chilena de los niños/as nacidas en Chile, independiente de la situación migratoria de sus padres.
 - b) Los extranjeros en situación irregular no son “transeúntes”.
 - **Casos destacados:**
 - N° 4.727-2014: 23 AÑOS.
 - **Impacto: Cambio de criterio administrativo.**
 - **Ley 21.325**

- 
- **Privación de libertad no informada a tribunales de justicia y con plazos indeterminados.**
 - **Práctica habitual de la policía.**
 - **Proceso judicial: Inspección personal de tribunal en el lugar de detención**
 - **Sentencia:**
 - a) Plazo máximo de detención no puede exceder las 24 horas.
 - b) Ordenó realizar cambios en los protocolos de expulsiones.
 - b) Condiciones de detención fueron calificadas como “inadecuadas e indignas”
 - c) Corte Suprema ordena investigaciones penales y administrativas.

Importancia del fallo:

- i. Cambio en el el protocolo de expulsiones por las autoridades administrativa
 - ii. Caso destacado en con Mención Especial en Concurso de Reconocimiento a Sentencias en países del Continente Americano 2016, organizado por la CIDH, ACNUR y la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (<https://amij.org.mx/old/premios-sentencias-2016/>)
-
- i. **En la Ley 21.325:** Plazo de detención: 48 horas.

II. Nacionalidad:

Jurisprudencia

Niñas Yean y Bosico vs Rep. Dominicana (2005)

‘La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió una petición en favor de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosica contra la República Dominicana por haber negado la nacionalidad a las niñas a pesar de haber nacido en ese territorio. Los peticionarios señalaron que debido a la falta de reconocimiento de la nacionalidad, las niñas estaban expuestas al peligro inminente de ser expulsadas del país y que no podían ingresar a la escuela por carecer de un documento de identificación. La CIDH adoptó medidas cautelares para evitar la expulsión y garantizar que Bosica pudiera continuar con sus estudios. La CIDH sometió el caso ante la Corte Interamericana quien entendió que el Estado Dominicano violó los derechos a la adopción de medidas de protección, a la igualdad y no discriminación, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre de las niñas al negarse a emitir los certificados de nacimiento e impedirles el ejercicio de derechos de ciudadanía debido a su ascendencia. La Corte reconoció que el derecho a la nacionalidad era la vía para el ejercicio del resto de los derechos y que negar a los niños/as el certificado de nacimiento significaba negarles su membresía a una comunidad política. En consecuencia, requirió del Estado la adopción de medidas para revertir la situación de discriminación histórica en sus sistemas de registro de nacimientos y su sistema educativo y, en particular, la adopción de un procedimiento sencillo, accesible y razonable, para que los niños dominicanos de ascendencia haitiana obtengan su certificado de nacimiento.

- **Experiencia local en materia de nacionalidad:**

- a) Se debe reconocer la nacionalidad chilena de los niños/as nacidas en Chile, independiente de la situación migratoria de sus padres.

- b) Los extranjeros en situación irregular no son “transeúntes”.

- **Casos destacados:**

- Rol n° 982-2013

- Rol n° 4.727-2014: 23 AÑOS.

- **Impacto: Cambio de criterio administrativo.**

- **Ley 21.325:**

- Extranjero transeúnte: Aquella persona extranjera que esté de paso en el territorio nacional, de manera transitoria, conforme al artículo 47, y sin intenciones de establecerse en él.

- Artículo 173.- Prevención de la apatridia. ‘...Cualquier persona nacida en el territorio nacional que se encontrare en alguna de las excepciones del numeral 1 del artículo 10 de la Constitución Política que de otro modo fuese apátrida, será considerada como chilena por nacimiento. Salvo prueba en contrario, se presumirá que un niño o niña expósito que se halle en el territorio nacional ha nacido en el país, de padres que poseen la nacionalidad chilena.’

III. Unidad familiar:

- **En el Derecho internacional**

El derecho a la unidad familiar deriva, entre otros, de:

- Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948),
- Artículo 8 de la Convención Europea Anexo VIII 2 para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950),
- Artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966),
- Artículo 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969),
- Artículo 74 del Protocolo Adicional I de 1977 a la Cuarta Convención de Ginebra relativa a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra,
- Artículos 9, 10 y 22 de la Convención de los Derechos del Niño (1989)

- Si bien no existe una disposición específica en la Convención de 1951 sobre Refugiados ni su Protocolo de 1967, el fuerte lenguaje contenido en la Recomendación emitida en el Acto Final de la Conferencia de Plenipotenciarios, reafirma la unidad familiar de los refugiados como un “derecho esencial”.

- **En el derecho interno:**

- Artículo 1° Constitución Política de la República

- Ley 21.325: Art. 129: Consideraciones./ Régimen de permisos de residencia.

- **Experiencia local: Unidad familia como principio con efectos jurídicos en dos casos:**

- 1) **El caso de las órdenes de expulsiones**

- 2) **Ejercicio de determinados derechos: Celebración de matrimonio**

1) El caso de las órdenes de expulsiones

Rol 25-2023 Corte de Apelaciones de Iquique.

CUARTO: En efecto, el artículo 16 N° 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, y los artículos 17 N°1 y 23 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y como tal tiene derecho a la protección de ésta y del Estado. El artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a su vez, señala que los estados partes se comprometen a conceder a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, mientras que el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, se refiere a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, los que deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. En concordancia con ello, el artículo 1 inciso segundo de nuestra carta fundamental, establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, para luego agregar, en el inciso quinto, que es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento. El artículo 5 del mismo texto, por su parte, establece la obligación estatal de respetar y promover los derechos fundamentales garantizados tanto por la Constitución como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, mientras que los artículos 6 y 7 fijan la obligación del Estado y sus organismos de actuar conforme al texto fundamental y las normas dictadas conforme a aquel.

1) El caso de las órdenes de expulsiones

Rol 352-2023 Corte de Apelaciones de Santiago.

Séptimo: Respecto de la situación familiar del amparado, tampoco resulta óbice para la decisión de la autoridad migratoria, la que debe ponderar aquellos antecedentes que como en este caso ha efectuado fundadamente, dentro de los márgenes de discrecionalidad que posee la administración, atendidos los antecedentes penales del extranjero.

Rol 378-2022 Corte de Apelaciones de Santiago

Noveno: Que, apra ejercer la potestad de expulsión, la autoridad migratoria debe considerar las circunstancias personales y familiares del reclamante, quien reside en el país el año 1998; ha realizado trabajos informales pero lícitos, es casado hace 33 años con XXXXX de igual nacionalidad y está con él al cuidado de dos sobrinas menores de edad’.

1) El caso de las órdenes de expulsiones

Rol 66-2013 / 400-2013 Corte Suprema:

‘6° Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una pareja estable y un hijo menor de edad de nacionalidad chilena. De manera que de ejecutarse la medida ciertamente se lesionaría el interés superior del menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta.

7° Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones sancionadas, y considerando la afectación que de manera irremediable producirá en su medio familiar, son motivos suficientes para revocar el fallo apelado.’

2) Unidad de la familia y celebración de matrimonio:

- En el D.L. 1094 (antigua Ley), existía una norma de aplicación problemática:

‘Artículo 76.- Los servicios y organismos del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato.

- **Jurisprudencia:** Pasaporte es un documento idóneo

‘Servicio de Registro Civil e Identificación- ha incurrido en conducta ilegal y arbitraria. Ilegal al no existir norma alguna en nuestro país que permitía discriminar entre chilenos o extranjeros, en cuanto al documento idóneo que sirva para acreditar la identidad de los contrayentes, siendo suficiente un pasaporte válido y vigente’ (Sentencia 53381-2015 C. Apelaciones, confirmada por la C. Suprema. También en sentencia Rol 19634-2016, Corte Suprema)

- **En la Ley 21.325:** Artículo 13.- Igualdad de derechos y obligaciones. El Estado garantizará, respecto de todo extranjero, la igualdad en el ejercicio de los derechos, sin perjuicio de los requisitos y sanciones que la ley establezca para determinados casos.

IV. Interés superior del niño: Litigio ante Tribunales de Familia

En el Derecho Internacional:

Convención de Derechos del Niño

Convención Americana sobre Derechos Humano

En el derecho interno:

Artículo 4 de la Ley de Migración y Extranjería N° 21.325: “Interés superior del niño, niña y adolescente. 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 los tengan a su cuidado. Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que incurrieren en alguna infracción migratoria no estarán sujetos a las sanciones previstas en esta ley”.

.....

IV. Interés superior del niño: Litigio ante Tribunales de Familia

Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, consagra en su Título IV, párrafo primero, un procedimiento especial de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente, el inciso primero del artículo 68 de la referida norma legal, establece que:

“En los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados, se aplicará el procedimiento contenido en el presente Párrafo. En lo no previsto por éste, se aplicarán las normas del Título III (...)”

A su vez, la autoridad policial de control migratorio deberá dentro del más breve plazo ponerlos a disposición del Tribunal de Familia competente. No podrá privarse de libertad a extranjeros niños, niñas y adolescentes para hacer efectiva esta medida. El Servicio y las entidades mandatadas por ley para la protección de los niños, niñas y adolescentes: con la cooperación de la autoridad contralora, promoverán la búsqueda de familiares adultos, tanto en el territorio nacional como en el país de origen, esto último a su vez en coordinación con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente”.

Despeja dudas sobre la competencia de los tribunales de familia y la pertinencia de la acción en asuntos de esta naturaleza, el denominado “principio de inexcusabilidad”, establecido en el inciso segundo del artículo 76 de la Constitución Política de la República.

IV. Interés superior del niño: Litigio ante Tribunales de Familia

En el derecho interno:

Decreto 296/2021, que aprueba el Reglamento de la Ley de Migración y Extranjería, art 14:

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.

La autorización referida en el inciso anterior, 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 ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En caso de que los niños, niñas y adolescentes no se encontraren acompañados en el momento de ingresar al país, o no contaren con la autorización antes descrita: o bien no cuenten con documentos de viaje, tal circunstancia será consignada en el Registro Nacional de Extranjeros, en adelante también el "Registro", y puesta en conocimiento del Servicio por parte de la autoridad contralora para efectos de que aquel comunique la situación al consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente.

.....

IV. Interés superior del niño: Litigio ante Tribunales de Familia

En relación a la Competencia de la CAJ:

Artículo 70 de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, establece lo siguiente:

Artículo 70: “Inicio del procedimiento. El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés de ello.

IV. Interés superior del niño: Litigio ante Tribunales de Familia

**Objetivos a satisfacer: Opinión Consultiva 21/14 de la Corte IDH
Observación Gral. N° 5 y 6 del Comité de Derechos del Niño**

- **Designación de representante legal**
- **Documentos de identidad**
- **Estabilidad a la residencia a través del otorgamiento de un permiso de residencia**
- **Asegurar el ejercicio de derechos de educación, salud o cubrir alguna otra necesidad especial.**

IV. Interés superior del niño: Litigio ante Tribunales de Familia

Experiencia:

‘Los comparecientes, don Felipe Fuentes Maturana, doña Duvia Maria Yopez Yopez, don Rodrigo Godoy Araya y don Arturo Fasani Grez, exhiben sus cédulas de identidad y/o pasaporte previo inicio de la audiencia, de conformidad a lo establecido en el artículo 16 transitorio, inciso 9 de la Ley 21.394. 1º Individualización de los comparecientes. 2º Interviene el abogado de la parte requirente. 3º Conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley N° 19.968, se decreta como medida de protección:

I.- Oficiar al Registro Civil e Identificación, a fin de que se le otorgue RUN provisorio al niño XXXXXXXXX, N° PASAPORTE: XXXXXX, nacido el día 01 de septiembre del año 2020, sexo masculino y nacionalidad Peruana, quien será acompañado en este trámite por parte de su progenitora, doña XXXXXXXXXXXXX, de nacionalidad venezolana, N° PASAPORTE: XXXXXXXX.

sirva la presente resolución de suficiente y atento oficio remitior. Remítase vía correo electrónico, sin perjuicio de lo cual, se autoriza la tramitación por mano, a fin de agilizar la diligencia.

II.- Oficiese al Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de que a la brevedad posible se regularice la situación migratoria del niño XXXXXXXXX, N° PASAPORTE: XXXXXXXX.

V. Gratuidad: El rol de la Corporación de Asistencia Judicial

En el derecho internacional:


Art. 17, capítulo II, sección 2,2 de las Reglas de Brasilia

Vélez Loo: La Corte consideró que en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.

Jurisprudencia:

Opinión Consultiva 18/03: ' Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de ser deportada, expulsada o privada de su libertad cuando la person acude a las instancias administrativas o judiciales,y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de degfensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real.

La Corte IDH ha establecido que la aplicación de las garantías judiciales no se limita a la existencia de recursos judiciales en sentido estricto, ' sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efecto que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarles (Caso Boena Ricardo y otros vs Panamá, 2001)



En este sentido, el derecho a la información, asistencia legal, defensa pública y derecho a un o una intérprete o traductora.

En el Derecho Interno:

Rol de la Corporación de Asistencia Judicial

Ley 21.325: 141: Representación judicial en casos de expulsión.

Experiencia local:

Acciones de amparo o reclamación de expulsión según el caso.

VI. Protección a la intimidad y confidencialidad

En el derecho internacional:

Art. 14 Convención de 1990

Art. 11 CADH

Cap. III, sección 3 y 4 de las Reglas de Brasilia.

Art. 17.1 del PIDCP.

En el derecho interno:

Ley 19.880

Ley 20.025 acceso a la información pública

Experiencia local:

- Incorporación prueba en audiencia. Documentación mantenida en reserva durante la tramitación.
- Solicitud de confidencialidad y tramitación reservada cuando se aportan informes relativos al grupo familiar.

VII. Facultades administrativas y debido proceso

- **Rol 2273-2012 (4 de julio de 2013):**

“Facultades discrecionales” y criterios de “utilidad y conveniencia” son categorías que tienen efectos contrarios a la Constitución.

Nuevo estándar en materia de rechazo de solicitudes de residencia y sanciones en materia de extranjería viene dado por el derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional” (Considerando Cuadragésimonoveno).

- Ingresos clandestinos en D.L. 1094: Desistimiento acción penal/ Ingreso clandestino en la nueva Ley

• **En la Ley 21.325:**

Plazo de detención: 48 hrs.

Reclamación de expulsión: Plazo legal de 10 días. ¿Mejora las cosas?

I. Derecho a la identidad y los chilenos en el exterior.

- Situación: Chilenos en el exterior que no pueden renovar sus documentos de identidad debido a medidas cautelares vigentes en el país.
- Jurisprudencia:
- Corte Suprema Rol 3943-15

'...se dispone que el Consulado de la Embajada de Chile en Panamá o en su caso el Servicio de Registro Civil e Identificación no podrá denegar la renovación del pasaporte a don Sandro Arturo Muñoz Aguila, RUN N° 15.304.895-9 bajo los mismos supuestos del mérito de autos y de no existir causal distinta, procederá a su entrega.'

Gracias

- url

