

Desplazados de Haití: movilidad intrarregional sudamericana y las medidas compulsivas en Brasil y Chile

Displaced persons from Haiti: South American intraregional mobility and compulsory measures in Brazil and Chile

Joseane Mariéle Schuck Pinto¹
fmpmigracao@gmail.com

Rodrigo Ríos Álvarez²
rriosa@uft.edu

Resumen

El presente trabajo analiza las medidas compulsivas adoptadas por Brasil y Chile en procesos de expulsión de migrantes. Se estudia el caso particular de la migración haitiana, y cuáles han sido sus implicancias a nivel judicial, mediante un estudio de casos resaltando cuáles han sido los criterios y estándares aplicados por las autoridades migratorias de ambos países. En relación con el procedimiento a adoptar, se observa que a través de la investigación cualitativa será posible dar cuenta de las diferentes representaciones sobre la temática objeto de estudio, sin dejar de lado el método cuantitativo, pues contribuirá con la evaluación y categorización de datos contenidos en bases de información gubernamentales, como por ejemplo, los datos del Ministerio de Justicia y de la Seguridad Pública de Brasil, del Instituto Nacional de Estadísticas y Poder Judicial de Chile, y del Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos de Mercosur, con la elaboración de un diagnóstico del desplazamiento de haitianos en los países sudamericanos, con especial énfasis en las realidades migratorias de haitianos en Brasil y Chile. Del mismo modo, la investigación cuenta con el análisis de decisiones adoptadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Chile y Brasil, así como el levantamiento documental y bibliográfico, especialmente artículos de revistas internacionales especializadas sobre el tema. Además, serán consultadas las leyes y políticas públicas existentes en Chile y Brasil, las convenciones, protocolos y otros instrumentos internacionales que permiten ayudar a una mejor comprensión de la realidad estudiada.

Palabras claves: Brasil. Chile. Migración Haitiana. Medidas compulsivas.

Abstract

This paper analyzes the compulsory measures adopted by Brazil and Chile in processes of expulsion of migrants. The particular case of Haitian migration is studied, and what its implications have been at the judicial level, through a case study highlighting what have been the criteria and standards applied by the immigration authorities of both countries. In relation to the procedure to be adopted, it is observed that through qualitative research it will be possible to account for the different representations on the subject under study, without neglecting the quantitative method, as it will contribute to the evaluation and categorization of contained data in government information databases, such as data from the Ministry of Justice and Public Security of Brazil, the National Institute of Statistics and the Judiciary of Chile, and the Institute of Public Policies and

¹ Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: fmpmigracao@gmail.com.

² Universidad Finis Terrae, Chile. E-mail: rriosa@uft.edu.

Human Rights of Mercosur, with the elaboration of a diagnosis of the displacement of Haitians in South American countries, with special emphasis on the migratory realities of Haitians in Brazil and Chile. In the same way, the research includes the analysis of decisions adopted by the Superior Courts of Justice of Chile and Brazil, as well as the documentary and bibliographic survey, especially articles from specialized international magazines on the subject. In addition, the existing laws and public policies in Chile and Brazil, the conventions, protocols and other international instruments that help to better understand the reality studied will be consulted.

Key words: *Brazil. Chile. Haitian Migration. Compulsive measures.*

INTRODUCCIÓN

En los últimos años una de las temáticas que más ha generado debate en nuestra sociedad ha sido el denominado fenómeno migratorio. El aumento sostenido de personas extranjeras que buscan radicarse en territorios foráneos, ha traído como consecuencia un incremento de externalidades naturales –positivas y negativas– que de ello derivan, de entre las cuales, el debate suele concentrarse en aquellas que son negativamente valoradas por la sociedad. Probablemente las más sensibles de estas externalidades negativas, vistas desde la perspectiva del ciudadano común, son aquellas que tienen relación con la comisión de delitos por parte de los ciudadanos extranjeros. Si a esta natural aprensión social, se le adiciona el elemento de la desinformación provocada por la falta de disposición de antecedentes específicos y oficiales por parte de los organismos llamados a ejercer los controles migratorios y de persecución penal de los delitos asociados a esta temática; el sinnúmero de artículos de prensa especulativos, y particularmente sensacionalistas; y los discursos políticos populistas –peligrosamente punitivos–, todo ello redundará en un escenario en donde proliferan ideas, apreciaciones y opiniones que necesariamente han de ser corroboradas con antecedentes objetivos para abordar responsablemente este fenómeno.

En este contexto, el presente trabajo pretende analizar las medidas compulsivas adoptadas por Brasil y Chile para expulsar migrantes, a partir de los desplazamientos de ciudadanos haitianos rumbo a América del Sur, y cuáles han sido sus implicancias a nivel judicial, mediante un estudio de casos en que se han visto involucrados ciudadanos haitianos.

En lo que toca al procedimiento metodológico, se destaca la elección del estudio de caso comparativo entre las bases normativas

que tratan sobre las migraciones y como los sistemas internos de Brasil y Chile aplican los mecanismos de medidas compulsivas, especialmente lo relativo a la expulsión de migrantes de territorios nacionales. En relación con el procedimiento a adoptar, se observa que a través de la investigación cualitativa será posible dar cuenta de las diferentes representaciones sobre la temática objeto de estudio, sin dejar de lado el método cuantitativo, pues contribuirá con la evaluación y categorización de datos contenidos en bases de información gubernamentales, como por ejemplo, los datos del Ministerio de Justicia y de la Seguridad Pública de Brasil, del Instituto Nacional de Estadísticas y Poder Judicial de Chile, y del Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos de Mercosur, con la elaboración de un diagnóstico del desplazamiento de haitianos en los países sudamericanos, con especial énfasis en las realidades migratorias de haitianos en Brasil y Chile. Del mismo modo, la investigación cuenta con el análisis de decisiones adoptadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Chile y Brasil, así como el levantamiento documental y bibliográfico, especialmente artículos de revistas internacionales especializados sobre el tema. Además, serán consultadas las leyes y políticas públicas existentes en Chile y Brasil, las convenciones, protocolos y otros instrumentos internacionales que permiten ayudar a una mejor comprensión de la realidad estudiada.

1. Breve análisis de los flujos migratorios de haitianos en América Latina.

La elección de América Latina, como ruta de desplazamiento forzoso³ por los ciudadanos haitianos no fue algo fortui-

³ [...] La distinción entre desplazamiento forzado y desplazamiento en el que no existe un factor de coerción, que, en este caso, se centra principalmente en el tema económico, debe tenerse en cuenta que el caso de Haití se encuentra dentro de la primera opción, en la que la migración de haitianos puede ocurrir dentro del propio país, es decir, los desplazados internos o, aún, ese desplazamiento que traspasa las fronteras del Estado marcado por la coerción. Desde su independencia, es un país marcado por la inestabilidad política, la gobernanza débil, sumado a los factores sociales, económicos y ambientales contribuyeron al empeoramiento de la crisis actual. Los nacionales no migran sólo en busca de mejoras económicas, como también lo hacen [i] los migrantes económicos que se mudan voluntariamente, sino más bien por la fuerza, ya que en su país hay una alta tasa de mortalidad infantil, analfabetismo, acceso precario al agua potable y al saneamiento básico, el surgimiento del cólera y otras enfermedades, sin mencionar la ocupación del país por las Naciones Unidas, un hecho que posiblemente contribuyó a la ruina económica, al abandono de la agricultura tradicional, así como al aumento del empobrecimiento de la población, entre otros elementos que hacen imposible la supervivencia en el lugar (PINTO, 2018, p. 57-58).

to. La opción por Latinoamérica se debe a varios factores, uno de ellos es el obstáculo que representa para los migrantes acceder a los países de América del Norte, por cuanto tales Estados han adoptado políticas de cierre de fronteras, basadas en la seguridad nacional y factores de soberanía. Esta realidad, llevó a que los haitianos no tuvieran más alternativa que desplazarse hacia República Dominicana, Ecuador, Colombia, Venezuela, Perú, Bolivia, Chile, Argentina y Brasil. Sobre esta cuestión viene al caso citar la respuesta de un ciudadano haitiano, cuando se le preguntó por qué eligió Brasil y no, por ejemplo, la República Dominicana, país vecino de Haití o los países de América del Norte. Ante esta consulta respondió: “[...] porque Brasil tiene una frontera abierta para que las personas entren aquí más fácilmente [...] la República Dominicana es más fácil de ingresar, pero no me gusta. Y para los Estados Unidos, hay que tener una visa para ingresar [...]” (PINTO, 2018, p. 71).

En relación con la inclusión de Brasil en la ruta de desplazamientos, debe tenerse en cuenta que las razones son variadas. Entre ellas, de acuerdo con los autores Fernandes (2010) y Silva (2013), está la Misión de Paz de las Naciones Unidas - MINUSTAH - que incluyó tropas brasileñas en Haití, en 2004. Del mismo modo, la ocurrencia en el mismo año, del Juego de la Paz en Haití, en que los jugadores de la selección brasileña fueron recibidos por los haitianos como ídolos, contribuyó a la difusión de una imagen positiva de Brasil. Además de la visita a Haití del Presidente Luís Inácio Lula da Silva en el año 2010, momento en que invitó a los ciudadanos haitianos a emigrar a Brasil.

A partir del año de 2011 se inicia la llegada de haitianos a Brasil, quienes comienzan a solicitar el estatus de refugiados⁴ a las autoridades migratorias. Sin embargo, a medida que el flujo hacia el país se fue intensificando, la decisión del Poder Ejecutivo fue no reconocerles tal calidad. Esta decisión condujo la política migratoria brasileña en nuevas direcciones, en la medida que el Comité Nacional para Refugiados (órgano colegiado, creado por la Ley N° 9.474, de 22 de julio de 1997, vinculado al Ministerio de la Justicia y Seguridad Pública, responsable del análisis y las deliberaciones de condición y refugio en el país), dictó la Resolución Recomendada N° 08/06, que trata de los pedidos de refugio que no sean susceptibles de concesión, pero que, a criterio del Comité, puedan los extranjeros permanecer en el país por razones

humanitarias, y remitió el tema al Consejo Nacional de Inmigración (CNIg) para que el órgano hiciera efectiva la regularización y la permanencia de los haitianos en Brasil.

El CNIg, a través de la Resolución Normativa N° 27, decidió otorgar a los haitianos el estatus de migrantes y no refugiados, por lo tanto, depende de ellos recibir una visa por razones humanitarias, lo que les daría acceso a la emisión de una Tarjeta de Trabajo y la permanencia en territorio brasileño⁵.

Con respecto a la concesión de visas a los haitianos, es importante resaltar que se trata del documento hábil para que un migrante ingrese en otro territorio, que disponga de tal exigencia, como política migratoria. En este sentido, se está delante de la llamada migración documentada o regular⁶. Sobre el tema, el Consejo, a través de la Resolución Normativa N° 97/2012, estableció las siguientes directrices:

Art. 1º Al nacional de Haití le podrá ser concedida la visa permanente prevista en el art. 16 de la Ley N° 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razones humanitarias, sujeto al plazo de 5 (cinco) años, en los términos del art. 18 de la misma Ley, circunstancia que constará en la Cédula de Identidad del Extranjero.

Párrafo único. Se consideran razones humanitarias, para efectos de esta Resolución Normativa, aquellas resultantes del agravamiento de las condiciones de vida de la población haitiana debido al terremoto que ocurrió en ese país el 12 de enero de 2010.

Art. 2º. La visa regulada por esta Resolución Normativa tiene carácter especial y será concedida por el Ministerio de las Relaciones Exteriores.

Párrafo único. Podrán ser otorgadas hasta 1.200 (mil doscientas) visas por año, lo que corresponde a un promedio de 100 (cien) concesiones por mes, sin perjuicio de las demás modalidades de visas previstas en las disposiciones legales del país.

El requisito indispensable para que el solicitante tenga un pasaporte válido es el certificado de antecedentes penales y un certificado de residencia de Haití. La Resolución Normativa permitió la delimitación con respecto a la migración formal y aseguró al haitiano la posibilidad de trabajar en Brasil sin la exigencia de un contrato de trabajo previo o cualquier calificación profesional, así como el alcance de derechos y deberes como

⁴ De conformidad con el Artículo 7 de la Ley N° 9.474, de 22 de julio de 1997, para solicitar asilo: el “extranjero que llega al territorio nacional puede expresar su disposición a solicitar el reconocimiento como refugiado de cualquier autoridad migratoria que se encuentre en la frontera, que le proporcionará la información necesaria sobre el procedimiento aplicable y en el artículo 8 aclara que “la entrada irregular en territorio nacional no constituye un impedimento para que el extranjero solicite refugio a las autoridades competentes”.

⁵ “En la aplicación de la RN N° 27/98, el CNIg ha considerado las políticas de migración establecidas para considerar como casos “especiales” los que sean “humanitarios”, es decir, aquellos en los que la salida obligatoria del migrante del territorio nacional puede implicar daños claros a la protección de sus derechos humanos y sociales fundamentales” (Extracto de la votación aprobada por el CNIg en una reunión del 13/03/2011). Ministerio del Trabajo y Empleo. Disponible en: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/cnig-prorroga-concessao-de-visto-especial-a-haitianos.htm>>. Consultado en 04 abril de 2020.

⁶ Entre ellos, el concepto de los que se desplazan por la fuerza o voluntariamente, sin el documento necesario para hacerlo, es decir, no tienen una visa para ingresar al país de destino. Tal conducta los convierte en inmigrantes indocumentados o, como máximo, en la nomenclatura de irregulares. En particular, prefiero usar el término indocumentado, dada la existencia de una ola conservadora que se ha extendido por la escena internacional, y que a su vez prevé la intensificación de la xenofobia (PINTO, 2020, p. 35).

cualquier migrante en situación regular en el país, a excepción de los acuerdos bilaterales existentes, en particular, servicio de salud y educación pública, que dependen de la forma de colaboración entre la Unión, los estados y los municipios.

Cabe destacar que dicha medida, de acuerdo con la justificación del gobierno brasileño, buscó administrar los flujos migratorios con el objetivo de prevenir las redes de operación de tráfico ilícito de migrantes⁷, a través de la acción de los "coyotes", preservando el derecho de la persona a migrar y el respeto a su dignidad inalienable y a sus derechos humanos. Otro punto dice relación con el período de cinco años para que el haitiano pueda regularizarse definitivamente con empleo y residencia en Brasil.

Sin embargo, la medida adoptada por el gobierno brasileño de disminuir la concesión de visas, siendo un documento necesario para el ingreso migratorio regular, no contuvo los desplazamientos de haitianos a Brasil, por el contrario, los flujos alcanzaron un alto nivel de migraciones indocumentadas/irregulares por medio de la actuación del crimen organizado transnacional, o sea, el tráfico ilícito de migrantes. Las principales rutas de acción de los "coyotes", ocurre a través del cruce de Haití a la República Dominicana, donde, a través de la vía aérea, viajan hasta Panamá, Ecuador y Perú (PINTO, 2018. p. 86). Según el informe realizado por el Observatorio de Migraciones, entre los años 2011 y 2018, fueron registrados 492,7 mil inmigrantes en Brasil, entre ellos los haitianos (106,1 mil) representando un 21,5% (OBMigra, 2019).

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPSH) del Mercosur elaboraron un diagnóstico sobre la migración haitiana para los países miembros y asociados del bloque, analizando especialmente el caso de las ciudades de Brasil, Chile y Argentina. De acuerdo con los datos obtenidos, los principales desplazamientos de haitianos intrarregionales, entre 2014 y 2016, abarcaron Brasil y Chile, siendo Brasil con el mayor número de haitianos. A fines de 2016, fueron autorizadas 67 mil permisos de residencia en el país, incluyendo temporarias y permanentes. En Chile, hasta finales de 2015, fueron concedidos 18 mil permisos de residencia.⁸

En lo que respecta a Chile y el ingreso a su territorio de ciudadanos haitianos, según datos del Instituto Nacional de Estadísticas, al 31 de diciembre de 2019, del total de personas extranjeras en Chile (1.492.522), los principales tres colectivos en el 2019 provienen de Venezuela (30,5%), Perú (15,8%) y Haití (12,5%), correspondiendo a una estimación total de 185.865 ciudadanos haitianos residiendo en Chile.

En lo que concierne a las razones de elección de Chile como destino para ciudadanos haitianos, la información pro-

porcionada por el Departamento de Extranjería y Migración señala "Chile en muchos casos sería un destino transitorio en los proyectos migratorios de esta población. Sin embargo, la información registrada tanto de Permanencias Definitivas como de Visas y de entradas y salidas, describe a Chile como un país que en la práctica se podría estar constituyendo en un destino de mediano –y quizás largo aliento– para estas personas. Tal hecho puede ser demostrable dadas las tendencias obtenidas a partir del año 2009, con especial atención a lo que ocurre los años 2014 y 2015. Lo claro es que aun cuando Chile podría ser un destino que inicialmente no se proyecta de largo aliento en las expectativas de los migrantes haitianos, la población haitiana no deja de crecer y se asienta como una comunidad particular que plantea desafíos concretos al Estado y la sociedad chilena en su conjunto [...] De las entrevistas realizadas en Haití, se observó un bajo nivel de conocimiento sobre el país. Más allá de ciertas generalidades, destaca la asociación con un país seguro y con un mayor nivel de desarrollo que Haití. Sin embargo, se observaron hallazgos interesantes en la comparación con otros referentes migratorios: Chile sería un país más accesible para iniciar un proyecto migratorio que Estados Unidos, Canadá o Francia; se lo considera un país menos racista que Estados Unidos o República Dominicana, y se lo describe con una situación económica relativamente mejor que Brasil"⁹.

2. La posibilidad de retirada compulsiva, a través de la expulsión, de migrantes haitianos del territorio nacional.

2.1. Régimen normativo brasileño.

En la actualidad, Brasil cuenta con un importante marco regulatorio con respecto a la migración con el advenimiento de la Ley de Migración N° 13.445, del 24 de mayo de 2017, que derogó el Estatuto del Extranjero, Ley N° 6.815, de 19 de agosto de 1980 – normativa que privilegiaba las cuestiones de seguridad nacional, y donde no se mencionaba la protección a los derechos humanos.

La Ley de Migración se consolidó sobre los pilares de principios y directrices como la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos; el repudio y la prevención de la xenofobia, el racismo y cualquier forma de discriminación; la no criminalización de la migración; la no discriminación en razón de los criterios o de los procedimien-

⁷ "El tráfico ilícito de migrantes es un delito que implica la obtención de beneficio financiero o material para la entrada ilegal de una persona en un Estado en el que esa persona no es natural o residente". UNODC Disponible en: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>>. Consultado en 04 abril de 2020.

⁸ Naciones Unidas. <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-estudo-sobre-migracao-haitiana-para-brasil-chile-e-argentina/>. Consultado en 04 abril de 2020.

⁹ Disponible en: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/04/boletin-1-Migraci%C3%B3n-Haitiana.pdf>. Consultado en 04 abril de 2020.

tos por los cuales la persona fue admitida en territorio nacional; la promoción de la entrada regular y regularización de documentos; acogida humanitaria; el repudio de prácticas de expulsión o deportación colectiva. Llegar a la plena protección y atención al interés superior de los niños y adolescentes migrantes y de los brasileños en el extranjero, además del reconocimiento de la migración como un derecho inalienable para todas las personas.

Sin embargo, la Ley pasó a ser reglamentada por el Decreto N° 9.199, de 20 de noviembre de 2017. No bastando la coexistencia de la Ley de Migración N° 13.445, que cuenta con 125 artículos y el Decreto N° 9.199, con 319 disposiciones, la materia atinente a la migración ha sido regulada por Ordenanzas Interministeriales, por ejemplo, la última Ordenanza Interministerial N° 12, de 20 de diciembre de 2019, que trata sobre la concesión de visa temporaria y de autorización de residencia para fines de acogida humanitaria para ciudadanos haitianos y apátridas residentes en la República de Haití, veamos:

[...] Art. 1º La presente Ordenanza dispone sobre la concesión de visa temporaria y permisos de residencia para fines de acogida humanitaria para ciudadanos haitianos y apátridas residentes en la República de Haití, para la aplicación del § 3º del art. 14, y la letra c) del inciso I del art. 30 de la Ley N° 13.445, de 24 de mayo de 2017, y del § 1º del art. 36 y § 1º del art. 145 del Decreto N° 9.199, de 20 de noviembre de 2017. Párrafo único. La hipótesis de acogida humanitaria establecida en esta Ordenanza no excluye la posibilidad de otras que puedan ser reconocidas por el Estado brasileño.

Art. 2º La visa temporaria prevista en esta Ordenanza tendrá plazo de validez de noventa días y será concedida exclusivamente por la Embajada de Brasil en Puerto Príncipe.

Art. 5º El ciudadano haitiano o apátrida residente en la República de Haití, que se encuentre en territorio brasileño, podrá requerir autorización de residencia para acogida humanitaria ante una de las unidades de la Policía Federal hasta el 31 de diciembre de 2020 [...].¹⁰

Se percibe la adopción por parte del gobierno brasileño de procedimientos regulatorios para casos de migración, especialmente con relación a aquella oriunda de la Isla Caribeña, con el objetivo de desburocratizarlos. La última Ordenanza Interministerial adoptada, apunta a mecanismos para la regularización migratoria de haitianos en Brasil, mediante expedición de visas o residencia específica para situaciones no previstas anteriormente en la Ley N° 13.445 y en el Decreto N° 9.199, así como la protección de las personas en condición de apátrida.

En esta línea se constata, la concesión de permisos de residencia, como bienvenida humanitaria, a 6.118 haitianos, publicado en el Boletín Oficial de la Unión el 7 de enero de 2019, a través del Departamento de Migración (DEMIG) a solicitud de

la Oficina del Defensoría Pública de la Unión (DPU). El país tiene un total de 13.539 permisos de residencia. La orden que otorgó la autorización determina que los inmigrantes deben registrarse con la Policía Federal dentro del plazo de 30 días. Los beneficiarios de esta Orden están exentos de tasas para obtener la regularización migratoria, de conformidad con el art. 312, § 5 del Decreto N° 9.199, de 20 de noviembre de 2017. El permiso de residencia no implica el reconocimiento de la nacionalidad brasileña. El estatus de residente tendrá lugar por un período de 2 (dos) años, de conformidad con el art. 5, párrafo único, de la Ordenanza Interministerial N° 10, de 6 de abril de 2018.

2.3. Medidas compulsivas en Brasil.

Como se vio, la segunda mitad de la década de 2000, se presentó como un escenario para la expansión de la agenda sociopolítica del Mercosur, aunque no haya una política migratoria única entre los países miembros del bloque, reverberó la repercusión en la temática migratoria, confiriendo a los diversos actores involucrados, sean estatales o de la sociedad civil organizada, mayor participación en las discusiones y énfasis sobre las cuestiones humanitarias, extendiendo los derechos a los migrantes. En ese sentido, como país sudamericano, el Estado brasileño se caracteriza por la apertura de fronteras, exceptuando la actual realidad de pandemia global a causa del COVID-19, con nuevas ordenanzas destinadas a abordar los problemas sanitarios, consolidándose como ejemplo regional, e incluso a nivel mundial, en lo que dice relación con la regularización migratoria de las más variadas nacionalidades, en la medida que cumplan con los requisitos para ello.

Con respecto a las medidas compulsivas, el país adopta tres mecanismos que son utilizados para obligar a los migrantes a regresar a sus países de origen. Las tres medidas están previstas en la legislación brasileña y tienen diferentes propósitos. Estas medidas son: la deportación, la extradición y la expulsión. La extradición es la entrega de un extranjero en territorio brasileño para que cumplir una sentencia o responder a un proceso en otro país que posea tratado de extradición con Brasil. La deportación, a su vez, es el retorno compulsivo de un extranjero debido a la entrada o permanencia irregular en el país. Incluye casos, por ejemplo, de personas que llegan a los aeropuertos sin visa o que exceden el tiempo de estadía permitido. La expulsión es aplicada cuando el migrante es condenado por crimen de genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra, delito común doloso susceptible de pena privativa de libertad, consideradas la gravedad y las posibilidades de resocialización en el territorio nacional, como el tráfico internacional de drogas.

Como se mencionó anteriormente, Brasil tiene en su ordenamiento jurídico la Ley de Migración N° 13.445/17, en la que se prevé la posibilidad de expulsar a los migrantes de su territo-

¹⁰ Casa Civil de la Presidencia da República. Disponible en: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-12-de-20-de-dezembro-de-2019-234972085>. Consultado en 04 abril de 2020.

rio, solo cuando ya no existe la posibilidad de recurrir de dicha decisión ante la justicia brasileña. Cabe señalar que las reglas para que se concrete la expulsión de extranjeros, comenzando por la Ley de Migración, se hicieron más claras y transparentes. Así, es permitida la permanencia en el país a quien obtenga la regularización de su situación migratoria y no tenga procesos pendientes en sus países de origen, ya que no puede considerarse un escondite para delincuentes, tanto de delitos comunes como de cuello blanco o terroristas.

El procedimiento de expulsión comienza con una investigación por parte de la Policía Federal. Al final de la instrucción, el proceso se envía al Ministerio de Justicia para su análisis y decisión. Si se decide expulsar, se publica una ordenanza en la Gaceta Oficial Federal, con la posibilidad de que la parte interesada solicite una reconsideración dentro de los 10 días posteriores a la notificación personal. La expulsión es hecha por la Policía Federal después de cumplir la sentencia o ser liberado por el Poder Judicial.

La medida administrativa se combina con el impedimento de reingreso por un periodo específico de tiempo del migrante o visitante con una sentencia definitiva condenatoria por el delito de genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra, crimen de agresión, en los términos definidos por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, promulgado por el Decreto N° 4.388, de 25 de septiembre de 2002. Además de delito común susceptible de privación de libertad, considerando la seriedad y las posibilidades de resocialización en el territorio nacional -texto del Decreto N° 9.199, de 20 de noviembre de 2017¹¹.

El proceso administrativo para fines de expulsión está regulado tanto por la Ley N° 13.445, de 24 de mayo de 2017 (Ley de Migración), como por el Decreto N° 9.199, de 20 de noviembre de 2017 (Decreto que regula la Ley de Migración) y por la Ley N° 9.784, de 29 de enero de 1999 (Ley de Procedimiento Administrativo). El gobierno brasileño ha utilizado más tecnología, como los sistemas de cruce de datos, para evaluar situaciones que podrían conducir a la expulsión, extradición o deportación de extranjeros en el país.

Con respecto a la competencia, debe tenerse en cuenta que es exclusiva del Poder Ejecutivo para "decidir sobre la expulsión, la duración del impedimento de reingreso y la suspensión o revocación de sus efectos (...)" (art. 54, § 2, de la Ley N° 13.445 de 2017).

Es importante mencionar que hay casos en los que incluso después de la decisión de expulsión, la medida puede ser revocada por el Poder Judicial. La 1ª Sección del Tribunal Superior de Justicia, basada en la Ley N° 13.445/2017, anuló una ordenanza del Ministerio de Justicia que determinó la expulsión de una ciudadana boliviana de Brasil y prohibió su reingreso al país durante 19 años. La decisión del Ministerio de Justicia se produjo después de que fue sentenciada a 4 años de prisión por tráfico de drogas.

Sin embargo, tuvo dos hijos en Brasil y estaba casada. Por lo tanto, la expulsión fue revocada por determinación del STJ, de acuerdo con el recurso HC N° 512478 / DF (2019 / 0151868-8) evaluado el 27/05/2019:

ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL HABEAS CORPUS. EXPULSIÓN EXTRANJERA. PRUEBA EXCLUYENDO HIPÓTESIS DE EXPULSIÓN. DOS NIÑOS BRASILEÑOS, BAJO GUARDIA DE LA GENITORA. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. ORDEN CONCEDIDA. 1. La expulsión es un acto discrecional practicado por el Poder Ejecutivo, que es responsable de analizar la conveniencia, necesidad, utilidad y oportunidad de la permanencia de un extranjero que comete un delito en territorio nacional, caracterizando un verdadero poder inherente a la soberanía del Estado.

la materia podrá ser sometida a la apreciación del Poder Judicial, que quedará limitado al examen del cumplimiento formal de los requisitos y la ausencia de obstáculos para la expulsión. 2. Según los términos del art. 55, II, a y b, de la Ley N° 13.445/2017, la expulsión no tendrá lugar cuando el extranjero tenga un hijo brasileño que esté bajo su custodia o dependencia económica o socio-afectiva, así como cuando tenga un cónyuge o pareja que resida en Brasil. 3. En este caso, la ordenanza de expulsión se emitió el 19/01/2019, es decir, cuando la recurrente ya era madre de dos niños pequeños brasileños, uno nacido el 14/01/2018 y el otro el 18/03/2015. Hubo evidencia de que los niños están bajo la custodia de la recurrente, lo que imposibilita que se haga efectivo el decreto de expulsión. Además, hay documentos que indican que la recurrente vive en una relación estable con una persona que reside en Brasil, lo que corrobora la imposibilidad de la expulsión. 4. Además, se debe aplicar el principio de la prioridad absoluta en el atendimento de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, previsto en el art. 227 de CF/1988, en el que se encuentra el derecho a la convivencia familiar, lo que justifica, en el presente caso, una solución que favorezca la permanencia de la madre en el territorio brasileño, en línea con la doctrina de protección integral, prevista en el art. Primero del TCE. Precedentes. 5. Orden concedida para cancelar la ordenanza de expulsión. Orden judicial ratificada. Queja interna manejado por la Unión afectada.

La relatoría del eminente Ministro Og Fernandes en el HC 512.478, consideró que la expulsión es un acto discrecional del Poder Ejecutivo. El ponente también constató que la documentación presentada por la Defensoría demuestra que la demandada es madre de dos niños brasileños que están bajo su custodia.

[...] "Por lo tanto, estando presentes cualesquiera de las situaciones previstas en el artículo 55 de la Ley N° 12.445/2017, el decreto de expulsión no es efectivo". Finalmente, el ministro decidió que era para garantizar los intereses de dos hijos de la parte pasiva. "Además, se debe aplicar el principio de la prioridad absoluta en el atendimento de los derechos e intereses del niño y del adolescente, previsto en el artículo 227 de la CF/88,

¹¹ Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. Disponible en: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/medidas-compulsorias>. Consultado en 04 abril de 2020.

en el que se encuentra el derecho a la convivencia familiar, lo que justifica, en el presente caso, una solución que privilegie la permanencia de la genitora en territorio brasileño, en consonancia con la doctrina de la protección integral prevista en el artículo 1º del ECA [...]."

El Tribunal Supremo Federal (STF) en Recurso Extraordinario N° 608.898, por mayoría de votos, decidió que un extranjero con un niño nacido en Brasil no puede ser expulsado del país si cometió un delito, independientemente de si el heredero nació antes o después del crimen.

Se desprende que, entre otros casos, la expulsión no ocurrirá si el extranjero tiene un hijo brasileño que esté bajo su custodia o dependencia económica o socio-afectiva, si tiene una persona brasileña bajo su cuidado; o incluso si tiene un cónyuge o pareja que reside en Brasil.

Sobre el recuento de expulsiones de migrantes del territorio brasileño, en el año de 2017 hubo 375 expulsiones. De esos, 128 corresponde a tres países: Bolivia (51), Nigeria (45) y Sudáfrica (32). Todos cometieron crímenes dentro del territorio nacional y sus expulsiones fueron decretadas por ordenanzas del Ministerio de Justicia¹². En 2019 creció un 85% en comparación con el año anterior. De acuerdo con datos de la cartera comandada por el ministro Sérgio Moro, 1.238 personas tuvieron decretos de expulsión expedidos el año pasado. El aumento de ese tipo de acciones viene desde el año 2017, cuando fue aprobada la nueva Ley de Migración. Aunque se haya determinado la expulsión de más de 1,2 mil personas, el Ministerio de Justicia afirmó que el número de expulsiones efectivamente realizadas fue menor. Por fin, corresponderá a la Policía Federal cumplir con la determinación del Ministerio de Justicia. El aumento en el volumen de decretos de expulsión en 2019 se produjo, según el Ministerio de la Justicia, debido de un esfuerzo conjunto llevado a cabo por el Departamento de Migraciones (Demig).¹³

El director-adjunto del Departamento de Migraciones de Brasil (Demig), André Furquim, destacó que la garantía al contradictorio y a la amplia defensa fue expresamente prevista en los procedimientos de retirada compulsiva de migrantes del territorio nacional, limitándose a las hipótesis de expulsión solamente en casos de condena penal ejecutoriada.

2.3. Régimen normativo chileno.

A nivel normativo, el núcleo central del derecho migratorio chileno está en el Decreto Ley N° 1.094 del año 1975, co-

nocido como la "Ley de Extranjería"¹⁴. Una de las características de esta regulación, viene dada por las amplísimas potestades que les entrega a los órganos encargados del control migratorio, facultándolos a impedir bajo supuestos genéricos, el ingreso de personas extranjeras o su expulsión del territorio nacional, sin necesidad de observarse mayores formalidades de orden procesal¹⁵. Como consecuencia del ejercicio de estas facultades, en la práctica se producen una serie de situaciones que colisionan con los legítimos intereses de los migrantes, y en general, afectando aspectos esenciales del debido proceso (RÍOS, 2018, p. 237).

En este sentido, el Tribunal Constitucional chileno, pronunciándose respecto de la constitucionalidad de este decreto ley, señaló que:

*"[S]e trata de una norma preconstitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno"*¹⁶.

Es precisamente en este escenario que los tribunales superiores de justicia han jugado un rol fundamental cuando, una vez solicitada su intervención por parte de los afectados, han otorgado tutela efectiva a los derechos de los migrantes en los casos en que la autoridad ha ejercido sus facultades de forma arbitraria o ilegal, afectando su libertad personal o seguridad individual, adquiriendo la acción de amparo del artículo 21 de la Constitución un rol protagónico, como mecanismo idóneo y eficaz para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado.

El artículo 21 de la Constitución Política de la República, dispone que:

"Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso en infracción de lo dispuesto en la Constitución Política de la República o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención.

Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo

¹² Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. Disponible en: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/medidas-compulsorias>. Acceso abril de 2020.

¹³ Periódico O Globo. <https://oglobo.globo.com/brasil/expulsoes-de-estrangeiros-crescem-85-em-2019-chegam-12-mil-1-24239282>. Consultado en 04 abril de 2020.

¹⁴ Complementada por el Decreto Supremo N° 597 del año 1984, que establece su reglamento.

¹⁵ Los principales órganos públicos encargados del control migratorio en Chile son: el Departamento de Extranjería y Migración, el Intendente Regional y la Policía de Investigaciones de Chile.

¹⁶ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. Rol N° 2273-2012, de 4 de julio de 2013.

breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado".

A nivel legal, los artículos 15 y ss. del Decreto Ley N° 1094, regulan las causales de impedimento de ingreso al país. Así, el principal sustento positivo de la potestad de autoridad administrativa para decretar la expulsión del migrante está contenido en el artículo 17 en relación con el artículo 15 N° 2 de la Ley de Extranjería, que en lo pertinente señalan:

Art. 17. "Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional".

Art. 15. "Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:

1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;

2: Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.

4.- Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social".

A nivel penal, podemos destacar la regulación que efectúa la Ley de Extranjería acerca del delito de ingreso clandestino. Dicho delito se encuentra previsto y sancionado en el artículo 69 del DL N° 1.094. Esta norma establece:

"Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hicieron por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si entraren al país existiendo a su respecto causales

de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional".

A su turno, el artículo 146 del Reglamento dispone que:

"[...] se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burle en cualquier forma el control policial de entrada [...] Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional".

Agrega el artículo 158 del Reglamento, al regular aspectos procedimentales, que:

"[...] El proceso respectivo se iniciará por denuncia o requerimiento del Ministro del Interior o del Intendente Regional respectivo, en base a los informes o antecedentes de los Servicios de Control, de otras autoridades o de particulares. El Ministro del Interior o Intendencia Regional, podrán desistirse de la denuncia o requerimiento en cualquier tiempo, dándose por extinguida la acción penal. En tal caso, el Tribunal dictará el sobreseimiento definitivo y dispondrá la inmediata libertad de los detenidos o reos".

2.4. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile en materia migratoria.

Un hito relevante en la determinación de los criterios que la Corte Suprema ha venido aplicando en materia migratoria, dice relación con la promoción en el año 2014, del "Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas"¹⁷, cuyos principios orientadores podemos encontrarlos de manera recurrente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile. Dicho Protocolo enuncia dieciséis principios de carácter general que, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia, deben ser observados en cualquier momento del proceso de justicia en los que estén involucradas personas migrantes o sujetas de protección internacional. En este sentido, entregan lineamientos generales, a nivel de recomendación, para que los tribunales los apliquen de manera directa o bien como criterios interpretativos. Dentro de estos principios destacan, igualdad y no discriminación, pro persona, interés superior del niño, niña o adolescente migrante, presunción de inocencia, beneficio de la duda, unidad familiar y no devolución de quienes soliciten asilo, entre otros.

¹⁷ Disponible en: <http://migracion.iniciativa2025alc.org/protocolo-iberoamericano-de-actuacion-judicial-para-mejorar-el-acceso-a-la-justicia-de-personas-con-discapacidad-migrantes-ninas-ninos-adolescentes-comunidades-y-pueblos-indigenas/>. Consultado en 04 abril de 2020.

Los principales criterios y fundamentos que ha considerado y esgrimido en los últimos años la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile al acoger recursos de apelación interpuestos en contra de decisiones adoptadas por las diversas Cortes de Apelaciones del país en conocimiento de acciones de amparos en materias migratorias, han sido discutidos esencialmente en materias de: (1) Ingreso clandestino, (2) Ejercicio de facultades en el control migratorio por la autoridad administrativa; (3) Expulsiones por comisión de delitos diversos al ingreso clandestino, (4) Imputación o condena por delito cometido en el extranjero (RÍOS, 2018, pp. 238 y ss. HENRÍQUEZ, 2019, pp. 43 y ss).

2.4.1. Ingreso clandestino.

En lo que respecta al ingreso clandestino, mediante la interposición de acciones de amparo se pretende dejar sin efecto la resolución o decreto que ha dispuesto la sanción de expulsión para aquellos extranjeros que, en cuanto al ingreso o egreso del territorio nacional, no han dado cumplimiento a las normativas legales vigentes, incurriendo y configurando los presupuestos de este tipo penal, en la medida que se considera a dicha resolución o decreto como arbitraria o ilegal.

En general, puede constatare que las acciones de amparo en esta materia toman como antecedente y fundamento la circunstancia de que la autoridad respectiva había efectuado la correspondiente denuncia ante el Ministerio Público, lo que la habilitaba para decretar la correspondiente expulsión, en los términos del artículo 158 del Reglamento de Extranjería. Así, interpuesta que hubiere sido la respectiva denuncia, acto seguido, la misma autoridad formulaba el desistimiento de ésta, produciéndose por el sólo ministerio de la ley la extinción de la responsabilidad penal.

En los últimos años la Sala Penal de la Corte Suprema ha sido categórica en cuanto a la inaplicabilidad de la medida de expulsión de un extranjero por la sola denuncia de la autoridad ante el Ministerio Público, elevando el baremo a la necesidad de que exista una sentencia penal condenatoria que haya dado por acreditado el delito de ingreso clandestino. En esta línea podemos citar los siguientes fallos:

"[...] Que el referido artículo 69, norma de rango legal, es complementado por el ya mencionado artículo 146 del Decreto Supremo N° 597, que contiene el reglamento de extranjería y que consagra como antecedente de la medida de expulsión, además del cumplimiento de la pena, la obtención de la libertad conforme con lo previsto por el artículo 158, esto es, en el caso que la autoridad administrativa se desista de la denuncia o requerimiento por la comisión, entre otros, del delito de ingreso clandestino, dándose por extinguida la acción penal, debiendo resol-

verse el sobreseimiento definitivo como la inmediata libertad de los detenidos o reos. Esta última hipótesis implica la ausencia de un pronunciamiento emitido por un tribunal con competencia penal que establezca la existencia del delito migratorio como la participación culpable del extranjero, permitiendo la expulsión de un sujeto respecto del cual no se ha declarado responsabilidad penal alguna en el hecho ilícito que le sirve de base. Evidentemente, tal situación no resulta admisible, más aún cuando ha sido prevista por una norma de rango inferior a la ley que establece el tipo penal y el castigo que acarrea¹⁸."

"[...] Que, conforme prescribe el artículo 78 de la Ley de Extranjería, en delitos migratorios como el de la especie, el desistimiento del denunciante importa la extinción de la acción penal, lo que acarrea la imposibilidad de determinar la existencia del ilícito y la participación culpable del extranjero en su comisión, quedando, por ello, amparado por la presunción de inocencia.

En ese escenario, en que no existirá castigo penal por los hechos denunciados, tiene importancia atender a lo prevenido por el artículo 69 del citado cuerpo normativo, que dispone en su inciso final que, una vez cumplida la pena por el delito de ingreso clandestino, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional. La antedicha circunstancia –cumplimiento de la pena impuesta por el delito–, aparece como una condición previa al decreto de expulsión que, en este caso, no podrá verificarse, al estar extinguida la acción penal por el desistimiento de la autoridad, de lo que se sigue que tampoco será factible imponer una sanción administrativa por un hecho cuya naturaleza delictiva no fue establecida previamente por el tribunal llamado por la ley a conocer de ello¹⁹."

2.4.2. Ejercicio de facultades en el control migratorio por la autoridad administrativa.

La Corte Suprema ha resuelto que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado, en materia de control migratorio, son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad. Y esta razonabilidad viene dada principalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución chilena, del respeto de las garantías que componen un justo y racional procedimiento, o en clave internacional de los Derechos Humanos, de un cabal respeto del debido proceso, aun cuando se trate de órganos que no ejerzan jurisdicción, tal como ha resuelto de manera constante la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰.

Por ejemplo, la Corte Suprema ha resuelto, revocando la decisión precedente de la Corte de Apelaciones:

¹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 50.026-2016, de 18 de agosto de 2016.

¹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 12356-2015, de 2 de septiembre de 2015. Mismo criterio en SCS Rol N° 8436-2015, de 9 de julio de 2015.

²⁰ Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, de 31 de enero de 2001.

"[...] 4º Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6º de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso"²¹.

2.4.3. Expulsiones por comisión de delitos diversos al ingreso clandestino.

Otro grupo de amparos acogidos por la máxima magistratura está constituido por aquellas acciones constitucionales interpuestas por afectados de órdenes de expulsión, negativa a otorgar permisos de residencia y prohibiciones de ingresos al territorio nacional, por haber cometido delitos diversos al ingreso clandestino en nuestro país, y respecto de los cuales fueron condenados por nuestros tribunales.

Aquí se pueden encontrar criterios de la Corte Suprema en orden a que las exigencias contenidas, principalmente en el segundo numeral del artículo 15 ya citado, ("actos contrarios a la moral o las buenas costumbres") son conceptos jurídicos indeterminados a los que la autoridad debe otorgar contenido, y con mayor razón en la medida que se pretenda justificar una medida de expulsión respecto de un extranjero. Luego, no basta la mera concurrencia de un reproche penal de las conductas que el artículo 15 señala, sino que se requiere una habitualidad en el desarrollo de estas ("dediquen")²². A propósito de este requisito de habitualidad de la conducta delictiva, la Sala Penal resolvió:

"[...] De este modo, el delito cometido no constituye la situación que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la

ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y habitualidad, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, lo que no se satisface con una sola conducta aislada que ya ha sido sancionada"²³.

Estos fundamentos que dicen relación con la habitualidad o reiteración de las conductas delictivas, han sido utilizado por la Corte Suprema cuando los actos administrativos se han basado en haber sido el recurrente condenado por alguno de los siguientes delitos: Quiebra fraudulenta²⁴; Estafa²⁵; Uso malicioso de instrumentos mercantil falso²⁶; Infracción a la Ley de Propiedad Intelectual²⁷; Giro doloso de cheques²⁸; Hurto²⁹; Conducción en estado de ebriedad³⁰; Porte ilegal de arma de fuego³¹; Robo con violencia³²; Robo con intimidación³³; Delitos de la Ley de Drogas³⁴.

2.4.4. Imputación o condena por delito cometido en el extranjero.

Se ha discutido también en sede de amparo constitucional aquellas situaciones en que la imputación o condena por la comisión de un delito en el extranjero, ha servido a nuestra autoridad migratoria como fundamento para impedir el ingreso de un ciudadano extranjero, negar las peticiones de visas, como también para decretar su expulsión de nuestro país.

Los fundamentos que la Segunda Sala de la Corte Suprema recurrentemente ha tenido presente para efectos de revocar las sentencias apeladas y acoger estas acciones cautelares se han basado principalmente en: arraigo social; ausencia de sentencia condenatoria en país extranjero; registrar una única condena en país extranjero; antigüedad de las condenas invocadas; prescripción; carácter y naturaleza del delito, entidad del desvalor de acción y resultado de la conducta; ausencia de nuevas imputa-

²¹ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 8775-2015, de 21 de julio de 2015. Cfr. SCS Rol N° 16754-2017, de 8 de mayo de 2017, SCS Rol N° 12208-2017, de 18 de abril de 2017; SCS Rol N° 97645-2016, de 13 de diciembre de 2017; SCS Rol N° 2309-2015, de 29 de febrero de 2015, y SCS Rol N° 66-2013, de 09 de enero de 2013.

²² Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 7532-2018, de 2 de mayo de 2018.

²³ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 2309-2015, de 29 de febrero de 2015. La tesis antagónica (minoritaria) puede consultarse en SCS Rol N° 7532-2018, de 2 de mayo de 2018. Mismos fundamentos o similares en SCS Rol N° 2268-2018, de 7 de febrero de 2018, SCS Rol N° 1152-2018, de 23 de enero de 2018 y SCS Rol N° 2309-2015, de 29 de febrero de 2015.

²⁴ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 8689-2018, de 16 de mayo de 2018.

²⁵ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 8689-2018, de 16 de mayo de 2018.

²⁶ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 2540-2018, de 13 de febrero de 2018.

²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 10836-2014, de 20 de mayo de 2014.

²⁸ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 6649-2013, de 9 de septiembre de 2013.

²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 66-2013, de 9 de enero de 2013.

³⁰ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 8775-2015, de 21 de julio de 2015.

³¹ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 2540-2018, de 13 de febrero de 2018.

³² Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 2268-2018, de 7 de febrero de 2018.

³³ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 7532-2018, de 2 de mayo de 2018.

³⁴ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 2269-2018, de 7 de febrero de 2018, SCS Rol N° 1152-2018, de 23 de enero de 2018, SCS Rol N° 16754-2017, de 8 de mayo de 2017, SCS Rol N° 12208-2017, de 18 de abril de 2017, SCS Rol N° 97645-2016, de 13 de diciembre de 2017 y SCS Rol N° 2309-2015, de 29 de febrero de 2015.

ciones o condenas en Chile o en el país de origen; forma de cumplimiento de la pena en país de origen y cumplimiento efectivo de la pena; denegación a solicitud de extradición pasiva previa, y eliminación prontuarial previa, entre otros. La Corte toma como elemento de juicio la proporcionalidad entre la decisión de expulsión y la gravedad y época de los hechos que motivarían la misma, y en caso de fracasar este test, su resultado determinaría la arbitrariedad de dicha decisión.

Revisemos una síntesis de casos y los argumentos de la Sala Penal en estas hipótesis:

"3°) Que, de ahí que en el caso sub lite, la mera dictación de la condena mencionada no resultaba suficiente sustento para decretar la obligación de abandonar el país como consecuencia del rechazo de la visa pedida, tratándose de una sanción de antigua data, cumplida en libertad que, además, se refiere a un delito de peligro por el porte de un objeto prohibido, sin afectar derechos de terceros, y sin que se tengan antecedentes ni se haya esgrimido por la autoridad administrativa que desde entonces incurrió en el mismo u otro ilícito que permita descartar que aquel por el que fue condenado no haya correspondido a un hecho aislado, menos aún si el recurrente ha demostrado arraigo familiar y laboral en este país"⁹⁵.

En otro caso, la Corte resolvió:

"3°) Que, en consecuencia, los fundamentos que se invocaron por la autoridad en su oportunidad para rechazar la visación solicitada por la amparada y, consecuentemente, ordenar el abandono del país, por el extenso lapso transcurrido desde la condena invocada así como por las contemporáneas circunstancias personales de la recurrente y de su entorno familiar, no sirven para justificar los efectos que conllevaría el actual cumplimiento del abandono ordenado, de donde se deriva que esta medida decretada por la Administración carece hoy de razón plausible que la sostenga y, consecuentemente, por esa falta de fundamentación, deviene en ilegal [...]"⁹⁶.

En un tercer caso, siguiendo el mismo criterio anterior tomando como base la prescripción de la pena:

"2.- Que, respecto de aquella condena [...] ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la pena [...] sin que se hay presentado durante el término de ley ningún tipo de interrupción al respecto, por lo que su responsabilidad penal esta extinguida.

3°- Que así las cosas, la resolución atacada, deviene en ilegal por ausencia de fundamentos que la justifiquen, motivo por el cual la presente acción constitucional será acogida, al afectar la libertad ambulatoria del ciudadano colombiano individualizado, sujeto a la medida de abandono del territorio nacional"⁹⁷.

Cuando el fundamento de la expulsión se basa en una difusión roja de Interpol y el consecuencial pedido de extradición pasiva es rechazado, la Corte ha sido categórica a la hora de acoger la acción de amparo:

"1° Que los antecedentes que sirven de fundamento al Decreto de Expulsión [...], y a la medida administrativa de abandono, contenida en la Resolución [...], consistentes en el registro de una "difusión roja" emanada de OCN Lima-Perú, de veinte de septiembre de dos mil doce, por la supuesta comisión del delito de violación de menor de edad en el país del origen del amparado, aparecen desvirtuados, pues tales actos se basan, en el fondo, en los mismos hechos que dieron origen al pedido de extradición Rol N° 22301-14 de este Tribunal, el cual fue rechazado por sentencia firme, por no encontrarse debidamente acreditado el delito invocado por el Estado requirente. En tales condiciones, la decisión del ente administrativo quedó, por virtud de una sentencia judicial-resolución de jerarquía superior-privada de su fundamento principal y central"⁹⁸.

2.5. Casos de haitianos conocidos por la Corte Suprema de Chile.

Durante el año 2018, la Corte Suprema conoció de diversos casos en el contexto de amparos deducidos en favor de ciudadanos haitianos que se vieron afectados principalmente por actuaciones de la Policía de Investigaciones de Chile, haciendo uso de sus facultades de control migratorio. En la mayoría de estos casos, la Corte Suprema falló en favor del ciudadano extranjero por entender que las conductas desplegadas por la policía fueron al margen de la ley, o bien mediante un ejercicio arbitrario o ilegal de las facultades que ésta le confiere, amenazando, privando o perturbando la libertad personal o seguridad individual de los recurrentes. Revisaremos dos de los casos más emblemáticos conocidos por la Sala Penal de la Corte Suprema, con la finalidad de poder evidenciar que la acción constitucional de amparo resulta totalmente idónea para conocer y remediar –en lo posible– estas situaciones.

El primero de estos casos³⁹ versa sobre la negativa de ingreso al país a 62 ciudadanos de nacionalidad haitiana, efectuada por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, fundada principalmente en que, al momento del control migratorio, los extranjeros no portaban dinero suficiente para su permanencia en Chile, no acreditaron fehacientemente una estadía definida en el país, no exhibieron pasajes de regreso para confirmar su salida del territorio chileno, no acreditaron vínculos familiares en el país, y declararon hechos falsos ante la policía, respecto de su calidad de turistas, al presentar reservas de hote-

³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 12.438-2018, de 5 de junio de 2018.

³⁶ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 21.928-2017, de 30 de mayo de 2017.

³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 7076-2017, de 8 de marzo de 2017.

³⁸ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 2308-2015, de 18 de febrero de 2015.

³⁹ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol N° 4292-2018, de 21 de marzo de 2018.

les inexistentes. La Policía de Investigaciones justificó su actuar basada en las normas contenidas en los artículos 44, inciso 2º, y 64, Nº 2, del Decreto Ley Nº 1.094, y en el artículo 138, Nº 2, del Decreto Supremo Nº 597.

En conocimiento del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había rechazado la acción de amparo interpuesta a favor de los ciudadanos haitianos, la Corte Suprema, luego de hacer presente que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate, y que su ejercicio legítimo exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad, estableció los siguientes parámetros:

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: 'El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.'

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas, es decir, la salida obligatoria de grupos de extranjeros sin que exista un examen individual, respecto de cada miembro del grupo. Debe existir en consecuencia una descripción fáctica de la conducta que se le atribuye a cada uno de ellos, consistente en hechos positivos y objetivos concretos, que permitan sustentar que se encuentran en la hipótesis del artículo 15 Nº 7 del Decreto Ley 1.094, que prohíbe el ingreso al país de los extranjeros: 'que no cumplan con los requisitos de ingreso, establecidos en este decreto ley y su reglamento.'

Que respecto del requisito "dinero suficiente para su permanencia en Chile", al no estar definido por la ley, este debe ser precisado por la autoridad, mediante el empleo de un criterio racional y comprensible por individuos extranjeros que no dominan el idioma español.

La ausencia de vínculos familiares de los ciudadanos haitianos en Chile, como causal para impedir su ingreso, es contradictorio tanto con la calidad de turista que ellos invocaron, y además no está considerado como presupuesto legal para ello. En conclusión, la medida adoptada por la Policía de Investigaciones de Chile fue ilegal y arbitraria y vulneró su libertad de desplazamiento, puesto que no existe justificación alguna que fundamente en derecho la actuación desplegada por la autoridad policial.

El segundo de estos casos⁴⁰ también refiere a la negativa de ingreso a un ciudadano de nacionalidad haitiana por parte de la Policía de Investigaciones de Chile. En este caso, el fundamento de la negativa se basó en no haber acreditado fehacientemente su calidad de turista y, además, haber efectuado declaraciones falsas al agente que realizó su control migratorio, relativas a la existencia de vínculos familiares en Chile y al lugar en que pernoctaría durante su permanencia en el país. En lo pertinente, la Sala Penal de la Corte Suprema revocó la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

cientemente su calidad de turista y, además, haber efectuado declaraciones falsas al agente que realizó su control migratorio, relativas a la existencia de vínculos familiares en Chile y al lugar en que pernoctaría durante su permanencia en el país. En lo pertinente, la Sala Penal de la Corte Suprema revocó la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

CONCLUSIONES

En lo referido a Brasil, la Ley de Migración entró en vigor en la misma fecha de la publicación del Decreto Nº 9.199, que regula varios puntos de la legislación y garantiza su aplicación. Este cuerpo normativo es el resultado de una serie de debates entre los diversos organismos involucrados directa e indirectamente en el tema migratorio en Brasil y en el extranjero (Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Relaciones Exteriores y la Policía Federal), además de representantes de la sociedad civil y de organizaciones internacionales.

En el Decreto fueron detalladas cuestiones prácticas de la Ley, como los requisitos para cada tipo de visa, la disciplina del procedimiento de reconocimiento de apátrida y la consecuente naturalización facilitada, los requisitos para obtención de residencia y otros procedimientos administrativos.

Se percibe que Brasil, al promulgar tales políticas y regulaciones, se está moviendo hacia una legislación capaz de realizar lo que se desprende del texto constitucional, a medida que se acerca a la efectividad de las disposiciones del Artículo 5, que prohíbe las distinciones discrecionales entre brasileños y extranjeros, léase migrantes. Además, la nueva ley entiende la migración como un fenómeno de la humanidad y no como consecuencia de situaciones como el desplazamiento forzado o la migración puramente económica. Otro punto importante se refiere a la tramitación del proceso de regularización migratoria, mientras tanto el solicitante tendrá derecho a todas las garantías y mecanismos de protección y de facilitación de inclusión social, como documento de identidad, acceso a la educación y a los servicios de salud.

A pesar de que el Estado brasileño tiene disposiciones para llevar a cabo las medidas compulsivas, por ejemplo, la expulsión de extranjeros/migrantes del país, pero tales mecanismos están vinculados a los requisitos legales, es decir, solo en la medida que se cumplan con tales exigencias será factible la expulsión, de lo contrario no será procedente. Para que se produzca la expulsión del territorio nacional, es deber de los agentes involucrados respetar los criterios objetivos de acuerdo con la regulación legal, tal como se ha destacado en el curso de este trabajo. En el mismo sentido, se ha posicionado la jurisprudencia de los tribunales superiores brasileños, como es el caso del Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Federal Supremo, ambos garantizando el

⁴⁰ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. SCS Rol Nº 5426-2018, de 4 de abril de 2018.

estricto cumplimiento de la Ley de Migración N° 13.445/17 y de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, en lo que se refiere a la expulsión o a la imposibilidad jurídica de su ocurrencia.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico chileno, en los últimos años, la doctrina se ha encargado de evidenciar una tendencia, fundamentalmente de la Corte Suprema, en orden a ampliar el alcance del habeas corpus más allá del ámbito judicial penal, es decir, para casos en que no se recurre en contra una resolución judicial, o que, de recurrirse en contra de ella, dicha resolución no ha sido pronunciada en sede penal, casos entre los cuales destacan por su cantidad, aquellos relacionados con materias migratorias.

Respecto al rol de la Corte Suprema de Chile, podemos concluir que la acción de amparo en materia penal-migratoria, ha sido el principal medio de defensa legal, para aquellos extranjeros que han visto amenazada, privada o perturbada su libertad personal o seguridad individual, constituyendo un verdadero escudo de protección jurisdiccional, frente a las conductas arbitrarias o ilegales desplegadas por las autoridades encargadas por la ley del control migratorio.

Tratándose en específico del delito de ingreso clandestino, tipificado en la legislación chilena, las principales circunstancias o elementos que la Corte Suprema considera para fundar sus resoluciones favorables a los intereses de los extranjeros recurrentes, han sido las siguientes: Inejecución de las órdenes de expulsión hace perder oportunidad al acto administrativo; No mantener investigaciones penales vigentes o haber sido condenado por delitos en Chile durante su estadía; No registrar condenas en sus países de origen u otro país; Desproporcionalidad de la sanción frente a la falta de antijuridicidad material del ingreso clandestino.

Por último, no podemos dejar de hacer presente que se torna indispensable la dictación de una nueva legislación que condense y regule de forma transversal -orgánica, sustantiva y adjetivamente-, bajo criterios armónicos y respetuosos de la dignidad, y derechos fundamentales de las personas, aquellas situaciones que comprenden el estudio del derecho migratorio. Solo así, una normativa que posibilite el cumplimiento de los objetivos pretendidos por la política migratoria, pero que, a su vez, descansa en el pleno reconocimiento de la igualdad ante la ley más allá de origen del individuo, la no discriminación arbitraria y el cumplimiento irrestricto de las garantías mínimas del debido proceso, tornará legítimo el ejercicio de facultades fiscalizadoras, sancionatorias y punitivas de parte de los órganos del Estado.

REFERENCIAS:

BRASIL. CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-12-de-20-de-dezembro-de-2019-234972085>. Consultado en 04

abril de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/medidas-compulsorias>. Consultado en 04 abril de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1548076621.42>. Consultado en 04 abril de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/imprensa/cnig-prorroga-concessao-de-visto-especial-a-haitianos.htm>. Consultado en 04 abril de 2020.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÊDO, M; PEREDA, L. Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil. A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança pública/ Conselho Nacional de Imigração e Cordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra2019.

FERNANDES, Jéssica. Operação Haiti: ação humanitária ou interesse político para o Brasil? Conjuntura internacional. n.º 22. PUC Minas. 2010. 22 March: 1-4. Published on line, 22 march 2010: Published on line, 22 march 2010: <http://www.pucminas.br/conjuntura>. Consultado en 04 abril de 2020.

HENRÍQUEZ, Miriam. Acción de amparo. DER Ediciones, Santiago, 2019. p. 1-79.

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR. Secretario Ejecutivo | José Augusto Lindgren Alves. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM) Director Regional para América del Sur | Diego Beltrand. Diagnóstico regional sobre migración haitiana. Disponível em: https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/publicaciones/Diagnostico_Regional.pdf. Consultado en 04 abril de 2020.

NAÇÕES UNIDAS. <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-estudo-sobre-migracao-haitiana-para-brasil-chile-e-argentina/>. Consultado en 04 abril de 2020.

PINTO, Joseane M. Schuck. O desolador cenário migratório do Triângulo Norte da América Central: limites e perspectivas no âmbito humanitário. Rev. Sociologias Plurais, v. 6, n. 1, p. 29-44, jan. 2020. Recebido em maio de 2019. Aceito em outubro de 2019. <https://revistas.ufpr.br/scplpr/article/view/71448>. Consultado en 04 abril de 2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/scplpr.v6i1.71448>

_____, Joseane M. Schuck. Os deslocamentos forçados de haitianos e suas implicações; desafios global na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-135.

RÍOS, Rodrigo, La acción de amparo. Proceso penal y materia migratoria. Thomson Reuters, Santiago, 2018. p. 1-282.

SILVA, Sidney A da. Brazil, a new Eldorado for Immigrants?: The Case of Haitians and the Brazilian Immigration Policy. Urbanities, v. 3, n. 2, p. 3 - 18, 2013. Disponível em: http://www.anthrojournal-urbanities.com/docs/tableofcontents_5/2-Sidney%20Antonio%20da%20Silva.pdf. Consultado em 04 de abril de 2020.

SOARES, João Clemente Baena. Sem medo da diplomacia. CPDOC. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 1-128.

UNODC. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>. Recibido en mayo de 2019. Consultado en 04 abril de 2020.

Submetido: 20/09/2020

Aceite: 10/12/2020