

PACTO MIGRATORIO: RAZONES QUE JUSTIFICAN SU RECHAZO

- Si bien el Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular (“Pacto Migratorio” o “Pacto”) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) es un pacto de cooperación y no vinculante jurídicamente, genera compromisos políticos importantes, lo que se ve potenciado por una creciente tendencia por parte de tribunales nacionales e internacionales a aplicar dichos acuerdos como parte integrante del derecho internacional.
- El Pacto Migratorio, al no distinguir claramente entre migrantes regulares e irregulares, propone también medidas de acción que son contrarias a la política migratoria que está impulsando el actual gobierno.
- Cabe hacer presente que el proyecto de ley de migración y extranjería, en actual tramitación ante el Congreso Nacional, y la política migratoria del gobierno del Presidente Piñera, tienen como objetivo esencial apuntar hacia la migración regular.

El pasado 10 de diciembre, por aclamación en sesión plenaria, 150 países de la ONU aprobaron en Marruecos el Pacto Migratorio. Sin embargo, el gobierno de Chile -junto al de otros paísesⁱ- decidió no aprobarlo, arguyendo básicamente la inconsistencia de dicho instrumento con la política migratoria que se está promoviendo en nuestro país. Sin perjuicio de las diversas posiciones al respecto, existen argumentos de peso que conducen a la conveniencia de haberse restado de esta aprobación.

MIGRACIÓN: UN FENÓMENO MUNDIAL Y NACIONAL

La migración es uno de los temas políticos de mayor relevancia en el mundo actual. El número de personas que viven fuera de su país de origen alcanzó 244 millones en 2015, lo que supone un aumento de 41% con respecto al año 2000. Esto se produce tanto por razones político-humanitarias, como es el caso de Siria; como por razones económicas y también políticas desde diversos países de Áfricaⁱⁱ.

Chile no ha estado ajeno a este fenómeno. En efecto, durante los últimos años, hemos recibido un importante flujo migratorio, concentrándose principalmente en

los años 2016 y 2017. Estimaciones del Departamento de Extranjería y Migraciones (DEM) indican que entre enero 2015 y diciembre 2017 ingresaron al país aprox. 700 mil inmigrantes, con lo que la población extranjera residente pasó de 2,3 a 5,9% en tres añosⁱⁱⁱ. Pese a dicho contexto, la administración anterior no impulsó una política migratoria eficaz, presentando recién a fines de su mandato un proyecto de ley que evidentemente no prosperó. En este escenario, y ante la inexplicable inacción del gobierno anterior, se creó un contexto en que resultaba urgente y prioritario abordar esta situación para fortalecer y renovar la política migratoria de nuestro país, razón por la que el Presidente Sebastián Piñera, a inicios de su mandato, dispuso una serie de medidas administrativas tendientes a promover la regularización de los migrantes y presentó indicaciones al proyecto de ley de migración y extranjería ingresado en su mandato anterior, impulsándolo.

LOS LINEAMIENTOS DE LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA EN CHILE

La migración es un fenómeno que trae innumerables ventajas para nuestro país. Claramente tiene un impacto positivo en el crecimiento económico, aportando con capital humano más numeroso y calificado y contrarresta también los efectos negativos del envejecimiento de la población chilena. En efecto, de acuerdo a un documento reciente elaborado por el INE^{iv}, según el Censo 2017, el 85,8% de la población inmigrante internacional tiene entre 15 y 64 años de edad, es decir, figura como potencialmente activa. Dicha cifra es mayor en 18 puntos porcentuales que la población residente nativa, donde un 67,9% conforma este grupo etario. Asimismo, la población inmigrante está menos envejecida que la población nativa, con 3,6% y 11,8% con 65 o más años de edad respectivamente. Dicho estudio también refleja que el promedio de años de escolaridad de los inmigrantes es superior al chileno (12,6 años de escolaridad promedio versus 11).

Por otro lado, la migración enriquece nuestra cultura con su diversidad, lo que se ve reflejado en diversas áreas, tales como el deporte, la academia, y el arte, entre otros. Teniendo lo anterior en cuenta, el proyecto de ley de migración y extranjería en actual tramitación -aprobado ya por varias Comisiones de la Cámara de Diputados y pronto a ser votado en la Sala de dicha Cámara- plantea un nuevo enfoque en política migratoria, teniendo como objetivo esencial apuntar hacia la migración regular como única vía para la integración plena. Para ello, contiene importantes incentivos para la regularidad migratoria, de manera que el migrante pueda desarrollar su vida en las mejores condiciones posibles, estableciendo derechos y deberes para los migrantes; al mismo tiempo que reprime la

irregularidad, por cuanto ésta termina perjudicando finalmente al que se encuentra en dicha situación, volviéndolo vulnerable y marginado de la sociedad.

Así, uno de los objetivos que persiguen tanto el proyecto de ley como las demás medidas administrativas impulsadas por el gobierno, es que se transparenten los motivos de ingreso al país por parte de los extranjeros, de manera que no ocurra que quienes ingresen como turistas terminen quedándose indefinidamente y exponiéndose a condiciones de precariedad. En esta línea se encuentran el proceso de regularización o el plan de retorno humanitario ofrecido a aquellos inmigrantes que voluntariamente deseen regresar a sus países de origen.

Finalmente, cabe tener en cuenta que la política migratoria que está llevando adelante el gobierno tiene una gran acogida en la ciudadanía. Según la Encuesta CADEM de la cuarta semana de noviembre, un 64% aprueba la política que se está desarrollando en migraciones^v.

PACTO MIGRATORIO

El Pacto Mundial para la Migración Ordenada, Segura y Regular de la ONU nació como un marco de cooperación no vinculante jurídicamente hablando, que se basa en los compromisos adquiridos por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados e Inmigrantes^{vi}, con el objeto de contribuir a una mejor cooperación sobre la migración internacional en todas sus dimensiones, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario. Se inspira en una serie de principios, entre los que destacan el principio de cooperación internacional, soberanía nacional, desarrollo sostenible, derechos humanos, entre otros, y establece 23 objetivos, para los cuales se proponen diversos compromisos de acción concreta.

¿CUÁLES SON LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN QUE CHILE NO HAYA DADO SU APROBACIÓN?

Existen numerosas disposiciones del Pacto Migratorio que son confusas, que imponen importantes compromisos y/o cargas a los Estados que lo adscriban, tales como otorgar prestaciones a los migrantes, sin importar su estatus de regular o irregular, adecuar las normativas internas y/o adoptar diversas políticas públicas, promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración, entre otros. Sin perjuicio de diversas razones que se podrían invocar, al menos deben considerarse las siguientes:

1. Pese a no ser un instrumento jurídicamente vinculante, podría ser invocado como fuente de derecho internacional.

Sin perjuicio de que el Pacto Migratorio expresamente indique que no se trata de un instrumento vinculante jurídicamente, lo cierto es que puede llegar a ser considerado por los tribunales de justicia como fuente del derecho internacional y generar compromisos políticos para nuestro país.

Tal como expone el académico Hernán Salinas, el Derecho Internacional, fruto del desarrollo del proceso de interdependencia entre los Estados e intensificado por la globalización que hoy día caracteriza a la sociedad internacional, pasó de tener por objeto sólo el regular las relaciones y distribución de competencias interestatales, a tener la de la cooperación internacional, en muchos casos institucionalizada. Continúa señalando que estas nuevas funciones han significado que este proceso de cooperación internacional se extienda también a la protección de los derechos de la persona, irrumpiendo, por tanto, como sujeto de Derecho Internacional. De esta manera, el ordenamiento jurídico interno ha pasado a ser permeado por este conjunto de normas internacionales, de carácter convencional o consuetudinario, las cuales se han incorporado a la normativa interna, siendo aplicadas e interpretadas por los tribunales de justicia, los órganos legislativos y las autoridades administrativas de los Estados^{vii}.

Por otro lado, es innegable la existencia de nuevas fuentes del Derecho Internacional, tales como los instrumentos que comprenden el denominado *soft law*, como ciertas resoluciones de los organismos internacionales y ciertos actos unilaterales de los estados. Incluso existen casos en que los acuerdos ejecutivos o notas diplomáticas han sido consideradas como fuentes^{viii}. A mayor abundamiento, los tribunales de justicia, tanto nacionales como internacionales, en numerosas ocasiones utilizan, interpretan y/o aplican estos principios y acuerdos como parte integrante del Derecho Internacional.

En consecuencia, y dado que efectivamente el Pacto Migratorio puede llegar a ser considerado una fuente de Derecho Internacional y aplicado por tribunales de justicia, no es inocua su aclamación por parte de nuestro país.

2. El Pacto no hace una distinción clara entre migrantes regulares e irregulares.

El Pacto indica expresamente que tiene por objeto facilitar la migración segura, ordenada y regular, reduciendo la incidencia de la migración irregular y sus efectos

negativos mediante la cooperación internacional y una combinación de medidas expuestas en él. Asimismo, reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y que, dentro de su jurisdicción soberana, los estados podrán distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular. Sin embargo, dentro de las medidas específicas de acción que se proponen en el Pacto, en varias de ellas no se hace distinción alguna entre migrante regular e irregular. A modo de ejemplo, se propone facilitar el acceso a los procedimientos de reunificación familiar para los migrantes, sea cual sea su calificación; establecer políticas integrales y alianzas que proporcionen a los migrantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad, independientemente de su estatus migratorio; el apoyo necesario en todas las etapas de la migración, mediante la identificación y asistencia, así como protección de sus derechos humanos.

Dicha ambigüedad va en contra de la política migratoria que está impulsando el gobierno y que plasma el proyecto de ley que está en tramitación en el Congreso, que tiene como eje central promover la regularidad y combatir la irregularidad.

3. Chile no puede garantizar apoyo financiero ni jurídico a los migrantes que retornan a sus países ni asistencia en sus procesos de reintegración.

El Pacto contempla explícitamente como medidas de acción la de formular y aplicar marcos y acuerdos de cooperación bilateral, regional y multilateral, incluidos acuerdos de readmisión, velando porque el regreso y la readmisión de los migrantes a su país se produzca en condiciones de seguridad y dignidad y de plena conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, se establece la acción de promover programas de regreso y reintegración, que podrán incluir apoyo jurídico, social y financiero, garantizando que todos los migrantes que regresen en el contexto de esos programas voluntarios lo hagan efectivamente tras haber dado su consentimiento libre, previo e informado, y que los migrantes que regresen reciban asistencia en su proceso de reintegración mediante una colaboración eficaz, incluso para evitar que se conviertan en desplazados al volver al país de origen.

Sobre este punto, resulta excesivo que Chile asuma un compromiso de garantizar las condiciones en que se produce el reingreso del migrante a su país de origen.

COMENTARIOS FINALES

Si bien el Pacto Migratorio es un pacto de cooperación, no vinculante jurídicamente, éste puede llegar a ser considerado como una fuente de derecho internacional y aplicado de tal forma por tribunales de justicia. Ello cobra especial relevancia teniendo en consideración que existe una tendencia creciente por parte de tribunales nacionales e internacionales a invocar y aplicar dichos instrumentos.

Además, dentro de las medidas concretas que se proponen, y sin perjuicio de algunas que no resultan complejas y que ya se encuentran contempladas en nuestra legislación o en el proyecto de ley de migraciones en tramitación, hay otras que preocupan por ser contrarias, precisamente, a la idea matriz del proyecto -y a la política migratoria que está impulsando el gobierno-, que tiene como propósito esencial incentivar la regularidad de los migrantes. Asimismo, no son inofensivas aquellas medidas que comprometen recursos del Estado.

Todo ello justifica que el gobierno se haya restado del Pacto Migratorio. Al menos, y sin perjuicio de otras razones que se podrían aducir, parece prudente y/o responsable la decisión adoptada mientras se está definiendo una nueva política migratoria para nuestro país.

ⁱ Además de Chile, el Pacto fue rechazado por Estados Unidos, Austria, Hungría, Polonia, Estonia, Bulgaria, República Checa, Israel, Australia y República Dominicana.

ⁱⁱ Ver Temas Públicos Nº 1347- 1, 20 de abril de 2018, ISSN 0717-1528.

ⁱⁱⁱ Informe de Política Monetaria Banco Central, septiembre 2018.

^{iv} INE, “Características de la inmigración internacional en Chile”, de noviembre 2018.

^v <https://www.cadem.cl/wp-content/uploads/2018/12/Track-PP-255-Noviembre-S4-VF.pdf>

^{vi} El 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de las Naciones Unidas organizó una Cumbre de Alto Nivel para Refugiados y Migrantes con el objetivo de mejorar la forma en que la comunidad internacional responde a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes. En la Cumbre, todos los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas adoptaron en forma unánime la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (Resolución 71/1).

^{vii} Salinas B., Hernán. “Aplicación del Derecho Internacional al caso Choshuenco: Legalidad y seguridad jurídica vulneradas”, en Sentencias Destacadas, año 2016.

^{viii} Cerda, Carlos. “La nota diplomática en el contexto del *soft law* y de las fuentes de derecho internacional”. Revista de Derecho, Vol. XXX-Nº 2-Diciembre 2017, pp.159-179.