



# **UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO**

**Facultad de Derecho**

Tesina correspondiente a la carrera de  
Derecho

**Consideraciones que debe contener la nueva ley de migración para  
cumplir con los compromisos internacionales, en materia de Derechos  
Humanos.**

Consuelo Paz Martínez Quiñones

Profesor guía de la investigación Miriam Henríquez Viñas

Santiago – Julio 2013

## ÍNDICE

LOCUCIONES Y SIGLAS.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
I. ANÁLISIS DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN MIGRATORIA: DECRETO LEY N° 1094.....	6
1. DL. N° 1094.....	6
2. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.....	7
3. MODIFICACIONES A LA LEY DE ORIGEN .....	8
4. DEFECTOS DEL DL.....	13
II. PRINCIPALES INCONSTITUCIONALIDADES DE LAS QUE ADOLECE LA ACTUAL LEGISLACIÓN MIGRATORIA EN NUESTRO PAÍS.....	14
1. DIAGNOSTICO JURÍDICO Y SOCIAL DE LAS REPERCUSIONES DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN.....	14
2. PRINCIPALES INCONSTITUCIONALIDADES DE LAS QUE PADECE LA LEY DE MIGRACIONES A LOS DDHH .....	15
3. INCONSTITUCIONALIDADES DE LAS QUE ADOLECE EL D.L. POR SER CONTRARIO A LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES.....	20
III. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	23
IV. CONSIDERACIONES QUE DEBE TENER EL PROYECTO DE LEY.....	26
CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFÍA.....	33

## RESUMEN

El presente trabajo busca realizar un análisis jurídico de la actual legislación migratoria existente en Chile, D.L. N° 1094 del año 1975. Indagando sobre su actual contenido, de carácter originario y las diversas modificaciones que se han generado. Con ello las infracciones que han surgido de la legislación nacional e incumplimientos internacionales y los órganos que ejercen la potestad administrativa, de manera discrecional frente a una ciudadanía migrante que desconoce sus derechos y libertades. A través de esto generó múltiples consideraciones en materia legislativa, que consigan adecuar la regulación migratoria a los compromisos internacionales que han sido ratificados y permanecen vigentes en la legislación nacional.

## PALABRAS CLAVES

DECRETO LEY N° 1094- MIGRANTES- POTESTAD ADMINISTRATIVA-  
PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

LOCUCIONES Y SIGLAS.

CMW.- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias.

CN.- Congreso Nacional.

CPR.- Constitución Política de la República.

DDHH.- Derechos humanos.

DEM.- Departamento de Extranjería y Migración.

D.L.- Decreto Ley.

JUNJI.- Junta Nacional de Jardines Infantiles.

LDM.-Ley de Migración.

LPA.- Ley de procedimiento administrativo.

LR.- Ley de refugio.

MINEDUC.- Ministerio de Educación.

MINSAL.- Ministerio de Salud.

MINREL.- Ministerio de Relaciones exteriores.

MISP.- Ministerio del interior y seguridad pública.

OIM.- Organización Internacional para las migraciones.

SENAME.- Servicio nacional de menores.

SERNAM.- Servicio nacional de la mujer.

TI.- Tratados Internacionales.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad Chile es considerado un país con una alta recepción de inmigrantes provenientes, por lo general de países de la región sudamericana. Se ha considerado que una de las principales fuente de atracción para esta inmigración es la estabilidad política, económica y social, que ha mostrado el país frente a la región, generando con ello un fuerte llamamiento por la calidad de vida y protección a las personas y sus derechos.

A pesar de que Chile, conoce de las expectativas evidentes y latentes en el aumento de la población migratoria, este no cuenta con un plan nacional en esta materia que garantice el real cumplimiento de los derechos humanos que ha sido protegidos tanto por la CMW, tanto por otras convenciones ratificadas y publicada, que incentiven la construcción de interculturalidad e inclusión a estas personas.

La actual LDM, D.L. N° 1094 de 1975, no ha podido cumplir con las expectativas nacionales ni internacionales en esta materia. Ya que esta legislación posee una alta ausencia de disposiciones que protejan los DDHH de las personas migrantes. Logrando sólo abarcar regulación sobre control y seguridad del territorio nacional.

El presente trabajo realiza un examen a la normativa actual en materia migratoria, sus avances y modificaciones. Posteriormente pasa a realizar un diagnóstico respecto de esta normativa y la real adecuación de ella a la normativa supra constitucional. Denotando que una de las principales falencias de la legislación es la discrecionalidad en que actúan los órganos administrativos en esta materia. Finaliza realizando unas recomendaciones sobre lo que la futura legislación nacional debiera contener para que se adecue niveles internacionales.

I. ANÁLISIS DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN MIGRATORIA: DL N° 1094.

**1. DL N° 1094.**

La LDM, es un D.L. publicado en el Diario Oficial N° 29.028 de 19 de julio de 1975.

Un decreto es un acto administrativo que emana del poder ejecutivo y que generalmente posee un contenido normativo reglamentario, por lo que su rango es inferior al de una ley.

Un decreto ley, en general, constituyen la forma en que se ejerce la facultad legislativa durante los gobiernos de facto, ya que son aquellos actos que dicta el ejecutivo sobre materias propias de una ley, sin que en ellos intervenga en absoluto el poder legislativo.

Mientras el régimen de hecho subsista, los decretos leyes o D.L. tienen pleno valor jurídico, pero se suscita el problema de su valor una vez terminada la anormalidad constitucional.

El problema del valor atribuido a estos D.L. fue asumido por la CPR de 1980 señalando en su disposición transitoria 6ª, que mantendrán su vigencia los preceptos dictados en materias de ley en tanto ellos no sean expresamente derogados por medio de una ley. De allí que en la actualidad existen numeras materias reguladas por decretos leyes.<sup>1</sup>

Por su parte, este conjunto normativo –D.L. N° 1094- establece regulaciones en torno al ingreso, residencia, permanencia definitiva, egreso, reingreso, expulsión y control de extranjeros en el país. Por su parte, esta regulación presenta una ausencia de disposiciones que resguarden y protejan los DDHH de las personas migrantes. La LDM, su reglamentación y las modificaciones introducidas se refieren por lo tanto, a una regulación de carácter más bien administrativo e infraccional. “Si bien, la CMW reconoce que es prerrogativa del Estado determinar los criterios que definen quienes pueden y quienes no pueden ingresar al país, la amplitud y carácter político en los criterios de la ley chilena establece un margen importante de arbitrariedad en esta decisión”.<sup>2</sup> La OIM ha señalado “que una buena política migratoria no

---

<sup>1</sup> UNIVERSIDAD BERNANDO O HIGGINS (2011)

<sup>2</sup> UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES ( 2009 -2010)

puede hacer caso omiso al contexto de globalización que tiene lugar en el campo de la economía, la política y la cultura, así como tampoco puede descuidar el respeto de los derechos básicos que protegen a los migrantes. Sobre este punto, enfatiza que la protección de los derechos humanos de los migrantes y de sus familias *“debe ser la directriz central de toda formulación política”*.<sup>3</sup>

## 2. Contexto histórico de la ley de migración.

Este D.L., fue dictado en un período político de facto que comienza “El 11 de septiembre de 1973, [cuando] gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende es derrocado por un golpe de Estado, dirigido por una Junta Militar del Ejército, la Marina, la Fuerza Aérea y los Carabineros de Chile. El general del Ejército Augusto Pinochet asume el poder. La represión y la persecución militar contra los partidarios del régimen anterior, de los partidos de la izquierda y el movimiento popular comienza de inmediato.”<sup>4</sup>

“Pasados algunos días, con el control político y militar absoluto de la situación, sin resistencia masiva u organizada se desencadenará una represión y persecución en contra del movimiento popular sin parangón en la historia de Chile. De inmediato, las nuevas autoridades toman medidas represivas para consolidar el golpe de Estado y legitimarse en el poder”. Entre las medidas más importantes en materia política<sup>5</sup> podemos encontrar:

- Disolución del Parlamento.
- Disolución de los partidos políticos de izquierda y receso de todos los demás.
- Promulgación de Decretos-Ley contra el sistema legal y constitucional vigente, con la complicidad de la Corte Suprema de Justicia y la Contraloría de la República.

---

<sup>3</sup> CANO *et al* (2009) p.57.

<sup>4</sup> PADILLA p.4

<sup>5</sup> PADILLA p.4

- Disolución de todas las organizaciones populares a nivel municipal, provincial y nacional.
- Control de toda actividad nacional en los niveles administrativo, educacional, poblacional.”

Este período se caracterizó por la concentración casi total en la junta de gobierno y en la figura del General Pinochet, que generó una desestabilidad social y económica que se evidenció en todo el país. Durante este tiempo las autoridades forjaron muchos cambios que afectaron de manera directa a la sociedad. No pudiendo quedar afuera de ello las personas migrantes.

La legislación migratoria fue regulada en todo su esplendor durante este período. Período que no deja de llamar la atención, porque se generó un conflicto interno en el que el enemigo no era quien pertenecía a éste, si no quien pretendía ingresar o pertenecer a esta nueva sociedad. Esta regulación sólo se dedicó a legislar sobre los ingresos, salidas, permanencias, expulsión y todo aquello que tuviera relación con el control de extranjeros, sin embargo, dejó atrás factores tan importante como es la persona y sus derechos.

Es por estas razones, que es de notable importancia establecer una regulación que no sólo fije su objetivo en políticas de resguardo de fronteras y control de extranjeros, sino que regule su horizonte hacia la protección del migrante como una persona que pertenece al Estado,

### **3. Modificaciones a la ley de origen**

Terminado el período de facto - entre 1993 y 2000- se llevaron a cabo diversas modificaciones, tendientes a resolver algunas de las principales restricciones que dificultaban su aplicación, teniendo como eje que el contexto migratorio ha cambiado de un tiempo hasta esta fecha. Como señala Jaime Esponda (1993), Director de la Oficina Nacional de Retorno, durante los años 90 habrían regresado al país cerca de la tercera o cuarta parte de los emigrantes por razones políticas. Al respecto, las cifras de los censos nacionales de 1992 y 2002 evidencian que el retorno de chilenos y chilenas en el período previo a cada empadronamiento resultó mayoritariamente incrementado

por el retorno a la democracia, superando el ingreso registrado con posterioridad.<sup>6</sup>

Las principales modificaciones que se le hicieron a la ley son las siguientes:

**1. Ley N° 19.273 de 1993.** Deroga las disposiciones de salida y entrada a los residentes extranjeros en el territorio nacional.

**2. Ley N° 19.476 de 1996.** Modifica la LDM en materia de asilo y refugio, reconociendo el principio de no devolución de quienes se encuentran en nuestro país solicitando dicha condición. Despenaliza el ingreso irregular al territorio nacional de extranjeros que se encuentren solicitando refugio o asilo.

**3. Ley N° 19.581 de 1998.** Crea la categoría de ingreso “habitante de zona fronteriza”, con la cual aquellos que se encuentren en esta situación podrán obtener una tarjeta vecinal fronteriza, que facilita el ingreso y egreso entre los países que lo suscriben.

**4. Decreto N° 2.910 de 2000.** Permite a los solicitantes de residencia temporaria y sujeta a contrato, obtener una autorización para trabajar mientras se tramita su permiso de residencia. Protegiendo con ello la permanencia de los extranjeros cuando se esté tramitando las visas respectivas. Este Decreto fue dictado por el MISP el 23 de mayo de 2000, que modifica el reglamento de extranjería.

---

<sup>6</sup> *Cfr.* De acuerdo a los censos realizados en el país, queda en clara evidencia que desde el año 1952 hasta el año 2002 ha habido un aumento sustancial en el número de personas inmigrantes, sin embargo, esta cifras tuvieron una caída durante dos décadas. Es así que 1960 habían 104.853 personas inmigrantes, disminuyendo está en la siguiente década a 90.411. Estas estadísticas siguieron disminuyendo a 84.345 y una vez que regresa la democracia al país, comienzan a retornan personas e incluso a ingresar inmigrantes, presentando en 1992 una población de 105.070. De acuerdo al censo del año 2002, hoy se encuentran en el país el mayor número de inmigrantes de nuestra historia. Estos antecedentes hacen alusión a valores que hablan de 184.464 personas nacidas en el exterior y residentes en Chile. De acuerdo a la estimación realizada por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, el total de población extranjera residente en Chile es de 352.344 personas. Estas cifras indican que alrededor del 2,08% del total de la población residente en el país es extranjera.

Durante el gobierno del ex Presidente Patricio Aylwin envió a la Cámara de Diputados en noviembre de 1993 un proyecto de ley sobre migraciones. En este proyecto se revelaba la necesidad de contar con una política migratoria comprensiva y centrada en la persona. Este proyecto contó con 11 títulos y una disposición final. Pese a que este proyecto de ley fue archivado en 1997, existen dos ámbitos específicos vinculados a la migración que cuentan hoy día con una nueva ley: refugio y trata y tráfico.

**a) Nueva ley de refugio.**

En abril de 2010 se aprobó la nueva LR -ley N° 20.430- que reconoce los acuerdos internacionales de protección de los derechos de los refugiados, firmados por Chile. Esta ley permite separar la legislación de refugio de la legislación migratoria; formaliza la existencia de una institucionalidad encargada del reconocimiento de la condición de refugiado; establece de manera taxativa los derechos de los refugiados, así también como las causales de cesación y de pérdida de la condición de refugiado; de rechazo de las solicitudes presentadas y las causales de revocación de los reconocimientos otorgados; amplía responsabilidades en el proceso de integración tanto de solicitantes de asilo como de personas a las que se otorga el estatus de refugiado; establece una comisión de reconocimiento de la condición de refugiado.<sup>7</sup> El reglamento de esta ley fue publicado en el 2011, a través del decreto N° 837 del MISP, y se encuentra actualmente vigente, en el se establecen disposiciones sobre la protección de refugiados.

**b) Nueva ley de trata y tráfico.**

El 8 de marzo de 2011 y según oficio N° 9340 emitido por la Cámara de Diputados, el CN aprobó el proyecto de ley que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y persecución criminal<sup>8</sup>. Esta iniciativa logra armonizar el marco jurídico nacional con las normas internacionales sobre trata

---

<sup>7</sup> Organización Internacional para la migración (2011) p.71.

<sup>8</sup> Cfr. Gobierno de Chile, cámara de Diputados (2011), Boletín 3778-18.

de personas y tráfico ilícito de migrantes, instituyendo normativa que regule los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes.

Además de los avances en materia legislativa, se han ido implementando distintos convenios desde la administración pública que buscan resolver problemas puntuales que enfrentan los inmigrantes en el acceso a derechos sociales. Estos convenios son normas de menor jerarquía, pero que han contribuido a resolver problemas puntuales que afectan a la población migrante:

**i. Acceso a la educación.**

“El MINEDUC y el DEM adoptaron la medida que asegura el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los alumnos(as) inmigrantes en los establecimientos educacionales, independiente del estatus migratorio del menor”<sup>9</sup>. Esta normativa busca que las autoridades educacionales y los establecimientos otorguen todas las facilidades para que los estudiantes inmigrantes, puedan ingresar a la brevedad al sistema escolar.

**ii. Protección a la mujer embarazada.**

“Medidas en conjunto con el MINSAL que busca facilitar el acceso a servicios de salud en establecimientos de la red pública, a mujeres extranjeras trabajadoras que vivan en Chile y que se hayan embarazado y que no posean visa de residencia”.<sup>10</sup> Este programa les permite controlar su embarazo y recibir todo tipo de atención en el parto.

**iii. Acceso al sistema público de salud de todas las niñas y niños menores de 18 años.**

“Este convenio proporciona a todos los menores de 18 años atención en salud en centros de la red pública, independiente de su situación migratoria en Chile. A través del registro en el consultorio

---

<sup>9</sup> Cfr. Gobierno de Chile, Ministerio del interior y seguridad pública(2010).p 1

<sup>10</sup> Cfr. Gobierno de Chile, Ministerio del interior y seguridad pública(2010).p 1

los menores podrán solicitar una residencia, regularizando con ello su situación migratoria.”<sup>11</sup>

**iv. Convenio que facilita acceso a educación parvularia.**

Suscrito en conjunto con la JUNJI, el objetivo es facilitar el acceso de hijos e hijas menores de 5 años de mujeres inmigrantes o refugiadas, a programas de educación parvularia, independiente de la situación migratoria en que se encuentren los niños o niñas<sup>12</sup>.

**v. Convenio que facilita el acceso a la Red de Protección de la Infancia.**

Suscrito con el SENAME, tiene por objetivo facilitar el ingreso oportuno a la red de protección social de la infancia y adolescencia a hijos/as de familias de inmigrantes y/o refugiados vulnerados en sus derechos o infractores de ley, independiente de la condición migratoria de los niños, niñas y adolescentes.<sup>13</sup>

**vi. Convenio que facilita el acceso a la red de protección de víctimas de violencia intrafamiliar a mujeres inmigrantes, solicitantes de refugio y refugiadas.**

Convenio en conjunto con el SERNAM, cuyo objetivo es facilitar el acceso a las mujeres inmigrantes, solicitantes de refugio y refugiadas a esta red y que hubiesen iniciado una acción ante los tribunales competentes por este motivo.

Adicionalmente se facilitará el acceso a la residencia a las personas que se encuentren en esta condición.<sup>14</sup>

Estas diversas modificaciones al D.L. N° 1094, y el surgimiento de nueva normativa de carácter legal, deja clara evidencia que en su origen éste, ya no cumplía con la sistemática nacional ni se ajustaba a los preceptos internacionales sobre la protección de los derechos de las personas migrantes a los que Chile le son exigibles por haber ratificados. Sin embargo, el Estado ha reaccionado de manera temporal

---

<sup>11</sup> Cfr. Gobierno de Chile, Ministerio del interior y seguridad pública (2010).p 1

<sup>12</sup> Cfr. Gobierno de Chile, Ministerio del interior y seguridad pública (2010).p 1

<sup>13</sup> Cfr. Gobierno de Chile, Ministerio del interior y seguridad pública (2010).p 2

<sup>14</sup> Cfr. Gobierno de Chile, Ministerio del interior y seguridad pública (2010).p 2.

a estos sucesos, estableciendo con ello algunas normativas para responder frente a las inquietudes de los migrantes.

#### **4. Defectos del DL.**

Con los antecedentes anteriores podemos notar que tanto la creación como la ejecución de la política migratoria -entendida como el conjunto de normativo y objetivos definidos como necesarios por el estado- genera tensiones entre estos objetivos deseables y definidos, y los derechos y garantías protegidos por la CPR y TI ratificados y vigente en Chile.

La presente LDM presenta ausencia de disposiciones que protejan los DDHH de las personas migrantes. Enfocando su regulación solamente en el control y la seguridad del territorio nacional. Al plantear un examen de constitucionalidad de la LDM, podemos notar una clara evidencia de las contradicciones e inconstitucionalidades de la ley.

Uno de los más claros ejemplos de ello es lo que podemos verificar al estudiar el artículo 19 N° 7 a) de la CPR. Este precepto establece que *“La Constitución asegura a todas las personas: N°7. El derecho a la Libertad personal y a la seguridad Individual: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la república, trasladarse de uno a otro y entrar y salir del territorio , a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de tercero”*.

Se entiende que el precepto constitucional consagra el derecho de residencia como garantía constitucional para todas las personas que habitan en el territorio nacional y deja al legislador la facultad para regular, los requisitos y condiciones para el ejercicio de este derecho. El legislador por su parte entrega un sin número de atribuciones en materia migratoria a órganos administrativos.

Es de esta forma cómo podemos comenzar a denotar las anomalías que se manifiestan en política migratoria, ya que no establece parámetros de actuación de los órganos, ni su manera de proceder. Actuando estos con una discrecionalidad, que se encuentra protegida legislativamente, en materias que son de alta relevancia para los migrantes lo que sin duda, ha generado preocupaciones y tensiones en el ejercicio sus derechos.

La actual legislación muestra una alta tasa de omisión de regulación migratoria, generando muchas problemáticas, que son solucionadas a manos de la discrecionalidad administrativa.

II. PRINCIPALES INCONSTITUCIONALIDADES DE LAS QUE ADOLECE LA ACTUAL LEGISLACIÓN MIGRATORIA EN NUESTRO PAÍS.

### **1. Diagnóstico jurídico y social de las repercusiones de la actual legislación migratoria.**

Las condiciones jurídicas en que se encuentran los extranjeros en nuestro país, está sujeta a una serie de dificultades prácticas, las cuales limitan el ejercicio de sus derechos.

Podemos ver que entre las principales dificultades que tiene los migrantes, con respecto a la regulación que establece el D.L., su reglamento y la LPA - ley N° 19880- , es posible visualizar que:

1. Existe un incumplimiento de los plazos para tramitación de los procesos administrativos. Esto se puede evidenciar, por el artículo 27 de la ley 19880 que señala *“Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final.”* En la práctica administrativa migratoria este plazo muy poca veces es cumplido y cabe en las manos de los órganos administrativos que ellos cumplan con los requerimientos y condiciones necesarias para no caer en vulneraciones de derechos.

Por su parte esta ley establece plazos muy acotados para la impugnación de decisiones emitidas por los órganos, muchas veces sin un fundamento legal.

2. Otras de las situaciones que han generado un alto nivel de inestabilidad para la familias migrantes, es la denominación que reciben los hijos de éstos, como *“Los hijos de extranjeros transeúntes”*, denotando con ello un dejo de irregularidad, no pudiendo acceder a la nacionalidad chilena por *ius solis*.

3. Por su parte, la fijación de valores de las visas no es proporcional a su duración. Un claro ejemplo puede ser que la visa de seis meses y la de un año poseen el mismo valor monetario. Con respecto a esta misma materia, las visas sujetas a contrato dificultan el debido ejercicio de los derechos de los trabajadores y facilita situaciones de abuso laboral. Puesto que una vez acabada la relación trabajador-empleador esta visa caduca y es el migrante quien tiene la obligación de salir del país.

4. Con respecto a la situación de los refugiados, no se respetan garantías procesales de la nueva LR -ley N° 20.430- en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Se establece una práctica de pre-admisibilidad para la condición de refugiados. La administración no ha dado cumplimiento al mandato y creación de la secretaría técnica que establece la ley. Cabe destacar con respecto a estos que se incumplen los plazos establecidos en la ley. Tampoco se ha establecido recursos administrativos ni judiciales efectivos frente a la decisión de rechazo o frente al incumplimiento del principio de no devolución.

## **2. Principales inconstitucionales de las que padece la ley de migraciones a los DDHH.**

La LDM cuenta con deficiencias regulatorias que pueden agruparse en grandes categorías, y que sin duda vulneran tratados internacionales.

i. Este decreto presenta ausencia de principios orientadores, derechos y deberes. El texto de este decreto es estrictamente normativo y carece de menciones a los derechos fundamentales que por el hecho de ser persona, los extranjeros son titulares.

En esta misma línea la constitución ha señalado la prohibición de distinción de nacionalidad, sin embargo, sólo los extranjeros deben solicitar, por ejemplo la reunificación familiar.

Ni la CPR ni legislación de extranjería, se ha hecho cargo de la condición migratoria irregular en la que encuentran algunos migrantes, y de la ausencia en el alcance de prestaciones básicas que han sido dictaminadas por órganos administrativos, a través de decretos y oficios.

ii. Respecto de su situación judicial, no existe una determinación procesal transparente para los casos en que estos infrinjan la ley. La legislación nacional no se ha preocupado de tipificar de manera correcta los delitos y su trato legal. Muchas veces ha llegado a transgredir las garantías del debido proceso, dictando resoluciones con falta de fundamento legal, vulnerando de manera clara lo postulado por la LPA en su artículo 11 inciso 2, en la que señala que *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”* De esta forma los órganos deben proceder de acuerdo a lo establecido en la legislación y con claros presupuesto de imparcialidad.

Como ha señalado la legislación el debido proceso tiene entre sus principios un justo y racional procedimiento que cuente con defensa jurídica, presunción de inocencia y acceso a la justicia. Esto se encuentra tipificado en el artículo 79 del D.L. N° 1094, que establece que en la aplicación de multas será con el sólo mérito de los antecedentes, *debiéndose en lo posible oír al afectado.*

Sin embargo, la actual legislación migratoria no cuenta con un sistema carcelario en el que se lleven o puedan llevar a cabo políticas de migrantes y con ello la protección de sus derechos.

iii. Existe una ausencia de institucionalidad migratoria. Esta ausencia se percibe debido a que el principal órgano migratorio es el DEM de la Subsecretaría del Interior. Este departamento depende directamente de una subsecretaría y

esta del MISP, por lo que este no posee completa autonomía jurídica ni económica y esto se transforma en una de las razones más magnas por las que Chile no ha podido estar a la altura de los cambios en materia migratoria. La población migrante chilena por las condiciones y expectativas de la región ha aumentado considerablemente desde la época de la dictación de la normativa migratoria hasta la actualidad. “El Censo del año 2002, registró un total de 184.464 migrantes, lo que correspondió al 1,22% de la población total. El Departamento de Extranjería y Migración (DEM), señala que al 2010 habría un total de 352.344 migrantes, correspondiente al 2,08% de la población total”<sup>15</sup>. La alta demanda de solicitudes que se han iniciado durante estos años, no ha podido ser cumplida, por ausencia de directamente de una institucionalidad que sea más completa y efectiva.

Se suma a lo anterior, una evidente dispersión en las atribuciones: aquellos permisos que son solicitados en Chile son resueltos por dicho departamento, mientras que aquellos cuya postulación se materializa en el extranjero –el 8,5% del total- son resueltos en Chile por el MINREL, sólo debido al lugar físico en que se materializó la solicitud.<sup>16</sup>

iv. Se presenta una ausencia de mecanismos institucionales para la generación de política migratoria: sólo hace mención a esto el artículo 91 del D.L., en el que establece que “*Corresponderá al Ministerio del Interior la aplicación de las disposiciones del presente decreto ley y su reglamento. Ejercerá, especialmente, las siguientes atribuciones:*

*1.- Proponer la política nacional migratoria o de extranjeros con informe de los organismos que tengan injerencia en cada caso;*<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2012).

<sup>16</sup> Mensaje del proyecto de ley de migración y extranjería (2013) p. 5.

<sup>17</sup> Decreto Ley N° 1094 de 1975. En relación al organismo encargado de que la política migratoria se haga efectiva. Señala el Artículo 92.- Corresponderá al Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior, el que en adelante se denominará Departamento de Extranjería y Migración, aplicar y

A pesar de la importancia de esta materia, en las casi cuatro décadas que han transcurrido, esta disposición no ha tenido lugar. Se puede pensar que ello surge porque el cuerpo normativo nada ha señalado respecto de las condiciones e incentivos institucionales para que ello ocurra, ni tampoco estableció plazo para llevar a cabo su ejecución ni mucho menos la hizo obligatoria.

v. Dificultad para la expulsión. Pese a la lógica de seguridad nacional imperante, expulsar a un extranjero puede ser una empresa difícil, incluso aunque la culpabilidad del mismo esté debidamente probada, o si se constató que ingresó en forma clandestina. Las expulsiones se ordenan mediante decreto, que suscribe el Ministerio del Interior. En el caso de visas de turista, se ordena con el trámite de toma de razón. Contra estas decisiones proceden recursos administrativos y judiciales, y pueden revocarse o suspenderse temporalmente. La expulsión se notifica por escrito, y si la persona afectada indica que no interpondrá recursos contra la decisión, ésta debe llevarse a cabo con los plazos siguientes: veinticuatro horas para la expulsión desde la notificación si no se interpuso ningún recurso o si es improcedente, y veinticuatro horas desde que se deniegue el recurso.<sup>18</sup> Esta situación se torna un tanto engorrosa para los inmigrantes, pues muchas veces estas notificaciones e informaciones son entregadas fuera de plazos, quedando estos sin posibilidad de reclamo ni de recursos.

vi. Revalidación de títulos profesionales.<sup>19</sup> Chile cuenta con dos tipos de revalidaciones de títulos de grado universitario. La primera de estas se establece cuando el título

---

supervigilar directamente el cumplimiento de las normas del presente decreto ley y su reglamento. atribuciones del Ministerio del Interior y del Departamento de Extranjería y Migración.

<sup>18</sup> UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2009-2010) p. 259.

<sup>19</sup> Cfr. UNIVERSIDAD DE Chile (2013).

ha sido otorgado por algún país en Convenio cultural con Chile. De entre estos países encontramos: Brasil, Colombia, Ecuador, España, Uruguay, Bolivia. Costa Rica, el Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú. En segundo lugar aquellas personas que hayan obtenido un grado académico en países donde no existe este convenio, para ello el extranjero debe postular a un proceso que sólo la Universidad de Chile está facultada para realizar y que ha probado ser largo y engorroso. Por otro lado, no existe la atribución de establecer categorías de reconocimiento automático o semiautomático para instituciones de países distintos a los abarcados por los convenios, pese a que éstos reconocen a una amplia gama de universidades de calidad muy heterogénea, y aun cuando las mejores universidades del mundo se encuentran en países con los cuales no se han firmado este tipo de acuerdos.<sup>20</sup> Debido a este procedimiento un tanto engorroso, es que muchos de los profesionales que cuentan con nuevas ideas o proyectos, prefieren radicarse en otros países donde su grado académico es valorado y existe un reconocimiento automático. Chile no ha sopesado la importancia que genera en este sentido la migración internacional.

vii. Límite de la cantidad de trabajadores extranjeros. El código del trabajo en su artículo 19 del título III en relación a la nacionalidad de los trabajadores de una empresa, ha establecido que “El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena.

Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.”

La ley ha establecido un tope máximo de 15% para que los trabajadores de una empresa puedan ser extranjeros, con ello la legislación no ha sido consciente de la situación económica que posee el país, puesto que muchos trabajadores inmigran del extranjero lo hacen para realizar

---

<sup>20</sup> Mensaje del proyecto de ley de migración y extranjería (2013) p.7

trabajos en ciertas temporadas que sin duda son necesaria para el crecimiento del país, limitando con ello la capacidad de contratación.

viii. La ley posee pocas categorías migratorias. Quedando excluidos de esta situación personas estudiantes y miembros de organismos internacionales. Para las demás personas que deseen establecerse en Chile, establece sólo dos categorías. Las visas que tienen el carácter de temporaria y aquellas sujetas a contrato. Para acceder a la primera, debe estar en condiciones de acreditar “vínculos de familia o intereses en el país”, o una residencia que sea estimada “útil o ventajosa”. Si bien el reglamento distingue cinco causas que justifican su concesión, todas deben ceñirse a los requisitos y características de la categoría. Para la segunda, se debe contar de antemano con un contrato de trabajo, cuya caducidad –ya sea por causas propias o del empleador– ocasiona la irregularidad en forma automática. Estas visas no logran responder a los actuales escenarios migratorios e impidiendo que las personas que quieran residir en Chile lo hagan sin previo contrato de trabajo.

Todas estas infracciones que ha cometido la ley, llevan replantearse la necesidad de una legislación defensora de los migrantes y en la que proteja y resguarde las garantías supra constitucionales.

### ***3. Inconstitucionalidades de las que adolece el D.L. por ser contrario a las normas iusfundamentales.***

Las convenciones y TI, fijan el segundo grado que de determinación del marco jurídico migratorio. Es así como la CPR ha señalado en su artículo 5 *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”* Este artículo se refiere a aquellos derechos que han sido garantizados por la constitución y de aquellos tratados que

hayan sido promulgados por el Presidente de la República y publicados en el Diario Oficial. Que Chile ratifique TI sobre DDHH y en especial aquellos de materia migratoria, ha significado que ha adquirido compromiso de carácter universal.

Para esto es importante hacer un análisis de los convenios ratificados y que están vigentes, destacándose:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), aprobada por los Estados Miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948, entre ellos se encontraba Chile (1945). Dicha Declaración se presenta como “ (...) *ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.*”<sup>21</sup>

Junto con la DUDH, Chile contempla el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966) y sus respectivos protocolos facultativos (Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte). “El conjunto de estos instrumentos conforma la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos donde se definen los DDHH como inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.”<sup>22</sup> Todas las personas poseemos los mismos DDHH, sin discriminación alguna, puesto que estos son derecho que han sido otorgados a los seres humanos de

---

<sup>21</sup> MACHIN (2011) p. 8

<sup>22</sup> MACHÍN (2011) p.8

manera universal, interdependientes, indivisibles y son inherentes a cada individuo.

Respecto a las convenciones internacionales que Chile ha ratificado de manera específica en materia migratoria encontramos:

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (aprobada en julio de 1951, con su Protocolo de 1967),
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954),
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965),
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979),
- Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984),
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), y
- CNW (1990).<sup>23</sup>

Todas estas convenciones obligan a que Chile legisle en materia migratoria y proteja los DDHH de las personas migrantes, sin embargo, esto aun no ha sucedido en la actualidad.

Chile, no ha podido como antes he mencionado, estar a la altura de la mudanza cultural que implica la migración y con ello la protección de los DDHH que ha decidido proteger para estas personas. Tal como señala Macarena Machín Álvarez “Estos cambios en los flujos migratorios suponen un reto para cualquier Estado, y en concreto para el Estado chileno que hasta el día de hoy ha afrontado el fenómeno migratorio desde la inmediatez y de forma reactiva, sin pararse a pensar en una política pública de integración y acogida al migrante a largo plazo, con enfoque intercultural e intersectorial. Cabe recordar que

---

<sup>23</sup> Cfr. MACHÍN (2011) p. 8

Chile ha ratificado y publicado un número amplio de tratados y convenciones que le comprometen con los derechos humanos de la población migrante.”<sup>24</sup> Chile a transgredido TI al no legislar ni proteger los derechos de las personas migrantes.

Es por ello que se torna indispensable que se tome conciencia, debiendo el Estado elaborar una legislación con principios protectores, con derechos y deberes para migrantes, sin dejar indeterminios legislativos que puedan ser aplicados discrecionalmente por órganos ejecutores, generando así un plan nacional integrador.

### III. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

En el apartado anterior evidencia que existe una indudable infracción a principios y derechos, que denotan una ausencia de legislación migratoria. Esto ha generado en el correr de los años un alto grado de discrecionalidad administrativa en el actuar de los órganos y del surgimiento de concepto jurídicos indeterminados.

Se ha entendido que los conceptos jurídicos indeterminados “Se trata de una categoría similar a la concebida por LINARES en 1958, calificada como *arbitrio extraordinario*, que se configura cuando la norma adopta fórmulas elásticas (v.g. *utilidad pública, salud pública, etc.*) las cuales derivan de atribuciones conferidas por la ley que integran estándares jurídicos de gran latitud<sup>25</sup>”. Es decir, son aquellos conceptos que surgen con cierto indeterminio por el legislador, dejando en manos de los órganos ejecutores su interpretación y aplicación.

Este tipo de conceptos según señala Juan Carlos Cassagne presentan una “(...) estructura compleja del concepto jurídico indeterminado que debe tener en cuenta el órgano que ejercita la potestad discrecional es básicamente tripartita y se compone de: a) un núcleo fijo o zona de certeza positiva, integrado por elementos precisos; b) un “halo conceptual” o zona de incertidumbre, de menor precisión, es decir, donde reina cierta ambigüedad; y, por último, c) una zona de certeza negativa, que excluye totalmente la posibilidad de una

---

<sup>24</sup> MACHÍN (2011) p.45.

<sup>25</sup> CASSAGNE (2008) p.12.

solución justa.”<sup>26</sup> Este tipo de conceptos pueden ser encontrados en diversas legislaciones transgrediendo la legalidad normativa y por tanto, son usados e interpretados a voluntad de quien los hace ejecutar.

Entre estos concepto jurídicos indeterminados encontramos lo enunciado por el numeral 8 del artículo 64 del D.L. N°1094 en relación al rechazo de las solicitudes de ciertos peticionario entre ellos aquellos que “(...) no cumplan con sus obligaciones tributarias. Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacionales.” Esta idea de **conveniencia o utilidad nacional** no se encuentra definida en ninguna legislación y por lo tanto, se deja en manos del órgano administrativo su uso discrecional. Otro claro ejemplo es lo señalado en los artículos 15 y 64 del mismo D.L., en relación a las causales relativas de prohibición de ingreso y rechazo de visas. En la que podemos encontrar numerales como n°3 del art. 64 “Los que durante su residencia en el territorio nacional realicen actos que puedan *significar molestias para algún país* con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o para sus gobernantes;” y otras como número 1 del art. 15 “ *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;*” esto da para evidenciar que existen conceptos oscuros que quedan en manos de la arbitrariedad administrativa, denotando con ello que el legislador no ha sido criterioso en su valor y controversia.

Por su parte la discrecionalidad administrativa “(...) supone un ámbito de libertad o franquía para que la Administración proceda a elegir la solución aplicable al caso –tanto al dictar un acto administrativo como un reglamento- y si ello resulta consustancial al

---

<sup>26</sup> CASSAGNE (2008) p.13.

proceso de aplicación de la ley y del derecho, lo cual implica casi siempre una dosis de creación e integración –cualquiera fuere el órgano estatal que actúe- resulta imprescindible distinguir entre conceptos determinados e indeterminados para saber si estamos frente a una actividad reglada o discrecional.”<sup>27</sup> Es decir, esta hace referencia al modo en que actúa, opera o realiza una determinada actuación o decisión un órgano administrativo de manera libre, sin ser constreñidos por la ley o por un órgano vigilante.

La discrecionalidad que el legislador protege en el D.L., permite una administración de procedimientos y la toma de decisiones de órganos administrativos, de manera completamente discrecional. Es así como en el artículo 13 inciso 1 del D.L. señala que “Las atribuciones que correspondan al MISP, para el otorgamiento de visas, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas **discrecionalmente** por éste, atendándose en especial a la *conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión* <sup>28</sup>y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.”

Estas consideraciones respecto a los quebrantamientos que posee el D.L. y la normativa migratoria en general, es una clara evidencia de que el legislador no ha tenido en consideración los aspectos jurídicos relevantes de esta política. Evitando legislar y no tomando en consideración la importancia tanto nacional como internacional, que posee la migración en este nuevo siglo. Manteniendo en manos de los órganos administrativos la toma de las decisiones y con ello, atentando en consecuencia contra convenciones y TI que protegen los DDHH. Es por esta razón que el legislador deberá modificar el actual D.L., procurando no cometer más infracciones a estos derechos y garantías fundamentales de toda persona humana.

---

<sup>27</sup> CASSAGNE (2008) p.12.

<sup>28</sup> Este tipo de concepto, son conocidos como concepto jurídicos indeterminados que el mismo decreto ley ha establecido y protegido.

#### IV. CONSIDERACIONES QUE DEBE TENER EL PROYECTO DE LEY

En la actualidad hay un proyecto de ley que se encuentra en el congreso desde el año 2010, sin embargo, de éste no se tuvo mayores noticias. Cuando me encontraba desarrollando este trabajo con fecha 20 de mayo de 2013, el ejecutivo decide someter al congreso nacional, en especial la cámara de Diputados un nuevo proyecto de ley de migración y extranjería, en el uso de sus facultades constitucionales.

Es por ello que la ley deberá tener en consideración que “Esto no significa el abandono de la atribución de reglamentar la entrada y cautelar las condiciones de permanencia de los extranjeros en sus territorios, sino que debe realizarse en base a políticas razonadas de admisión y de permanencia, retorno, revinculación y traslado a terceros países, fundadas en el respeto por los derechos de las personas migrantes. Esta política migratoria, tendría dos componentes: apertura a la inmigración y vinculación con los emigrados chilenos.”<sup>29</sup>

Es de suma importancia tener estas políticas como herramientas fundadoras de la nueva ley. Sin embargo, la ley deberá contener también:

- *Principios que orienten la normativa migratoria*, estableciendo derechos y obligaciones para los migrantes. Las autoridades encargadas de aplicar la política migratoria deberán respetar los DDHH de los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, es por ello que el Estado de Chile deberá garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos que se encuentran consagrados en la CPR, las leyes y TI que se encuentran vigentes y que han sido ratificados por Chile. Debiendo hacerse cargo de la regulación de los derechos sociales básicos de las personas: como los derechos laborales, derecho de salud, derecho a la educación e la seguridad social.

Dentro de las obligaciones que ellos tendrán serán todas aquellas que se contemplen en la CPR, las leyes, reglamentos y

---

<sup>29</sup> CANALES (2012) p.11

todas las normativas que se encuentren vigentes. Entre ellas deberán cumplir con obligaciones previsionales y tributarias.

- *La ley deberá acabar con la relatividad y subjetividad de su normativa, en especial la que dice relación con la prohibición de ingresos.* Eliminando las causales relativas para fijar causales taxativas, evitando de esta manera la discrecionalidad de los órganos administrativos.

- *Deberá ampliar la categoría de residencia temporaria, no pudiendo sólo adquirir esta aquellos que "(...) acredite vínculos de familia o intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa, visación que se hará extensiva a los miembros de su familia que vivan con él."*<sup>30</sup> Pudiendo también ser extendida a aquellos extranjeros que ingresen al país sin ánimo de permanencia y sólo lo hagan en el ejercicio de sus labores profesionales, tanto deportivas como económicas, y conviniendo por ello sujetarse al pago de ciertos tributos establecidos en la legislación.

- *Establecer un tipo de residencia humanitaria, se ha entendido que este tipo de residencia puede proceder para personas que estando en el país, no han logrado establecer un residencia ni posee algún tipo de visación que las autorice a permanecer en el país. Y que han decidido residir en el país por causas de índole personales, escapando de circunstancias de vulnerabilidad. Un ejemplo para el otorgamiento de residencia de carácter humanitaria es Canadá<sup>31</sup>, que establece requerimiento a través de la ley de migración y refugiados para este tipo de visación en casos concretos.*

- *Reconocimiento del principio de reunificación familiar<sup>32</sup>, teniendo por derecho los residente en el país exigir la reunificación*

---

<sup>30</sup> Decreto Ley N° 1094, de 1975. Artículo 29.

<sup>31</sup> SEGURA (2004)

<sup>32</sup> En nuestro país, la Constitución Política asegura a todas las personas los mismos derechos consagrados en ésta, sean nacionales o extranjeros, entregándole los mismos mecanismos para exigir su cumplimiento; y la protección de la familia como el "núcleo fundamental de la sociedad". Sin embargo, respecto de esta situación no se ha regulado ni en el decreto ley ni en legislación alguna. Las normas internas que regulan la materia, no disponen en forma substantiva la protección de los derechos de los migrantes y del entorno familiar.

familiar con sus cónyuges o convivientes, padres, hijos menores o con discapacidad y menores que estén bajo tutela o curaduría.

- *Establecer plazos y mecanismos para hacer efectiva la garantía del plazo razonable en los procedimientos de otorgamiento de visas y resolución de acciones de impugnación.* Por ejemplo: Establecer silencio administrativo positivo<sup>33</sup>. En este caso el legislador deberá establecer plazos acotados y razonables para la resolución de solicitudes y para la respuesta sobre ciertas impugnaciones que puedan suceder.

- *Eliminar la visa sujeta a contrato de trabajo,* debido a que este tipo de residencia genera una inestabilidad social y personal respecto de a quienes ha sido otorgada. Porque esta visa, surge por la relación laboral entre un trabajador migrante y un empleador nacional, surgiendo una condición de irregularidad del primero cuando esta relación acaba y se deja a estos en estado de vulnerabilidad.

- *Unificar las vías de impugnación administrativas.* Crear recurso judicial especial de ilegalidad frente a decisiones administrativas de rechazo de visa y medida de abandono ante la Corte de Apelaciones. Pudiendo además interponerse todo tipo de recursos establecidos en la LPA, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

---

<sup>33</sup> El silencio administrativo puede definirse como una presunción en virtud de la cual, transcurrido un plazo máximo legal, sin que el órgano competente de la Administración del Estado se haya pronunciado sobre una solicitud o trámite que afecta a un interesado, éste se considerará aprobado o rechazado, según el caso. En silencio administrativo positivo es aquel que la ley señala que transcurrido el plazo legal, para resolver sin que la Administración se pronuncie, el interesado podrá denunciar el hecho ante la misma autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia.

Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada. En estos casos, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite.

El trámite de denuncia de vencimiento del plazo que permite a la Administración resolver dentro del quinto día, se utiliza exclusivamente en el caso del silencio positivo.

GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de secretaria general de la República de Chile (2010)p. 22

- *Regular el procedimiento de revocación de prohibición de ingreso cuando se solicita desde el extranjero y establecer plazos determinados.*

- *Establecer control judicial de la detención previa a la expulsión.* Es necesario establecer un procedimiento claro y uniforme en casos de que haya expulsión de migrantes. Debiendo mencionarse de manera taxativa las causales para llegar a esta situación, tiempo de ejecución de las medidas, recursos que pueden ejecutarse, medios para ejecutarlos y posibles suspensiones en caso concretos.

- *Creación de un sistema institucionalizado,* en que las funciones de cada uno de los órganos se encuentren establecidas para la ejecución de políticas de desarrollo e integración de migrantes. Es muy importante contar con un sistema de independencia administrativa indirecta, para que las decisiones respecto de estas políticas puedan ser tomadas en plazos más breves que no tiendan a perjudicar a las personas.

Con todo ello el Estado deberá propender a la integración positiva de los migrantes dentro de la sociedad chilena, respetando las diferencias culturales, con el objeto de que ellos se incorporen de manera económica, jurídica y política en la sociedad.

Es a través de estas modificaciones a la ley, que la política migratoria puede dar un gran avance para alcanzar el nivel jurídico y político que Chile debería estar. Debido a que éste se encuentra con una tendencia al alza de migrantes y por la multiplicidad cultural que hoy en día posee. Sin duda estas recomendaciones modificatorias, no debieran ser únicas, ya que la legislación no debe contener pasajes oscuros que puedan vulnerar los derechos y garantías de las personas migrantes, ni que se continúe permitiendo que los órganos administrativos actúen con discrecionalidad en la toma de sus decisiones ni en la ejecución de políticas migratorias.

## CONCLUSIONES

A modo de conclusión podemos expresar las siguientes ideas:

1. El principal instrumento regulatorio, el DL N° 1.094 de 1975, constituye la legislación migratoria más antigua de Sudamérica. Siendo el fenómeno migratorio una materia altamente dinámica, resultando necesario reformular la normativa vigente a 38 años de su dictación.

2. La actual ausencia de prioridad del fenómeno migratorio en la agenda política lleva a que los obstáculos que los inmigrantes se acentúen, repercutiendo en la práctica en una grave vulneración a derechos fundamentales de las personas migrantes, tales como la libertad personal, derecho al debido proceso y a la libertad de circulación. Sin embargo, esta no son las únicas vulneraciones en las que ha caído la LM. Estas dicen relación con el acceso a prestaciones básicas de salud, educación, vivienda y debido ejercicio de sus derechos como trabajador.

3. Han sido las organizaciones sociales quienes han trabajado para suplir estas necesidades que se han manifestado, cuando el Estado se ha permanecido ausente.

4. Se ha generado por parte de los órganos públicos, una potestad administrativa de naturaleza discrecional. Que sin duda, es la que genera mayor controversia y la más alta vulneración a la legislación y a los TI suscritos y ratificados por Chile. Es por ello que ninguna legislación puede otorgar potestad a servidores públicos para que tomen decisiones y ordenen ciertos actos de índole administrativas, porque es este actuar el que no permite un sistema jurídico transparente y con fundamentos.

5. En virtud de lo anterior y al ingreso del nuevo proyecto de ley que ha ingresado el ejecutivo a la cámara de Diputados que debiera a corto plazo adoptarse una serie de medidas a nivel administrativo que permitan aminorar estas deficiencias, mientras esta

ley se encuentra tramitándose en el CN y se unifica con ello la política migratoria.

En particular se debería:

- Disponer de recursos suficientes para hacer frente al incremento de solicitudes de visa, de manera de dar cumplimiento a los plazos legales.

- Establecer mecanismos para permitir el acceso de las personas migrantes a servicios públicos básicos, mientras se tramita su visa.

- Crear instancias de coordinación entre los órganos administrativos que otorgan estos servicios a fin de favorecer el acceso de las personas migrantes y prevenir situaciones de discriminación.

- Establecer canales de comunicación efectiva con la autoridad migratoria, que permita denunciar incumplimiento de plazos o pérdida de documentación.

- Crear protocolos de atención a personas migrantes que fomenten en los funcionarios de la administración un trato adecuado y no discriminatorio.

- Instruir a los funcionarios del DEM respecto de los derechos fundamentales de las personas migrantes reconocidos en nuestra legislación y en los distintos TI, lo que debería plasmarse en la debida fundamentación de las decisiones de rechazo, revocación de visas de residencia y aplicación de medidas de control.

- Regular a nivel administrativo los procedimientos sancionatorios de personas migrantes y la aplicación de las medidas de control.

6. Todas las recomendaciones antes realizadas constituyen sin duda, materias que el poder ejecutivo, en manos del Presidente del República y sus Ministros, han tomado en cuenta para realizar una política migratoria unificadora, integradora y proteccionista de derechos y promotora de deberes. Debiendo además, contemplar planes nacionales que se adecuen a los niveles que Chile debería

estar y debiendo proteger todos aquellos derechos que se encuentran garantizados por Chile tras la ratificación de los TI.

Sin duda Chile tiene grandes desafíos en esta materia, y por ahora se encuentra en manos del legislativo los primeros grandes pasos para comenzar a crear planes y programas, en que se integren a los migrantes, para que formen parte de esta sociedad Chilena.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- \_\_\_\_\_ (2011) “Las fuentes del derechos”, [http://enlaces.ucv.cl/educacioncivica/contenut/ut1\_esta/2\_fuente/conu t1-2.htm#2.2] documento de fuente electrónico [Fecha de Consulta: 6 de abril de 2013]
- CANALES, Patricia (2012) “Derechos de los extranjeros en los tratados internacionales en Chile, Argentina, Brasil y la Unión europea” Biblioteca del Congreso Nacional pp.33 [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 20 de mayo] [http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios\\_anticipacion/estudios\\_pdf\\_estudios\\_anticipacion/10-02\\_derechos\\_extranjeros.pdf](http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios_anticipacion/estudios_pdf_estudios_anticipacion/10-02_derechos_extranjeros.pdf)
- CANO, María; SOFFIA, Magdalena; MARTÍNEZ, Jorge: (2009): “Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio”. En *Serie de población y Desarrollo* N° 88, pp.84 [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 25 de mayo]. <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/37498/lcl3086-P.pdf>.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2008): “La discrecionalidad Administrativa” pp. 21 [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 15 de junio] <http://www.cassagne.com.ar/ingles/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>
- CONFERENCIA SUDAMERICANA DE MIGRACIONES (2010) “Plan sudamericano de desarrollo humano de las migraciones, contextos y perspectivas” pp.40 [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 7 de abril] [http://www.mintra.gob.pe/migrante/pdf/Plan\\_Sudamericano\\_Migraciones.pdf](http://www.mintra.gob.pe/migrante/pdf/Plan_Sudamericano_Migraciones.pdf)
- MACHÍN ÁLVAREZ, Macarena (2011) Observatorio Ciudadano “Los Derechos Humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural” pp. 47[En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 20 de junio]. <http://bcn.cl/10sh2>

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIÓN (2011): “Perfil migratorio de Chile” pp.109 [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 12 de mayo]. <http://incami.cl/perfil-migratorio-de-chile/>
- PADILLA BALLESTERO, Elías; “La memoria y el olvido” [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 15 de junio]. <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/lamemolv/memolv04.htm>
- RED CHILENA DE MIGRACIÓN E INTERCULTURALIDAD (2011) Informe alternativo Chile “Convención internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares” pp.35. [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 20 de marzo]. <http://www.libertadesciudadanas.cl/documentos/docs/Informe%20Alternativo%20RedMI%2014-09-11.pdf>
- SEGURA LOARTE, Alejandro (2004): “La solicitud de residencia permanente en Canadá por razones Humanitarias y de compasión” [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 17 de junio]. <http://www.aquiencanada.com/Articulos/LaSolicitudDeResidenciaPermanenteEnCanadaPorRazonesHumanitariasYDeCompasion.htm>
- UNIVERSIDAD BERNARDO OHIGGINS (2011): “La codificación de las leyes” [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 22 de mayo] <http://bibliotecafagf.blogspot.com.br/2011/12/apuntes-de-derecho-romano-ii-de.html>
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2009-2010): Informe de derechos humanos “Derechos Humanos de los Migrantes y refugiados” pp. 237-270. [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 10 de marzo] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2010/>.

#### **DOCUMENTOS LEGALES**

- Gobierno de Chile, Ministerio de secretaria general de la República de Chile (2010) “Manual sobre procedimiento Administrativo” pp.36 [En

línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 20 de junio] <http://www.inach.cl/wp-content/uploads/2010/08/Manual-Procedimientos-Administrativos-Ley-19.880.pdf>

- Organización de naciones unidas (2012):“Migrantes” [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 17 de junio]. <http://www.onu.cl/onu/migrantes/>
- Gobierno de Chile, Ministerio del interior y seguridad pública (2010): “Convenios de colaboración para la integración de migrantes” (2010) [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 20 de mayo]. <http://www.extranjeria.gov.cl/filesapp/Convenios%20Sectoriales.pdf>
- Gobierno de Chile, Cámara de diputado (2011) “Hitos de tramitación”, Boletín 3778-18 [En línea] documento de fuente electrónica [Fecha de consulta: 25 de mayo]. [http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=4172&prmBL=3778-18](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4172&prmBL=3778-18)
- MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA. Mensaje 089- 361 del 20 de mayo de 2013. pp.81

#### **NORMATIVA NACIONAL**

- Decreto Ley N° 1094, *Normas sobre extranjeros en Chile*, Diario Oficial, 19 de julio de 1975.
- Ley N° 19880, Normas de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

#### **NORMATIVA INTERNACIONAL**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Chile 8 de octubre de 1990.
- Pacto Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales, suscrito en 16 de diciembre de 1966. Ratificado por Chile 10 de marzo de 1972.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Comisión de Derechos Humanos, Derechos humanos de los migrantes, 27 de abril 1999.