

Una nueva institucionalidad para la protección de los derechos de las personas migrantes en Chile

A new institutionality for protection of migrants in Chile

REGINA INGRID DÍAZ TOLOSA¹

RESUMEN

El estudio tiene por objeto explicar, en base a normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el porqué es necesario en Chile una renovada institucionalidad para proteger los derechos de las personas migrantes.

Palabras clave: Institucionalidad – migrantes -derechos

ABSTRACT

The purpose of the study is to explain, based on International Law of Human Rights, why it is necessary a renewed institutional framework to protect the rights of migrants in Chile.

Keywords: Institutionalality – migrants- rights

¹ Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Directora de carrera de Derecho sede Santiago, Universidad Autónoma de Chile, Chile.

Este artículo forma parte integrante del proyecto Fondecyt Regular N°1181194. Correo: ingrid.diaz@uautonoma.cl

1. Introducción

El grupo intergubernamental de expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, establecido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1997, en su segundo informe de 1998 (E/CN.4/1999/80, 9 marzo 1999), refiere a una serie de obstáculos institucionales que impiden la protección plena y eficaz de los derechos humanos de las personas migrantes y otorgan recomendaciones para hacer frente a cada uno de ellos. A veinte años de este documento, es posible observar que en Chile esas deficiencias concuerdan plenamente con la realidad de nuestra actual institucionalidad, por ejemplo, ausencia de normas o su falta de aplicación, gran dispersión normativa y ausencia de un texto refundido de las disposiciones, falta de ratificación de algunas normas internacionales sobre derechos humanos que protegen a los migrantes, denegación de justicia y abusos en los procedimientos de expulsión, formación deficiente en materia de derechos de los migrantes de los funcionarios, entre otros.

Ante este escenario, los migrantes tienen una limitada capacidad de actuar en defensa de sus derechos, y carecen de un servicio de atención integral que los informe y oriente de manera concreta y adecuada en el ejercicio de sus derechos, lo que es preocupante dado que se trata de un grupo humano altamente vulnerable, cuya asistencia debiera ser prioritaria, para evitar la discriminación y el atropello de su dignidad humana.²

Por tanto, es necesario y urgente rediseñar la institucionalidad chilena en materia migratoria. Si bien los últimos gobiernos han hecho un esfuerzo por avanzar en esta materia, aún no se concreta la creación de una nueva Ley de Migración.³ En esta investigación, en consideración de los parámetros del Derecho internacional de los derechos humanos, se pretende coadyuvar a la determinación de los caracteres que debiera reunir la nueva institucionalidad para conseguir una real protección de las personas migrantes. Para ello revisamos las falencias y desafíos existentes en los órganos que ejercen las clásicas funciones del Estado —legislativo, ejecutivo, judicial—, y la labor que compete a las organizaciones de la sociedad civil, respecto del fenómeno migratorio.

2. El legislador y el estatuto aplicable a las personas migrantes

2.1. El deber de armonizar la legislación interna con las normas internacionales

Si bien el Derecho internacional reconoce la soberanía de cada Estado a regular la migración en su territorio, su legislación nacional debe ser conforme a las normas internacionales sobre derechos humanos,⁴ pues si

² Díaz (2015) pp. 45-47.

³ En los últimos años han existido, principalmente dos iniciativas, las cuales no han prosperado aún en el Congreso. El año 2013, por mensaje del presidente Piñera ingresó proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06), el que fue criticado, precisamente, por no avanzar en la configuración de una nueva institucionalidad. Domínguez (2016) pp. 210 y 211; Díaz (2016a) p. 110; Díaz (2015) pp. 57 y 58; Bassa y Torres (2015) p. 107; Belloio y Errázuriz (2014) p. 95; Doña y Mullan (2014) pp. 8 y 9. Por su parte, la presidenta Bachelet ingresó mensaje de proyecto de ley que establece nueva ley de migraciones, el 23 de agosto de 2017 (Boletín N° 11395-06), el cual fue informado por la Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización, el 12 de enero de 2018, recomendando el rechazo del proyecto, entre otros, por su debilidad institucional. Actualmente, el primer proyecto ha sido reactivado con indicaciones, en el segundo mandato presidencial de Piñera, avanzando la propuesta con la creación de una institución especializada para la aplicación de la política migratoria, el Servicio Nacional de Migraciones, servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del presidente de la República, por intermedio del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Cfr.* Artículos 152 a 154 del Oficio n° 008-366 de 9 de abril de 2018 que formula indicaciones al proyecto de ley de migración y extranjería (Boletín N° 8970-06).

⁴ Grupo intergubernamental de expertos en los derechos humanos de los migrantes (1999) p. 81, Rodríguez (2001) p. 109, Rodríguez (2002) p. 101, Bustamante (2008) p. 13.

los Estados son parte del sistema de protección de los derechos humanos y han dado su consentimiento en obligarse, deben ser respetuosos de los principios de observancia de los tratados, esto es el principio *pacta sunt servanda* y la imposibilidad de justificar incumplimientos en base al ordenamiento interno, y por tanto, han de procurar la debida implementación interna a las disposiciones internacionales.⁵

Nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia que resuelve requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del Decreto Ley 1.094 de 1975 que establece normas sobre extranjeros en Chile, ha reconocido que las normas internacionales sobre derechos humanos son un límite material a la actuación de los órganos del Estado. En este sentido, el legislador en su tarea de creación de normas debe considerar el contenido de las normas internacionales en la materia, de manera tal de realizar la adecuación necesaria entre unas y otras. Estas normas internacionales protectoras de derechos limitan sustancialmente las potestades legislativas en materia de migración, y abarcan tanto la regulación del ingreso y la permanencia en el Estado de acogida, como también una eventual expulsión de los extranjeros.⁶

Así, en materia de ingreso, el legislador debiese considerar que las prohibiciones o restricciones deben ser excepcionales, y especialmente, que no es posible aplicarlas si se invoca derecho de asilo⁷ o alguna consideración de no discriminación, de prohibición de trato inhumano o de respeto de la vida de la familia.⁸ Ahora, las reglas restrictivas que se establezcan no deben comprometer la esencia del derecho, deben ser necesarias para proteger fines permisibles⁹ y proporcionales, es decir, debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

Luego, en cuanto a normas que regulan la permanencia, el principio rector es el de igualdad y no discriminación entre nacionales y extranjeros¹⁰, no solo respecto de quienes hayan ingresado «legalmente», sino también de quienes lo han hecho «ilegalmente», pero luego han regularizado su condición.¹¹ Finalmente, ante una eventual expulsión, deben existir procedimientos que garanticen una tutela judicial efectiva y un debido proceso.¹²

⁵ El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante CVDT), respecto de la observancia de los tratados consagra, en su artículo 26, que «[e]l tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Además, el artículo 27 agrega que «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Como corolario el Estado debe armonizar las normas internas con las internacionales, lo cual ha sido consagrado expresamente a nivel universal y regional, *vid. v.g.* art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante pidcp), y art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante CADH).

⁶ Tribunal Constitucional, Decreto Ley 1.094 de 1975, 2013, Caso Alerte, considerandos 7° a 13°.

⁷ Artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y artículo 27.7 de la CADH.

⁸ Observación General (en adelante og) N° 15 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1986, sobre la situación de los extranjeros, pár. 5.

⁹ De acuerdo con los artículos 12.3 del pidcp y artículo 22.3 de la CADH, son fines permisibles la necesidad de prevención de infracciones penales, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros.

¹⁰ Como afirma Azócar (2016) p. 9 se debe concebir al «migrante como una persona con dignidad, necesidades y potencialidades, y no solo desde una mirada instrumental, como 'mano de obra'»

¹¹ Artículo 2 del pidcp, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente; og N° 15 de 1986 sobre la situación de los extranjeros, pár. 6; og N° 27 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1999, sobre libertad de circulación, en interpretación del artículo 12 del pidcp, pár. 4.

¹² Lo cual se desarrolla en extenso más adelante en acápite respecto de las falencias y desafíos que se vislumbran respecto de los órganos del Estado que ejercen funciones judiciales.

2.2. La ratificación e implementación de acuerdos internacionales en el orden interno

2.2.1. El caso de los instrumentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo

Si bien Chile ha ratificado y puesto en vigencia los principales tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos,¹³ incluida la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990,¹⁴ existen convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajadores migratorios que no lo han sido.

Así, el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), N° 97 de 1949, y el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), N° 143 de 1975, los cuales promueven un trabajo decente de los trabajadores migrantes y sus familias, entendido como el trabajo productivo para los hombres y las mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Además, contienen el principio básico de la igualdad de trato entre los nacionales y los trabajadores migrantes en situación regular y normas mínimas de protección para todos los trabajadores migrantes.¹⁵

Asimismo, es conveniente destacar que cada uno tiene aparejada una recomendación: la Recomendación N° 86 sobre los trabajadores migrantes (revisada) de 1949, y la Recomendación N° 151 sobre los trabajadores migrantes de 1975. Por ejemplo, se ofrecen recomendaciones explícitas sobre la pérdida de empleo, de manera que esta no conlleve automáticamente una situación migratoria irregular o ilegal; quedarse sin trabajo no debe implicar para el migrante la pérdida de su permiso de trabajo ni de su residencia y la de sus familiares. De igual forma, esta Convención subraya que el trabajador migrante en situación regular debe gozar de una igualdad de trato con los trabajadores nacionales con respecto a la seguridad del empleo, la obtención de un empleo alternativo, y el acceso a programas de empleo y de capacitación.¹⁶

Tampoco Chile ha ratificado los convenios de la Organización Internacional del Trabajo relacionados con la seguridad social: el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), N° 118 de 1962 y el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, N° 157 de 1982 y su Recomendación N° 167 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1983.

2.2.2. El caso del Acuerdo de Residencia Mercosur

Por otra parte, también es manifiesta la discriminación que se ha generado respecto de la implementación del Acuerdo de Residencia Mercosur, y preocupante la existencia de irregularidades en su incorporación y puesta en vigencia interna, pues se considera el convenio más importante a nivel regional para la configuración de un «mercado social o ciudadano».¹⁷

¹³ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, PIDCP, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 (en adelante CTMF), Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. *Cfr.* United Nations, *Treaty Collection*, Status of treaties, Chapter IV: Human Rights..

¹⁴ Entrada en vigor recién el año 2003, al haberse ratificado por 20 Estados. Chile la ratificó el 21.03.2005.

¹⁵ Estado de ratificación de los convenios en base de datos de la Organización Internacional del Trabajo, NORMLEX, Information System on International Labour Standards, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312242 [Fecha de consulta: 11.06.2020].

¹⁶ Gammage y Helmreich (2013) p. 58.

¹⁷ Organización Internacional para las Migraciones (2014) p. 8.

Este acuerdo fue ratificado por Chile el 18 de noviembre de 2005¹⁸, sin embargo, constituye un caso de tratado con vigencia internacional, sin vigencia interna regular, pues a su respecto no se han cumplido los trámites de promulgación y publicación,¹⁹ los cuales se entienden, tradicionalmente, necesarios para su aplicación.

El año 2009, se intentó promulgar el acuerdo, a través del Decreto 184/2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin embargo la Contraloría General de la República, mediante Dictamen N° 13578 de 15 de marzo de 2010, no dio lugar, por estimar que la ratificación de este necesitaba la aprobación previa del Congreso, conforme al artículo 54 n° 1 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 19 N° 7 letra a) de la misma. Ante este dictamen el Ministerio solicitó reconsideración, pues estima que el Acuerdo en examen no requiere de aprobación por parte del Congreso Nacional, ya que lo concordado en materia de residencia a través de aquel instrumento se ajustaría a la legislación migratoria chilena, por lo que podría implementarse por la vía administrativa, pero se rechaza la solicitud por Dictamen N° 75454 de 15 de diciembre de 2010.

Para salvar el inconveniente, la Subsecretaría del Interior, mediante Oficio Circular N° 26.465 de 2009, instruye sobre la aplicación del Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile. Indica la posibilidad de otorgar una visa de residencia temporaria, fundada en el principio de reciprocidad internacional, por un año, prorrogable por igual período a los ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileros, paraguayos y uruguayos, que se encuentren en Chile, independiente de la actividad que vengán a realizar, siempre y cuando no posean antecedentes penales o delictivos. No obstante, esta norma administrativa genera discriminación, pues con posterioridad a la data de este oficio, han adherido al Acuerdo, los Estados de Perú, Ecuador y Colombia, pero a las personas de estas nacionalidades no se les está aplicando la visa para nacionales del Mercosur y Estados asociados, pues el oficio indica expresamente que los beneficiarios de este permiso son los nacionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Uruguay y Paraguay.

Al respecto, podemos realizar las siguientes observaciones:

- a) El Acuerdo se encuentra vigente en Chile a nivel internacional. Se debe tener presente que conforme al artículo 46 de la cvdt, relativo a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, «[e]l hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento», por tanto, aún bajo el supuesto sostenido por Contraloría, esto es la necesidad de aprobación del Congreso para ratificar el Acuerdo, por tratar una materia de ley, ello no afecta la ratificación que se ha hecho del acuerdo, ni su entrada en vigencia internacional. El Acuerdo conforme a la información disponible en la Dirección de Tratados de Paraguay, entró en vigencia el 28 de julio de 2009, pues el mismo dispone en su artículo 14 que entra en vigor a partir de la comunicación de los seis Estados (Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Chile) «informando que se ha dado cumplimiento a las formalidades internas necesarias para la entrega en vigencia del presente instrumento», comunicación que fue remitida a la República del Paraguay, como depositario, el 18 de noviembre de 2005.

¹⁸ Base de datos de la Dirección de Tratados de Paraguay, la cual en su calidad de depositario de los tratados, protocolos y acuerdos firmados entre los Estados parte del Mercosur o entre los Estados partes del Mercosur y Estados Asociados, mantiene un registro de los acuerdos y su estado de ratificación, Chile ha ratificado el mismo mediante nota formal de ratificación N° 195/05.

¹⁹ Base de datos de legislación chilena disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional.

- b) El envío de tratados para la aprobación del Congreso, tradicionalmente ha sido una atribución facultativa del presidente de la República. La disposición constitucional aludida no establece expresamente en qué casos los tratados debieran ser aprobados por el Congreso.²⁰ Mientras que la Contraloría está interpretando que todos los tratados deben ser aprobados por el Congreso, salvo los celebrados en ejercicio de la potestad reglamentaria. En otras palabras, que todos los que versan sobre materias de ley debieran ser aprobados por el Congreso.
- c) Si bien, concordamos con que este acuerdo efectivamente trata de materias de ley, pues no solo se refiere a la residencia, sino también al ejercicio de otros derechos fundamentales, por lo que estatuye bases esenciales del ordenamiento.²¹ Se previene sobre la existencia de otros permisos de residencia temporaria que han sido implementados por la vía administrativa, tales son: la visa temporaria por asuntos laborales,²² la visa temporaria por unión civil,²³ la visa temporaria para embarazadas y menores de 18 años.²⁴ ¿Por qué, entonces no podría implementarse por vía administrativa la residencia temporaria a los nacionales del Mercosur, si ésta se encuentra ajustada a los parámetros establecidos en el artículo 30 y siguientes del Decreto Ley 1.094 de 1975?
- d) Creemos, sería absurdo someter a aprobación del Congreso el acuerdo, como así lo han sugerido algunos parlamentarios, ver *u.g.* proyecto de acuerdo 975 de 2013²⁵ y proyecto de resolución 195 de 2014, pues ya se encuentra ratificado internacionalmente, incluso fue considerado por el Mercosur para efectos de la entrada en vigor del acuerdo. Por tanto, para solucionar este inconveniente de vigencia internacional del acuerdo con implementación parcial del mismo por vía administrativa (oficio circular), una forma de darle una aplicación interna con fuerza de ley, sería introducir sus disposiciones en la nueva ley de migración; debiese incorporarse una visa de residencia temporaria basada en el criterio de la «nacionalidad o ciudadanía Mercosur», respecto de la cual pudieran ser beneficiarios todos los Estados que actualmente han ratificado y adherido el Acuerdo de residencia, incluyéndose también a aquellos nacionales de Estados que en el futuro se adhieran.²⁶ No obstante, mientras tanto esta ley aún no se concreta, se debiera dictar un nuevo oficio que amplíe el anterior, con la finalidad de incorporar como beneficiario de la visa temporaria nacionales Mercosur a los peruanos, colombianos y ecuatorianos, cuyos estados se han adherido al acuerdo con posterioridad, y de esa manera evitar la existencia de una discriminación carente de fundamento razonable.

²⁰ Henríquez (2003) pp. 261-263, Ibaceta (2003) p. 249, Silva (2000) p. 308, Gamboa (1998) p. 65.

²¹ Artículo 63 N° 20, 4 y 2 de la Constitución Política de la República de Chile.

²² Circular N° 7 del Departamento de Extranjería y Migración de 2015. Se debe tener en consideración, que desde el 23 de abril de 2018 esta visa fue dejada sin efecto administrativamente por la nueva política migratoria implementada por el gobierno de Sebastián Piñera. *Cfr.* Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2018) p. 4.

²³ Circular N° 6 del Departamento de Extranjería y Migración de 2015.

²⁴ Oficio Circular N° 1.179 de 2003, Oficio Circular N° 6.232 de 2003, y Oficio ORD-A-14 N° 3.229 de 2008.

²⁵ Proyecto de Acuerdo N° 975, presentado en sesión 81° de 9 de octubre de 2013, solicita a S.E. el presidente de la República que remita a tramitación legislativa el Acuerdo sobre regularización migratoria interna de los ciudadanos del Mercosur, Bolivia y Chile, t del Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile.

²⁶ Al respecto, se observa que la Ley de migraciones argentina N° 25.871 de 2004, establece en su artículo 20° que los extranjeros serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en las categorías de residentes permanentes, temporarios o transitorios. Luego, en su artículo 23° considera como residentes temporarios debido a su nacionalidad a los «*ciudadanos nativos de Estados parte del Mercosur, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos años, prorrogables con entradas y salidas múltiples*». Se ha de hacer la prevención que Argentina ratificó el acuerdo el 2004, y aunque también entró en vigor para Argentina en 2009, Argentina suele legislar incorporando referencias a las normas del Mercosur, incluso antes de que adquieran su vigencia internacional.

2.3. La precaria protección de los derechos de las personas migrantes a través de normas administrativas y la vulneración del principio de legalidad

El ya referido Decreto Ley que regula temas de extranjería no incorpora los estándares internacionales sobre derechos humanos desarrollados hace ya algunas décadas en materia migratoria,²⁷ por lo que, actualmente en Chile, existe una ausencia de leyes protectoras de los derechos de los migrantes, lo que limita su capacidad de defensa, si bien se han desarrollado una serie de acciones en base a normativa administrativa como reacción ante ciertos problemas sociales urgentes que afectan a personas migrantes mayormente vulnerables, tales como, mujeres embarazadas, niños irregulares, adultos con condición médica urgente y sin previsión social.²⁸ Por otra parte, aunque, normalmente se afirma que las personas migrantes, incluso en situación de irregularidad pueden ejercer estos derechos en base a esta regulación administrativa sin temor de verse expuesto a un control migratorio que devenga en una eventual expulsión, ello de conformidad a los estándares internacionales en la materia,²⁹ lo cierto es que la legislación vigente impone la obligación de todo servicio público a realizar control migratorio.³⁰

Por otra parte, los migrantes no poseen un cuerpo legal que refiera a sus derechos como grupo social vulnerable específico, hay gran dispersión de normas, y ellas son de distinta jerarquía normativa, lo cual dificulta el acceso a la información y la defensa oportuna de sus derechos. Al respecto, primeramente debemos destacar que es cuestionable que una norma del tipo «Decreto Ley» establezca sanciones que afectan el derecho a la libertad personal y, que normas administrativas del tipo oficios, instrucciones,

²⁷ Díaz (2016b) examina la compatibilidad de las normas sobre ingreso y permanencia presentes en el decreto y las normas internacionales. Además, se debe recordar que esta normativa no contiene referencia a derechos de los migrantes, pues fue concebido bajo un paradigma de seguridad nacional que se arrastra desde el siglo XIX, tras la crisis salitrera en el Norte del país.

²⁸ El año 2008 se dicta el Instructivo Presidencial N° 9 de 2008, el cual, en general, orienta a través de instrucciones la acción gubernamental frente al fenómeno de la migración; y, en particular, encarga al Ministerio del Interior, a través del Departamento de Extranjería y Migración, la implementación de la política migratoria a nivel intersectorial, para lo cual debe convocar a los servicios públicos nacionales a suscribir convenios de colaboración y protocolos de acuerdo y coordinación para el cumplimiento de la misma. Así, se han firmado una serie de convenios y protocolos y se han impartido instrucciones para su aplicación: 1. Educación: A) Acción especial de acceso a la educación, medida conjunta con el Ministerio de Educación que facilita y promueve la incorporación a los diversos establecimientos de educación general básica y media a todos los hijos de migrantes que residen en Chile, independiente la condición migratoria de sus padres (Oficio Circular N° 6.232 de 2003, Oficio ord N° 07/1008(1531) de 2005, Oficio ord 894/2016, Oficio ord 329/2017, Oficio ord 608/2017, Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022); B) Convenio conjunto con la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) que facilita el acceso a Educación Parvularia, cuyo objetivo es facilitar el ingreso a programas de educación parvularia, a hijos e hijas menores de 5 años de mujeres inmigrantes o refugiadas, independiente de la condición migratoria en que niños y niñas se encuentren (Resolución Exenta N° 6.677 de 2007); 2. Salud: A) Acción especial de protección de la maternidad, medida conjunta con el Ministerio de Salud, tendiente a facilitar el acceso a los servicios de salud en los establecimientos de la red pública aquellas trabajadoras extranjeras que, residiendo en Chile, quedan embarazadas. Ellas podrán optar a un permiso de residencia temporaria certificando que controlan su situación de embarazo en el centro de salud que corresponde a su domicilio (Oficio Circular N° 1.179 de 2003, Oficio ORD-A-14 N° 3.229 de 2008); B) Convenio que facilita el acceso al sistema público de salud de niñas, niños y adolescentes, el cual permite proporcionar a todos los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años extranjeros atención de salud en los establecimientos de la red pública de salud en igualdad de condiciones de sus pares chilenos, ello será válido para todos los menores de 18 años, independiente de su situación migratoria en Chile y la de sus padres, tutores o representantes legales (Resolución Exenta N° 1.914 de 2008); C) Permite la atención en la red de salud pública de todo inmigrante, incluido el indocumentado: Resolución Exenta N° 1266 de 2014, ORD 1942 de 2015, Decreto N° 67 de 2016, Resolución Exenta N° 1.308 de 2017, Resolución Exenta N° 1221 de 2018. 3. Protección a grupos especialmente vulnerables: A) Convenio firmado con el Servicio Nacional de la Mujer, el cual facilita acceso a la red de protección de víctimas de violencia intrafamiliar a mujeres inmigrantes, solicitantes de refugio y refugiadas (Resolución Exenta N° 80.388 de 2009); B) Convenio suscrito con el Servicio Nacional de Menores que facilita el acceso a la red de protección de la infancia y adolescencia a hijas e hijos de familias de inmigrantes y/ o refugiados vulnerados en sus derechos o infractores de ley, cualquiera sea la condición migratoria en que niños, niñas y adolescentes se encuentren. Además, colaborar en la gestión para la resolución de residencia de aquellos menores de 18 años que no se encuentren acompañados por su padre, madre o tutor o aquellos menores de edad que se encuentren en proceso de adopción (Resolución Exenta N° 10.654 de 2009).

²⁹ Crépeau (2015) p. 114, destaca como recomendación para la Unión Europea: «Colocar 'cortafuegos' entre la aplicación de la ley sobre la inmigración y los servicios públicos, para que todos los migrantes en la Unión Europea puedan tratar de acceder a la justicia y a los servicios sociales sin miedo a ser denunciados a las autoridades de inmigración ni deportados».

³⁰ Domínguez (2016) p. 207 comenta las disposiciones que imponen esta obligación, a saber, Decreto Ley n° 1.094 de 1975, artículos 11, 12, 73, 76, 77 y Reglamento de Extranjería, artículos 18-25, 150, 151, 155, 156.

convenios y protocolos regulen el ejercicio de derechos fundamentales, pues ello atenta contra el principio de reserva de ley, el cual impone que únicamente a través de una ley puede afectarse este derecho. Este principio es trascendental en el control de los actos de la Administración y en la protección de estos derechos, pues el Congreso es el órgano que cumple la función legislativa en representación de la voluntad soberana de los individuos que componen el sistema social nacional, y por tanto, constituye el mecanismo más idóneo para regular y limitar los derechos fundamentales.³¹ Segundo, si las medidas que restringen el ejercicio de derechos fundamentales no se encuentran establecidas en base a texto expreso de la ley, el cual defina claramente tipos de infracciones o causales para la procedencia de la adopción de restricciones, se entrega un mayor margen de discreción a la autoridad de turno, lo que puede devenir en un ejercicio abusivo de sus atribuciones; es necesario que la autoridad actúe dentro de parámetros objetivos y según la política migratoria del Estado para evitar actuaciones arbitrarias.³²

3. Los órganos administrativos relacionados con el fenómeno de la migración

Ante el marco jurídico referido, entonces es necesario avanzar en la creación de una institucionalidad especializada que facilite la gestión migratoria, las vías de comunicación y los mecanismos de garantía de los migrantes cuyos derechos sean vulnerados, pues ante la gran dispersión normativa en aspectos que afectan la protección jurídica de los migrantes en Chile es imperiosa la existencia de una institución nacional gubernamental que aglutine, coordine y difunda la promoción y la protección a los migrantes de manera centralizada y global.³³

La institucionalidad requiere ser adaptada a la dinámica e importancia de los movimientos migratorios modernos, de manera de dar una respuesta adecuada a la realidad actual, en beneficio del país —como sociedad de acogida— así como de los propios migrantes, como sujetos de derechos humanos.³⁴

3.1. El Departamento de Extranjería y Migración

Actualmente, el Departamento de Extranjería y Migración, órgano dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública —en un tercer nivel jerárquico— es el encargado del tema migratorio, por lo que gran parte de sus procesos deben ser revisados o supervisados por este Ministerio, lo que le quita independencia y demora los tiempos de respuesta. Adicionalmente, es necesario descentralizar los procedimientos relacionados con los permisos de residencia, dado que, independientemente de que existen oficinas del Departamento en otras ciudades distintas a Santiago, todas las aprobaciones de permisos, reconsideraciones y demás trámites relacionados deben enviarse a la oficina central para revisión y autorización, lo cual genera una demora importante en los trámites correspondientes.³⁵

³¹ Bassa y Torres (2015) pp. 109 y 110.

³² Cfr. Torrealba (2013), pp. 13 y 14. Al respecto, cabe destacar el estudio de Domínguez (2016) p. 198, quien afirma que «el establecimiento de una regulación tan favorable a la discrecionalidad del funcionario de frontera permite actuaciones discriminatorias en la más absoluta impunidad, de las que no se lleva registro alguno». Por su parte, Bassa y Torres (2015) p. 111, destacan que «[e]l objetivo es disminuir el grado de discrecionalidad en la decisión administrativa, tipificando las conductas sancionadas».

³³ Aravena (2013) pp. 34 y 35, enfatiza no solo la falta de una normativa unificada que regule todos los aspectos relacionados con la migración de manera integrada y congruente, sino además, la existencia de grandes vacíos legales, pues son tan generales que dan cabida a diversas interpretaciones que traen como consecuencia el uso de la discrecionalidad excesiva por parte de los funcionarios encargados de su aplicación, quienes tampoco cuentan con directrices claras de cómo aplicarlas.

³⁴ Torrealba (2013) p. 16.

³⁵ Aravena (2013) p. 33.

Bajo esta configuración existe un énfasis hacia la seguridad nacional, por tanto, las normas sobre extranjeros en Chile, más que un Derecho Migratorio, es un Derecho de Extranjería, preocupado en primer término de los ingresos y salidas, entrega renovación o revocación de permisos de visado; más la protección de los derechos de las personas migrantes está entregada de manera dispersa a diversos servicios públicos. También en este ámbito se destaca la existencia del Instituto Nacional de Derechos Humanos, como institución abocada a la defensa de los derechos humanos amenazados o vulnerados, por lo que sus acciones podrían ser fundamentales en el ámbito migratorio, aunque no posee un mandato específico respecto de personas migrantes.³⁶

La política migratoria requiere de una pluralidad de actores, tanto en su origen como en su implementación. Junto al organismo o ministerio encargado de lo migratorio (Ministerio del Interior y Seguridad Social, Ministerio de Relaciones Exteriores), deben incluirse los ministerios sociales (de Desarrollo Social, de Trabajo, de Salud, de Vivienda, de Educación) y servicios de protección de colectivos vulnerables (el Servicio Nacional de la Mujer, el Servicio Nacional de Menores), y otros que tengan injerencia en la vida, desarrollo e integración de los inmigrantes, por ejemplo, las oficinas de protección de derechos existentes en las municipalidades.³⁷

El 6 de noviembre del 2015, se publicó el Instructivo Presidencial n° 5, el cual con el objeto de fortalecer la institucionalidad en la gestión migratoria y pretende avanzar hacia el establecimiento de un Sistema Nacional de Migración que implemente una política pública que responda de forma multidimensional a los procesos migratorios y coordine la gestión de los distintos actores institucionales en la materia, por tanto el foco en la gestión administrativa no solo se concentra en el control de fronteras, sino con mayor preponderancia en la protección de derechos y en implementación de programas y acciones de inclusión social.

3.2. El Consejo de Política Migratoria³⁸

Es un órgano asesor consultivo de carácter permanente, cuya función es colaborar en la labor de diseñar y mantener una Política Nacional Migratoria y coordinar las acciones, planes y programas de todos los actores institucionales en la materia. Al respecto, se destaca su composición, pues incorpora a los diversos ministerios cuyos propósitos se relacionan con la protección de los derechos de los migrantes, en especial, en el ámbito de los derechos sociales, así por ejemplo, el Ministerio de Educación, de Salud, de Desarrollo Social, lo que se encuentra en consonancia con las recomendaciones de la relatoría especial de las Naciones Unidas.³⁹

Por su parte, el Instructivo Presidencial N° 5 de 2015, solicita al Consejo de Política Migratoria proponer a la presidenta de la República un nuevo proyecto de ley migratoria, una nueva institucionalidad que administre la política nacional migratoria, promover la creación de unidades encargadas de asuntos migratorios en los gabinetes ministeriales, elaborar programas presupuestarios enfocados en políticas sectoriales, crear procedimientos para el acceso progresivos a los derechos sociales (educación, vivienda, salud), desarrollar servicios de asistencia judicial especializada en procedimientos administrativos y judiciales con cobertura nacional, adoptar medidas de protección especial para niños y adolescentes

³⁶ Chiarello (2013) p. 184.

³⁷ Torrealba (2013) p. 14.

³⁸ Decreto N° 1393 de 2014.

³⁹ Crépeau (2014) párs. 66-70, afirma que los ministerios encargados de, entre otras cosas, la salud, la educación, el empleo, la infancia y las políticas sociales deberían participar plenamente en la elaboración de dichas políticas de migración.

migrantes, capacitar sobre migraciones, interculturalidad y derechos a los funcionarios gubernamentales que se relacionan con la población migrante, generar un registro integrado de información de migración, proponer la implementación de una política de frontera acorde con la política nacional migratoria.

Para avanzar en el cometido de estas instrucciones se solicita poner en práctica un plan de acción sobre migración, con metas pertinentes e indicadores sencillos que permitan obtener resultados comparables para hacer pública la gestión migratoria.

3.3. La implementación local de políticas públicas

Las instituciones de alcance nacional dada su complejidad y dispersión geográfica poseen dificultades para la aplicación de leyes, su labor principalmente consiste en definir políticas generales y planes de acción que orienten, definan y apoyen las tareas de organizaciones municipales, tales como las oficinas de protección de derechos (opd), las cuales interactúan de manera cercana con los inmigrantes y sus realidades cotidianas, y cuyo ámbito de actuación acotado territorialmente, puede facilitar la aplicación exitosa de planes o programas de acción social. Asimismo, el espacio municipal es un medio propicio para modificar prácticas sociales y culturales que atentan contra la dignidad de las personas, dada la injerencia que tienen en la promoción de estos derechos, por cuanto tienen atribuciones sobre la administración en salud, educación y otras materias de promoción y desarrollo social.⁴⁰

Así, por ejemplo, destaca el Convenio entre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y las municipalidades de Santiago, Recoleta, Quilicura e Independencia, a fin de transferirles recursos desde el Fondo Organización Regional de Acción Social (orasmí), para la asistencia de residentes vulnerables, fondo anual desconcentrado, aprobado por la Ley de Presupuesto para el sector público destinado al desarrollo de programas de acción social, que reflejen las políticas sociales de gobierno en lo que respecta a la atención transitoria de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social (el cual se rige por la Circular n° 35 de 5 de agosto de 2008 de la Subsecretaría del Interior).⁴¹

4. Lo órganos jurisdiccionales relacionados con el fenómeno migratorio

En esta esfera es necesario avanzar en materia de asistencia jurídica y protección consular, en general. Y en particular, la necesidad de judicializar los procedimientos de expulsión, de manera tal de dotar de una defensa adecuada y oportuna a estas personas.

4.1. Sobre el ejercicio de la protección consular

Hay que instar a los gobiernos de los Estados de acogida a que compartan cualquier información sobre presuntas violaciones de los derechos humanos de los migrantes con los representantes consulares de éstos, y a que garanticen el derecho de todos los migrantes a la asistencia de esos representantes consulares de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, conforme a las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas, no solo cuando sus nacionales sean detenidos, sino también de frente a cualquier vulneración de sus derechos.⁴²

⁴⁰ Aninat y Sierra (2019) p. 54.

⁴¹ Programas de asistencia para inmigrantes vulnerables de los últimos 5 años: Resolución Exenta N° 1.339 de 2015, Resolución Exenta N° 648 de 2016, Resolución Exenta N° 590 de 2017, Resolución Exenta N° 2.495 de 2018, Resolución Exenta N° 2.405 de 2019.

⁴² Rodríguez (2002) pár. 108.

Es pertinente enfatizar que esta protección no se refiere únicamente a la asistencia jurídica, sino también a asistencia social. Es considerado, por la relatoría de las Naciones Unidas como una buena práctica relativa a la lucha contra la discriminación hacia los migrantes, la promoción e implementación de este tipo de actividades que incluyan, entre otros: a) La creación de programas de asistencia social que proporcione asesoramiento así como servicios médicos y jurídicos a sus nacionales en el extranjero; b) La firma de acuerdos entre los Estados de origen y los gobiernos y organizaciones no gubernamentales en los países de acogida a fin de poder brindar una mejor asistencia a aquellos de sus emigrantes más necesitados; c) La entrega de información sobre las condiciones de trabajo y empleo en los países de acogida, en las embajadas; d) La emisión por parte de los consulados de una «matrícula consular», la cual permite obtener licencia de conducir y acceso a servicios bancarios para enviar remesas.⁴³

4.2. Sobre la judicialización de los procedimientos de expulsión

Conforme a las recomendaciones de la relatoría especial de las Naciones Unidas, los Estados deberían revisar sus procedimientos de expulsión y armonizarlos con la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, pues es el instrumento que en esta materia brinda a los no nacionales la protección más completa.⁴⁴ Luego, de acuerdo a este tratado los principios básicos que deben seguirse en esta materia son la prohibición de la arbitrariedad y la existencia de un debido proceso, el cual incluya, especialmente, el derecho a solicitar y recibir asistencia consular, el derecho a la defensa en un procedimiento contradictorio, con asistencia letrada gratuita y de un intérprete, de ser necesario, y la posibilidad de recurrir de la medida adoptada; medida que ha de ser aplicada de conformidad con la ley, motivada y notificada al afectado.⁴⁵

Ahora, en consideración de estos parámetros, la existencia de causales de rechazo y revocación de permisos de aplicación obligatoria bajo la concurrencia de las circunstancias que detallan (artículos 63 y 65 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975) facilitan una motivación aparente de la medida de expulsión que traen aparejada conforme lo establece el artículo 67 del decreto en referencia, es decir, la autoridad podría fundar la expulsión solo en alguna de las causales descritas en la norma, sin ponderar las circunstancias de hecho del caso particular que posibiliten la comprensión de su justificación y racionalidad.

Por otra parte, existe una amplia discrecionalidad administrativa para evaluar la concurrencia de las circunstancias descritas en la causal, por lo que se pueden adoptar medidas en contra de los extranjeros desproporcionadas. Tanto el Decreto Ley, como el Reglamento de Extranjería, el cual trata de la materia en sus artículos 136 a 144, no se refieren respecto de la evaluación de las circunstancias por parte de la autoridad. Por tanto, cabe preguntarse, cómo se comprueba la concurrencia de tales circunstancias⁴⁶ [...] «¿puede la autoridad administrativa hacer calificaciones acerca de circunstancias que normalmente corresponde determinar a un tribunal de justicia, por ejemplo, veracidad o falsedad de declaraciones?»⁴⁷

⁴³ Rodríguez (2004) p. 33.

⁴⁴ Bustamante (2008) p. 62.

⁴⁵ Artículos 22 y 23 de la ctmf.

⁴⁶ Bassa y Torres (2015) p. 118, afirman la falta de cumplimiento del debido proceso en esta materia, pues la autoridad administrativa, al carecer de un proceso administrativo establecido y objetivo, no contempla, al momento de aplicar una determinada sanción administrativa, factores como arraigo familiar, antecedentes judiciales, de vulnerabilidad o peligro de retorno del migrante a su país de origen, por lo que la decisión queda supeditada a la voluntad de la autoridad administrativa de turno.

⁴⁷ Al respecto, Castelleti (2011) p. 21 es de la opinión, en el caso que la expulsión de extranjeros sea consecuencia de la imputación de un delito, por extensión del principio de inocencia, sólo con una sentencia penal firme, podría fundamentarse la medida.

En aplicación de las normas de aplicación general relativas a procedimientos administrativos, el artículo 34 de la Ley N° 19.880 de 2003, actualizada al 2008⁴⁸, se faculta a la autoridad administrativa para realizar los actos de instrucción necesarios para comprobar los datos en virtud de los cuales debe pronunciar el acto, el cual en este caso ordena el abandono. Asimismo, se debe considerar que en virtud del artículo 13 del Decreto Ley, es crucial para estos efectos, el informe técnico evacuado por Policía de Investigaciones. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que este informe se ha transformado en vinculante para las autoridades políticas del Ministerio del Interior y basta su sola concurrencia para acreditar la naturaleza de los hechos. Este informe es un acto administrativo peculiar en tanto es un dictamen (por su naturaleza técnica) desfavorable (determina un gravamen para el afectado), de trámite (se inserta en un proceso administrativo que continúa y concluye con otros actos finales, pero que materialmente se encuentra determinado por este informe), constitutivo (configura la calidad de residente temporal o definitivo, innovando en el estatuto personal previo), de efectos particulares, firme y no recurrible. Luego, todos los controles posteriores sobre los actos formales terminales carecen de eficacia frente a la inimpugnabilidad técnica del acto trámite que les sirve de sustento, el que ni la Contraloría General de la República puede revisar, ya que importaría un análisis del mérito del informe. Así el carácter técnico del informe se transforma en un precedente vinculante que configura la decisión del Ministerio del Interior que no puede ser desvirtuada. En tal sentido, hay una vulneración en la “*igual protección de los derechos*” que le otorga la Constitución a toda persona, según lo dispone el artículo 19 N° 3 del citado cuerpo normativo.⁴⁹

Por otra parte, en consideración del estándar internacional relativo a la protección del derecho de circulación y residencia de las personas migrantes, el cual indica que quien hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se tendrá por regular dentro del territorio para fines de su resguardo⁵⁰, creemos que revocar solicitudes de visado y solicitar el abandono del país, sólo en base a estos informes y sin realizar una examinación de todas las circunstancias actuales del caso, puede conllevar la adopción de medidas en contra de los extranjeros desproporcionadas.

Finalmente, desborda los límites del derecho internacional al derecho de expulsión de los Estados, la inexistencia de un control judicial obligatorio en los procedimientos administrativos de rechazo o revocación de visados y las órdenes de abandono del país o de expulsión que conllevan; sólo están establecidas instancias de reclamación, poco efectivas, en cuanto establecen plazos breves para la interposición de recursos, y sin contemplar asesoría letrada gratuita obligatoria.⁵¹

Así, en cuanto a instancias de reclamación, si bien el Decreto Ley las establece tanto para el rechazo o revocación de la solicitud⁵², como para la orden de expulsión⁵³, están lejos de cumplir con los estándares internacionales que prevén la posibilidad de defenderse en un debido proceso de las medidas que coartan

⁴⁸ Dellacasa y Hurtado (2015) pp. 80-84, 93, entienden plenamente aplicables las normas de la Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en aquellas materias no regladas expresamente por las leyes migratorias e indican que en diversas instancias judiciales, la Administración ha señalado esta Ley, expresamente como fuente de regulación procedimental en materia de procedimiento administrativo migratorio.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, rol n° 2273-12, de 4 de julio de 2013, considerandos 47° y 48°.

⁵⁰ OG N° 27 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1999, pár. 4.

⁵¹ Díaz *et. al.* (2019).

⁵² El artículo 142 bis del Reglamento de Extranjería dispone un recurso de reconsideración. Conforme a Dellacasa y Hurtado (2015) p. 116, el plazo de interposición de este recurso, por aplicación de los artículos 59 y siguientes de la Ley N° 19.880 de 2003, actualizada al 2008, sería de 5 días hábiles. Asimismo, serían procedente, las otras vías de revisión de los actos administrativo señalados en esta Ley, en particular, los de invalidación y extraordinario de revisión. También, bajo determinadas circunstancias, puede interponerse recurso de protección o de amparo, señalados en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política, respectivamente.

⁵³ El artículo 89 del Decreto Ley N° 1.094 establece una acción especial de reclamación en única instancia ante la Corte Suprema. Conforme a Dellacasa y Hurtado (2015), p. 165, contra la medida de expulsión también cabe la interposición de todos los recursos administrativos contemplados en la Ley N° 19.880, esto es, invalidación, reposición, jerárquico y extraordinario de revisión; y los recursos constitucionales

su derecho de residencia, pues resultan prácticamente imposible de ejercer, en consideración de los plazos breves que se disponen y el contexto coercitivo que las rodean, máxime si una persona jamás ha conocido, litigado, alegado derechos y, previsiblemente incluso, no conozca el idioma que lo permita.⁵⁴ Además, el afectado ya parte con un acto administrativo que lo perjudica sin haber tenido oportunidad previa de efectuar sus descargos, toda vez que la persona afectada toma conocimiento del proceso con la notificación de su expulsión, pero no existe una notificación al inicio del proceso sancionatorio que le permita defenderse adecuadamente con la finalidad de desvirtuar la decisión administrativa.⁵⁵

Tal como refuerza el estándar internacional las recomendaciones del último informe de la relatoría especial de las Naciones Unidas de 2015, se ha de procurar por los Estados: “Eliminar los obstáculos al acceso a la justicia garantizando que los migrantes puedan acceder a los recursos jurídicos contra las violaciones de sus derechos de forma efectiva y no simplemente sobre el papel”.⁵⁶

5. Las instituciones de la sociedad civil como agentes protectores de las personas migrantes

Estas instituciones desarrollan un papel fundamental en los procesos de inclusión social de los inmigrantes, por tanto, es recomendable una mejor coordinación con los entes públicos encargados del control de la migración, incluyendo la existencia de instancias de participación y diálogo. Así, deben incorporarse mecanismos para recibir las sugerencias y reclamos de las agrupaciones de inmigrantes y de la sociedad civil en general, pues es esencial la existencia de alianzas de cooperación mutua entre el Estado y las asociaciones civiles preocupadas por la migración, pues así se pueden potenciar al aumentar su alcance, visibilidad, vitalidad y dinamismo que redunde en una mejor y mayor protección en la práctica de los

de protección y amparo. Luego, afirman, ídem., p. 167, que este recurso especialísimo de reclamación de expulsión es de única instancia, pues en su contra no procede recurso alguno.

⁵⁴ Aravena (2013), p. 35; Donaire y Cubides (2013), p. 103; Torrealba (2013), p. 13; Arlettaz (2014), p. 15. Castelleti (2011), pp. 19 y 20, respecto del artículo 89 del Decreto Ley, enfatiza que esta disposición no contempla como obligatoria la asesoría letrada, lo cual es un obstáculo insalvable no sólo para conocer la posibilidad de reclamar, sino también para tener algún éxito, considerando que la norma exige que la reclamación sea fundada y que lo que se revisa es, justamente, la adecuación del acto a la normativa jurídica. Asimismo, añade, el que la competencia la tenga exclusivamente la Corte Suprema y en un plazo tan corto, impide que las personas notificadas fuera de Santiago tengan efectivo acceso a interponerlo, con lo que se conculca la tutela judicial efectiva. Finalmente, observa, que vulnera el principio de inocencia, pues interpuesto el reclamo la persona extranjera debiese estar en libertad, salvo que un tribunal competente y concurriendo todos los requisitos que permitan imponer una medida cautelar personal, decida que una medida de tal naturaleza es procedente. Bassa y Torres (2015) p. 118, además enfatizan que se trata de un recurso que no procede contra medidas decretadas por la autoridad migratoria regional –cuyas facultades fueron delegadas por Decreto Supremo N° 818 de 1983–, ni contra expulsiones que consten en resoluciones exentas o afectas. Conforme a Dellacasa y Hurtado (2015) p. 166, en la práctica, el extranjero permanece privado de libertad en los calabozos del Cuartel General de Policía de Investigaciones de Chile, lo cual tampoco parece adecuado conforme al estándar internacional aplicable a detención de extranjeros por motivos migratorios, el cual establece que los lugares de detención deben encontrarse diseñados a los fines de garantizar condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado. Por otra parte, la Oficina Especializada de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial (2013) p. 74, además enfatiza que resulta problemático que las únicas personas legitimadas para interponerla reclamación ante la Excma. Corte Suprema sean el mismo extranjero —quien probablemente se encuentra privado de libertad— y sus familiares. En efecto, se da con frecuencia el caso de extranjeros privados de libertad que no tienen familia en Chile, y que, por lo mismo, no pueden reclamar del decreto de expulsión.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, rol n° 2273-12, de 4 de julio de 2013, considerandos 4° y 8° del voto de prevención de los ministros Srs. Vodanovic, Carmona y García; Bassa y Torres (2015) p. 117.

⁵⁶ Crépeau (2015) pár. 113.

derechos de los migrantes.⁵⁷ Así, la nueva ley debe garantizar los derechos de participación ciudadana en la gestión migratoria, tanto de organismos de la sociedad civil como de participación de los migrantes.⁵⁸

A fin de proteger los derechos de los migrantes a la libertad de asociación como medio de superar su vulnerabilidad, se debe considerar que los migrantes frecuentemente no están sindicalizados y tampoco participan en otras formas de negociación colectiva, sea por obstáculos normativos o por una exclusión social en general. Como consecuencia de ello, los migrantes encuentran dificultades en exigir el cumplimiento de sus derechos y están expuestos a discriminación y xenofobia en muchos países de destino. Por tanto, sería conveniente promover la sindicalización de los trabajadores migrantes e incentivar que en las mismas organizaciones sindicales estén afiliados trabajadores nacionales y extranjeros.⁵⁹

Asimismo, se han de promover y fortalecer los espacios regionales intergubernamentales con presencia de sociedad civil y de instituciones académicas, que estudien, promuevan y acuerden sobre el tema migratorio, incluyendo los derechos humanos de los migrantes desde la perspectiva de género, dando visibilidad a la situación de la mujer migrante y de la infancia. Además, Se debe potenciar la acción de foros y mesas de concertación intersectoriales (integrados por gobiernos, ONG, iglesias, universidades y organizaciones de los propios migrantes) para debatir, recomendar y buscar soluciones al fenómeno migratorio actual y particularmente a la protección plena y efectiva de los derechos humanos de los migrantes.⁶⁰

Finalmente, no se debe olvidar ofrecer formación a los responsables por la formulación de estas políticas en los gobiernos y al personal de aplicación de la ley de todos los niveles en cuanto a la existencia, la aplicabilidad y la aplicación de las normas de derechos humanos y organizar cursos de capacitación relativos a los migrantes, concretamente para los promotores de sus intereses y para los asesores dentro de las comunidades migrantes. Sensibilizar respecto del hecho migratorio puede contribuir a combatir prejuicios y actitudes discriminatorias.⁶¹

6. Conclusiones

1. Actualmente el sistema jurídico chileno que regula las migraciones no se ajusta a los cánones básicos exigidos para garantizar un mínimo de salvaguarda a los derechos de los migrantes, pero la existencia y desarrollo de este fenómeno social nos obliga a crear una normativa base que facilite la construcción de políticas que tiendan no sólo a la libre circulación de personas, sino al respeto de su dignidad por sobre cualquier otra consideración. Además se ha de considerar el plexo normativo desarrollado en el ámbito internacional y procurar la implementación de una normativa nacional que se adecúe a este.
2. Se reconoce que la creación de normas administrativas infralegales ayudan a sortear problemas urgentes que se presentan en la vulnerable realidad de los migrantes en Chile, sin embargo, desde el punto de vista de la perdurabilidad de la protección son mecanismos precarios de protección.

⁵⁷ Ghosh (2008) pp. 52-54, Torrealba (2013) p. 14, Rodríguez (2002) p. 110. En esta materia, el Instructivo Presidencial n° 5 de 2015, considera la participación ciudadana, por lo que se solicita crear un Consejo Consultivo de la Sociedad Civil que participe en el diseño, ejecución y evaluación de la política migratoria.

⁵⁸ Donaire y Cubides (2013) p. 91. Chiarello (2013), pp. 191-216, detalla el papel de diversos actores civiles, tales como organizaciones de carácter eclesástico, centros de estudio, organizaciones no gubernamentales, organizaciones sociales de base, entidades conformadas por migrantes, y también alianzas estratégicas de gran incidencia, como la Red Chilena de Migración e Interculturalidad (RedMI).

⁵⁹ Azócar (2016) p. 12, Gammage y Helmreich (2013) pp. 40 y 49.

⁶⁰ Rodríguez (2001) p. 117.

⁶¹ Ministerio de Desarrollo Social (*sine data*) diapositivas 42 y 43,

3. Urgente es la creación de una ley que permita dar soporte estable a una política migratoria basada en un enfoque de derechos humanos. Ésta no sólo debiese preocuparse de los derechos sociales de los migrantes (salud y educación), sino de las situaciones de discriminación, racismo y xenofobia; condiciones laborales abusivas; protección en los procesos de detención; situaciones que impactan a los grupos de migrantes más vulnerables como los irregulares, mujeres y niños, en especial la trata de personas y el tráfico de migrantes; protección de la familia a través del reconocimiento y ejercicio del derecho a la reunificación familiar; el fortalecimiento de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, incluyendo el derecho a asociación de los migrantes para hacer frente de mejor manera a su vulnerabilidad estructural; el fomento de la protección consular; mecanismos judiciales para defensa de los migrantes; formación de los funcionarios para el pleno y eficaz respeto de los derechos de los migrantes; creación de sistemas de información no sólo para los migrantes, sino también para los nacionales del Estado de acogida, de manera tal de avanzar en materia de educación y cultura de tolerancia.
4. Es necesaria la creación de una institución nacional gubernamental especializada que de manera central promueva y colabore en la concreción real y efectiva de la protección de los derechos de los migrantes en Chile para hacer frente a la desinformación, vulnerabilidad y abuso de estas personas debido a la dispersión normativa, la multiplicidad de asociaciones existentes en la sociedad civil, y la falta de un órgano especializado en esta materia. No sólo se requiere voluntad política para la creación de una nueva ley con enfoque de derechos humanos y capacidad financiera, también es necesario contar con una institucionalidad que garantice su aplicación efectiva en la práctica.

Bibliografía citada

- Aninat, Isabel y Sierra, Lucas (2019): “Regulación inmigratoria: Propuestas para una mejor reforma”, en Aninat, Isabel y Vergara, Rodrigo (eds.), *Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional* (Santiago, Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios Públicos) pp. 31-63.
- Aravena, Mauricio (2013): “Reflexiones de un deber ser, hacia la primera ley migratoria en la sociedad chilena”, en Centro Democracia y Comunidad, *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración* (Santiago, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 17-37.
- Arlettaz, Fernando (2014): “La exclusión del extranjero. Consideraciones de Filosofía Jurídica”, *REDUR*, N° 12: pp. 7-26.
- Azócar, Rodrigo (2016): “Desafíos y propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile”, *Temas de la Agenda Pública*, Año 11, N° 90: pp. 1-15.
- Bassa Mercado, Jaime y Torres Villarrubia, Fernanda (2015): “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2: pp. 103-124.
- Bellolio, Álvaro y Errázuriz, Hernán (2014): *Migraciones en Chile. Oportunidad ignorada* (Santiago, ediciones LYD).
- Bustamante, Jorge (2008): Tercer informe de 25 de febrero de 2008, Consejo de Derechos Humanos – ONU, documento A/HRC/7/12.
- Castelleti Font, Claudia (2011): “Defensa Legal de extranjeros frente a resoluciones administrativas sobre su permanencia”, en Defensoría Penal Pública, *Seminario: Defensa Penal de Inmigrantes* (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública) pp. 17-21.

- Chiarello, Leonir Mario (coordinador y editor) (2013): *Las políticas públicas sobre migraciones y la sociedad civil en América Latina. Los casos de Bolivia, Chile, Paraguay y Perú* (New York, Scalabrini International Migration Network Inc.).
- Crépeau, François (2014): Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, titulado “Explotación laboral de los migrantes”, Consejo de Derechos Humanos – Naciones Unidas, A/HRC/26/35, 3.04.2014.
- Crépeau, François (2015): Cuarto informe, titulado “Contar con la movilidad de toda una generación: seguimiento del estudio regional sobre la administración de las fronteras periféricas de la Unión Europea y sus repercusiones sobre los derechos humanos de los migrantes”, Consejo de Derechos Humanos – Naciones Unidas, A/HRC/29/36, 8.05.2015.
- Dellacasa Aldunate, Francisco José y Hurtado Fernández, José María (2015): *Derecho Migratorio Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2015): “La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas”, *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, vol. 3, N° 1: pp. 42-62.
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2016a): “A New Chilean Migration Act: an Approach to International Standards”, *International Migration*, vol. 54, N° 6: pp. 109-121.
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2016b): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1: pp. 179-220.
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid, Díaz Fuenzalida, Juan Pablo y Esis Villarroel, Ivette (2019): “La tutela judicial efectiva en Chile de los extranjeros en situación de expulsión”, en *Documento de Trabajo N° 2* (Santiago, Instituto de Investigación en Derecho, Universidad Autónoma de Chile) 39 pp.
- Domínguez Valverde, Cecilia Andrea (2016): “Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 2: pp. 189-217.
- Donaire Aspe, Patricia y Cubides Franco, José Delio (2013): “Consideraciones y problemáticas que debiera regular una nueva ley de extranjería”, en Centro Democracia y Comunidad, *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración* (Santiago, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 88-106.
- Doña Reveco, Cristián y Mullan, Brendan (2014): “Migration Policy and Development in Chile”, *International Migration*, vol. 52, N° 5: pp. 38-61.
- Gamboa Serazzi, Fernando (1998): *Derecho Internacional Público* (Talca, Editorial. Universidad de Talca).
- Grupo intergubernamental de expertos en los derechos humanos de los migrantes (1999): Segundo informe de 1998, E/CN.4/1999/80, 9 marzo 1999.
- Gammage, Sarah y Helmreich, Anne (2013): “Migración y mercados laborales en Chile: un trabajo decente para todos” en Centro Democracia y Comunidad, *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración* (Santiago, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 9-16.
- Ghosh, Bimal (2008): “Derechos humanos y migración: el eslabón perdido”, *Migración y Desarrollo*, N° 10: pp. 37-63.
- Henríquez Viñas, Miriam L. (2003): “Atribución exclusiva del Congreso: aprobación de tratados internacionales”, *Revista de Derecho Público*, N° 65: pp. 255-267.
- Ibaceta, David (2003): “Las funciones del Congreso Nacional en materias internacionales en el constitucionalismo chileno”, *Revista de Derecho Público*, N° 65: pp. 234-254.

- Ministerio de Desarrollo Social (*sine data*): “Inmigrantes en Chile. Oferta programática, participación, inclusión y vulnerabilidad Licitación pública: Ministerio de Desarrollo Social Subsecretaría de Evaluación Social ID: 730566-23-LE14”. Disponible en https://kipdf.com/inmigrantes-en-chile-oferta-programatica-participacion-inclusion-y-vulnerabilida_5ab24f2b1723dd429c75552b.html [Fecha de consulta: 27.12.2019].
- Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2018): *Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería*. Disponible en https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/d2/39/d239d0df-c4e9-488e-a36f-8b1ac2ca00ef/nueva_ley_de_migracion.pdf [Fecha de consulta: 27.12.2019].
- Oficina Especializada de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial (2013): “Solicitud al pleno de la Corte Suprema por grave situación que afecta a los extranjeros en Chile”, en Centro Democracia y Comunidad, *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración* (Santiago, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 62-87.
- Organización Internacional para las Migraciones (2014): *Estudio sobre experiencias en la implementación del acuerdo de residencia del Mercosur y asociados* (Lima, XIV Conferencia Suramericana sobre Migraciones).
- Rodríguez, Gabriela (2001): Segundo informe de 9 de enero de 2001, Comisión de Derechos Humanos – Naciones Unidas, documento E/CN.4/2001/83.
- Rodríguez, Gabriela (2002): Tercer informe de 15 de febrero de 2002, Comisión de Derechos Humanos – Naciones Unidas, documento, E/CN.4/2002/94.
- Rodríguez, Gabriela (2004): Sexto informe de 27 de diciembre de 2004, Comisión de Derechos Humanos – Naciones Unidas, documento E/CN.4/2005/85.
- Silva Bascuñán, Alejandro (2000): *VII Tratado de Derecho Constitucional: Congreso Nacional, la función legislativa* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Torrealba Ibáñez, Nicolás (2013): “Mínimos regulatorios para una nueva y mejorada Ley de Extranjería”, en Centro Democracia y Comunidad, *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración* (Santiago, Konrad Adenauer Stiftung) pp. 9-16.

Normas Jurídicas Citadas

- Circular N° 6* (26/2/2015) Instruye sobre visación temporaria por unión civil, del Jefe del Departamento de Extranjería y Migración a los Sres. intendentes regionales y gobernadores provinciales.
- Circular N° 7* (26/2/2015) Instruye sobre visación temporaria por motivos laborales, del Jefe del Departamento de Extranjería y Migración a los Sres. intendentes regionales y gobernadores provinciales.
- Constitución Política de la República de Chile* de 1980 actualizada al 22.09.2005.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos* (22/11/969). Promulgada en Chile por Decreto Supremo N° 873 (5/1/1991).
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Naciones Unidas* (10.12.1984). Promulgada en Chile por el Decreto Supremo N° 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores (26/11/1988).
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas* (20.12.2006). Entrada en vigor internacional: 23.12.2010. Promulgada en Chile mediante Decreto Supremo N° 280 del Ministerio de Relaciones Exteriores (16/4/2011).

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (21/12/1965). Promulgada en Chile mediante Decreto Supremo N° 747 (12.11.1971).
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (18/12/1990). Promulgada en Chile por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 84 (8/6/2005).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (23/5/1969). Entrada en vigor: 27.01.1980. Promulgada en Chile por el Decreto Supremo N° 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores (22/6/1981).
- Convención sobre los Derechos del Niño* (20/11/1989). Entrada en vigor: 2.09.1990. Promulgada en Chile por Decreto Supremo N° 839 (27/9/1990).
- Convenio sobre la Conservación de los derechos en materia de Seguridad Social*, Convenio N° 157 (21/6/1982). Entrada en vigor: 11.09.1986.
- Convenio sobre la Igualdad de Trato (seguridad social)*, Convenio N° 118 (28/6/1962). Entrada en vigor: 25.04.1964.
- Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias)*, Convenio N° 143 de 1975 (24/6/1975). Entrada en vigor: 9.12.1978.
- Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (revisado)*, Convenio N° 97 de 1949 (1/7/1949). Entrada en vigor: 22.01.1952.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas (10.12.1948).
- Decreto N° 67* (10/3/2016). Modifica Decreto N° 110 de 2004, del Ministerio de Salud, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes.
- Decreto N° 1393* (22/9/2014) Crea el Consejo de Política Migratoria.
- Instructivo Presidencial N° 9* (2/9/2008) Imparte instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria.
- Ley de Migraciones* (Argentina) N° 25.871 (21/1/2004).
- Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, de 1986.
- Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, La libertad de circulación (artículo 12), de 1999.
- Oficio Circular N° 1.179* (28/1/2003) Del Jefe del Departamento de Extranjería y Migración al Intendente de la Región Metropolitana y gobernadores provinciales, que informa la suscripción de acuerdos tendientes a resolver situaciones migratorias de ciudadanos extranjeros que se indican, del Jefe del Departamento de Extranjería y Migración al Intendente de la Región Metropolitana y gobernadores provinciales.
- Oficio Circular N° 6.232* (26/5/2003) Del Jefe del Departamento de Extranjería y Migración al Intendente de la Región Metropolitana y gobernadores provinciales, precisa sentido y alcance de Circular N° 1179 del 19.01.03.
- Oficio Circular N° 26.465* (4/12/2009) De la Subsecretaría del Interior, Instruye sobre aplicación del Acuerdo sobre residencia de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile.
- Oficio ORD-A-14 N° 3.229* (11/6/2008) Sobre atención en salud de población inmigrante en riesgo social y situación de permanencia no regular, del Ministerio de Salud a los directores de Servicio de Salud y secretarios ministeriales de salud.
- Oficio ORD 1942/2015* (6/7/2015) Orientaciones Técnicas de Piloto de Salud de Inmigrantes.

- Oficio ORD 894/2016* (7/11/2016) Instrucciones sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de derechos de estudiantes extranjeros en establecimientos educacionales.
- Oficio ORD 329/2017* (25/5/2017) Complementa ORD. 894/2016.
- Oficio ORD 608/2017* (26/9/17) Lineamientos internos para la inclusión de estudiantes extranjeros.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (16.12.1966). Promulgado en Chile mediante Decreto N° 778 (29/4/1989).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.1966. Promulgado en Chile por Decreto N° 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores (27/5/1989).
- Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022. Disponible en <https://www.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/19/2018/05/PoliticaNacionalMigrantes.pdf> [Fecha de consulta: 27.12.2019].
- Recomendación N° 86* (1/7/1949) Sobre los trabajadores migrantes (revisada).
- Recomendación N° 151* (24/6/1975) Sobre los trabajadores migrantes.
- Recomendación N° 167* (20/6/1983) Sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social.
- Reglamento de Extranjería, Decreto N° 597 del Ministerio del Interior (24/11/1984), actualizado por Decreto N° 1930 (7/3/2015).
- Resolución Exenta N° 590 (1/3/2017) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Programa de promoción y asistencia social de inmigrantes en situación de vulnerabilidad, Año 2017.
- Resolución Exenta N° 648 (19/3/2016) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Aprueba documento que contiene el programa de promoción y asistencia social de inmigrantes en situación de vulnerabilidad, Año 2016.
- Resolución Exenta N° 1.221 (14/12/2018) Aprueba Programa Acceso a la atención de salud a personas migrantes.
- Resolución Exenta N° 1.266 (12.12.2014) Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes.
- Resolución Exenta N° 1.308 (30/10/2017) Aprueba Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile.
- Resolución Exenta N° 1.339 (7/8/2015) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Aprueba documento que contiene el programa de promoción y asistencia social de inmigrantes en situación de vulnerabilidad, Año 2015.
- Resolución Exenta N° 1.914 (18/3/2008) Convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud.
- Resolución Exenta N° 2.405 (17/5/2019) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Aprueba documento que contiene el programa de apoyo a la integración de la Población Inmigrante, Año 2019.
- Resolución Exenta N° 2.495 (23/6/2018) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Aprueba documento que contiene el programa de apoyo a la integración de la Población Inmigrante en situación de vulnerabilidad, Año 2018.
- Resolución Exenta N° 6.677 (20/11/2007) Convenio de Colaboración y Acción conjunta entre el Ministerio del Interior y la Junta Nacional de Jardines Infantiles.
- Resolución Exenta N° 10.654 del Ministerio del Interior (28/12/2009) Aprueba convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Servicio Nacional de Menores.
- Resolución Exenta N° 80.388 del Ministerio del Interior (16/12/2009) Aprueba convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Servicio Nacional de la Mujer.

Jurisprudencia Citada

Contraloría General de la República, Dictamen N° 13.578 de 15 de marzo de 2010.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 75.454 de 15 de diciembre de 2010.

Tribunal Constitucional, *Caso Alerte respecto del Decreto Ley 1.094 de 1975*, 4 de julio de 2013, rol N° 2273-12.