



Universidad Miguel de Cervantes
Escuela de Derecho.

**LA INEFICACIA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA CHILENA FRENTE AL FENÓMENO
MIGRATORIO ACTUAL**

FABIOLA CRISTINA ASMAD REYES

Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas

Profesora Guía: Gloria Favi.

Santiago, Chile

2013

CONTENIDOS

ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN.....

CAPÍTULO I.....

1.1. HISTORIA DEL D.L. 1094 DE EXTRANJERÍA MIGRACIÓN.....

1.2. HISTORIA DEL D.L. 597 E DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN.....

1.3 OTROS CUERPOS NORMATIVOS.....

CAPÍTULO II.....

2.1. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO.....

2.2. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE EN EL DERECHO
LABORAL.....

2.3. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE EN EL DERECHO
PENAL.....

CAPÍTULO III.....

3.1. LEY DE EXTRANJERÍA Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE.....

CAPÍTULO IV.....

4.1. PROYECTO DE NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA GOBIERNO DE SEBASTIAN PIÑERA.....

4.2. PROGRAMA MIGRATORIO DE GOBIERNO DE LA ELECTA PRESIDENTA MICHELLE BACHELET.....

CAPÍTULO V.....

5.1. RECOMENDACIONES.....

CONCLUSIÓN.....

BIBLIOGRAFÍA.....

DEDICATORIA

Esta investigación la dedico a mi abuelo Walter Asgmad Llorenti, quien llegó a Chile con la esperanza de que esta tierra acogiera sus historias, ideales y creaciones.

Radicándose en el norte de Chile dedico su vida al teatro y al fomento de las artes escénicas, haciendo de Chile su patria y cuna de una generación de hombres y mujeres amantes de esta tierra amable y fértil.

También dedico esta investigación a mis padres por su apoyo constante y a mis amados hijos, que noche a noche esperaron pacientes el beso de buenas noches después que mamá dejaba de estudiar, realizando juntos un sueño común.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la Universidad Miguel de Cervantes por entregarme los conocimientos necesarios que me permitieron cumplir con esta meta soñada, a su decana y directora de carrera, secretaria de carrera y en especial a mis profesores que con gran entrega y cariño traspasaron sus conocimientos con la idea férrea de hacer de sus alumnos profesionales del Derecho íntegros y dispuestos a contribuir a un Chile mejor.

RESUMEN

En el Chile actual, la temática migratoria ha tomando cada vez más relevancia tanto en el debate público, como así también, en el político, plasmándose en un reciente proyecto de Ley Migratoria presentado por el Gobierno de Sebastián Piñera.

El propósito de este trabajo es analizar la Normativa Migratoria vigente, los procesos de obtención de residencia y análisis del conjunto de organismos que intervienen en el proceso.

El debate sobre la aplicación de la normativa vigente frente al fenómeno migratorio actual es la preocupación de múltiples sectores ligados a la defensa de los Derechos Humanos, por lo que la discusión del tipo de política migratoria que necesita el país o la ausencia de esta, justifica en gran medida la incorrecta aplicación de la normativa vigente, lesionando Garantías Constitucionales y sobrepasando instituciones del Derecho. Si a esto sumamos la vulnerabilidad en que se encuentran los inmigrantes no es irreal plantear la necesidad de una legislación acorde o su correcta aplicación.

Palabras Claves: Normativa Migratoria, Políticas Migratorias, residencia, Chile.

EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIGRATORIA VIGENTE AL FENÓMENO MIGRATORIO ACTUAL

ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

Chile en el último tiempo se ha caracterizado por recibir un alto flujo de inmigrantes, quienes ven en nuestra nación oportunidades laborales, económicas y sociales que no encuentran en sus países de orígenes.

Al no existir políticas migratorias explícitas, la legislación aplicable resulta ineficiente y en algunos casos lesiona garantías fundamentales y tratados internacionales.

La legislación que rige actualmente, es escasa y no responde a la actual realidad migratoria. Es así como el propio Gobierno ha reconocido en varias oportunidades, a lo largo de los últimos años, la necesidad de reformar esta legislación¹. Si bien el Gobierno, en la Propuesta de Política Migratoria de 2013, propone adaptar la legislación referida especialmente en lo relativo al derecho de residencia, no se ha avanzado en la materia.

¹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de Ley sobre Migraciones, N° 089-361, Santiago, 20 de Mayo de 2013.

El derecho de residencia y tránsito está estrechamente vinculado con el derecho a la libertad personal. Tal como ha sido reconocido por el Artículo VIII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y los más importantes instrumentos internacionales sobre la materia.

De acuerdo a lo señalado por Verónica Cano y Magdalena Soffía “la migración debe entenderse “como proceso en la medida que el traslado de las personas desde un país a otro implica un conjunto de factores causales, de desarrollo o consecuencias, tanto para la sociedad de origen como destino”² .Esto a partir de factores políticos, sociales y económicos que posibilitan la emigración con el fin de obtener una mejor calidad de vida y búsqueda de nuevos destinos por parte del inmigrante.

El Decreto Ley N° 1.094 de 1975, Ley de Extranjería, establece que el Ministerio del Interior tiene entre sus tareas las de proponer la política nacional migratoria; supervigilar el cumplimiento de la legislación migratoria; impartir instrucciones para su aplicación; prevenir la inmigración clandestina y además, organizar y mantener un registro nacional de extranjeros, entre otras funciones. También se establece que será el Departamento de Extranjería y Migración el organismo ejecutor de las tareas que se determinen para el cumplimiento de los mandatos que la ley le entrega.

2 CANO, V. & SOFFIA, M. (Julio-Septiembre 2009).Los estudios sobre migración internacional en Chile: Apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada, Centro latinoamericano y Caribeño de Demografía .En papeles de Población N°61 .CIEAP /UAEM.,págs.131 y 132.

Como complemento de este marco normativo, el año 1975 por D.S. N° 1.306 se promulga el Reglamento de extranjería y Migración que viene en complementar la normativa estableciendo como uno de sus objetivos estratégicos el control absoluto migratorio al departamento de extranjería y migración y a policía de investigaciones de Chile entregando facultades amplias capaces de resolver contiendas propias de los tribunales de justicia.

Tal como se ha expresado estas amplias facultades entregan a un departamento de Estado dependiente del Ministerio del Interior, las facultades de aceptar, rechazar o revocar visaciones en virtud de la “conveniencia o utilidad nacional” ,otorgando visaciones según la calidad de inmigrante , su país de origen o condiciones relativas a pasados judiciales del postulante a visación.

El Departamento de Extranjería y Migración chileno ostenta la calidad de fiscalizador, juez y parte a la hora de determinar la veracidad de las declaraciones de los inmigrantes respecto a las solicitudes de visa, así también como organismo técnico calificador respecto al análisis que realiza de la persona postulante a residencia. Un claro ejemplo de ello en este sentido, es el informe “Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”³ del 21 de septiembre de 2011, el que aprobó una serie de observaciones para nuestro país referente a las facultades del Departamento de extranjería y migración en materia de contrato de trabajos.

3 Examen de Informes presentados por los Estados partes de conformidad al artículo 74 de la Convención, Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Chile. 15º período de sesiones (CMW/C/SR.169 y 170), 13 y 14 de septiembre de 2011.

Por otro lado Policía de Investigaciones de Chile, sección departamento migratorio, tiene las facultades de control de ingreso al país como también la nómina de los extranjeros en Chile facultades propias del Registro Civil, dejando a su arbitrio el ingreso de extranjeros en razón de la conveniencia del ingreso de estos, la facultad de detener y privar de libertad a quienes se encuentren irregulares en el país sin orden de detención o sentencia privativa de libertad, representando a la institución con mayores denuncias por parte de organismos de Derechos Humanos⁴.

Junto a esta normativa el año 1983 a través del D.L. 818 del 13 de Junio del mismo año se decretó la entrega de facultades de expulsión de extranjeros del país, a los Intendentes, lo que a la fecha sigue vigente dificultando aun más las posibilidades de los extranjeros de regularizar su situación migratoria y defenderse frente a medidas que obedecen a viejas políticas de exclusión.

Durante el gobierno de Michelle Bachelet se promueve la ley N° 20.430 de refugio, la que se promulga el 08 de Abril de 2010, complementando la normativa vigente y dando respuesta a la comunidad internacional frente a una problemática de la que Chile no había dado señales a pesar de ser parte de acuerdos y tratados internacionales. Su aplicación vino en llenar un vacío en materia de reciprocidad generando una ola de inmigración sobretodo colombiana⁵.

Es por esta razón que analizaré la normativa vigente migratoria, su impacto en materia de Garantías Constitucionales y Derechos Esenciales, sosteniendo la hipótesis de la ineficacia de la aplicación normativa vigente al fenómeno migratorio actual.

4 DISPONIBLE EN <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/instituto-de-derechos-humanos-denuncio-vejaciones-de-la-pdi-a-inmigrante/2013-03-15/192947.html>

5 INFORME ANUAL 2010, SITUACIÓN DE LOS DDHH EN CHILE, INDH (Instituto Nacional de Derechos Humanos), pág. 145

El presente estudio analítico y descriptivo responde al interés por identificar la problemática que genera la aplicación e interpretación de la normativa migratoria actual por parte de algunas instituciones del Estado de Chile.

La legislación Migratoria vigente a todas luces resulta ser extemporánea frente al fenómeno migratorio actual y de ello se da cuenta en este material.

CAPÍTULO I

1.1 HISTORIA DEL D.L. 1094 DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN

A menos de 2 meses de haber asumido el poder la Junta de Gobierno, el 6 de noviembre de 1973, se publica en el Diario Oficial el Decreto Ley 81, el cual somete el derecho a vivir en Chile a la discrecionalidad de la autoridad administrativa. El artículo 2 de este Decreto Ley, faculta al Presidente de la República para disponer la expulsión o abandono del país de personas, extranjeros o nacionales, agregando el artículo 3 que los expulsados, los que estén cumpliendo pena de extrañamiento, los que hagan abandono del territorio sin sujetarse a las normas establecidas y los asilados, no pueden reingresar sin autorización del Ministerio del Interior. No es necesario, por lo tanto, decreto de prohibición de ingreso: basta el hecho objetivo de haber salido del país en alguna de estas condiciones, para transformarse en un exiliado que no sabrá cuándo podrá regresar a su patria.

El 10 de agosto de 1974, se publica en el Diario Oficial el Decreto ley N° 604, que faculta al Gobierno para prohibir el ingreso al país a los chilenos o extranjeros que se encuentran en algunas de las siguientes causales: realizar actos contrarios a los intereses de Chile, divulgar determinadas doctrinas o constituir, a juicio del Gobierno, un peligro para el Estado. Debe destacarse que posteriormente sólo se invocó esta última causal.

Los Decretos Leyes 81 y 604 fueron dictados estando aún vigente la Constitución de 1925, de modo que eran claramente violatorios de la Carta Fundamental. De allí que cuando se aplicaron esos decretos leyes para hacer efectiva la expulsión del ex-senador Renán Fuentealba y éste presentó un recurso de amparo sobre la base de la inconstitucionalidad de tales decretos leyes, el Gobierno promulgó el Decreto Ley N° 788, publicado en el Diario Oficial del 4 de diciembre de 1974, que dispuso que todos los decretos leyes dictados hasta esa fecha, "en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos a algún precepto de la Constitución Política del Estado", deben entenderse que "han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución."

El 11 de marzo de 1981 entró en vigencia la nueva Constitución. En ella se mantuvo la garantía constitucional que establece que "Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio. Sin embargo, tal garantía fue anulada por la propia Constitución, estableciendo que en situaciones de excepción las garantías constitucionales pueden ser afectadas y, específicamente, en el Artículo 41, inciso 2º autorizó al Presidente de la República para expulsar chilenos del territorio nacional por declaración del estado de sitio.

El 14 de Julio de 1975 se promulga la ley de extranjería D.L. 1094. La aplicación de este Decreto Ley lleva consigo aparejada una política migratoria extremadamente controladora y cuyo fundamento esencial es "la conveniencia nacional y su seguridad", pues bien no solo impide el ingreso de extranjeros no gratos para la seguridad interior del Estado sino también de chilenos exiliados del país, todos estos por ser riesgosos para la seguridad interna del país o agitadores de esta, tal como señala el Artículo 15º N°1 del cuerpo legal; "Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:

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

La arbitrariedad con la que se aplica este cuerpo normativo lleva inclusive a prohibir el ingreso al país de connotados artistas internacionales, ejemplo de ello es el cantautor español, Joan Manuel Serrat, al que en el año 1988 no se le permite bajar del avión en el aeropuerto Internacional Comodoro Arturo Benítez, argumentando el entonces auto nombrado Presidente de la República Augusto Pinochet Ugarte que ponía en riesgo la seguridad nacional, no siendo útil ni conveniente su ingreso al territorio nacional⁶.

Cabe señalar que el D.L. 1094 permanece vigente en el país y la terminología “conveniencia o utilidad nacional” se sigue aplicando tal como versa en su cuerpo normativo en su artículo 64° N°8 ; “Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios”:

8.- Los que no cumplan con sus obligaciones tributarias.

Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacionales.

El D.L. 1094 surge como un mecanismo efectivo de control político, desincentivando el ingreso al territorio nacional, permitiendo un aislamiento de la comunidad internacional que pudiera cuestionar los delitos de lesa humanidad que en Chile se llevaban a cabo por el gobierno de facto.

6 DOCUMENTAL, EL SIMBOLO Y EL CUATE, dirigida por Francesc Relea, Festival de cine de San sebastian, 27 de Septiembre de 2013.

Al retorno de la democracia don Patricio Aylwin Azocar, Presidente de la República, a través de un Proyecto de Ley sobre Migraciones⁷ plantea la necesidad e importancia de poseer políticas migratorias acordes a la realidad nacional y apertura económica que enfrenta Chile. Éste proyecto no llegó a ser revisado por las Cámaras.

Durante el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle, se archiva el proyecto modificando el D.L. 1094 el 9 de Julio de 1997 a través de la Ley N°19.476 de 1996, que incorpora materia de asilo y refugio, reconociendo el principio de “no devolución” según la convención de 1951⁸.

También se incorpora al D.L 1094 a través de la Ley N° 19.581 promulgada el 01 de Septiembre de 1998 la despenalización del ingreso irregular al territorio nacional de extranjeros que soliciten refugio y crea la categoría de ingreso para zonas fronterizas, posibilitando ingresar y salir de Chile con una tarjeta fronteriza para los ciudadanos de países fronterizos, actualmente conocido como Salvoconducto con duración de 7 días.

7 Proyecto de Ley Sobre Migraciones, N° de Boletín 1114-06, fecha de ingreso martes 2 de noviembre de 1993 en < <http://sil.senado.cl/pags/index.html>> [29 de septiembre de 2012].

8 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137. En adelante, Convención de 1951.

1.2 HISTORIA DEL D.L. 597 REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN

El Decreto Supremo N° 1.306 del 27 de Octubre de 1975 crea el Reglamento de Extranjería y el año 1985 se aprueba el nuevo Reglamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior que rige en la actualidad.

El D.L. reglamenta el ingreso al país, las categorías de residentes, los procedimientos administrativos y sancionatorios, los recursos contra resoluciones, además de definir al Ministerio del Interior como el encargado de la función de extranjería y órgano administrativo competente, dejando fuera al Ministerio de Relaciones Exteriores de la función administrativa y solo colaboradora respecto al control de veracidad de documentación a través de sellos consulares.

Su texto cita textual: “Que, en virtud de la experiencia adquirida en su aplicación, la descentralización de funciones, incorporación de medios computacionales a la función de extranjería y las modificaciones introducidas al D.L. 1.094, de 1975, se hace necesario la dictación de un nuevo Reglamento de Extranjería, y De conformidad a lo dispuesto en el N° 8 del artículo 32, de la Constitución Política de la República, se promulga el nuevo Reglamento de Extranjería”⁹.

⁹ <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=14516>

El D.L 597 otorga amplias facultades a Policía de Investigaciones de Chile para que esta ejerza el control de ingreso y egreso del país de los extranjeros, como también discrecionalmente impedir su ingreso en virtud de la conveniencia nacional¹⁰. Esta institución además llevará un registro de los extranjeros residentes en el país, otorgando tarjeta de control de ingreso y egreso del territorio nacional, certificando la veracidad de los datos aportados para la obtención de residencia, ejemplo de ello es la visita que hace al promitente empleador del postulante con la finalidad de dar fe de la veracidad de los términos del contrato laboral.

Este control y actuación a propiciado abusos de parte de la institución hacía la población inmigrante postulante a visa ya que el solo hecho de no encontrar una dirección o no ubicar al promitente empleador es causal de la imputación de “declaración falsa” por parte del inmigrante¹¹.

Si buscamos el símil de el concepto “declaración falsa” respecto al contrato laboral nos encontramos con el delito de falsificación de instrumento privado, hecho constitutivo de delito el que debe ser denunciado ante el Ministerio Público, situación que no ocurre por cuanto Policía de Investigaciones de Chile actúa como Ministro de fe y el Departamento de Extranjería y Migración como juez y parte a la hora de aplicar la correspondiente sanción administrativa.

10 <http://radio.uchile.cl/2012/09/21/denuncian-discriminacion-en-admision-de-extranjeros-que-ingresan-por-aeropuerto-de-santiago>

11 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, N° Dictamen 80208 de 26-12-2012

Entre otras atribuciones que otorga el D.L 597 faculta al Ministerio del Interior para opinar respecto a decisiones del Ministerio de Relaciones Exteriores relacionadas a la negociación, desahucio, revisión o de enmienda de un tratado o convenio Internacional de carácter migratorio o de extranjería teniendo carácter de obligatoria la consulta¹².

También entrega atribuciones a los Intendentes Regionales y Gobernadores para que en caso que un extranjero esté afectado de una medida de expulsión, estos puedan ejecutar allanamiento en el domicilio del afectado mediante Decreto fundado, no siendo clara la definición de Decreto fundado y claramente no requiriendo orden de algún tribunal¹³.

12 D.L 597, Art N° 177, N° 3, Conocer e informar al Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre los Tratados o Convenios Internacionales que contengan disposiciones sobre materias de carácter migratorio o de extranjería. El Ministerio de Relaciones Exteriores al negociar, desahuciar, revisar o enmendar un Tratado o Convenio Internacional de carácter migratorio o de extranjería, deberá requerir la opinión del Ministerio del Interior.

13 D.L 597, Art N° 170, Inc 1°, Para los efectos de hacer efectivo el cumplimiento de las medidas de expulsión previstas en este párrafo, el Intendente Regional o Gobernador Provincial de la jurisdicción, tendrá facultad para disponer en caso necesario, mediante decreto fundado, el allanamiento de determinada propiedad particular.

Respecto a las medidas de traslado de los extranjeros afectados por una medida de expulsión, el D.L 597 dispone su traslado a cuarteles de Policía de Investigaciones para que estos los mantengan detenidos con el fin de dar cumplimiento a la medida o los pongan a disposición de los tribunales competentes lo que en la práctica se reduce en detenciones arbitrarias, inhumanas y prolongadas siendo objeto de múltiples denuncias de organismos de Derechos Humanos¹⁴ como así también de sentencias de la Excelentísima Corte Suprema reprochando la actuación de Policía de Investigaciones¹⁵.

¹⁴<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/instituto-de-derechos-humanos-denuncio-vejaciones-de-la-pdi-a-inmigrante/2013-03-15/192947.html>

¹⁵ EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, Libro Criminal N° 3046-2012.

Se han presentado innumerables Recursos de inconstitucionalidad en contra del reglamento de extranjería D.L 597, especialmente a su artículo 165 que versa: “Sorprendido que sea un extranjero contraviniendo alguna de las disposiciones establecidas en el presente Reglamento, la autoridad policial procederá a tomarle la declaración pertinente, le retirará los documentos de identidad que pueda portar, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso necesario para los fines señalados en el artículo precedente y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a la respectiva Unidad Policial.

Los antecedentes relacionados con la infracción y las medidas de control adoptadas se pondrán en conocimiento del Ministerio del Interior o Intendencia Regional por conducto de Policía de Investigaciones de Chile, para los efectos de que se apliquen al infractor las sanciones que pudieren corresponderle. Será causal suficiente para expulsar del país al extranjero el que eluda las medidas de control y traslado dispuestas en su contra¹⁶, esto en razón de la contradicción de la norma señalada con la Constitución de la República, siendo además de recurrido a través de Recursos de Protección ante las Cortes de Apelaciones de la nación, pues en concreto el artículo en cuestión deja evidencia clara de grandes contradicción y contravenciones a nuestra carta magna lesionando Normas de carácter Supraconstitucionales como lo son los Tratados Internacionales¹⁷.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 2226-12-INA.

17 RECURSO DE PROTECCIÓN CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, N° 9487-2012

1.3 OTROS CUERPOS NORMATIVOS

Ley 20.430 Protección de Refugiados

Concepto de Refugiado¹⁸. Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél debido a dichos temores.

2. Los que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país.

3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él.

4. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida.

18 ARTÍCULO 2°, Ley 20430.

A contar del año 2010, Chile cuenta con la incorporación de un nuevo cuerpo normativo en materia migratoria vinculada a la de protección a los refugiados. La Ley 20.430, impulsada por el Gobierno de Michelle Bachelet y promulgada al inicio del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, impulsa al cumplimiento y compromiso adquirido por el Estado de Chile con la ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁹ el Protocolo sobre el Estatuto de la Refugiados²⁰ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derecho de asilo y refugio.

El eje central de este cuerpo normativo obedeció al principio de reciprocidad con otros Estados que acogieron a Chilenos durante la Dictadura Militar formulando una serie de indicaciones referentes al trato que debe otorgar el Estado chileno a los postulantes de asilo y refugio enmarcados en el Reglamento del cuerpo normativo, siendo su capítulo III el más destacable en razón a la ratificación del Principio de No Devolución.

19 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, Serie Tratados de Naciones Unidas, N° 2545, Vol. 189, p. 137. En adelante, Convención de 1951.

20 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, del que tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), del 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V, a fin de que pudieran adherirse al Protocolo Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII, Serie Tratados de Naciones Unidas N° 8791, Vol. 606, p. 267. En adelante, Protocolo de 1967.

Decreto 818 del 13 de Julio de 1983; Delegación De Atribuciones Relativas a Extranjeros

Impulsada por el Ministerio del Interior nace a la vida jurídica el Decreto 818 con la finalidad de entregar y delegar funciones y atribuciones a los Gobernadores e Intendentes del país, para que estos pudieran sin mayor trámite expulsar extranjeros que representaran peligro para la seguridad nacional o influyeran sobre los nacionales con ideas que pusieran en riesgo al Régimen.

También se les delega la capacidad y facultad de otorgar visaciones, rechazarlas o revocarlas, reconsiderar rechazos y recepcionar solicitudes de nacionalización. El fin de controlar la población migratoria en Regiones es evidente sobrepasando las materias propias de las Gobernaciones.

Estas facultades aun vigentes dificultan la obtención o regularización de visa para la población inmigrante por cuanto las Gobernaciones o Intendencias no dan abasto frente al fenómeno migratorio actual a pesar de contar con oficinas de extranjería²¹.

²¹<http://www.elnortero.cl/noticia/sociedad/inmigracion-en-antofagasta-el-colapso-de-la-atencion-extranjeros>

CAPÍTULO II

2.1 APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Definiciones²²

Permiso de Turismo : *Tiene la calidad de turista todo extranjero que ingrese al país con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios, de gestiones de negocios, familiares, religiosos u otros similares, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas.*

En relación con el turismo, existen tres trámites básicos que pueden ser solicitados: Ampliación de Turismo, Prórroga de Turismo y Autorización para Trabajar como Turista.

Cabe destacar que el 4 de Agosto del año 2005 a través de la Resolución Exenta N° 3734 y Resolución Exenta N° 4775 del 30 de Septiembre del 2005 el Subsecretario del Interior autorizó el ingreso al país de turistas de nacionalidad peruana y boliviana, premunidos de sus documentos nacionales de identidad vigentes, peruanos a contar del día 06 de agosto de 2005 y bolivianos a contar del 01 de Octubre del mismo año. Cabe señalar, que este documento sólo puede utilizarse en condición de turista, por lo tanto, si desean obtener un permiso de residencia en el país, deberán poseer pasaporte vigente.

22 DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA, WWW.EXTRANJERIA.GOV.CL

Residencia Sujeta a Contrato: La visa de Residencia Sujeta a Contrato es el permiso que se otorga a los ciudadanos extranjeros que viajan a Chile, con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de trabajo. Se podrá otorgar esta visación a aquellas personas que se encuentren en el territorio nacional y que tengan el propósito de radicarse en el país con el mismo fin.

También se otorgará Visa de Residencia Sujeta a Contrato al cónyuge, padre e hijos de ambos o de uno de ellos, siempre que vivan a expensas del titular del permiso. Estos beneficiarios en condición de dependiente, no están habilitados para realizar actividades remuneradas en el país.

Esta Visa caduca desde el momento en que se pone término a la relación contractual por cualquiera de las partes, luego de lo cual, el extranjero tiene 30 días para presentar una nueva solicitud de residencia, acompañando el finiquito, el cual debe estar legalizado y ratificado por ambas partes ante notario, y un nuevo contrato de trabajo. De no cumplir con lo anterior se comete infracción a la normativa vigente.

Residencia Temporal: La visación de residencia temporal se otorga a aquellos extranjeros que acrediten tener vínculos de familia o intereses en el país y cuya residencia se estime útil y conveniente. En términos generales permite realizar en Chile cualquier actividad, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. Se expide por un período máximo de un año, renovable hasta completar dos años, al término del cual el extranjero deberá solicitar la Permanencia Definitiva o abandonar el país.

Se podrá otorgar este mismo tipo de visación a los miembros de la familia del solicitante que vivan con él, entendiéndose por tales cónyuge, padres o hijos de ambos o de uno de ellos, en la condición de dependientes y no podrán hacer actividades remuneradas en el país.

La solicitud de una visa de residencia temporal, puede tener como base distintos fundamentos. Usted debe determinar cuál de ellos se acerca de mejor manera a su situación personal para de esta forma hacer su presentación.

Tipos de Visa Temporal:

1. Visa para extranjero con vínculo con chileno(a).
2. Visa para hijo de extranjero transeúnte.
3. Visa para extranjero vinculado con familiar que posea permanencia definitiva.
4. Visa para ex residente.
5. Visa para religiosos.
6. Visa para jubilados y rentistas.
7. Visa para inversionistas y comerciantes.
8. Visa temporal para profesionales y técnicos de nivel superior, con dos o más contratos, remunerado en el exterior, periodistas o profesionales de medios de comunicación.
9. Visa – convenio mujeres embarazadas y tratamiento médico.

Residencia de Estudiante: *La visa de residencia para estudiantes se otorga a los extranjeros que viajen a Chile con el propósito de realizar estudios como alumno regular, en establecimientos de enseñanza del Estado o particulares reconocidos por éste. En términos generales, sólo autoriza para realizar estudios pertinentes, es decir, no autoriza el desarrollo de otras actividades en el país, como trabajar por ejemplo, y se extiende por un plazo máximo de un año (salvo en el caso de los becarios, en que se puede otorgar por el plazo de duración de la beca), renovable hasta completar dicho estudio.*

Permanencia Definitiva: *La Permanencia Definitiva es el permiso otorgado a los extranjeros para residir indefinidamente en Chile y desarrollar cualquier actividad lícita en el país.*

Podrán solicitar este permiso, los ciudadanos extranjeros tanto titulares como dependientes que tengan vigente una Visa de Residente y no hayan permanecido más de 180 días fuera del país durante el último año de visación. En el caso de las Visa Sujeta a Contrato, el titular y sus dependientes requiere a lo menos dos años con este permiso. Las Visas Temporarias, de al menos un año del titular y sus dependientes. La Visa de

Estudiante, de al menos dos años, además de acreditar la obtención del título o licencia de Enseñanza Media cursados en Chile.

Comprendida las definiciones revisaremos la aplicación de la normativa vigente en el Derecho Administrativo sustentando la hipótesis de la ineficacia de la legislación y su coherente aplicación.

La mayoría de los ciudadanos extranjeros ingresan al territorio nacional con una visa de turista, la que tiene una duración de 60 días siendo posible prórrogar dicho permiso por 60 días días más. Previo al vencimiento de la visa, 90 días según el Reglamento del D.L 1094, el extranjero deberá solicitar cualquiera de las visaciones definidas siendo ya del todo cuestionable el plazo otorgado para la solicitud, por cuanto si logra prórrogar su permiso de turismo cuenta matemáticamente con 30 días para encontrar empleo o generar un capital inversor para obtener una visa Temporal.

Pues bien si su condición es un vínculo con chileno o chilena, deberá acreditarlo mediante los correspondientes Certificados de Nacimiento o Matrimonio o la inscripción en el consulado correspondiente del vínculo, a esto debe agregarse el timbraje que debe hacer el Ministerio de Relaciones Exteriores chileno para otorgar veracidad de la documentación exhibida originaria de otro Estado verificando además el sello del consulado chileno del país de origen del postulante.

A este trámite hay que agregar certificación legalizada y con los sellos ya señalados que den cuenta del estado económico del postulante y que acredite que no es carga para el Estado de Chile.

Sí es nacional de Perú, Colombia o República Dominicana deberá presentar adicionalmente Certificado o Pasado Judicial, este documento solo es válido si está estampado con el sello consular chileno con sede en el país de origen del postulante, señalando adicionalmente que Policía de Investigaciones de Chile puede hacerse parte de la solicitud entregando informes que den cuenta de antecedentes penales previos.

La tramitación se realiza vía Correo con un plazo de incorporación a trámite de alrededor 30 días, para luego pasar el proceso de examen de la solicitud pudiendo transcurrir plazos muy extensos sin que el solicitante obtenga respuesta y sin poder realizar actividad remunerada que le permita sobrevivir ,cabe señalar que mediante la tramitación de la solicitud puede el postulante solicitar un permiso provisorio de trabajo pero al no contar con Cédula Nacional de Identidad por cuanto aun no se le ha otorgado visación,dificultosamente podría realizar actividad remunerativa. Esto ha causado múltiples efectos en la población inmigrante solicitante de visación ya que al no contar con recursos que les permitan sobrevivir en un país ajeno se ven obligados a desarrollar actividades laborales ilícitas(comercio ambulante) o se ven expuestos a explotación laboral sin contar con el mínimo respaldo a sus derechos como trabajadores.

Las solicitudes de residencia solicitadas en Región presentan aun mayor dificultad por cuanto es la Gobernación quien tiene la atribución de otorgar visación,sin contar con recursos ,infraestructura y personal acorde al número de solicitudes viéndose obligado el postulante a dirigirse a la ciudad de Santiago, señalando domicilios de terceros en la ciudad con el fin de obtener respuestas más ágiles a la solicitud causando efectos insospechados para estos por cuanto si ya bien es susceptible de sanción administrativa por indicar domicilio²³ falso todas las resoluciones llegarán por correo certificado al domicilio indicado en la solicitud.

23 CÓDIGO CIVIL CHILENO, Título I, Art. 59. El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.

Divídese en político y civil.

El inmigrante al no tomar conocimiento efectivo de las resoluciones se verá impedido de interponer Recursos Administrativos en los plazos señalados en el D.L 597²⁴.

En lo que respecta a nacionales de Perú, Colombia y República Dominicana la exigencia de adjuntar en la solicitud de residencia Pasado Judicial símil del Certificado de Antecedentes chilenos resulta del todo cuestionable pues a ningún otro nacional de los demás Estados del planeta se les exige dicho documento.

Podríamos presumir que la incorporación de este requisito el que **no se encuentra** incorporado en el D.L 1094 y D.L 597 obedece a políticas de Orden Administrativo tendientes a evitar un aumento delictual en el país, sin embargo a pesar de la constante cobertura periodística referente a delitos cometidos por extranjeros en el país, los condenados y reclusos en centros de detención chilenas son del 2,9 por ciento del total de la población penal del país²⁵. Según lo expuesto es razonable pensar que el requisito indicado obedece a políticas discriminativas y xenófobas ya que Perú, Colombia y República Dominicana presentan un alto porcentaje de corrupción, narcotráfico y delincuencia, agregando la dolorosa historia por la que han pasado esos pueblos, historia que ya es conocida por todos.

Respecto a las solicitudes de visa para estudiantes la reglamentación les prohíbe desarrollar actividades remuneradas taxativamente.

24 D.L 597, Artículo 142 bis.- Sin perjuicio de la facultad de la autoridad para dejar sin efecto una resolución por contar con nuevos antecedentes que lo ameriten, en contra de las resoluciones de rechazo o revocación de un permiso de residencia, se podrá interponer recurso de reconsideración ante la autoridad que dictó el acto recurrido dentro de los tres días siguientes a su notificación, conforme a lo establecido en el artículo anterior.

La interposición de este recurso suspende los efectos de la resolución impugnada, en tanto la autoridad no resuelva acerca de él.

La resolución que se dicte respecto del recurso se notificará por carta certificada en la forma dispuesta por el artículo 142 inciso 3.

Al vencimiento de los plazos a que se refiere el presente artículo y los artículos 141 y 142, si el extranjero no hubiere acatado lo dispuesto por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto fundado de expulsión.

En lo referente a la estructura administrativa el Decreto N° 888 del 26 de agosto de 1977 creó la Comisión de Asesoría y Coordinación sobre Migraciones, conocida como “Comisión sobre Migraciones”, integrada por un representante titular y uno suplente de del Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Agricultura, Corporación de Fomento de la Producción y Oficina de Planificación Nacional, formando además parte en calidad de miembros permanentes.

- El Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior.
- El Director Consular y de Inmigración, del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- El Jefe del Departamento de Extranjería de Policía Internacional de Investigaciones de Chile
- El Jefe del Departamento de Fronteras y Límites de Carabineros de Chile.

A la Comisión sobre Migraciones le corresponde, esencialmente, asesorar al Ministerio del Interior, elaborar, mantener y diseñar una políticas migratorias, coordinando a la administración del Estado y sus servicios públicos en la materia.

De acuerdo a los cuerpos normativos vigentes, los Ministerios con competencia específica, en materia migratoria son el **Ministerio de Interior**, el de **Relaciones Exteriores** y el de **Defensa**. El D.L 597 asigna dichas funciones.

Tal como surge de la Ley y el Decreto Reglamentario al **Ministerio del Interior** le corresponde las principales funciones relativas al quehacer migratorio. No obstante la estructura vigente presenta un cuadro que no configura una administración integrada ante las cuestiones migratorias, por cuando se deja fuera **al Ministerio de Salud, Ministerio del Trabajo, SERNAM**, en razón al alto número de inmigrantes mujeres, por señalar algunos.

[25http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2013/10/889467/extranjeros-en-chile-tienen-mas-posibilidades-de-ser-condenados-por-el-mismo-delito-que-los-nacionales](http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2013/10/889467/extranjeros-en-chile-tienen-mas-posibilidades-de-ser-condenados-por-el-mismo-delito-que-los-nacionales)

Al Ministerio del Interior le corresponde expresamente "proponer al Presidente de la República las políticas de migración, aplicar la legislación de extranjería y dictar normas para el otorgamiento o la pérdida de la nacionalidad".

Si consideramos que Nacionalidad y la pérdida de esta se encuentra normada en la Constitución Política de la República, parece ser contradictorio el mandato del cuerpo legal señalado.

Por otra parte, el D.L N° 597 de junio de 1984 que aprueba el Reglamento de Extranjería en su Título IX referente a "Organización, Funciones y Atribuciones " del Ministerio del Interior y el Departamento de Extranjería y Migración, dispone en su Art. 177 que corresponderá al Ministerio del Interior la aplicación de las disposiciones del Decreto Ley N° 1.094/75, sus modificaciones y del presente Reglamento y no incluyendo otros Ministerios que directamente se relacionan con las políticas Migratorias y su aplicación.

En cuanto al Departamento de Extranjería y Migración, dependiente del Ministerio del Interior, el Art. 178 del Reglamento le otorga las siguientes atribuciones:

- Aplicar y supervigilar directamente el cumplimiento de las normas del Reglamento.
- Ejecutar los decretos, resoluciones, órdenes e instrucciones que dicte el Ministerio del Interior, en conformidad al Decreto Ley N° 1.094/75, sus modificaciones posteriores y a este Reglamento.
- Mantener actualizados, bajo su custodia, los roles y registros que la Ley y el Reglamento le encomienden al Ministerio del Interior
- Mantener una adecuada coordinación técnica y comunicación con los funcionarios de Gobierno Interior que cumplan las funciones de extranjería y migración, como asimismo, orientar y controlar las actuaciones administrativas inherentes a estas mismas.

Debo señalar que claramente se evidencia una descoordinación entre las Instituciones operantes en materia migratoria pues tal como he señalado en párrafos anteriores Policía de Investigaciones es la Institución con mayor número de denuncias en razón de alejarse de la normativa vigente²⁶.

En cuanto a las competencias del **Ministerio de Relaciones Exteriores**, su competencia en materia migratoria es la **Dirección General de Asuntos Consulares e Inmigración** dependiente de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores, la competente de las actividades consulares de Chile en el exterior del Cuerpo Consular. Esta Dirección también resulta ineficiente ya que la tramitación de obtención de visación desde el exterior es bastante engorrosa y de largo tiempo siendo objeto de Recursos de Protección por parte del afectado²⁷.

Respecto de las competencias del **Ministerio de Defensa Nacional**, por el Decreto Ley N° 2460, Ley Orgánica de Investigaciones de Chile de enero de 1979, en su Art. 1 que versa, "investigaciones de Chile es una institución policial de carácter profesional, técnico y científico, integrante de las Fuerzas del Orden, dependiente del Ministerio de Defensa Nacional que se vinculará administrativamente con el referido Ministerio a través de la Subsecretaría de Investigaciones".

El Decreto Ley N° 2460, en su Art. 5 versa, "corresponde en especial a Investigaciones de Chile contribuir al mantenimiento de la tranquilidad pública dar cumplimiento a las órdenes emanadas de las autoridades judiciales y administrativas. Controlar el ingreso y la salida de personas del Territorio Nacional, fiscalizar la permanencia de extranjeros en el país", considerando lo expuesto resulta contradictoria la medida de reclusión por más de 24 horas a la que son sometidos los extranjeros expulsados del territorio nacional ya que como he señalado una norma de carácter administrativo es aplicada por sobre Garantías Constitucionales consagradas en el Artículo 19 N°7²⁸ por señalar alguna.

26 INDH, Informe Anual de DDHH en Chile, año 2013, Pág 144.

27 CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Recurso de Protección N° 42133-2012

28 "El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual". b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

2.2 APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIGRATORIA VIGENTE EN EL DERECHO LABORAL

Tal como se ha expuesto para solicitar una residencia sujeta a contrato el postulante con una anterioridad de 90 días al vencimiento de su permiso de turista debe solicitar vía correo residencia sujeta a contrato.

Sin embargo esta solicitud tiene procedimientos especiales, señalados en el Artículo 37° y 38° del D.L 597.

-Cláusulas especiales de contrato laboral para extranjeros; de vigencia y reenvío.

Se entiende por cláusula de vigencia aquella que debe constar por escrito en el contrato laboral que la prestación de los servicios por parte del extranjero se llevará a cabo una vez que obtenga visa sujeta a contrato.

Respecto a la cláusula de reenvío esta guarda relación con la obligación que tiene el empleador de costear los gastos de traslado del extranjero y sus cargas sujetas a su visación a su país de origen.

El cuestionamiento está dirigido al orden de la exclusión que hace el futuro empleador al extranjero por cuanto el solo hecho costear los gastos de traslado del extranjero y sus cargas hace desestimar la posibilidad de emplearle.

Por otro lado la cláusula de vigencia que impide poder comenzar a realizar actividades remuneradas sumando los extensos plazos para su correspondiente resolución obliga al inmigrante a laborar fuera de toda protección legal laboral.

Es conocida por la opinión pública el abuso de parte de empresarios hacia inmigrantes apremiados por mejores condiciones laborales²⁹ a mayor abundamiento un inmigrante apremiado por obtener ingresos, sin conocimiento de la normativa laboral chilena y originario de países donde el ingreso per cápita es inferior al chileno resulta altamente atractivo para el empleador inescrupuloso, por cuanto lo remunerará con un sueldo mínimo, sin ningún tipo de previsión social y bajo un horario antojadizo. Independiente de la multa³⁰ a la que se exponen pareciera ser que aun así es rentable tener este tipo de trabajador.

<http://radio.uchile.cl/2013/02/14/tribunal-dicta-sobreseimiento-para-francisco-javier-errazuriz-por-enajenacion-mental-en-caso-de-inmigrantes-paraguayos>

30 D.L 1094, Artículo 74.- No se podrá dar ocupación a los extranjeros que no acrediten previamente su residencia o permanencia legal en el país o que están debidamente autorizados para trabajar o habilitados para ello.

Todo aquel que tenga a su servicio o bajo su dependencia a extranjeros, deberá informar, por escrito, al Ministerio del Interior en Santiago y a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales, en su caso, en el término de 15 días, cualquier circunstancia que altere o modifique su condición de residencia. Además, deberá sufragar los gastos que origine la expulsión de los citados extranjeros cuando el Ministerio del Interior así lo ordene.

La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con multas de 1 a 50 sueldos vitales por cada infracción.

Para Macarena Lobos Palacios, asesora jurídica en la Subsecretaría del trabajo, " Debido a la incertidumbre propia que esa situación conlleva dejando al inmigrante muchas veces expuesto a todo tipo de abusos y explotación por parte de personas inescrupulosas, con la consiguiente competencia desleal que ello significa para nuestros trabajadores nacionales y con los propios extranjeros residentes"³¹ .

2.3 APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIGRATORIA VIGENTE EN EL DERECHO PENAL

Un extranjero, imputado en Chile por un delito, tiene más probabilidades de recibir condena y cumplirla en prisión que un ciudadano chileno. Según el estudio "Inmigración y Delincuencia en Chile", realizado por el doctor en derecho y académico del CEDEP (Centro de Estudios de Derecho Penal) de la Universidad de Talca, Sebastián Salinero Echeverría³².

En efecto según los datos aportados por Gendarmería para el período 2010-2012, estableció que es más factible que un extranjero reciba una condena (24,5%) comparado con un imputado de origen nacional (17,2%).

El extranjero está en prisión como imputado no sólo por el delito, sino por la necesidad de cautela ante la posibilidad de que se fugue por ser extranjero.

32 La Expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. *Polít. crim.* Vol. 6, Nº 11 (Julio 2011), pp. 106 - 141.

Respecto a la aplicación de la Normativa el D.L 597 establece en su Artículo 145° y 146° las penas asignada al delito de ingresar o egresar del territorio nacional con documentación falsa o adulterada como también ingresar o egresar del territorio nacional por paso ilegal .La pena asignada es de Presidio Menor en su grado Máximo no siendo susceptible salidas alternativas, disponiendo su inmediata expulsión del territorio nacional.

La prohibición de ingreso o impedimento tiene una duración aproximada de 10 años sin que esta se encuentre regulada en algún cuerpo normativo constituyendo una contradicción a los Principios del Derecho Penal;"Non Bis In Idem",por cuanto la disposición de expulsión ya obedece a una pena y el impedimento de ingreso una doble pena.

Respecto al mismo principio vemos que los nacionales de Perú, Colombia y República Dominicana, obligados a presentar pasado judicial se ven afectados por la misma contradicción ya que el haber presentado antecedentes penales en sus países de orígenes es causal de rechazo de visación,constituyéndose así un doble castigo.

Para Salinero "En la doctrina penal se discute si estamos en presencia de una pena, de una medida de seguridad, de un sustitutivo penal, de una condición suspensiva o de una medida administrativa. Al respecto, algunos sostienen que estamos en presencia de una pena, señalando que la pena no es la expulsión sino la prohibición de regresar al país por un determinado lapso de tiempo. Para esta corriente la expulsión es el medio de ejecución de la verdadera pena: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos"³³.

33 La Expulsión de Extranjeros en el Derecho Penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. Polít. crim. Vol. 6, Nº 11 (Julio 2011).Pág. 119.

En lo que respecta a las salidas alternativas La Defensoría Penal Pública a través de sus defensores públicos quienes patrocinan a la mayoría de los inmigrantes sujetos a proceso han visto como una buena alternativa negociar con la Fiscalía Suspensiones condicionales del Procedimiento ,en virtud de cumplir con los requisitos que establece el Código de Procedimiento Penal³⁴,sin embargo para la aplicación de la normativa migratoria y su interpretación esta salida alternativa contempla una condena por lo tanto el extranjero beneficiario de esta salida alternativa es sujeto de expulsión siendo claramente una lesión a derecho del que da cuenta esta Tesista en acción de Invalidación impetrada en contra de medida de Expulsión y cuyo fallo fue la revocación de Decreto de Expulsión por la lesión a Derecho³⁵.

En lo dispositivo en materia Laboral la legislación migratoria contempla la figura de rechazo o revocación de visa si el contrato de trabajo es falso ,lo que claramente se vislumbra como el delito de falsificación de instrumento privado, penado y sancionado por nuestro Código Penal, por tanto la denuncia, investigación y sanción del delito es de exclusiva competencia del Ministerio Público, sin embargo el Departamento de Extranjería y Migración basado en el informe de veracidad de antecedentes entregado por Policía de Investigaciones de Chile,sanciona,castiga e impone una pena para dicho delito, pues la sola sospecha de la falsedad de la documentación o declaración del postulante a visa es causal de rechazo o revocación de visación disponiendo como pena accesoria una disposición de abandono del país y en su defecto de no ser acatada la sanción de expulsión del país³⁶.

34 CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO, Artículo 237.Editorial Jurídica.

35 Decreto Exento N° 1957 del 09 de Mayo de 2013 del Ministerio del Interior.

36 D.L 597, Artículo 138°N°2.

Es necesario aclarar que la disposición de abandono del país contempla una prohibición de ingreso de al menos 5 años, mientras una expulsión 10 años.

Según lo expuesto a todas luces las atribuciones que otorga la legislación migratoria vigente a entidades del Estado vulneran principios rectores de nuestro Ordenamiento Jurídico.

CAPÍTULO III

3.1 LEY DE EXTRANJERÍA Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE

A los inmigrantes, sea cual fuere la condición en la cual se encuentren en un país les son aplicables todos los tratados y acuerdos internacionales suscritos por Chile. La extrema vulnerabilidad en la que se encuentran los hace sujeto de mayor protección. A partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH en adelante) o Pacto de San José de Costa Rica, suscrito en 1969, ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990, además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado en 1972, promulgado en 1976 y publicado en el Diario Oficial en 1989, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, son los cuerpos normativos de carácter Internacional que se entienden incorporados en nuestra Carta Magna³⁷.

37 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE, Artículo 5, Inc 2°.

La vulneración, amenaza y perturbación de Derechos garantizados por nuestra Constitución en su Artículo N° 19 son evidentes, pudiendo enumerarlos de la siguiente manera con su correlativa vulneración:

Número 1°.- “El Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.

Vulneración: Tramitación engorrosa y de plazos indefinidos.

Número 2°.- “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”.

Vulneración: a) Solicitud de Pasado Judicial a nacionales de Perú, Colombia, República Dominicana.

b) Clausulas especiales en el contrato de trabajo para extranjero.

Número 3°.- “La igual Protección de la Ley en el ejercicio de sus Derechos”.

Vulneración: Del extranjero que se presume la declaración o presentación de documentación falsa es juzgada por una comisión especial, El Departamento de Extranjería sin someterlo a conocimiento del Ministerio Público.

Número 4°.- “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su Familia.

Vulneración: Facultad de allanamiento por parte de las Gobernaciones sin orden Judicial.

Número 7°.- “El Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”.

Vulneración: Facultad de Policía de Investigaciones de Chile para recluir por más de 24 horas a extranjeros con Decreto de Expulsión.

Número 9° .- “El Derecho a la Protección de la Salud”.

Vulneración: Prestaciones laborales sin previsión social, causada por lentitud y Burocracia del trámite de obtención visa sujeta a contrato.

Número 16°.- “La libertad de trabajo y su Protección”

Vulneración: El Inmigrante no es libre en la elección del trabajo ya que se somete a la voluntad del empleador en razón a las cláusulas especiales del contrato de trabajo para extranjeros.

Número 18°.- “El Derecho a la Seguridad Social”.

Vulneración: Prestaciones laborales sin previsión social, causada por lentitud y Burocracia del trámite de obtención visa sujeta a contrato.

Número 21°.- “El Derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea Contraria a la moral, al orden público, o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan”.

Vulneración: Rechazo de solicitud de visa Temporaria en razón a la conveniencia O seguridad nacional.

CAPÍTULO IV

4.1. PROYECTO DE NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA GOBIERNO DE SEBASTIAN PIÑERA

Después de varios anuncios, este año el Presidente de la República Sebastián Piñera anunciaba un proyecto de Ley tendiente a reemplazar a la actual legislación migratoria citando textual “Honorable cámara de Diputados, Tengo el honor de someter a consideración de esta H. Corporación un proyecto de ley sobre Migraciones. Está dividido en once Títulos Permanentes y un Título Final. Los Títulos 2º, 6º, 7º, y 8º se encuentran divididos en capítulos.

El Título 1º, junto con señalar el objetivo y orientaciones generales del mismo, se refiere a la necesidad, importancia y trascendencia de la fijación y ejecución de una política migratoria, desde una perspectiva centrada en la persona y con referencia al impacto en el desarrollo económico, social y cultural del país. En tal sentido entrega las bases relativas a la Inmigración de extranjeros, Emigración y Retorno de Nacionales, creando para tales fines una Comisión de Migraciones, que deberá asesorar al Ministerio del Interior en la formulación y evaluación de políticas migratorias. El título siguiente se refiere al fenómeno de la Inmigración, definiendo y diferenciando la inmigración espontánea y la programada, la importancia de la integración y asimilación de los extranjeros. Señala, además, las distintas categorías de residencia que existirán en Chile y a las cuales podrán acceder los extranjeros para radicarse temporal o definitivamente en el país. Asimismo, indica expresamente las causales de no admisión que impedirán el acceso de los extranjeros al territorio nacional”.

A nadie dejó indiferente esta presentación, siendo sometida a variadas críticas el ante proyecto de Ley.

Para Expertos y académicos que se dieron cita el 11 de octubre de 2013 en la Sala de Libros Raros y Valiosos de la BCN para analizar el proyecto de ley de Migraciones y Extranjería les pareció más bien una propuesta de obra de mano barata para el país, alejada del Derecho Internacional, de una improvisación desconcertante y con un claro control segregador.

Este Proyecto de Ley contempla la incorporación de sub categorías de visa haciendo aun más dificultoso el trámite, generando una incapacidad de respuesta de parte de la administración del Estado por la sobrecarga ya existente y la que está por venir, llamando mucho la atención la obtención de visación para trabajador temporario por semanas justificando su existencia en la necesidad de mano productiva agrícola para el campo chileno. Es fácil poder vislumbrar sus consecuencias ya que la mayor mano de obra agrícola se encuentra en sectores rurales con difícil acceso al mercado laboral producto de la centralización de la hoy es objeto el mercado laboral, por lo tanto el trabajador temporero podría verse gravemente afectado.

Afortunadamente el proyecto de Ley se encuentra detenido y con muy mínimas posibilidades de prosperar legislativamente, sin embargo resulta del todo curiosa la mirada del proceso migratorio que vive Chile por parte del Gobierno de Sebastián Piñera.

4.2 PROGRAMA MIGRATORIO DE GOBIERNO DE LA ELECTA PRESIDENTA MICHELLE BACHELET

“Para esta Tesista fue un Honor haber participado de la Comisión Migratoria y Refugio del Instituto Igualdad, equipo de reflexión y programa para el Gobierno de la Electa Presidenta de la República Michel Bachellet Jeria”.

Chile requiere de instituciones internacionales fuertes y respetadas por la comunidad internacional, por lo que deberemos incrementar nuestro rol y actividad en esos organismos. El país será miembro del Consejo de Seguridad de la ONU por dos años, lo que nos plantea una oportunidad para expresar nuestra opinión y nuestra acción en pro de la Paz y Seguridad, así como de los Derechos Humanos y la Equidad a nivel internacional.

Por lo anterior, se evaluará modificaciones a la legislación migratoria que cambie el enfoque actual, basado en una perspectiva de seguridad y de gestión de mano de obra inmigrante, **por una perspectiva de inclusión, integración regional** y un enfoque de derechos que aseguren la inserción efectiva de esta población al país y que permita una coordinación dinámica, cooperadora y eficiente de todos los entes públicos relacionados con la política migratoria.

Se Fortalecerá la estructura pública de extranjería y migraciones en las regiones y comunas de mayor presencia migratoria con el fin de diseñar e implementar políticas públicas tendientes a lograr una mayor y más rápida inclusión de los inmigrantes.

Acercaremos los servicios del Estado a los chilenos en el exterior, a través de la red consular, buscando su representación en las instancias de participación ciudadana y asegurar el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos en su país de residencia.

El Gobierno se compromete a impulsar la tramitación, hasta su aprobación, de un proyecto de ley que otorgue el derecho a voto de chilenos en el extranjero.

La revisión de las Instituciones con la finalidad de otorgar atribuciones y facultades a las que históricamente las han tenido parece ser la vía más idónea para la correcta aplicación y cumplimiento de los acuerdos Internacionales, la reciprocidad entre los Estados y el Respeto a los Derechos Humanos.

Es desde ya una luz de esperanza para muchos inmigrantes que hoy se sienten vulnerados y para aquellos que ven en Chile un país que los pueda acoger.

CAPÍTULO V

5.1 RECOMENDACIONES

Respecto a la legislación migratoria vigente podemos recomendar:

1.- Adjudicador Independiente e imparcial

Deberá procurar que las decisiones sean tomadas por personal administrativo o Policial especializado, dotado de garantías que le aseguren poder tomar decisiones Imparciales. Deberá tener responsabilidad ante la ley, sus superiores y organismos Ajenos de control.

2.- Derecho a ser oído.

No sólo comprende la necesidad de ser escuchado en sus alegaciones, sino También conocer las pruebas que la contraria tiene para tomar una determinación en cuanto a su estatus; también la posibilidad de ofrecer, producir y exhibir pruebas y la oportunidad para hacerlo.

3.- Información, traducción e interpretación

La información comprende no sólo el acceso al documento que contiene una decisión, sino también el procedimiento por el cual se arriba a la misma, y el catálogo de derechos que asisten al inmigrante. Además, debe asegurarse que esta información sea efectivamente comprendida, ofreciendo un traductor e intérprete que acompañe al migrante en todo el procedimiento, sobre todo al momento de enfrentar a las autoridades. Comprende incluso la obligación de que la autoridad cuente con identificaciones visibles (vestimenta específica, identificaciones), ello directamente relacionado con la situación de desconocimiento y la extrema vulnerabilidad en que se encuentra un extranjero en otro país.

4.- Representación legal

Proporcionar abogados idóneos en la materia, representación gratuita y asesoría especializada. Además, el acceso privado y libre al encargado de la defensa, y contar con un plazo razonable, atendiendo a la complejidad del caso, para prepararla.

5.- Revisión judicial

Si bien es posible que la decisión sea tomada en la esfera administrativa, debe contemplarse la posibilidad de contar con un recurso especial de revisión o algún recurso constitucional que verifique, al menos, la legalidad del acto y la racionalidad del mismo.

6.- Condiciones de detención apropiadas

Tratamiento humano y condiciones que no pongan en riesgo su salud y su vida, satisfaciendo los estándares mínimos establecidos en normas internacionales.

7.- Principio de legalidad

Según este principio el ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley, garantizando de esta forma la seguridad jurídica de los administrados.

8.- Recomendaciones para una nueva institucionalidad.

Deben señalarse cuáles son los límites que deben ser considerados para regular el procedimiento de la toma de decisiones ya que, como se ha señalado anteriormente, nuestro país ha suscrito una serie de compromisos internacionales que no se han visto reflejados en la normativa vigente, la cual debe ser al menos respetuosa y garantista de los derechos humanos de los inmigrantes, independientemente de su estatus migratorio. Deben integrarse a las políticas migratorias el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, El Ministerio de Desarrollo y Planificación Social, Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, SERNAM, Municipios entre otros, esto con la finalidad de poder coordinar en forma efectiva la integración de los inmigrantes y protección de sus Derechos, conforme a todo esto es imperiosa la creación de una nueva Legislación Migratoria.

10.- Capacitación permanente a los trabajadores del servicio público en la materia y sanciones en caso de omisión, perturbación o lesión a los Derechos de los Inmigrantes.

11.- Educación ciudadana a través de los programas de educación conforme a instruir a los estudiantes, juntas de vecinos u organizaciones sociales en materia de Derechos de los inmigrantes e integración.

12.- Educación ciudadana a través de los programas de educación conforme a instruir a los inmigrantes respecto a sus Derechos y Deberes en Chile a través de organizaciones sociales o Municipios.

CONCLUSIÓN

Desde la recuperación de la democracia los inmigrantes han duplicado su número representando hoy día en torno al 4% de la población de Chile.

Siete de cada diez proceden de países de América del Sur y hoy se están sumando europeos que ven a Chile como una nueva opción de vida como consecuencia de la crisis que afecta a muchos de estos países del viejo continente.

La población chilena está envejeciendo y el nacimiento de los hijos de inmigrantes son la esperanza de un Chile joven para el mañana. Es necesario aprovechar esta oportunidad y dar los espacios a las nuevas migraciones, en forma visionaria y adaptada a los nuevos tiempos en que Chile está inserto en la comunidad Internacional

Los acuerdos económicos suscritos y los que están por venir hacen urgente la modificación de la Legislación Migratoria pues las viejas políticas dictatoriales no pueden seguir imponiéndose ante un Estado que crece en Democracia y en diversidad.

Si bien se ha demostrado la inaplicabilidad de la normativa vigente frente al fenómeno migratorio actual la sola modificación de la Norma para la correcta integración de los inmigrantes no otorga solución a la problemática ya que se hace indispensable cooperación Ministerial, Social y Educacional pues nos guste o no Chile seguirá siendo la cuna para las nuevas inmigraciones.

BIBLIOGRAFÍA

Textos

-CANO,V.& SOFFIA ,M.(Julio-Septiembre 2009).Los estudios sobre migración internacional en Chile: Apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada, Centro latinoamericano y Caribeño de Demografía .En papeles de Población N°61 .CIEAP /UAEM.,págs.131 y 132.

-MARTÍNEZ PIZARRO JORGE, “Globalizados, pero restringidos. Una visión latinoamericana del mercado global de recursos humanos calificados”. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población, serie población y desarrollo, Santiago de Chile, febrero del 2005.

- SALINERO, SEBASTIAN. “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”*.Polít. crim. Vol. 6, N° 11 (Julio 2011), Art. 4, pp. 106 - 141.

Informes

-Examen de Informes presentados por los Estados partes de conformidad al artículo 74 de la Convención, Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Chile. 15º período de sesiones (CMW/C/SR.169 y 170), 13 y 14 de septiembre de 2011.

-INFORME ANUAL 2010, SITUACIÓN DE LOS DDHH EN CHILE, INDH (Instituto Nacional de Derechos Humanos), pág. 145.

Cuerpos Legales

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137. En adelante, Convención de 1951.

- Convención Internacional Sobre La Protección De Los Derechos De Todos Los Trabajadores Migratorios y De Sus Familiares. Adoptada por la Asamblea General de Las Naciones Unidas, resolución A/RES/45/158, vigente desde el 1 de Julio de 2003. Ratificado por Chile que lo hizo el 21 de Marzo de 2005 a través del Decreto 84 del 8 De junio de 2005.

-Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137. En adelante, Convención de 1951.

-Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, del que tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), del 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V, a fin de que pudieran adherirse al Protocolo Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII, Serie Tratados de Naciones Unidas Nº 8791, Vol. 606, p. 267. En adelante, Protocolo de 1967.

-Constitución Política de la República de Chile.

- Decreto Ley N° 1094 del 14 Julio de 1975.
- Decreto Ley N° 597 del 14 de Junio de 1984.
- Decreto Ley N° 818 del 13 de Julio de 1983.
- Código Civil Chileno, 2011, Editorial Jurídica.
- Código de Procedimiento Penal Chileno, 2011, Editorial jurídica.
- Recurso de Amparo Rol 3046-2012, excelentísima Corte Suprema.
- Recurso de Protección Rol 9487-2012, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.
- Recurso de Protección Rol 42133-2012, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.
- Recurso de inaplicabilidad Rol 2226-2012, Tribunal Constitucional.
- Dictamen N° 20208 del 26 de Diciembre de 2012, Contraloría General de la República.
- Decreto Exento N°1957 del 9 de Mayo de 2012 del Ministerio del Interior.

Estudios

- Análisis de la Ley de extranjería chilena: el residente sujeto a contrato de trabajo
Macarena Lobos Palacios, Asesora jurídica en la Subsecretaría de Trabajo. Chile, 2005.

Audiovisual

- DOCUMENTAL, EL SIMBOLO Y EL CUATE, dirigida por Francesc Relea, Festival de cine de San Sebastián, 27 de Septiembre de 2013.

Virtual

- Proyecto de Ley Sobre Migraciones, N° de Boletín 1114-06, fecha de ingreso martes 2 de noviembre de 1993 en < <http://sil.senado.cl/pags/index.html>> [29 de septiembre de 2012].

-<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=14516>

-<http://sil.senado.cl/pags/index.html>> [29 de septiembre de 2012].

-<http://radio.uchile.cl/2012/09/21/denuncian-discriminacion-en-admision-de-extranjeros-que-ingresan-por-aeropuerto-de-santiago>.

-<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/instituto-de-derechos-humanos-denuncio-vejaciones-de-la-pdi-a-inmigrante/2013-03-15/192947.htm>

-<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=14516>

-<http://radio.uchile.cl/2013/02/14/tribunal-dicta-sobreseimiento-para-francisco-javier-errazuriz-por-enajenacion-mental-en-caso-de-inmigrantes-paraguayos>

Programa de Gobierno

-Programa de Gobierno Candidatura Michell Bachelet Jeria, 2013.

