



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO

**PRINCIPALES PROBLEMAS DE LEGISLACIÓN Y POLÍTICAS
MIGRATORIAS EN CHILE A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Valentina Bustamante Aguirre

Magdalena Schaub Espinosa

Profesor: Marcelo Oyharcabal Fraile

Santiago, Julio de 2015

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| CAPITULO 1: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN..... | 14 |
| 1.1. CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN..... | 14 |
| 1.2. INSTRUMENTOS QUE LO CONSAGRAN..... | 31 |
| 1.2.1. INSTRUMENTOS NACIONALES..... | 32 |
| 1.2.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA..... | 32 |
| 1.2.1.2. CÓDIGO CIVIL..... | 35 |
| 1.2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES..... | 38 |
| 1.2.2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS HUMANOS..... | 40 |
| 1.2.2.2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS..... | 43 |
| 1.2.2.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES..... | 47 |
| 1.2.2.4. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948)..... | 50 |
| 1.2.2.5. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS..... | 52 |
| 1.2.2.6. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA. (NO RATIFICADA POR CHILE)..... | 53 |
| CAPITULO 2: LEGISLACIÓN MIGRATORIA CHILENA..... | 59 |
| 2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS..... | 59 |
| 2.1.1. PRINCIPALES OLAS MIGRATORIAS EN CHILE..... | 59 |
| 2.1.2. MARCO REGULATORIO HASTA 1975..... | 68 |
| 2.2. LEGISLACIÓN MIGRATORIA VIGENTE..... | 85 |
| 2.2.1. LEGISLACIÓN INTERNA..... | 85 |
| 2.2.1.1. DECRETO LEY N° 1094, DE 1975, QUE FIJA LEY DE EXTRANJERÍA.... | 86 |
| 2.2.1.2. DECRETO N° 597, DE 1984, QUE FIJA REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA | |

| | | |
|-------------|---|-----|
| 2.2.1.3. | DS N° 2043, DE 1982, Y DS N° 818, DE 1983, QUE DELEGA ATRIBUCIONES A INTENDENTE REGIONAL Y GOBERNADOR PARA CAMBIAR LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS | 104 |
| 2.2.2. | NORMATIVA INTERNACIONAL ATINGENTE A LA MIGRACIÓN..... | 105 |
| 2.2.2.1. | CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES..... | 105 |
| CAPITULO 3: | DERECHO COMPARADO | 116 |
| 3.1. | EL CASO DE ARGENTINA: LEY N°25871 | 120 |
| 3.2. | EL CASO DE URUGUAY: LEY N°18250 | 125 |
| 3.3. | EL CASO DE ECUADOR: CONSTITUCIÓN ECUATORIANA Y LEY DE EXTRANJERÍA..... | 129 |
| CAPITULO 4: | VULNERACIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA MIGRATORIA | 135 |
| 4.1. | SEDE PENAL | 137 |
| 4.1.1. | DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA | 137 |
| 4.1.2. | PROBLEMAS..... | 138 |
| 4.1.2.1. | CRIMINALIZACIÓN DE LOS MIGRANTES POR LA POBLACIÓN CIVIL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN | 138 |
| 4.1.2.2. | ABSOLUCIÓN O SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL COMO SUFICIENTES PARA DECRETAR LA EXPULSIÓN | 141 |
| 4.1.3. | AFECTACIÓN AL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO PENAL | 146 |
| 4.1.4. | EXPULSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA A LA PENA INCORPORADA POR LA LEY N°20.603 | 148 |
| 4.1.5. | PENALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR CONTEMPLADA EN EL DL 1.094 | 152 |
| 4.1.6. | VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA PENAL..... | 155 |
| 4.2. | SEDE ADMINISTRATIVA | 157 |
| 4.2.1. | DERECHO AL DEBIDO PROCESO | 157 |
| 4.2.2. | PROBLEMAS..... | 162 |

| | | |
|------------------------------|---|-----|
| 4.2.2.1. | DISCRECIONALIDAD EN LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR EL INGRESO Y PERMANENCIA DE LOS EXTRANJEROS EN NUESTRO PAÍS | 162 |
| 4.2.2.2. | TARJETA DE EXTRANJERO INFRACTOR..... | 173 |
| 4.2.2.3. | DETENCIONES ARBITRARIAS Y ALLANAMIENTOS..... | 174 |
| 4.2.2.4. | EXPULSIONES | 186 |
| 4.2.2.5. | RECURSOS INEFICACES..... | 189 |
| 4.2.3. | AFECTACIÓN AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN | 192 |
| 4.3. | SEDE LABORAL..... | 198 |
| 4.3.1. | DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS MIGRANTES..... | 198 |
| 4.3.2. | PROBLEMAS..... | 202 |
| 4.3.2.1. | SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES..... | 202 |
| 4.3.3. | VULNERACIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO EN MATERIA MIGRATORIA, Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN..... | 206 |
| 4.4. | SEDE CONSTITUCIONAL | 209 |
| 4.4.1. | DERECHO A LA NACIONALIDAD | 209 |
| 4.4.2. | PROBLEMA | 213 |
| 4.4.3. | AFECTACIÓN AL DERECHO A LA NACIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN..... | 222 |
| 4.5. | DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES..... | 223 |
| 4.5.1. | DERECHO A LA SALUD | 224 |
| 4.5.2. | DERECHO A LA EDUCACIÓN..... | 228 |
| 4.6. | ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY DE EXTRANJERÍA.PROPUESTA DEL PODER EJECUTIVO: PRESENTADO POR SEBASTIÁN PIÑERA | 232 |
| CAPITULO 5: PROPUESTAS | | 245 |
| CONCLUSIONES..... | | 249 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | | 258 |
| ANEXOS | | |

INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que en los últimos 20 años el fenómeno de la inmigración ha tocado fuerte en nuestro país. Las cifras han ido ascendiendo de manera vertiginosa, y más aún, en la vida cotidiana de todos los chilenos está presente el contacto con extranjeros, sobre todo de los países vecinos.

Se calcula que actualmente residen 441.529 inmigrantes en Chile¹, de los cuales el 70,9% son latinoamericanos. En ese 70,9%, el 37,8% son peruanos y el 15% son argentinos.

Durante el año 2013 se entregaron 132.139 permisos temporales de residencia, y 25.989 permisos de residencia definitiva, a diferencia del año 2010, en que se entregaron 17.089 permisos de residencia definitiva, y del 2011 que se entregaron 18.793 permisos de residencia definitiva, por dar algunos ejemplos². Con estas cifras queda en evidencia que en los últimos años la población migrante ha aumentado considerablemente en nuestro país, y ha cambiado radicalmente el escenario: Actualmente la mayor parte de la población migrante corresponde a personas de países vecinos, que vienen en busca de una oportunidad laboral.

¹ ANEXO N°2

² DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. 2014. Página web oficial de Extranjería [en línea] < <http://www.extranjeria.gob.cl/> > [consulta 3 de septiembre de 2014]

Dadas las cifras antedichas, el tema de inmigración reviste gran importancia en la actualidad, y pasó rápidamente de ser una preocupación excepcional a ser una cuestión de interés público. Es innegable que cada día y de manera exponencial el contacto con inmigrantes se hace más cotidiano, y los chilenos nos acostumbramos a relacionarnos con extranjeros, principalmente latinoamericanos de países vecinos, que han llenado nuestra cotidianeidad de nuevas comidas, y tradiciones distintas.

Sin embargo, la legislación vigente dista bastante de reflejar el escenario antedicho. La actual Ley de extranjería data del año 1975 y toda la legislación está orientada a imponer obligaciones a los inmigrantes, haciendo difícil su acceso y permanencia, y dotando de amplias facultades discrecionales a la Administración para la pronta expulsión ante cualquier conducta que pudiera parecer contraria al régimen imperante de la época.

Han transcurrido casi cuarenta años desde la promulgación del Decreto Ley, siendo muy escasas las reformas, y múltiples los cambios en materia de migraciones: Chile se ha transformado en un foco importante a nivel latinoamericano de inmigración, las cifras van en constante aumento y el diagnóstico es que el escenario se mantendrá por varios años más. Existe por tanto una ambivalencia entre la realidad y el panorama ideal de inmigraciones

que plantea la legislación vigente. Es decir, a nivel legislativo, el migrante aceptado es un sujeto que viene a “mejorar la raza”, profesional, idealmente europeo y altamente calificado. Los principios en los que se basa son básicamente la seguridad nacional y la utilidad que genera para nuestro país el ingreso de este sujeto ideal. Nada se dice -ni siquiera se esboza- sobre los derechos humanos que tienen los inmigrantes por el hecho de ser sujetos de derechos.

Sin embargo, para Chile ha sido prioridad la ratificación de una serie de tratados internacionales que miran a la figura del inmigrante desde otra perspectiva: se trata de un sujeto de derecho que tiene obligaciones pero también una serie de derechos que es deber del Estado respetar y promover.

Así las cosas, se ha dado un escenario paradójico en nuestra legislación. Por un lado tenemos una ley que mira con desconfianza y pretende limitar el acceso a Chile solo a sujetos ideales, y por otro una serie de tratados que garantizan la igualdad y no discriminación, y en general el respeto a los derechos de las personas inmigrantes.

Es tal la contradicción que existe en la materia que ha sido necesario subsanar de cierto modo las dificultades que presenta el Decreto Ley con una serie de políticas públicas destinadas a garantizar derechos básicos. Durante el

año 2007 la tasa de inmigrantes con visas vencidas, sin contrato, o que habían entrado o permanecían en el país de manera irregular era tal que fue imprescindible ordenar la situación, a través del mecanismo conocido como “perdonazo” o mal llamado “amnistía”, que tenía por objeto la regularización de la situación migratoria de extranjeros irregulares. De acuerdo a las cifras entregadas por la autoridad, se recibieron 50.705 solicitudes de visas, de las cuales 32.406 (63.9%) correspondieron a ciudadanos peruanos, 5.657 (11.1%) a bolivianos, 1.782 (3.5%) a ecuatorianos, 1.676 (3.3%) a colombianos y 507 (1%) a argentinos. Del total de las solicitudes presentadas, 44.690 fueron ingresadas al sistema, de las que 43.646 (86%) se tradujeron en visas otorgadas y 6.015 (11.8%) en visas devueltas.³

De esta manera se ha ido construyendo el escenario actual, lleno de contradicciones, soluciones parche y una realidad innegable: Los inmigrantes cada día son más parte de nuestra sociedad, se han asentado en las calles y lugares de trabajo, presentan sus comidas y celebran sus fiestas, generando un ambiente multicultural.

Por otro lado, los inmigrantes cumplen un rol importante en la economía nacional. Se trata de personas que vienen a cubrir puestos de trabajo (asesoras

³ DIARIO EL MERCURIO. 2014. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/02/11/292151/con-exito-concluye-proceso-en-que-50-mil-extranjeros-solicitaron-regularizar-antecedentes.html>> [consulta 14 de septiembre de 2014]

de hogar u obreros de construcción, por dar algunos ejemplos), que pagan impuestos y desembolsan aquí los gastos asociados a vivir en nuestro país.

Entonces, queda demostrada de manera general al menos la contradicción que existe entre la realidad con respecto a la situación de los migrantes, y las herramientas que entrega nuestro ordenamiento jurídico para enfrentarla. Por lo mismo, nos hemos visto rodeados de soluciones que pretenden hacer llevaderas situaciones muy puntuales para que se condigan con las nuevas políticas migratorias, y con los principios constitucionales existentes (principalmente políticas de acceso de los migrantes a programas de políticas sociales, y grandes iniciativas de regulación de residencia), pero aún hay muchas falencias a un nivel profundo que requieren de un cambio generalizado en la legislación para que el sistema sea armónico, como quedará demostrado a lo largo de esta investigación. Es lo que Carolina Stefoni ha llamado la “política de la no política”⁴, en el sentido de que a nivel gubernamental efectivamente se realiza un esfuerzo por regularizar y respetar los derechos humanos de los migrantes, sin hacer un cambio profundo a nivel legislativo. Lo anterior sin embargo, ha intentado ser subsanado mediante un proyecto de ley que será tratado en su oportunidad.

⁴ STEFONI, CAROLINA. 2011. Ley y política migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante en: MEMORIA: XIII JORNADAS MIGRATORIAS. Nuevas Migraciones, Nuevos Tiempos, Nuevas políticas Migratorias. 31 de Agosto y 1 de Septiembre de 2011. Santiago de Chile, Universidad Católica, pág. 31.

La contradicción también puede verse, como se dijo anteriormente, a la luz de las ratificaciones que ha hecho nuestro país de tratados internacionales que versan sobre la materia. Se produce por tanto una tensión en el ordenamiento jurídico interno, al no tener recepción de los principios establecidos a nivel internacional, relacionados principalmente con los derechos humanos de los migrantes.

Es necesario dejar establecido desde ya cuál es el concepto de migración que se ocupa en esta investigación. La migración ha sido definido por la Real Academia Española de la siguiente manera: “Acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él”, o como “Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”⁵.

Hay que aclarar que en Chile el mayor porcentaje de la población migrante tiene ciertas características particulares: se trata de latinoamericanos, que vienen en búsqueda de nuevas oportunidades, y por lo tanto acceden a trabajos de baja calificación, generalmente están lejos de sus familias, y no tienen acceso a un sistema eficiente que les permita tener sus papeles al día. Por lo mismo, los problemas expuestos de aquí en adelante son para este grupo que se encuentra en condiciones de mayor pobreza y vulnerabilidad.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2015. [en línea] <www.rae.es> [consulta 16 de agosto de 2015]

En este punto es indispensable reconocer que en materia de migraciones existen dos enfoques con respecto a cómo es necesario legislar. Por un lado, hay países que optan por la alternativa de fundar la regulación en materia migratoria en criterios basados en la Seguridad Nacional, y por lo tanto, dificultan el acceso de migrantes a sus territorios. Tal alternativa es preferida por Estados que no necesitan la colaboración de sujetos de otros países para llevar a cabo las labores de desarrollo nacional. Hay otros, a su vez, que han notado paulatinamente que la consecuencia de la globalización necesariamente es el traslado de gente de un lugar a otro, y más aún, que tales personas se hacen imprescindibles para el desarrollo del lugar. De acuerdo a este criterio, intentan elaborar una legislación enfocada en el interés del migrante, en los deberes que tiene por el hecho de vivir en un país que no es el suyo pero también en regular e informar los derechos que tiene por su condición tanto de migrante como de sujeto merecedor de protección de los derechos humanos.

Es imprescindible hacer un cambio en el paradigma que existe en nuestra legislación, para lograr así la plena inclusión y el freno de las constantes prácticas discriminatorias que viven las personas migrantes, solo por el hecho de ser tales, como quedará demostrado a lo largo de esta investigación.

Ante la situación detallada anteriormente, surgen diversos cuestionamientos, principalmente, si se condice nuestro ordenamiento jurídico interno en materia de migraciones con el derecho internacional de los derechos humanos, principalmente con el principio de igualdad y no discriminación. Esta investigación pretende dar respuesta a esa interrogante.

En el primer capítulo se desarrolla el contenido, alcance y fundamento del derecho de igualdad y no discriminación, y los instrumentos que lo consagran, tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno como a nivel internacional.

En el segundo capítulo se analiza la legislación migratoria en nuestro país, tanto los antecedentes históricos como la legislación que rige hasta el día de hoy en materia de inmigraciones, con un enfoque crítico.

En el tercer capítulo se realiza un análisis comparativo con el objeto de evaluar cómo se encuentra nuestra legislación en relación con el derecho comparado, tomando como referencia países vecinos que tienen condiciones similares a las nuestras. Estos países son Argentina, Uruguay y Ecuador.

El cuarto capítulo tiene un enfoque eminentemente práctico. Procura describir en específico en qué ámbitos se ve vulnerado el derecho de igualdad y

no discriminación en las distintas áreas de nuestro ordenamiento jurídico en materia de migrantes (administrativo, laboral, penal, constitucional) a la luz de otros derechos, a saber, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso, a la nacionalidad, al trabajo, al acceso a la salud y a la educación.

Finalmente, el quinto capítulo tiene por objeto hacer una serie de proposiciones con el fin de encontrar soluciones para los eventuales conflictos que deriven de nuestra investigación. En primer lugar se analizará la propuesta del ejecutivo para corregir la situación de vulnerabilidad que viven los migrantes en nuestro país, luego se verán las falencias de dicho proyecto presentado por el ex Presidente Sebastián Piñera, terminando el capítulo con nuestras proposiciones para corregir y mejorar la situación de los extranjeros en nuestro país.

CAPITULO 1: PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

1.1. CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La igualdad es un concepto complejo de dilucidar, en el entendido de que no siempre ha sido protegida en nuestro derecho, por lo que su desarrollo es relativamente reciente. Es más, durante toda la historia de nuestro país la desigualdad ha sido avalada por los sistemas jurídicos, regulando a las personas y sus derechos de acuerdo a su posición en la sociedad. En los sistemas antiguos la posición legal y los derechos que tenía cada individuo eran dependientes de distintas circunstancias que estaban absolutamente fuera de su control, como el hecho de haber nacido libre o esclavo, ser noble o no, ser nativo o extranjero, ser hombre o mujer, estar sujeto o no a patria potestad, padecer defectos físicos o mentales, ser declarado ilegítimo, ser casada o soltera, entre otras.⁶

Así las cosas, el ordenamiento jurídico nacional avalaba la desigualdad y la discriminación de manera sistemática.

⁶ RABOSI, EDUARDO. 1990. Derechos Humanos: El principio de igualdad y no discriminación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [en línea] < <http://maestrias.pbworks.com/f/Rabosi-discriminaci%C3%B3n.pdf> > [consulta 3 de diciembre de 2014] pág. 177.

Tal situación ha cambiado enormemente, y podemos decir que actualmente impera en nuestra sociedad la necesidad de erradicar tales categorías discriminatorias, ya sea por un progreso moral, ya sea por la necesidad de regular la desigualdad por ser ésta “desencadenante de disturbios, insurrecciones, guerras civiles y en general, de procesos de violencia en la sociedad”.⁷

Sumado a lo anterior, es relevante considerar el fracaso vivido por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado durante el transcurso del Siglo XX. Las guerras mundiales son el fiel reflejo de que la tarea de proteger los derechos de cada individuo, y proteger su igualdad con respecto a otros no pudo ser cumplida por los Estados, y más aún, que fueron éstos los principales vulneradores de los derechos humanos de las personas.

Así nace el derecho internacional de los derechos humanos, y en específico el principio de igualdad y no discriminación, que ya ha pasado a considerarse dentro del sistema como una norma de *ius cogens*: Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

⁷ PAINE, THOMAS en: RABOSI, EDUARDO. 1990. Derechos Humanos: El principio de igualdad y no discriminación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [en línea] <<http://maestrias.pbworks.com/f/Rabosi-+discriminaci%C3%B3n.pdf>> [consulta 3 de diciembre de 2014] pág. 178.

“Este Tribunal considera que el principio de Igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenecen al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”⁸

A pesar de que actualmente el principio de igualdad y no discriminación es considerado norma de derecho imperativo y superior, su consideración no ha sido siempre la misma. Entendemos por tanto que la evolución del concepto tiene que ver con el contexto socio-cultural, y no se trata de una cuestión estática.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados [en línea]. San José <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf> [consulta 18 de octubre de 2014] pág. 93.

Durante su desarrollo, el derecho de igualdad ha pasado por distintas etapas. En principio era concebido como una igualdad meramente formal, en el sentido de que era necesario equiparar jurídicamente a dos sujetos que no eran equiparables en términos fácticos. De esta manera por ejemplo, se les dio el derecho a voto tanto a ricos como a pobres, y luego se extendió a las mujeres. La idea consistía en tratar a las personas con igual consideración y respeto⁹, utilizando la técnica de la equiparación, pero jamás asumiendo que se trataba de personas iguales. Se trata de una igualdad sólo de trato.

Tal concepción de la igualdad no fue suficiente, y se requirió de una noción del derecho de igualdad en términos sustanciales, que excediera el espacio de la generación de normas y que pusiera su acento en la redistribución de recursos y poder.¹⁰ Se trata entonces de entender que la igualdad de trato no es suficiente, y de hecho, que hay circunstancias en que lo necesario es un trato diferente que logre finalmente la igualdad:

“Se trataría de garantizar en el punto de partida condiciones reales de igualdad que permitan a personas en situación de menoscabo alcanzar sus

⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2010. Santiago, pág. 77

¹⁰ COMITÉ DE LA CONVENCIÓN CONTRA TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, recomendación general N° 25, en: INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2010. Santiago, pág. 78.

metas de vida sin que condiciones que están fuera de su control afecten dicho desarrollo”¹¹

Es decir, es necesario establecer que existen diferencias biológicas y culturales, que son parte de la raza humana y valoradas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, “La humanidad es tan diversa como el número de personas que la han integrado: cada persona es un individuo único en lo que se refiere a sus atributos y su capacidad, sus metas y habilidades. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce y celebra esta diversidad, intentando garantizar la existencia de las condiciones necesarias para que cada persona pueda ejercer su propia autodeterminación en la realización de sus metas y capacidades lo más plenamente posible, de manera coherente con la realización personal de las demás personas”.¹² Tales diferencias no son las que se pretenden analizar, sino sólo aquellas que constituyen discriminación.

Cabe mencionar que la construcción del concepto de igualdad no parte de una base empírica, pues es evidente que no todos los sujetos son iguales.

¹¹ FRIES, LORENA. 2011. “El principio de igualdad y no discriminación; estándares internacionales y medidas de acción afirmativa”. En: SEMINARIO INTERNACIONAL “Igualdad y no Discriminación. Estándares y mecanismos para la igualdad real” 2011. 14 y 15 de Julio de 2011, Santiago de Chile, pág. 13.

¹²SHELTON, DINAH. 2008. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en: Anuario de Derechos Humanos 2008. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 15.

Además, para considerar la posibilidad de equiparar a dos sujetos como iguales de manera empírica es necesario añadir un criterio de comparación. Es decir, afirmar que X e Y son iguales no basta, hay que añadir que son iguales respecto a algo, a su tamaño, su peso, etc., y por lo tanto, tal afirmación puede ser calificada como verdadera o falsa. La construcción del concepto de igualdad parte de la idea de que se trata de un concepto normativo: llegamos a la conclusión de que estamos de acuerdo en considerarlos como iguales, y ante tal afirmación no es posible discutir si resulta verdadera o falsa la premisa.¹³

Finalmente, en la actualidad se está reconociendo una tercera etapa sobre el significado de igualdad. Se trata de una igualdad sustantiva o de resultados:

“(…) No basta con asegurar el punto de partida para el desarrollo de los planes de vida, sino también, se requiere asegurar que en el camino hacia las metas las personas no se vean afectadas por barreras y obstáculos de carácter estructural o sistémico, Así, se requiere que los grupos y sectores que sufren de este tipo de discriminación tengan las mismas oportunidades desde el primer momento, durante el trayecto y hasta llegar al resultado buscado”¹⁴

¹³ RABOSI, EDUARDO. 1990. Derechos Humanos: El principio de igualdad y no discriminación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [en línea] < <http://maestrias.pbworks.com/f/Rabosi+discriminaci%C3%B3n.pdf> > [consulta 3 de diciembre de 2014] pág. 176.

¹⁴FRIES, LORENA. 2011. “El principio de igualdad y no discriminación; estándares internacionales y medidas de acción afirmativa”. En: SEMINARIO INTERNACIONAL “Igualdad y no Discriminación.

A partir de la construcción del concepto de igualdad es que podemos comenzar a deducir cuál es el alcance del concepto de no discriminación. En un principio la doctrina entendía que se trataba de lo mismo pero mirado desde otra perspectiva: la igualdad era la cara positiva, la no discriminación la negativa. Actualmente, sin embargo, se ha llegado a la conclusión de que se trata de una relación más bien género-especie, entendiendo que la igualdad es el género y la no discriminación la especie. De esta manera, puede haber una vulneración al principio de igualdad que no necesariamente constituya una vulneración al principio de no discriminación, pero no es posible concebir una vulneración del principio de la no discriminación que no conlleve necesariamente una vulneración al principio de igualdad. Dicho de otro modo, se entiende que la no discriminación es el límite infranqueable de la vulneración al principio de igualdad, o que “La prohibición de discriminación sería de exigibilidad inmediata y constituiría una expresión de concreción activa del principio de igualdad”¹⁵

Entonces, para considerar una conducta como discriminatoria son varios los aspectos a analizar: En primer lugar, se debe evaluar si la desigualdad en el

Estándares y mecanismos para la igualdad real” 2011. 14 y 15 de Julio de 2011, Santiago de Chile, pág. 13.

¹⁵ NASH, CLAUDIO y DAVID, VALESKA. 2009. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos, -en: NASH, CLAUDIO y MUJICA, IGNACIO (Eds.) 2009. Derechos Humanos y Juicio Justo. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas –COLAM, Organización Interamericana Universitaria, Lima, pág. 163.

tratamiento se constituye por una exclusión, preferencia, limitación o restricción. En segundo lugar procede distinguir debido a qué se realiza tal discriminación, a saber, las llamadas categorías sospechosas: raza, etnia, nacionalidad, color, idioma, religión, origen nacional o social, u otra categoría. Se trata de criterios que pueden dividirse (no de manera completamente nítida, pero al menos clara) en rasgos o condiciones que a) fueron adquiridos naturalmente y que por tanto resultan inmutables para la persona (raza, color o sexo), b) condicionados culturalmente, y generalmente asociados a prácticas discriminatorias de antigua data (como idioma, religión, nacimiento, origen social o posición económica), c) condicionados jurídicamente (origen nacional) y d) decididos personalmente (opinión política o de cualquier otra índole).^{16Y17}

La no discriminación puede ser abierta o restringida. Es abierta en el caso de que la disposición agregue una categoría más amplia, como “sin distinción alguna” o “cualquier otra condición” y cerrada en el caso de que exista un número limitado de motivos establecidos. Cabe mencionar que actualmente la opinión generalizada es que el principio de no discriminación jamás excluirá

¹⁶ DULITZKY, ARIEL. “El principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” [en línea]

<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720> [consulta 29 de abril de 2015] pág. 17.

¹⁷ RABOSI, EDUARDO. 1990. Derechos Humanos: El principio de igualdad y no discriminación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [en línea] < <http://maestrias.pbworks.com/f/Rabosi-discriminaci%C3%B3n.pdf> > [consulta 3 de diciembre de 2014]” pág. 180.

una categoría por no estar contemplada en la disposición normativa, pero requiere de un análisis interpretativo importante.

Para terminar, cabe evaluar cuál es el resultado de tal exclusión, preferencia, limitación o restricción; es decir si se anula, altera o menoscaba el goce y ejercicio de algún derecho o libertad fundamental¹⁸. La última consideración puede ser tanto directa como indirecta (es decir, no es necesario tener la intención de discriminar al incurrir en la práctica). Lo decisivo es que finalmente la produce, independientemente de la voluntad de vulnerar un derecho fundamental incurriendo en una actitud o práctica que califique como discriminatoria¹⁹.

Por último, podemos clasificar la discriminación como “*de iure*” o de “*facto*”, siendo el criterio definitorio de la primera que la discriminación se encuentra en una norma jurídica y responde a una discriminación por alguna de las llamadas “categorías sospechosas”, y de la segunda que, a pesar de que en la norma no aparece una práctica discriminatoria, en la aplicación práctica de la misma nos encontramos ante una diferencia que constituye una discriminación. Así, en la norma jurídica que establece, por ejemplo, que se necesita un

¹⁸ GAUCHÉ, XIMENA. 2014. Análisis crítico de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013. Revista chilena de derecho y ciencia política. Vol. 5 N° 1, enero-abril 2014. pág. 16

¹⁹MEDINA, CECILIA. 2011. “Igualdad y no discriminación, estándares internacionales y medidas de acción afirmativa”. En: SEMINARIO INTERNACIONAL “Igualdad y no Discriminación. Estándares y mecanismos para la igualdad real” 2011. 14 y 15 de Julio de 2011, Santiago de Chile, pág. 18.

certificado de nacimiento para la matrícula de un menor en un establecimiento educacional, no se ve ninguna práctica discriminatoria, pero a la hora de evaluar la dificultad que existe en la obtención de ese documento por un chileno y por un extranjero, entendemos que hay una práctica discriminatoria que perjudica enormemente al extranjero, dada la dificultad que implica conseguir un certificado de nacimiento de un país en el cual no se está.

Sin embargo, tal análisis no resulta suficiente para calificar una práctica como discriminatoria, pues existen ciertas circunstancias que permitirían incurrir en una diferencia de trato sin calificarla como discriminatoria. El Comité de Derechos Humanos ha dicho que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para la diferenciación son razonables y objetivos²⁰.

El problema que surge entonces es la determinación de qué se considera como “objetivo y razonable”. Ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos al respecto: “El principio de igualdad se viola cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las

²⁰COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.1989. Observación General No. 18.Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones [en línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>> [consulta 5 de mayo de 2015] pág. 3

sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima, el artículo 14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que busca lograr”²¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo el criterio establecido por la Corte Europea ha dicho que “No puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción sea para supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”²²

²¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Marcks vs. Bélgica. Sentencia del 13 de junio de 1979. [en línea]

<http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=220> [consulta 6 de mayo de 2015]. Párrafo 33.

²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-4/84, DEL 19 DE ENERO DE 1984. “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización” Solicitada por el Estado de Costa Rica. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>> [consulta 4 de mayo de 2015] Párrafo 57.

Se trata entonces de entender que las diferenciaciones de trato sólo son justificables si es que hay razonabilidad y objetividad tras ellas, y se persigue la consecución de un fin legítimo, siempre y cuando la obtención de tal fin se haya logrado de manera proporcional a la diferencia impetrada. En este caso podemos decir que nos encontramos ante una preferencia razonable, y no discriminación.

Sin embargo, todo lo anterior sigue pareciendo algo difuso, mucho más si se piensa en la aplicación práctica. El juez Rodolfo E. Piza Escalante logró sistematizar los criterios establecidos por la Corte para considerar si una práctica era discriminatoria, de acuerdo a lo expuesto por Eduardo Rabossi. Según el juez debían considerarse tres criterios básicos: razonabilidad, proporcionalidad y adecuación a las circunstancias.²³

Se entiende por tanto que hay una especie de “test” para considerar que una medida califica o no como discriminatoria:

“Este test generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, que no

²³ RABOSSO, EDUARDO. 1990. Derechos Humanos: El principio de igualdad y no discriminación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [en línea] < <http://maestrias.pbworks.com/f/Rabossi-discriminaci%C3%B3n.pdf> > [consulta 3 de diciembre de 2014] pág. 186.

pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores”²⁴

Con respecto a la razonabilidad, se ha establecido que una distinción sería discriminatoria si:

“(…) fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren. La calificación de estos criterios de razonabilidad en cada caso concreto es tarea de determinación que debe hacerse al interpretar y aplicar el derecho, utilizando eso sí, mecanismos lo más objetivos posibles ajustados a aquellos principios”²⁵

De acuerdo con el criterio de proporcionalidad, se considera que aun siendo razonable, será discriminatoria una práctica si no se adecúa

²⁴ DULITZKY, ARIEL. “El principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” [en línea] <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720> [consulta 29 de abril de 2015] pág. 20.

²⁵ RABOSI, EDUARDO. 1990. Derechos Humanos: El principio de igualdad y no discriminación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [en línea] < <http://maestrias.pbworks.com/f/Rabosi-discriminaci%C3%B3n.pdf> > [consulta 3 de diciembre de 2014] pág. 186.

armónicamente a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan ese ordenamiento como un todo.

Finalmente, con respecto a la adecuación a las circunstancias, una distinción que califica como razonable y proporcional, puede seguir siendo discriminatoria e ilegítima “con vista a las circunstancias históricas relativas – históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.- de la concreta sociedad en que las normas o conductas cuestionadas se producen o producen sus efectos”.²⁶

Por último, con el objeto de terminar de exponer sobre la definición y el alcance del principio de igualdad y no discriminación, cabe explicar en esta materia qué se entiende por acción afirmativa, medidas especiales de protección, o la mal llamada “discriminación positiva”.

Se ha entendido que las acciones afirmativas no son más que otra cara de la lucha por evitar la discriminación. Se trata de una medida que tiene por

²⁶ RABOSI, EDUARDO. 1990. Derechos Humanos: El principio de igualdad y no discriminación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [en línea] < <http://maestrias.pbworks.com/f/Rabosi-discriminaci%C3%B3n.pdf> > [consulta 3 de diciembre de 2014] pág. 186.

objeto asegurar la igualdad de derechos a todas las personas.²⁷ La idea de las medidas es, finalmente asegurar la igualdad de facto.

Es evidente que la desigualdad existe en la cotidianeidad, y la imposición de medidas afirmativas es una manera de combatir tal desigualdad. Lo anterior puede tener muchas explicaciones, quizás hasta relacionadas con la naturaleza humana. Ha dicho Cecilia Medina que:

“Quizás –y esto a manera de hipótesis- parece haber en las personas un ansia de pertenecer a un “nosotros” y tener “otros” que a sus ojos no merecerían tener “el derecho de tener los mismos derechos”. Está de más decir que el derecho por sí solo no puede superar este tipo de obstáculos; el derecho ayuda a dar una base legítima para demandar la igualdad, pero son precisos otros medios y otras disciplinas para poder alcanzar este objetivo”²⁸

Por lo tanto, lo que se debe tener como modelo es la realidad de un grupo en particular, y si el Estado le está dando la posibilidad de gozar de sus

²⁷ BAYEFISKY, ANNE. 1990. El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional. Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea] < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>> pág. 25.

²⁸ MEDINA, CECILIA. 2011. “Igualdad y no discriminación, estándares internacionales y medidas de acción afirmativa”. En: SEMINARIO INTERNACIONAL “Igualdad y no Discriminación. Estándares y mecanismos para la igualdad real” 2011. 14 y 15 de Julio de 2011, Santiago de Chile, pág. 21.

derechos humanos. Si no es así, se deben emprender acciones, tomar medidas para que tal grupo pueda gozar de sus derechos.

Las acciones afirmativas, como ya se dijo, son un mecanismo para asegurar la igualdad de facto, y por tanto, provienen de la obligación de garantizar los derechos humanos sin discriminación: No conceden derechos especiales, si no que obligan a los Estados a tomar medidas diferentes²⁹.

Entonces, para que nos encontremos ante una acción afirmativa que no constituya un acto discriminatorio, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos³⁰:

a) Deben adoptarse con ciertos propósitos limitados, es decir, encaminadas a asegurar el adelanto con el objeto de garantizar la igualdad en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales.

b) Deben ser de carácter temporal.

c) Deben necesariamente cesar cuando se haya logrado el objetivo buscado con la medida especial en cuestión, específicamente en la igualdad de oportunidad y de trato.

²⁹MEDINA, CECILIA. 2011. "Igualdad y no discriminación, estándares internacionales y medidas de acción afirmativa". En: SEMINARIO INTERNACIONAL "Igualdad y no Discriminación. Estándares y mecanismos para la igualdad real" 2011. 14 y 15 de Julio de 2011, Santiago de Chile, pág. 22.

³⁰ BAYEFISKY, ANNE. 1990. El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional. Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea] < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>> pág. 26.

d) Deben evitar la mantención de estándares o derechos desiguales o separados.

No es posible imponer a los Estados la obligación de implementar programas de medidas afirmativas que protejan a las minorías, pero la dinámica ha sido que de manera constante los países reciban tal recomendación por parte de las autoridades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su Comité.

Sin embargo, en ciertas circunstancias el Comité de Derechos Humanos ha declarado la obligatoriedad de la implementación de tales medidas, considerándolas la única alternativa para hacer prevalecer el derecho de igualdad y no discriminación. Ha dicho el Comité que “considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto a los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. Ello se desprende claramente de varios artículos (...) pero, en principio, dicho comportamiento se refiere a todos los derechos reconocidos en el Pacto”.³¹

³¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1981. Observación General No. 3, Comentarios

Ha dicho también la Corte Suprema de nuestro país que “El principio de igualdad ante la ley (...) se traduce en el amparo de bienes jurídicos y valores humanos de carácter político social, e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideologías u otros atributos estrictamente particulares; pero no es obstáculo para que el legislador pueda contemplar circunstancias especiales que afecten a ciertos sectores o grupos de personas y darles tratamientos de los que gozan otros, siempre que las reglas obliguen a todos los que están en la misma situación o condición, porque es característica de la norma jurídica su generalidad, aunque relativa, en cuanto debe tener vigencia sobre todos los gobernados o, por lo menos, respecto de todos los que se hallen en las circunstancias contempladas por el legislador al establecer la regla de derecho”.³²

1.2. INSTRUMENTOS QUE LO CONSAGRAN

generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 2 - Aplicación del Pacto a nivel nacional, 13º período de sesiones. [en línea] <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom3.html> [consulta 3 de mayo de 2015]

³² CORTE SUPREMA. Sentencia de 12 de enero de 1968. R, t 65 Sección 1º pág. 45. En: Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Constitución de la Política de la República de 1980. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1993. pág. 29.

1.2.1. INSTRUMENTOS NACIONALES

1.2.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Es necesario dejar establecido desde ya que las Constituciones modernas han tenido como eje preponderante la igualdad y no discriminación. En Chile lo anterior se vislumbró por primera vez en 1811 con la libertad de vientre, y más adelante, en 1823, se abolió la esclavitud.³³

Actualmente, la Constitución Política de la República indica en su primer artículo que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y más adelante, asegura a todos la igualdad ante la ley.

En el inciso cuarto del mismo artículo se impone al Estado el deber de promover y asegurar el derecho de oportunidad en igualdad de condiciones:

Inciso cuarto: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

³³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2010, pág. 78.

Por otra parte, el capítulo III de la Carta Fundamental, titulado “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, establece que la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. Es decir, no distingue entre hombres y mujeres, ni entre nacionales y extranjeros.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

También encontramos mención a ella en los números 3, 16 y de una forma más indirecta los números 17 y 22 del artículo 19.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

16º.- La libertad de trabajo y su protección. Inciso 2: Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

17º.- La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

22º.- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras.

Es tal la importancia que se le da al derecho de igualdad a nivel constitucional que incluso contempla una acción para protegerlo, como lo es el recurso de protección.

De esta manera queda demostrada la importancia del derecho de igualdad y no discriminación en nuestra Constitución Política de la República y, a pesar de que no regula en específico el contenido y alcance del derecho en cuestión, es posible extraer de lo expuesto que se trata de un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, protegido en la Carta Fundamental y por tanto, que guía toda la legislación nacional.

En cuanto a la regulación de extranjeros, en nuestra Constitución no se contiene a la figura del migrante, como sí aparece por ejemplo en países como

España, Argentina, Ecuador y Bolivia, entre otros.³⁴ Se extraña la especificación del principio de igualdad y no discriminación en materia de migraciones, considerando la importancia de su inclusión al ser la Carta Fundamental una directriz para el ordenamiento jurídico de cada país.

1.2.1.2. **CÓDIGO CIVIL**

El Código Civil chileno está basado en ciertos principios extraídos directamente del Código Civil Francés, y por lo tanto existen varias similitudes con respecto a sus valores rectores. “Andrés Bello logró hacer confluir las costumbres de la América Española con los ideales individualistas de la Ilustración y posteriormente, de la Revolución Francesa, plasmados en el Código Civil Francés: Libertad, igualdad y voluntad.”³⁵ De esta manera, la igualdad es uno de los elementos preponderantes, que orienta toda la legislación civil de nuestro país.

Esta situación se hace evidente en toda la regulación que hace el Código Civil. Así por ejemplo, con respecto a la regulación de los contratos, podemos afirmar que todo el sistema contractual está configurado en base a los principios

³⁴ MACHÍN, MACARENA. 2007 “Los derechos humanos y la Migración en Chile” Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural. [En línea] <http://www.observatorio.cl/biblioteca/documentos-trabajo> [consulta 27 de diciembre 2014], pág. 50.

³⁵ TAPIA, MAURICIO. 2005. Código Civil Chileno 1855-2005. Evolución y Perspectivas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Pág. 32.

antedichos, y la igualdad es preponderante: Se parte de la base de que todas las personas son iguales, o al menos que se encuentran en igualdad de condiciones como para poder realizar una negociación contractual. También se da el mismo presupuesto en la regulación que se hace de la propiedad, y en general, de la adquisición de derechos: en teoría todas las personas, sin distinción alguna, pueden adquirir derechos y obligaciones. Así se plasma también en la regulación de la capacidad, donde se parte de la premisa básica de que todas las personas son capaces, salvo que la misma ley establezca una cuestión diferente. En materia extracontractual estamos ante la misma situación, quien impetra un daño debe repararlo de manera integral, que persigue restablecer la igualdad menoscabada por la acción que produjo el daño.³⁶

La única excepción al momento de la redacción del Código se daba en materias de familia, principalmente la regulación de la mujer casada y de los hijos extramatrimoniales. El Código tenía una regulación que atentaba contra la igualdad, y más aún, era abiertamente discriminatoria, limitando los derechos de la mujer casada -que de hecho, se consideraba incapaz- y limitando los derechos de hijos que no eran producto de un matrimonio. Sin embargo, actualmente esta concepción de la mujer y de los hijos no matrimoniales ha sido superada, y la regulación se orienta a la igualdad y no discriminación, siendo

³⁶ TAPIA, MAURICIO. 2005. Código Civil Chileno 1855-2005. Evolución y Perspectivas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Pág. 38.

actualmente todos los hijos iguales, sin distinción alguna, y considerando a la mujer igualmente capaz que el hombre. Salvo algunos residuos de la concepción antigua que existen en la regulación de la sociedad conyugal, podemos decir que toda la legislación nacional en materia civil ha ido avanzando según los cambios sociales que han existido en nuestro país, no de manera paralela, pero si como una respuesta tardía.

Luego de un análisis general de cómo es regulada la igualdad en el Código Civil, es primordial establecer que la noción de igualdad más importante en el tema que nos convoca se hace evidente en la definición que hace el Código Civil de la persona, contenida en el artículo 55: Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros.

Posteriormente, hace hincapié en que no existen diferencias con respecto a la distinción que hace anteriormente (entre chilenos y extranjeros), y por lo tanto se encarga de manifestar de manera explícita tal situación.

Art. 57 Código Civil: La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.

Es decir, ya en 1857 nuestra regulación interna reconocía que no existía diferencia alguna entre las personas, independiente de su nacionalidad, y que de hecho, no tenían ninguna limitación en la adquisición de cualquier derecho regulado por este Código.

De esta manera se encuentra regulada la igualdad y no discriminación en la fuente normativa de derecho privado más importante de nuestro país. Queda evidenciado que hay una preocupación por dejar absolutamente claro que no es procedente hacer distinción entre las personas, manifestando específicamente que tal distinción tampoco importa cuando se trata de extranjeros.

1.2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES³⁷

Como bien sabemos, son múltiples los Tratados que regulan el derecho de igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

³⁷ Este capítulo contempla lo establecido en INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. Pág. 21-107.

Los Instrumentos Generales que consagran el principio de igualdad y no discriminación son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras. La última gran convención general es la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, celebrada el año 2013 y no ratificada por Chile.

Por otro lado, junto a los Instrumentos Generales mencionados anteriormente, hay otros tratados que presentan un tema específico de discriminación, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y más recientemente, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia .

A continuación se hará un análisis de la regulación de este principio, considerado parte del *ius cogens* internacional, en las fuentes internacionales generales de mayor importancia.

1.2.2.1. **DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS HUMANOS**

A lo largo de la historia las guerras civiles, los levantamientos populares o las revoluciones han sido producto de una reacción a prácticas inhumanas, que vulneran los derechos más básicos y que han sido terriblemente injustas. Así por ejemplo, la Declaración de derechos inglesa de 1689, redactada después de las guerras civiles que estallaron en este país, surgió de la aspiración del pueblo a la democracia. Exactamente un siglo después, la Revolución Francesa dio lugar a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y su proclamación de igualdad para todos.³⁸ Lo mismo ocurre en este caso: la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, luego de un Siglo XX dramático en cuanto a las vulneraciones constantes y sistemáticas de derechos humanos.

En el preámbulo de la Declaración queda de manifiesto la necesidad que existió en el momento de dejar establecidos ciertos mínimos que no podían transarse nuevamente:

³⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Página web oficial. [en línea] < www.un.org > [consulta 29 de diciembre de 2014].

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

“Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de palabra y la libertad de creencias”.

“Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. (...)”

“La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las Instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”

Luego, en una enumeración de 30 artículos, propone los lineamientos básicos en materia de derechos humanos, dándole preponderancia constante al principio de igualdad y no discriminación.

De hecho, la Declaración parte estableciendo en su artículo primero que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en su artículo segundo que “toda persona tiene derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Es decir, en su primer artículo consagra el principio de igualdad, y en su segundo artículo el principio de no discriminación.

Tal idea es reforzada en el artículo 7, en el que establece que “todos son iguales ante la ley, y tienen, sin distinción, derecho a igual protección a la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Posteriormente, se refiere a la igualdad y no discriminación en cuanto a los juicios con un Tribunal independiente, a la posibilidad de casarse y formar

una familia, a participar en los gobiernos del país, a la libre elección de su trabajo y a salario igual por trabajo igual, a salud y bienestar y a educación.

1.2.2.2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 25 de marzo de 1976.

En el preámbulo del Pacto, se reconoce que vino a subsanar ciertos vacíos de la Declaración, con el objeto de hacer posible el respeto de los derechos humanos en términos más prácticos. Dice el preámbulo "Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales".

El artículo segundo consagra el derecho a la no discriminación, estableciendo que los Estados Partes se comprometen a respetar y a garantizar

a todos los individuos que se encuentren en el territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, sexo, color, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Es decir, repite las categorías contenidas en la Declaración. Además, exige a los Estados Partes el compromiso de adoptar las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, reconoce el derecho a un recurso efectivo y exige que existan garantías en el cumplimiento de lo resuelto por el tribunal competente.

En el artículo tres se contempla el derecho de igualdad, entendiendo que es deber de los Estados garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el Pacto.

En el artículo cuarto se faculta a los Estados para suspender las obligaciones contraídas en el Pacto, pero sólo cuando se ponga en peligro la vida de la nación y que tal peligro se haya proclamado oficialmente, pero siempre y cuando las medidas no entrañen discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión y origen social, y sólo con respecto a algunos derechos.

Es más, el segundo párrafo del artículo 20 impone a los Estados la obligación de prohibir por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación.

Se regula además la igualdad ante la ley y el derecho de no discriminación en materia de debido proceso, igualdad en la participación en la vida pública, en las medidas de protección de menores, y en los derechos de hombres y mujeres.

Finalmente, se refuerza el principio de igualdad y no discriminación en el artículo 26, estableciendo que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

En este artículo no se hace mención a los motivos de distinción, o a las llamadas “categorías sospechosas.”. Ha dicho el Comité de Derechos Humanos

que en el artículo 26 se reconoce de manera autónoma el derecho de igualdad y no discriminación.³⁹

Es decir, en el Pacto se garantiza tanto el principio de no discriminación, como el de igualdad ante la ley y el de igual protección de la ley.

En la Observación General N° 18 realizada por el Comité de Derechos Humanos, que es el órgano de supervisión del Pacto⁴⁰, se trata específicamente el derecho a la no discriminación. A pesar de que el Comité reconoce que no hay una definición explícita del derecho en cuestión en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, recalca que tal definición sí se encuentra a propósito de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y en la Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. A pesar de lo anterior, y entendiendo que las definiciones allí dadas corresponden a un tipo específico de discriminación, el Comité ha dado una definición del alcance del derecho a la no discriminación. Ha dicho que “El término discriminación, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza,

³⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. pág. 32.

⁴⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. pág. 30.

el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos libertades fundamentales de todas las personas”.⁴¹

En la misma consulta el Comité reconoce la necesidad de una diferenciación legítima para eliminar las condiciones que originen o faciliten que se perpetúe la discriminación prohibida en el Pacto.

1.2.2.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El Pacto en cuestión fue adoptado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, al igual que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972. Se decidió dividir en Derechos Civiles y Políticos, que generalmente se entienden como una abstención del Estado, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que son concebidos como derechos que requieren de una participación positiva del mismo.

⁴¹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Observación General N° 18 de No Discriminación. 37° Período de Sesiones, 1989. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. pág. 32.

En el preámbulo se reconoce también –al igual que en el preámbulo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos- que los derechos contenidos en la Declaración Universal no han sido suficientes y que por lo tanto es necesaria la creación de este Pacto con el objeto de asegurar las condiciones que permitan gozar de los derechos contenidos en la Declaración.

En el artículo 2 inciso segundo se reconoce el derecho de igualdad y no discriminación, estableciendo las mismas categorías que en la Declaración y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Luego se reconoce el derecho de igualdad y no discriminación en materias laborales (condiciones de trabajo iguales para todos, seguridad social, libertad de los sindicatos, etc.), de vivienda, salud, educación y protección de la familia y los niños.

En la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (42° Período de Sesiones, 2009) sobre la no discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 2, párrafo 2) se aclara el alcance de las obligaciones de los Estados Partes, y se especifican los motivos prohibidos de discriminación.⁴²

⁴² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. pág. 89-103.

Con respecto al alcance de las obligaciones del Estado, en la Observación el Comité hace la distinción entre obligaciones formales y obligaciones sustantivas, exigiendo a los Estados cumplir con ambas. Es decir, no basta que las leyes y políticas de un Estado no sean discriminatorias, sino que es imprescindible que se preste atención a los grupos que caben dentro de las categorías sospechosas y que han sufrido discriminación históricamente, y se implementen las medidas necesarias para “prevenir, reducir o eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto”⁴³ Aquí nuevamente insta a los Estados a implementar medidas afirmativas.

Además, hace una distinción en cuanto a tipos de discriminación, diferenciando entre discriminación directa o indirecta (que como ya se explicó es aquella que puede estar contenida en la norma según alguna categoría sospechosa o que en la norma aparece como neutra pero que sin embargo al aplicarla en términos prácticos constituye también una discriminación), entre discriminación en la esfera privada y discriminación sistémica, exigiendo al Estado la intervención y el cuidado en todos estos tipos de discriminación.

⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Observación General N° 20. La no discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 42° periodo de sesiones, 2009. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. pág. 92.

Por otro, la observación contempla un criterio muy importante y que viene a sentar precedente: Establece que la falta de recursos no es una justificación objetiva y razonable para no acabar con un trato discriminatorio, a menos que se demuestre que el Estado Parte se esforzó al máximo por utilizar todos los recursos disponibles para su combate y erradicación.

Finalmente, con respecto a los motivos de discriminación, el Comité aclara que las categorías enumeradas en el Pacto no son exhaustivas y que eso queda demostrado con la categoría de “otra condición social”. Reconoce que dentro de ésta puede caber la discapacidad, la edad, el estado civil y la situación familiar, la orientación sexual y la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia y la situación económica.⁴⁴

1.2.2.4. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948)

Los instrumentos analizados hasta ahora forman parte del sistema Universal de Derechos Humanos, que es el sistema de las Naciones Unidas (ONU). Sin embargo, en paralelo se han desarrollado otros sistemas regionales de protección, siendo el que nos regula el Sistema Interamericano, a cargo de

⁴⁴ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. pág. 98.

la Organización de Estados Americanos (OEA) que cuenta con sus propios Instrumentos, Cortes y Comités.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue el primer acuerdo internacional de derechos humanos, siendo anterior incluso a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Fue celebrada en Bogotá en el año 1948, y en la misma Conferencia Internacional fue creada la Organización de Estados Americanos.

En sus considerandos la Declaración reconoce, en primer lugar, que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Por lo tanto, parte de la base de que no se hará ninguna distinción. Tal idea es reafirmada en el Preámbulo, que parte estableciendo que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

En el artículo segundo, se reconoce el derecho de igualdad estableciendo que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derechos y deberes consagrados en la Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. Acá las categorías son más reducidas, pero deja abierta la posibilidad de incluir otras de la más variada índole, al redactar de manera tan amplia la categoría genérica.

Luego regula la igualdad en materia de educación, específicamente la igualdad de oportunidades, y establece que toda persona tiene derecho a recibir protección de la ley, a constituir una familia, al debido proceso, a garantías laborales, a la seguridad social, entre otras.

1.2.2.5. **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, entró en vigor el 18 de julio de 1978, y fue ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990.

El Pacto en su artículo primero consagra el derecho a la no discriminación, estableciendo que:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Se repiten las categorías

establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y Económicos, Sociales y Culturales.

En el segundo artículo, se establece la necesidad de adoptar medidas para garantizar los derechos reconocidos en el primer artículo. Reza el segundo artículo que:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”

Luego, se reconoce el derecho de igualdad en las garantías judiciales contempladas en el artículo 8.

1.2.2.6. CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACION E INTOLERANCIA. (NO RATIFICADA POR CHILE)

La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia fue aprobada el 2013 en Guatemala, luego de incesantes negociaciones que comenzaron el año 2005. En ella se reafirma el principio de igualdad y no discriminación, reconociendo que la diversidad humana es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general, e indicando que las actitudes discriminatorias representan una negación de valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías que están contenidas en la propia Carta de la OEA, como en muchos otros tratados internacionales”⁴⁵

Reconoce además que los principios de la igualdad y de la no discriminación entre los seres humanos son conceptos democráticos dinámicos que propician el fomento de la igualdad jurídica efectiva y presuponen el deber del Estado de adoptar medidas especiales (nuevamente, recomienda la aplicación de medidas especiales de protección) en favor de los derechos de los individuos o grupos que son víctimas de discriminación e intolerancia, en cualquier esfera de actividad, sea privada o pública, a fin de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades y combatir la

⁴⁵ CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E Intolerancia (2013). –en: GAUCHÉ, XIMENA. 2014. Análisis crítico de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013. Revista chilena de derecho y ciencia política. Vol. 5 N° 1, enero-abril 2014 pág. 28.

discriminación e intolerancia en todas sus manifestaciones individuales, estructurales e institucionales.⁴⁶

Esta Convención tiene dos aspectos interesantes de destacar. En primer lugar, amplía de manera nunca antes vista las categorías de posible discriminación, incluyendo algunas que vienen a resolver un problema de interpretación importante. En segundo lugar, entrega definiciones claras, con las que no se contaba anteriormente salvo en instrumentos especiales (A propósito de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) de qué es la discriminación, qué es la discriminación indirecta, y qué es la discriminación múltiple.

En cuanto a la enumeración de categorías posibles de discriminación, la Convención plantea que la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno,

⁴⁶ CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACION E Intolerancia (2013) en: GAUCHÉ, XIMENA. 2014. Análisis crítico de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013. Revista chilena de derecho y ciencia política. Vol. 5 N° 1, enero-abril 2014 pág. 33.

discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica, incapacitante o cualquier otra, dejando en evidencia que, en comparación a los instrumentos antes analizados, el abanico de posibilidades se abre de manera importante.

En cuanto a las definiciones, la Convención establece que discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

Por otro lado, dice que discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de provocar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, discriminación múltiple es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los

motivos mencionados en el artículo 1.1 (enumeración de categorías) u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.

Con estas definiciones se logra evitar un problema de determinación y alcance del derecho de igualdad y no discriminación, que ha sido una dificultad durante todos estos años, como se ha explicado a lo largo de este capítulo.

El derecho de igualdad y no discriminación se consagra de manera explícita en el artículo 2 y 3 de la Convención, estableciendo que todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada, según reza el segundo artículo, y todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo, como establece el tercer artículo.

Chile aún no ratifica la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. Sólo dejó una nota al pie explicando que, a pesar de favorecer la aprobación de la Convención, se encuentra en un proceso de consultas internas sobre los aspectos tratados en la Convención. La nota establece que “Chile, en razón del procedimiento de consultas jurídicas internas no ha finalizado respecto al Proyecto de Convención contenido en la presente resolución, favorece su aprobación pero se reserva su posición en relación al mismo hasta no contar con los análisis e informes permanentes”⁴⁷ Ésas son las únicas palabras que ha dado el Estado de Chile con respecto a la Convención, en junio del año 2013.

Es tal la importancia de la ratificación de un instrumento como el anterior con el objeto de superar una serie de discusiones con respecto al alcance del derecho de igualdad y no discriminación, y con el fin de proteger realmente a quienes viven diariamente actos discriminatorios, que esperamos que el Estado de Chile se pronuncie lo antes posible al respecto.

⁴⁷ GAUCHÉ, XIMENA. 2014. Análisis crítico de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013. Revista chilena de derecho y ciencia política. Vol. 5 N°1, enero-abril 2014, pág. 29.

CAPITULO 2: LEGISLACIÓN MIGRATORIA CHILENA

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1.1. PRINCIPALES OLAS MIGRATORIAS EN CHILE

En Chile es posible clasificar en tres períodos las principales olas migratorias⁴⁸, ordenadas de manera temporal: La primera se desarrolla durante mediados del Siglo XIX y principios del XX, conocida como la inmigración de ultramar, protagonizada principalmente por europeos. Tal ola se caracterizó por ser una iniciativa del Estado, pero también por una serie de inmigraciones espontáneas. La segunda tiene que ver con una ola emigratoria, desarrollada durante la década de 1970 y 1980, especialmente luego del golpe militar y la crisis económica vivida por nuestro país en esa época. Se calcula que un millón de chilenos salieron del país⁴⁹, y varios extranjeros decidieron retirarse pues las nuevas prácticas expulsoras se tornaron más evidentes⁵⁰. Finalmente, la tercera ola migratoria se desarrolla durante la década de los noventa hasta el

⁴⁸ STEFONI, CAROLINA. 2003, en: ITURIETA, PILAR y TOYOS, FRANCISCO. 2009. Migraciones Internacionales y Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 75.

⁴⁹ ITURIETA, PILAR y TOYOS, FRANCISCO. 2009. Migraciones Internacionales y Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 75.

⁵⁰ CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/1cl3086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014] pág. 15.

día de hoy, y se trata de una ola caracterizada por preponderar la inmigración intrarregional, en la que los países vecinos tienen un porcentaje altísimo dentro del total de población migrante en Chile.

A pesar de la clasificación antedicha en la que se explican las principales olas, nuestro país nunca ha sido ajeno a la convivencia con población perteneciente a otros lugares del mundo. Durante los siglos XVI y XVII llegaron a nuestro territorio los españoles con fines conquistadores. En el siglo XVIII, llegaron españoles de origen vasco, y, gracias al contrabando de distintas mercaderías, comenzaron a establecerse algunas familias británicas y francesas.⁵¹

Pero en Chile el fenómeno de la migración comienza con real fuerza durante el Siglo XIX y principios del XX. Con la independencia y la abolición de la esclavitud, comienza el trabajo asalariado y también se abren las puertas del país al comercio⁵². El puerto de Valparaíso se transformó en parada obligatoria para todos quienes quisieran comerciar con Norteamérica, y varios europeos,

⁵¹ CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)- División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago < <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/lc13086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014] pág. 13.

⁵² CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)- División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago < <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/lc13086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014] pág. 13.

principalmente ingleses y franceses, decidieron quedarse a probar suerte en nuestro país.

Sin embargo, el fenómeno anteriormente descrito se dio de manera espontánea. No es sino hasta fines del Siglo XIX que la inmigración pasó a ser una iniciativa a nivel gubernamental, que tenía como fin traer al último rincón del mundo a personas con formación europea. La admiración que existía durante el Siglo XIX a todo lo relacionado con el Viejo Mundo provocó la motivación de nuestras autoridades de traer a quienes pudieran venir para transformar a la sociedad chilena en una más culta y con más contenido. Había además un problema de baja densidad en el sur de Chile (o necesidad de controlar el conflicto mapuche), por lo que se decidió traer personajes que cumplieran la función de trabajar la tierra. De hecho, en palabras del historiador Sergio Villalobos, “la idea era no sólo traer más gente a un país casi deshabitado, sino traer gente mejor”.⁵³

El proceso inmigratorio continuó siendo promovido durante las décadas de 1850 y 1860, en la que se elaboró una clasificación de los inmigrantes europeos en categorías bien estipuladas: como prioridad estaban los alemanes,

⁵³ VILLALOBOS, Sergio et al.1974. Historia de Chile, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, p.456.

italianos y suizos; luego los irlandeses, escoceses e ingleses; en tercer lugar los franceses y por último los españoles.⁵⁴

Así comienza la cruzada por conseguir familias europeas. El diplomático Vicente Pérez Rosales parte a Europa a promocionar las bondades de la tierra chilena y a prometer tierras, animales, prestaciones médicas, bonificaciones en dinero y abundancia a las familias europeas, específicamente alemanas.

La promoción de nuestras tierras fue expandida por Europa en una suerte de campaña colonizadora:

“Un edén espera aquí al intrépido. Clima saludable, inexistencia de rivalidades paralizantes, administración pública comprensiva, libertad de iniciativa, espacio ilimitado: el colonizador, al igual que el amante de una naturaleza intacta, no podrá menos que ser feliz allí. Inmensas regiones aun inexploradas, de una fertilidad inagotable de las que los habitantes futuros cosecharán los eternos frutos. Aquí es donde los hijos de Europa que se dirijan a Occidente detendrán su peregrinar para formar sus hogares. En este Chile,

⁵⁴ CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/1cl3086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014], pág. 13.

solemne por sus bosques seculares, sonriente, por sus praderas de eterno verdor”⁵⁵

Las cifras de colonos durante fines del Siglo XIX llegaron a un total de 6880 inmigrantes europeos en calidad de colonos, y durante los primeros años del Siglo XX ya se acercaban a los 9130 europeos aproximadamente, llegados como colonos a las áreas rurales de la Araucanía entre 1883 y 1912, cifra que sin embargo probablemente se encuentra alejada de la realidad, al no considerar a quienes ingresaron al país por sus propios medios, sin haber sido traídos como parte de una planificación nacional de colonización.⁵⁶

Sin embargo, transcurrió poco tiempo para que, junto a la migración controlable y deseada por parte de las autoridades, comenzara un flujo constante de extranjeros “no invitados”. Sobre todo en el norte del país, las salitreras fueron el foco perfecto para atraer mano de obra principalmente boliviana y peruana, y en el litoral trabajos de faena de guanera practicados principalmente por chinos provocaron que el gobierno de turno comenzara a

55 VICUÑA MACKENA, BENJAMÍN (1855) *Le Chili considéré sous le rapport de son agriculture et de l’émigration européenne*. Paris, p. 127. En: BLANCPAIN, JEAN PIERRE (1985) *Los alemanes en Chile (1816-1945)* Editorial Pedagógica chilena, 1° Edición, Santiago

56 ZAVALA, JOSÉ MANUEL. 2008. Los colonos y la escuela en la Araucanía: Los inmigrantes europeos y el surgimiento de la educación privada laica y protestante en la región de la Araucanía (1887–1915) [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-23762008000100013&script=sci_arttext [consulta 12 de mayo de 2015] pág. 2.

mirar con recelo la situación. Queda claro lo antedicho en texto como el que sigue:

“Ideas, idioma, gobierno, religión y costumbres contrarias a nuestra civilización y bienestar, es suficiente para determinarnos a cerrar desde luego todos nuestros litorales, no sólo a la importación de culíes, sino a cualquier clase de inmigración del Imperio Celeste”⁵⁷

Se inicia también la llegada de un importante número de colonos de origen palestino, que formaron la colonia más grande fuera del Oriente Medio y años más tarde, Chile comienza también a ser receptor de europeos que solicitaban refugio, luego de conflictos en tierras europeas: Podemos mencionar como los ejemplos más significativos la llegada de población croata durante el transcurso de la Primera guerra Mundial, que se asentó en la región de Antofagasta y Magallanes, y a los españoles que huían de la Guerra Civil Española, durante 1936.

Es tan notoria la diferencia que existía entre la inmigración deseada y la inmigración real, que de hecho existen registros de una iniciativa gubernamental

⁵⁷CASANUEVA, FRANCISCO (1880), Informe sobre si conviene a Chile la inmigración de los chinos, New Haven, Universidad de Yale.en: CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)- División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago < <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/lc13086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014] pág. 48.

que hizo la distinción. En 1940 se redactó una iniciativa parlamentaria que distinguía entre inmigrantes libres (espontáneos) e inmigrantes colonizadores. Para los primeros los requisitos de entrada estaban relacionados con criterios raciales, sanitarios, morales, culturales y económicos, y para el segundo grupo la normativa se relacionaba más con los beneficios establecidos en favor de los inmigrantes, la concesión de títulos de dominio y la imposibilidad de transferencia de las tierras cedidas.⁵⁸ Cabe decir sin embargo que tal iniciativa nunca salió a la luz.

En 1953 se crea el Departamento de Extranjería y Migración, y se publica el Decreto con Fuerza de Ley N°69, en el que se evidencia la actitud del gobierno frente a los inmigrantes, que será analizado más adelante.

La segunda ola migratoria, como se explicó anteriormente, comienza en la década de 1970 y se caracteriza por la emigración, tanto de chilenos como de extranjeros. Los primeros se retiraron del país principalmente por razones políticas, ya sea voluntariamente, ya sea por el exilio, y los segundos responden a razones económicas, por la fuerte crisis vivida por nuestro país en esos años, pero también por razones políticas, relacionadas con las restricciones

⁵⁸ STEFONI, CAROLINA. 2011. Ley y política migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante en: La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, representaciones y categorías [en línea] Quito < http://desarrollo.sociologia.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2012/01/c.stefoni_Ley_y_politica_migratoria_en_ChilC.pdf> [consulta 25 de octubre de 2014] pág. 15.

impuestas a los extranjeros, que pasaron a ser todos sospechosos de “potenciales subversivos”⁵⁹, y vieron con la nueva legislación una serie de restricciones a su estadía en Chile. La legislación sobre migrantes que se promulgó durante la dictadura militar, y que es la que actualmente sigue regulando la materia, vino a radicalizar la idea del migrante indeseado, y amplió la sospecha a prácticamente cualquier extranjero, a menos que se demostrara lo contrario.⁶⁰ De hecho, las estadísticas demuestran lo anterior: En 1982 el porcentaje de extranjeros en Chile ascendía al 0,8%, el más bajo en la historia registrada de nuestro país.⁶¹

Tal situación sólo vino a morigerarse con la vuelta a la democracia. En 1990 las bajas cifras de migrantes ascienden, tanto por el regreso de chilenos que se encontraban en países extranjeros, como por la nueva situación económica que vivía el país, que comenzó a resultar atractiva para los países vecinos.

⁵⁹ CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/1cl3086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014], pág. 15.

⁶⁰ STEFONI, CAROLINA. 2011. Ley y política migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante en: La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, representaciones y categorías [en línea] Quito <http://desarrollo.sociologia.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2012/01/c.stefoni_Ley_y_politica_migratoria_en_ChilC.pdf> [consulta 25 de agosto de 2014], pág. 5.

⁶¹ VERA, PABLO. 2013. Derecho Migratorio: Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 60.

De esta manera, nace la tercera ola de migraciones en Chile, caracterizada por ser preponderantemente latinoamericana.

Sin embargo, no hay que olvidar que los inmigrantes de países vecinos han sido una realidad histórica en nuestro país. Ya lo decíamos con respecto al auge del salitre que se dio en el norte a fines del Siglo XIX y a comienzos del XX, afectando indiscutiblemente el anexo de tierras peruanas y bolivianas a territorio chileno, luego de la Guerra del Pacífico.

Tal situación se repite desde 1990 en adelante, pero el traslado de personas responde más a razones económicas relacionadas con la globalización, tanto por el auge que tiene Chile en su economía y la visión que proyecta al resto de los países, como economía desarrollada y estable, como por las crisis vividas por los países vecinos, principalmente Perú, que se vio muy afectado por la crisis asiática de 1998. Es decir, en Chile la migración ya no responde a un criterio de consolidación de la industrialización y el desarrollo nacional⁶², que necesitó de mano de obra extranjera y aumento de la población, sino que responde a las consecuencias necesarias de la globalización, que se ven acentuados entre países vecinos con el mismo idioma.

⁶² CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/1cl3086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014], pág. 16.

Se trata entonces de una “nueva migración intrarregional”⁶³ que se caracteriza por su espontaneidad, su finalidad eminentemente laboral, por componerse de migrantes no calificados provenientes de la urbe de otros países, por la gran cantidad de mujeres que componen el grupo y por su dedicación en el país de destino a labores relacionadas con la construcción, la industria y los servicios domésticos, principalmente.⁶⁴

2.1.2. MARCO REGULATORIO HASTA 1975

Es necesario comenzar diciendo que en Chile el desarrollo legislativo en materia de migraciones es escaso y de poca evolución. Sin embargo, desde tiempos remotos ha habido referencias a los extranjeros en diversas leyes y disposiciones normativas. Así por ejemplo, en época de la colonia se dictó una prohibición de ingreso de europeos no españoles, debido al conflicto existente entre la corona española y otros países de Europa.⁶⁵

⁶³ ITURIETA, PILAR y TOYOS, FRANCISCO. 2009. Migraciones Internacionales y Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 80.

⁶⁴ DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. Página web oficial de Extranjería [en línea] < <http://www.extranjeria.gob.cl/> > [consulta 3 de septiembre de 2014].

⁶⁵ VERA, PABLO. 2013. Derecho Migratorio: Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 52.

Tal escenario cambia en tiempos de la independencia. Se considera al extranjero como un habitante más de la Nación, y prácticamente no existe distinción entre nacional y extranjero. Así queda demostrado en el Proyecto Constitucional de 1811 de Mariano Egaña, que en su artículo 65 establece:

Art. 65: La Constitución declara por ciudadanos en cuanto a vivir bajo la protección de las leyes, de garantizar su libertad, propiedad, seguridad, y disfrutar de los beneficios públicos y sociales, a cuantos habitantes contiene la República, con tal que contribuyan su persona y bienes a las cargas y defensa del Estado, se conformen y observen sus leyes, costumbres y religión del país, o tengan alguna garantía particular de gobierno. Aun faltando estos requisitos conservará toda la hostilidad, beneficencia y derechos compatibles, a los que sin delito, se hallen en el territorio con el tácito consentimiento de las autoridades.

De hecho, en el artículo anterior se hace extensiva la calidad de ciudadano a cualquier habitante de la República, independiente de que sea o no extranjero. De tal disposición se extrae la indiferencia que existía en ese entonces de diferenciar entre un nacional o extranjero.⁶⁶

⁶⁶ ROJAS, C. 1955. Régimen chileno de extranjería. . Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 8.

Durante 1812 José Miguel Carrera hace aún más drástica la indiferencia entre la distinción. En el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 se establece:

Art 24: “Todo habitante libre de Chile es igual de derecho; sólo el mérito y la virtud constituyen acreedor a la honra de funcionario de la Patria. El extranjero deja de serlo si es útil; y todo desgraciado que busque asilo en nuestro suelo será objeto de nuestra hospitalidad y socorro, siendo honrado. A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades”

Hay que mencionar sin embargo que tales disposiciones tenían el carácter de provisorias, mientras el monarca español se encontraba preso. No obstante son fiel reflejo de cuál era la intención de los líderes independentistas.

No es hasta la Constitución de 1823 que se establece quienes son chilenos, recogándose también en la de 1828, pero siempre dejando claro que no hay diferencia entre chileno y extranjero, criterio adoptado por el Código Civil en su artículo 57, como vimos anteriormente (v.1.2.1.2).

Tal concepto se mantienen durante el Siglo XIX, entendiendo al extranjero como potencial colonizador y bienvenido. De hecho, en 1854, Vicente Pérez Rosales, que en 1857 fue nombrado Agente de Colonización de Chile en Europa, escribe:

“La palabra “extranjero” en cuanto a sus efectos sobre el hombre en particular es, en si misma inmoral. Debe desaparecer del diccionario. La palabra extranjero ha sido suprimida en Chile...Hermano es y chileno si a Chile se acogió”⁶⁷

Es en tal contexto que se dicta La Ley de Colonización en 1845, que tiene por objeto no sólo promover y fomentar la llegada de colonos europeos con el objeto de ocupar tierras deshabitadas, si no también mejorar la raza chilena:

Así, las nuevas políticas inmigratorias no solo se basaron en el poblamiento de los territorios deshabitados, sino también en el mejoramiento social con carácter civilizador”⁶⁸.

El marco jurídico fundamental que regula los procesos de colonización de la con inmigrantes europeos estaba constituido por dos “Leyes de colonización”, la del 4 de diciembre de 1866, y la del 4 de agosto de 1874. Los territorios

⁶⁷ PÉREZ ROSALES, VICENTE (1854) Memoria sobre Emigración, Inmigración y Colonización. Santiago, p.20. En: BLANCPAIN, JEAN PIERRE (1985) Los alemanes en Chile(1816-1945) Editorial Pedagógica chilena, 1º Edición, Santiago, p.26

⁶⁸ CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/1cl3086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014], pág. 48.

destinados a colonización fueron subdivididos en hijuelas, propiedades agrícolas de entre 100 a 300 hectáreas aproximadamente, y entregados gratuitamente a quienes obtenían la calidad de "colono" bajo ciertas condiciones.⁶⁹

Posteriormente se crea la Oficina General de Inmigración, en 1872, en el que se ve claramente reflejado el espíritu de acogida de nuestro país en ese entonces:

Establecimiento de una oficina jeneral de inmigracion.

Santiago, abril 15 de 1872

(81) Considerando: 1.º que es mui conveniente para el fomento de la inmigracion i colonizacion en Chile el establecimiento de una oficina de inmigracion que atienda especialmente ese importante ramo, i 2º que la Sociedad Nacional de Agricultura se ha ofrecido para tomar a su cargo este servicio;

Decreto:

69 ZAVALA, JOSÉ MANUEL. 2008. , Los colonos y la escuela en la Araucanía: Los inmigrantes europeos y el surgimiento de la educación privada laica y protestante en la región de la Araucanía (1887–1915) [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-23762008000100013&script=sci_arttext [consulta 12 de mayo de 2015] pág. 15

Art. 1.º La Sociedad Nacional de Agricultura desempeñará las funciones de oficina jeneral de inmigración en conformidad al reglamento que dictará con este objeto i que será sometido a la aprobación del Gobierno.

Art. 2.º La oficina de inmigración se encargará de atender al desarrollo i fomento de las colonias que hoy existen i de las que se establezcan en lo futuro, para lo cual someterá a la aprobación del Gobierno las medidas que considere útil adoptar.

Art. 3.º Al establecer una nueva colonia la oficina cuidará de preparar las hijuelas o suertes de tierra destinadas a los colonos i los objetos i útiles que deban entregárseles; i tomará las demás medidas conducentes a recibir e instalar en sus respectivas localidades a dichos colonos.

Art. 4.º A propuesta de la oficina jeneral de inmigración establecerá el Gobierno dentro i fuera del país las agencias de inmigración que sean necesarias, las que dependerán de dicha oficina.

Art. 5.º La oficina jeneral de inmigración se encargará de hacer venir del extranjero a las personas cuyos servicios deseen contratar los agricultores del país, sometiéndose a las condiciones que se fijarán en el reglamento de que habla el art. 1.º.

Tómese razon, comuníquese i publíquese.

ERRÁZURIZ.

Adolfo Ibáñez ⁷⁰

Comienza el Siglo XX y con él la necesidad de regular también al extranjero “indeseado”, pues como ya explicamos, junto con la ola migratoria de europeos que fue incentivada a nivel gubernamental, llegan también migrantes espontáneos que no tenían regulación alguna. De esta manera surge la primera legislación de extranjería propiamente tal, que regula pasaportes, tipos de visas, requisitos de entrada y salida, sanciones ante incumplimientos (como la expulsión) y requisitos de obtención de residencia definitiva, entre otras. Sin perjuicio de la poca sistematicidad que existía en la legislación en cuestión, es posible dividirla en tres etapas:⁷¹

- 1° período: Hasta el 12 de diciembre de 1918, es decir, hasta la fecha en que se dicta la Ley de Residencia.

⁷⁰ CHILE. Decreto Ministerio de Relaciones Exteriores. 1872. Decreto Sin Número. 15 de abril de 1872. [en línea] Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1028693>>[consulta 7 de enero de 2015]

⁷¹ ACEVEDO, JULIO. 1949. Régimen jurídico para el acceso, permanencia, residencia y salida del territorio nacional. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 46.

- 2° período: Desde el 12 de diciembre de 1918 hasta enero y febrero de 1937, fechas de dictación del Reglamento de Pasaportes en Vigencia y la ley de Seguridad Interior del Estado.

- 3° período: Desde enero y febrero de 1937 hasta mayo de 1953, con la dictación de Decreto con Fuerza de Ley N° 69.

El primer período comienza a principios de Siglo cuando no existía normativa al respecto. Una serie de reglamentos, decretos y circulares ministeriales regulaban de manera inorgánica problemáticas específicas de la materia, siendo contradictorias entre ellas y no dando una solución definitiva. La situación anterior se mantiene hasta 1918, cuando se dicta la Ley de Residencia. En ella se ve por primera vez reglamentada la entrada al país y las sanciones del incumplimiento, y además, se refleja el espíritu de rechazo al inmigrante:

Lei núm. 3,446, que impide la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables.

Artículo 1.º Podrá impedirse la entrada al país de los extranjeros que hayan sido condenados o estén actualmente procesados por delitos comunes que el Código Penal califique de crímenes; de los que no tengan o no puedan ejercer profesion u oficio que los habilite para ganarse la vida, i de los que

aparezcan comprendidos en algunos de los casos de enfermedad que señala el inciso 2.º, del artículo 110 del Código Sanitario.

Art. 2.º Se prohíbe entrar al país a los extranjeros que practican o enseñan la alteración del orden social o político por medio de la violencia. Tampoco se permitirá el acercamiento de los que de cualquier modo propagan doctrinas incompatibles con la unidad o individualidad de la Nación; de los que provocan manifestaciones contrarias al orden establecido, i de los que se dedican a tráficos ilícitos que pugnan con las buenas costumbres o el orden público.

Art. 3.º Cada Intendente en el territorio de su provincia i con autorización expresa del Gobierno podrá expulsar del país a cualquier extranjero, comprendido en alguno de los casos de los artículos anteriores, mediante un decreto que expresará los fundamentos de su resolución. En el mismo decreto se reservarán al interesado las acciones judiciales que le concede la ley y se ordenará su arraigo previo, bajo la vigilancia de la policía.

Art. 4.º El extranjero, cuya expulsión hubiere sido decretada, podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de cualquiera persona, ante la Corte Suprema, dentro de cinco días, contados desde la publicación en el Diario Oficial de dicho decreto.

La Corte Suprema, procediendo breve i sumariamente i con audiencia del Fiscal, fallará como jurado la reclamacion dentro del plazo de diez dias, contados desde la presentacion del reclamo. Durante estos plazos la Corte podrá adoptar las medidas de precaucion i vijilancia que crea necesarias respecto del ocurrente.

Art. 5.º Transcurrido el plazo de cinco dias sin que interponga recurso judicial en contra de la órden de espulsion, o tres dias despues del fallo denegatorio de la Corte Suprema, el Intendente respectivo ordenará ejecutar lo mandado, fijando un plazo que no podrá ser menor de veinticuatro horas para conducir al espulsado a la frontera bajo la inmediata vijilancia de la policia.

Se regula por primera vez de manera algo más sistematizada la materia. La misma ley de residencia crea por primera vez un registro de Extranjeros, que obligaba a inscribirse a todo extranjero residente en el país, con el objeto de tener alguna cuenta de la cantidad de extranjeros que existían en Chile a la época.

Llega el año 1930 y se dicta la Ley de Pasaportes, que sienta las bases de lo que será la legislación sobre la materia, estableciendo que:

- Sólo se permitirá la entrada al territorio de la República a la persona que posea un pasaporte o un documento otorgado o visado por un Cónsul de Chile o por una Misión Diplomática Chilena.

- Establece autoridades revisoras de fronteras.

- Ordena que los pasaportes sólo pueden ser otorgados en Chile por el Servicio de Identificación y por el Ministerio de Relaciones Exteriores. El primero entrega los comunes y el segundo los de carácter diplomático o extraordinario.

- Sienta la doctrina de la individualidad del pasaporte, aunque admite excepciones (Antes existían los pasaportes colectivos, entregados a grandes familias o grupos de personas que venían escapado de la Primera Guerra Mundial)

- Crea el Registro Especial de Salida para todo extranjero que estará a cargo del Servicio de Identificación.

- Manda a dictar el Reglamento respectivo.⁷²

Transcurren un par de años hasta que en 1937 comienza el tercer período de legislación en materia de extranjería, con la dictación del Reglamento de la Ley de Pasaportes y la de Seguridad Interior del Estado.

⁷² ACEVEDO, JULIO. 1949. Régimen jurídico para el acceso, permanencia, residencia y salida del territorio nacional. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 14.

En esta última se regula el tema de migrantes, principalmente la entrega de cédula de identidad a los extranjeros. “Esta ley ha permitido llevar a cabo un censo cualitativo y cuantitativo del elemento extranjero que, dados los vientos que posteriormente soplaron sobre el mundo, ha sido de una utilidad enorme, no sólo desde el punto de vista policial y de seguridad exterior del Estado, sino también de política económica, social e internacional”⁷³

Aquí ya definitivamente se tiene una visión negativa del extranjero: se ve como potencial subversivo y se restringe su entrada:

Art. 15. Se prohíbe la entrada al país a los extranjeros que profesen las doctrinas de que trata el número 4) del artículo 1.º de la presente ley, y a los que sean *miembros* de asociaciones u organizaciones destinadas a su enseñanza o difusión.

No se requiere que haya cometido algún delito en el extranjero, por el sólo hecho de ser miembros ya está prohibida su entrada.

⁷³ ACEVEDO, JULIO. 1949. Régimen jurídico para el acceso, permanencia, residencia y salida del territorio nacional. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 49.

Art. 16. Los extranjeros nacionalizados que hayan sido condenados por alguno de los delitos contemplados en la presente ley serán privados de su carta de nacionalización y podrán ser expulsados del territorio nacional.

Art. 17. Los extranjeros que entren al país sin estar provistos de pasaportes debidamente visados, o cuya visación no cumplieren con los requisitos exigidos en cuanto a la forma y términos, o no satisficieren las condiciones en que la autorización correspondiente fué concedida, serán arrestados por las autoridades policiales y expulsados sin más trámites, previo decreto del Ministerio del Interior.

Igual pena sufrirán los extranjeros ya establecidos en el país, que dentro del plazo de seis meses, no presenten a las autoridades su documentación en la forma indicada en el inciso anterior.

No obstante, cualquier extranjero que se encuentre en alguno de los casos de este artículo, podrá solicitar permiso al Ministro del Interior para permanecer en el país, y ese permiso le será concedido si se trata de persona que no constituya peligro para el Estado.

Este artículo es el más importante ya que establece el mecanismo de expulsión más rápido y con intervención sólo del Ejecutivo, quitando garantías

al extranjero y dando facilidades para que regrese a su país lo más pronto posible.

Art. 18. Los extranjeros que lleguen al país, deberán inscribirse dentro del plazo de tres días, en los Registros especiales establecidos por la Ley 3,446, de 12 de Diciembre de 1918, y obtener cédulas de identidad personal, sin que el hecho de poseer dicha cédula signifique que tienen derecho para radicarse en el país, desentendiéndose de las condiciones en que obtuvo la visación de su pasaporte.

La idea de este artículo era actualizar el listado de extranjeros que mandó a crear la Ley de Residencia, que hasta entonces se encontraba muy desactualizado.

Seguían pasando los años y cada vez urgía con mayor fuerza la creación de una legislación orgánica que regulara la materia, y cada vez se extendía en nuestro país un ánimo contrario a la presencia de extranjeros.

El 21 de mayo de 1939, en el Mensaje al Congreso Nacional el Presidente de la República, don Pedro Aguirre Cerda, decía:

“La política europea empuja hacia nuestro país a numerosos inmigrantes y ello nos induce a presentaros un proyecto de ley que contemple este problema en su conjunto, y al respecto debo anticiparos que el actual Gobierno, si bien carece de todo prejuicio en materia racial o religiosa, desea que en forma ordenada y de control efectivo se establezcan principios severos de inmigración que permitan la incorporación a nuestra nacionalidad de elementos exclusivamente productores de la industria, la minería y la agricultura. Nada de prestamistas, especuladores, profesionales, comerciantes. Si hay necesidad de técnicos, que vengan con permisos especiales y por tiempo determinado, mientras se capacitan nuestros propios valores intelectuales.

Y cómo appena ver que en nuestro comercio minorista actúan jóvenes extranjeros llenos de vida que deberían dedicarse a impulsar la producción nacional, someteré a vuestra consideración un proyecto de ley para que en lo sucesivo, sin perjuicio de los negocios ya establecidos, no se otorgue patente de comerciante al por menos, sino al chileno, y con ello daremos mayores posibilidades efectivas a los nacionales, hombres y mujeres, para que formen la base del comercio mayorista del futuro”⁷⁴

⁷⁴ ACEVEDO, JULIO. 1949. Régimen jurídico para el acceso, permanencia, residencia y salida del territorio nacional. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 50.

En 1940 el mismo Presidente Pedro Aguirre Cerda elabora un documento oficial sobre inmigración, creando además el “Órgano Consultivo de Inmigración”. En el documento se hacía la distinción entre inmigrante libre y colonizador, siendo cada grupo regulado de manera distinta: Mientras al primer grupo se le exigía requisitos raciales, sanitarios, morales, culturales y económicos; al segundo se le normaban los beneficios, la concesión de títulos de dominio, y se establecía la imposibilidad de transferencia de las propiedades otorgadas. Tal proyecto sin embargo no sale a la luz, probablemente por falta de fondos.⁷⁵

Tal era el escenario cuando se dicta el Decreto con Fuerza de Ley N°69. En mayo de 1953, el gobierno del presidente Carlos Ibáñez del Campo creó el Departamento de Inmigración y estableció normas sobre la materia. Las funciones del Departamento quedan establecidas en el artículo tercero del Decreto con Fuerza de Ley, y en él se puede extraer claramente cuál era el espíritu imperante en la época sobre la materia:

Artículo 3: Son funciones del Departamento de Inmigración:

⁷⁵ CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/1cl3086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014], pág. 49.

a) Proponer todas las iniciativas que convenga adoptar en lo relativo a una política de inmigración que incremente la capacidad productora y técnica del país y que mantenga y asegure la unidad espiritual de la nación, mediante la incorporación de elementos aptos y fácilmente asimilables, evitando el ingreso de individuos indeseables o inadaptables.

b) Ejercer la supervigilancia y control, por intermedio de las autoridades administrativas y policiales correspondientes, de la entrada y permanencia de los inmigrantes en el país.

c) Conocer e informar las solicitudes de ingreso y resolver las peticiones de contratación de inmigrantes, que no se formulen ante los Cónsules de Chile en el exterior.

d) Resolver, a requerimiento del interesado y previo informe del Cónsul recurrido, sobre procedencia o improcedencia de las solicitudes de reconsideración de una resolución denegatoria, recaída en las peticiones de visación.

De esta manera se configura la posición de Chile en materia de migraciones: Hay ciertos individuos que no son bienvenidos, y por lo tanto los mecanismos de control deben quedar muy bien establecidos, con el fin de resguardar siempre la “seguridad nacional”

Luego, en 1959 se dicta la ley N° 13.353 que establece normas de ingreso, permanencia, salida y expulsión de extranjeros al país. En ella se

incorporan por primera vez las categorías de ingreso al país, distinguiendo entre diplomáticos u oficiales, residentes sujetos a contrato de trabajo, estudiantes, residentes temporarios, refugiados o asilados políticos e inmigrantes.⁷⁶

Es precisamente ese el escenario que se presenta al momento de la redacción de la legislación en materia de migraciones que existe hasta el día de hoy en nuestro país, la que será analizada en profundidad en esta investigación.

2.2. LEGISLACIÓN MIGRATORIA VIGENTE

2.2.1. LEGISLACIÓN INTERNA

Es evidente que el contexto político existente al momento de la promulgación de la legislación en materia de extranjería influyó directamente en el contenido de esta última. Los criterios utilizados en el área son de franca enemistad para con el extranjero, y no hay intención alguna de abrir las fronteras o de al menos tener una actitud de colaboración para con quienes vienen llegando a nuestro país. Así las cosas, y entendiendo que Chile era

⁷⁶ VERA, PABLO. 2013. Derecho Migratorio: Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 65-67.

juzgado internacionalmente, las leyes en la materia son el fiel reflejo de esta situación. La seguridad nacional es el pilar de toda la legislación en materia de extranjería, cuestión que se entiende para el contexto político de publicación de la ley, pero que no se condice con la realidad democrática en la que actualmente vivimos.

Hay además una situación particular con respecto a la necesidad de expulsar del país a personas contrarias al régimen, que hizo necesaria la creación de un procedimiento que permitiera la fácil expulsión de aquellos sujetos “indeseados”, o que atentaban contra el gobierno de Pinochet.

2.2.1.1. DECRETO LEY N° 1094, DE 1975, QUE FIJA LEY DE EXTRANJERÍA

El Decreto Ley N°1094 fue promulgado el 14 de julio de 1975, y publicado el 19 de julio del mismo año, bajo el título “Establece normas sobre extranjeros que indica”, constituye la base de la legislación en materia de extranjería en nuestro país.

El Decreto Ley regula la entrada y residencia de los extranjeros (artículo 2 al 14); las prohibiciones e impedimentos de ingreso (artículo 15 al 17); las distintas categorías de extranjeros (artículo 4 y 18 al 53); el egreso y reingreso

de extranjeros (artículo 54 al 61), rechazos y revocaciones (artículo 62 a 67); infracciones y sanciones (artículo 68 al 80); medidas de control, traslado y expulsión (artículo 81 al 90); y finalmente se refiere a la Institucionalidad Migratoria (artículo 91 a 93).

En un principio establece las disposiciones generales, entendiendo que todo ingreso y petición de residencia se guiará según lo dispuesto por este decreto.

En su segundo párrafo fija las normas de entrada y residencia a nuestro país. Así, establece las exigencias para el ingreso y residencia, que estarán a cargo de la Dirección General de Investigaciones, instaurando que:

Artículo 2°- Para ingresar al territorio nacional los extranjeros deberán cumplir los requisitos que señala el presente decreto ley, y para residir en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones.

Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales.

El artículo segundo del decreto da cuenta de lo descrito anteriormente: existía una evidente enemistad para con el extranjero, y una intención de expulsar a cualquier “potencial subversivo del régimen”.⁷⁷

Luego da una serie de normas con respecto a los lugares habilitados de ingreso, la autoridad competente para entregar la visa y tramitar su prórroga, y la manera en la que este Órgano Administrativo debe resolver las peticiones de visa:

Artículo 13.- Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas **discrecionalmente** por éste, atendiéndose en especial a la **conveniencia o utilidad que reporte al país** su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.

En el párrafo tercero se fijan las normas de impedimento de ingreso a Chile, haciendo una diferencia entre quienes tienen estrictamente prohibida la entrada, y a quienes podrá prohibírseles el ingreso.

⁷⁷ CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/1cl3086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014], pág. 50.

Los primeros son 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; los procesados por delito calificado como crimen, los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de armas o drogas, los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o no tengan recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social, los enfermos que la autoridad sanitaria considere que no pueden entrar, y los expulsados por Decreto Supremo no derogado, entre otros.

Los segundos son los procesados por simple delito, los que salieron de Chile por disposición del Gobierno pero sin Decreto Supremo no derogado, los que fueron expulsados de otro país y los menores de 18 años sin su padre, madre o curador.

Por otro lado, si estando en Chile alguno de los extranjeros incurre en las causales de propagación de doctrinas que tiendan a destruir el orden social del

país, tráfico ilícito de drogas o armas, o imposibilidad de ejercer la profesión o falta de recursos para vivir en Chile podrán ser expulsados del territorio nacional.

La entrega de tanta discrecionalidad evidentemente genera decisiones arbitrarias, que atentan directamente contra el derecho de igualdad y no discriminación, pues finalmente la decisión pasa por el funcionario de turno, y no por el respeto a los derechos humanos, que no se mencionan nunca en toda la normativa interna sobre extranjería.

Luego el Decreto clasifica en distintas categorías a los extranjeros, haciendo una distinción entre la normativa vigente para aquel que es residente oficial, y de los demás residentes, que son el residente sujeto a contrato, el estudiante, el temporario, y el asilado político o refugiado. Contempla además la categoría de turista y de habitante en zona fronteriza (categoría creada por la ley 19.581, del 1 de septiembre de 1998)

Los primeros se guían según normas del Ministerio de Relaciones Exteriores, y los segundos por lo establecido en este reglamento, a excepción de los refugiados, que tienen nueva normativa a partir del año 2009 (Ley 20.430)

Existen problemas evidentes con la clasificación que entrega el Decreto Ley sobre los extranjeros. Primero, la poca flexibilidad que se da en las categorías sólo perjudica al extranjero, haciendo engorrosos los trámites de visa. Además, siendo tan pocas las categorías, resulta complejo encasillar a los extranjeros, que muchas veces no cumplen con los requisitos específicos de cada categoría y terminan como indocumentados.

En el siguiente párrafo se tratan los rechazos y revocaciones, tanto de prórrogas de turismo, visaciones, prórrogas de visaciones y permanencia definitiva. Aquí nuevamente se hace una distinción sobre los rechazos y revocaciones que deben hacerse, y los que pueden hacerse:

Es una obligación rechazar las solicitudes de visa a las personas comprendidas en algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 15 (mencionadas anteriormente como las causales para prohibir el ingreso al país), los que entren con documentos falsificados, o de otra persona, y quienes no cumplan con los requisitos para obtener su petición.

Por otro lado, es facultativo el rechazo o revocación de visa de los condenados en Chile por crimen o simple delito, de los que hagan declaraciones falsas al solicitar cualquiera de los trámites en cuestión, de los que durante su residencia en el territorio nacional realicen actos que puedan

significar molestias para algún país con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas, de los que por circunstancias ocurridas con posterioridad a su ingreso a Chile no puedan ejercer su profesión u oficio y no puedan mantenerse, o contraigan una enfermedad que la autoridad sanitaria considere que merece expulsión, de los que infrinjan las prohibiciones o no cumplan las obligaciones que les impone el decreto ley y su reglamento, de los residentes sujetos a contrato que por su culpa dieran lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo, y de los que no cumplan con sus obligaciones tributarias.

Finalmente, se agrega que “Asimismo, **podrán** rechazarse las peticiones por razones de **conveniencia o utilidad nacionales**”

La discrecionalidad que entrega el decreto en los artículos citados precedentemente a las autoridades competentes es excesiva (c.f. CAPITULO 4:). Tales disposiciones han dado pie a incertezas jurídicas que vulneran a diario los derechos humanos de las personas migrantes, incurriendo de manera constante en prácticas discriminatorias. “Una norma que establece que la residencia de una persona está sujeta a la utilidad o conveniencia que ésta represente para el país, en base a conceptos indeterminados, puede fácilmente vulnerar el derecho a la no discriminación al establecer diferencias no justificadas, en razón de la nacionalidad, raza, ideologías políticas o posición

socioeconómica, vulnerando el derecho de todas las personas a permanecer en el territorio nacional”⁷⁸

Por otro lado, la indeterminación de conceptos también resulta problemática, pues no hay ninguna autoridad que defina qué puede llegar a significar “conveniencia o utilidad nacional”. Sabemos que en materia administrativa es necesaria la existencia de nociones amplias pero no es posible que resulte del todo incierto qué cabe dentro del concepto en cuestión.

Ha dicho la Corte Interamericana al respecto: “En cualquier materia la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, por ejemplo, no puede la administración invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados, tampoco dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier

⁷⁸ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2014. Derechos de los migrantes y refugiados en: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, pág. 345.

otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.”⁷⁹

Tal límite no se encuentra claro dada las amplias facultades discrecionales que se dan en materia de extranjería, y tampoco se tiene la certeza de que existe un respeto por los derechos humanos, como se analizará más adelante.

El artículo 67 del Decreto en cuestión da las facultades para resolver los casos de las peticiones de prórrogas de turismo, visaciones, prórrogas de visaciones y permanencia definitiva al Ministerio del Interior, y establece al procedimiento a seguir en caso de rechazo de las mismas:

“Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país.

La medida de abandono voluntario del país se podrá sustituir por el otorgamiento de la visación de residente que corresponda por el período especial que se determine, caso en el cual el extranjero afectado deberá poner

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo (Fondo), párrafos 124 – 126 y 128 (2001). -en: O’DONELL, DANIEL. 2007. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. 2º edición. Santiago de Chile pág. 366.

su pasaporte a disposición de la autoridad en el plazo que al efecto se fije en la resolución respectiva.

Al vencimiento de los plazos a que se refieren los incisos precedentes, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto fundado de **expulsión.**”

En el Título II del DL 1094 se establecen las infracciones, sanciones y recursos en materia de extranjería.

En el primer párrafo se establecen las infracciones y sanciones.

Son infracciones las siguientes:

- Ingresar o egresar al país con documentos falsificados, adulterados o expedidos a favor de otra persona. La sanción es presidio menor en su grado máximo y serán castigados con expulsión.
- Ingresar o egresar de manera clandestina. Se sanciona con la misma pena anterior.
- Si el ingreso es de un extranjero que cumple con las causales de prohibición de ingreso al país, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida tal pena se decretará la expulsión.

- Realizar actividades remuneradas sin autorización. Quien infrinja tal normativa será sancionado con multa de 1 a 50 sueldos vitales.
- Continuar viviendo en el país después de haber transcurrido los plazos de residencia legal. Los infractores serán sancionados con multa de 1 a 20 sueldos vitales, sin perjuicio de su expulsión.
- No dar cumplimiento a la obligación de registrarse, o no dar aviso de cambio de domicilio. La sanción en este caso es la misma que la anterior.

Con respecto a la aplicación de sanciones y de los recursos que procedan, sólo puede iniciar la investigación de los delitos antes mencionados el Ministerio del Interior o el Intendente. Las multas serán cobradas por resolución administrativa, con el sólo mérito de los antecedentes, y debiendo oírse al afectado, **sólo si esto es posible**. Contra tal resolución procede el recurso de reconsideración, siempre y cuando se **consigne el 50% de la multa**. Si el sancionado paga la multa en 15 días hábiles, **podrá ser expulsado del país**.

El Decreto Ley establece que si un extranjero es sancionado por alguna de las razones expuestas anteriormente, la Administración puede trasladarlos a un lugar habitado del territorio a la espera de la aplicación de las sanciones correspondientes.

Con respecto a las medidas de control, éstas serán adoptadas por la autoridad policial que descubra la infracción, quien debe dar aviso inmediato al Ministerio del Interior para que este último aplique las sanciones que correspondan.

La Dirección General de Investigaciones que sorprenda al infractor, procederá a tomarle la declaración pertinente y a retirarle los documentos que correspondan. Asimismo, le señalará una **localidad de permanencia obligada**, y por el **lapso que se estime necesario**. La circunstancia de eludir estas medidas de control y traslado, será causal suficiente para expulsar del país al infractor.

No se entrega ningún plazo, y de hecho se da explícitamente la facultad de determinar tal plazo prudencialmente, dando pie para abusos y varios meses de encierro para la persona afectada. Por otro lado, no detalla cuáles serán los documentos que se retirarán. En la práctica se les quitan todos los documentos, entregándole una “Tarjeta de Extranjero Infractor”, dando por hecho que se cometió la infracción (con ninguna investigación previa), y atentando contra la identidad del extranjero.

El procedimiento establecido en el Decreto Ley N°1094 una vez notificada la expulsión de un extranjero del país (que debe ser dispuesta por

Decreto Supremo fundado, suscrito por el Ministerio del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”) indica que el extranjero expulsado o alguien de su familia, podrá en un plazo de **24 horas** desde que se tuvo conocimiento de la expulsión, reclamar judicialmente ante la Corte Suprema, quien debe fallar en 5 días, procediendo breve y sumariamente. Tal recurso suspende la orden de expulsión, pero el extranjero afectado debe permanecer en un establecimiento carcelario o donde determine el Ministerio del Interior o la Intendencia mientras la Corte falla el recurso.

Varias son las aristas dignas de análisis. En primer lugar, se entrega un plazo de 24 horas para hacer la impugnación respectiva. Es evidente que en ese lapso resulta prácticamente imposible interponer en tiempo y forma las acciones necesarias para solicitar la re-evaluación del decreto de expulsión. Considerando además que el expulsado se encuentra privado de libertad, desde que es posible avisarle a su familia y que ella consiga quien interponga el recurso, ya venció el plazo, sin mencionar las posibilidades inexistentes que tiene un extranjero de interponer el recurso si no se encuentra en la capital. Mencionamos anteriormente que hace 70 años atrás, donde había menor preocupación por la no vulneración a los derechos humanos, el plazo era de cinco días.

Por otro lado, resulta extraño -por decirlo menos- que en nuestro país todavía existan “delitos” migratorios, que no existen en las legislaciones de países vecinos, o se eliminaron hace mucho tiempo. Es una tendencia en el derecho internacional sancionar sólo administrativamente las conductas antedichas, porque no es necesaria la aplicación del derecho penal, que sabemos es la *última ratio*⁸⁰

No es posible condenar con presidio y además con expulsión, en casos de delitos migratorios, pues estaríamos ante una clara vulneración del principio del non bis in ídem. Sabemos que una conducta no puede ser sancionada dos veces, cuando se trate del mismo sujeto, los mismos hechos y el mismo fundamento que justifique la sanción. Estamos ante un caso que sanciona tanto administrativa como penalmente, y se justifica sólo en la seguridad nacional. Es decir, el bien jurídico protegido es el mismo, y claramente los hechos y el sujeto también. No hay por tanto ninguna justificación para sancionar doblemente la conducta.

Finalmente, se regulan las autoridades en materia de Extranjería, que son el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, siendo la autoridad máxima en materia de extranjería; el Departamento de Extranjería y Migración, a cargo del

⁸⁰ VERA, PABLO. 2013. Derecho Migratorio: Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 221.

Ministerio del Interior, que es el órgano que ejecuta los decretos, resoluciones y órdenes que dicta el Ministerio del Interior; La Dirección General de Asuntos Consulares y de Inmigración, a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, institución que se encarga de tramitar las visas solicitadas en el extranjero; las Intendencias Regionales y Gobernaciones Provinciales, quienes pueden recibir delegación de algunas funciones del Ministerio del Interior, con el objeto de lograr la descentralización; y la Policía de Investigaciones, que controla el ingreso y egreso de los extranjeros, Carabineros de Chile y la autoridad marítima de Chile.

A continuación se detallan con precisión las funciones de cada órgano, no obstante esta información excede los límites de nuestra investigación.

2.2.1.2. DECRETO N° 597, DE 1984, QUE FIJA REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA

El Decreto N° 597 fue promulgado el 14 de junio de 1984, y publicado el 24 de noviembre del mismo año, y establece el nuevo Reglamento de Extranjería.

En general, la estructura del Reglamento es la misma que la del Decreto Ley, profundizando en algunas materias que el Decreto mismo dejó para ser reguladas en el Reglamento en cuestión.

Comienza con las disposiciones generales, estableciendo que todos los extranjeros que ingresen a territorio nacional deberán cumplir con la normativa vigente en materia de extranjería, cumplir los requisitos y observar sus exigencias.

Luego define qué son los pasos autorizados para el ingreso al país, que éstos deben ser establecidos por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo, con la firma del Ministerio del Interior y de Defensa Nacional, y establece también que estos pasos podrán ser cerrados al tránsito de personas, en forma temporal o definitiva, también mediante Decreto Supremo, en caso de que concurran circunstancias que aconsejen estas medidas.

Además, establece que hay tres categorías de extranjeros: los turistas, residentes oficiales, e inmigrantes. Estos últimos serán regidos por el Decreto Ley 1094 y también por el Decreto con fuerza de Ley n° 69, de 1953, en el que –como ya se mencionó en esta investigación- existe un concepto negativo de los inmigrantes.

Determina que quienes deseen ingresar al país en calidad de residentes, y quieren obtener visa, deben presentar, acompañando a su solicitud, los documentos que acrediten su profesión, estado civil, actividad a realizar en Chile, solvencia económica, estudios y demás contratos si así correspondiere. Deben además acompañar informes de buenos antecedentes emitidos por autoridad competente, certificados de salud y hacer una declaración jurada de que no se participará en política interna, no se hará nada que pueda causar molestias a países con los que se mantienen relaciones amistosas, y que se cumplirán la Constitución Política de la República y las leyes del país.

Luego repite las causales de prohibición del ingreso al país, y establece la obligación a los organismos oficiales del Estado (Ministerio de Relaciones Exteriores, Policía de Investigaciones, Intendencias Regionales, Gobernaciones Provinciales) de avisar de inmediato al Ministerio del Interior en caso de tener algún antecedente de quien intente ingresar al país que haga parecer inconveniente su autorización, o que no merezca ingresar al territorio nacional. Tal prohibición de ingreso será dispuesta por resolución administrativa suscrita por el Subsecretario del Interior “Por orden del Presidente de la República” Asimismo podrá prohibirse el ingreso a determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacional.

Con posterioridad, el reglamento en cuestión trata de manera más específica las categorías de extranjeros que pueden entrar al territorio nacional (Residente oficial, estudiante, sujeto a contrato, temporario, tripulante y turista, y quienes permanecerán de manera definitiva) estableciendo una serie de requisitos para cada uno de ellos y formalidades necesarias para el ingreso.

En el Título VI y VII se establecen todas las reglas relativas a los procedimientos necesarios para realizar todas las solicitudes, y entrega a la Dirección de Extranjería y Migración la supervigilancia de tales procedimientos, y al Ministerio del Interior las facultades para autorizar o no los trámites pertinentes, repitiendo las causales de rechazo establecidas en el Decreto Ley 1094, descrito anteriormente.

Finalmente, se fijan con mayor detalle las infracciones y sanciones, y las medidas de traslado, control y expulsión.

Se agrega como infracción el simular celebraciones de contratos de trabajo.

Se establecen como criterios para las sanciones pecuniarias los siguientes:

- Vínculos familiares con el país
- Tiempo de permanencia y lugar del domicilio

- Nivel cultural y situación económica
- Si es o no reincidente
- Período durante el que comete la infracción
- Antecedentes personales

Con respecto a la sanción de expulsión, no hay mayor detalle que el establecido en el DL N°1094, salvo en cuanto a la forma de notificación de las sanciones interpuestas. Se establece que deberán ser notificadas personalmente o por carta certificada al afectado, por la autoridad administrativa competente. Agrega además que la notificación por carta certificada se hará mediante comunicación escrita, dirigida al último domicilio registrado por el extranjero ante la misma autoridad y contendrá copia íntegra de la resolución respectiva. Esta notificación se entenderá practicada al tercer día desde la fecha de recepción de la carta por la oficina de correos.

2.2.1.3. DS N° 2043, DE 1982, Y DS N° 818, DE 1983, QUE DELEGA ATRIBUCIONES A INTENDENTE REGIONAL Y GOBERNADOR PARA CAMBIAR LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS

El mencionado decreto fue promulgado el 13 de Julio de 1983, y publicado el 8 de septiembre del mismo año.

En él se establece que será el Intendente Regional quien puede decretar las medidas de expulsión a los extranjeros que prolonguen su estadía en el país una vez vencido su permiso de residencia y los que intenten ingresar de manera clandestina al país.

Será también el Intendente Metropolitano o el Gobernador Provincial el encargado de otorgar o denegar visaciones de residencia en los casos de residencia ilegal en el país, ya sea por vencimiento de la visa anterior, o por no cumplir con los requisitos pero habiéndose presentado ante la autoridad competente para regularizar su situación. Lo anterior siempre y cuando no se haya decidido imponer sanción de expulsión, si no sólo de amonestación o sanción pecuniaria. También serán competentes para gestionar las peticiones de cambio en la calidad de residente.

2.2.2. NORMATIVA INTERNACIONAL ATINGENTE A LA MIGRACIÓN

2.2.2.1. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la resolución A/RES/45/158, entrando en vigencia el 1 de Julio de 2003. Chile la ratificó el 21 de marzo de 2005, durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos, publicada en el Diario Oficial el 8 de junio del mismo año.

Desde ya, sabemos que Chile ha ratificado una serie de instrumentos internacionales –tanto del sistema universal como interamericano- donde se consagra el respeto por los derechos humanos y la protección de todo sujeto sin ninguna distinción. Lo anterior fue tratado en el primer capítulo de esta investigación, y sabemos que el derecho de igualdad y no discriminación –y todos los otros derechos protegidos en los instrumentos analizados- son igualmente aplicables a los trabajadores migratorios.

Sin embargo, se decidió hacer un instrumento específico, dada la condición de “grupo vulnerable” de los trabajadores migratorios, y a pesar de que pueda parecer una repetición de derechos ya consagrados en nuestro sistema, se trata más bien de un énfasis imprescindible para un grupo que ha visto de manera sistemática violados sus derechos humanos más básicos. “La Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos Los Trabajadores Migratorios y sus Familiares supone, en cierto modo, superar un

enfoque tradicional pues ella no sólo contempla derechos ya consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, sino que también, por una parte, consagra esos derechos enfocándolos a la temática migratoria y, por otra, contiene ciertos derechos específicos cuyo reconocimiento constituye toda una innovación en la materia, logrando de esta manera, una regulación más eficaz y realista del fenómeno migratorio, pero que jamás pierde de vista su elemento central, el ser humano”⁸¹

De hecho, como mencionamos anteriormente, toda la legislación nacional se encarga de regular los variados requisitos necesarios para lograr entrar a Chile, exigiendo una serie de seguridades y trámites engorrosos. Regula también exhaustivamente el proceso de expulsión del extranjero y en general, todo lo mencionado en páginas anteriores. Lo importante es que en ninguna disposición legal, se considera que los migrantes tienen a su vez derechos que deben ser respetados. Más aún: derechos humanos inherentes a su persona por el hecho de ser tal.

Por lo anterior, resultó tan importante la ratificación de la Convención en cuestión: Aquí se contempla a la persona del migrante desde una perspectiva integral.

⁸¹ ITURIETA, PILAR y TOYOS, FRANCISCO. 2009. Migraciones Internacionales y Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 145.

La Convención está regida por una serie de principios básicos⁸² que gobiernan todo su contenido, que son:

(1) Principio de autonomía estatal La facultad para regular la entrada y permanencia, es decir, establece un equilibrio entre la facultad de los Estados de regular sus fronteras y la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Tal principio se extrae del artículo 79, que establece que *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención.*

(2) Principio de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones: El artículo 34 de la Convención establece que los derechos humanos protegidos en la Convención no tienen por efecto eximir a los trabajadores migratorios y sus familias de la obligación de cumplir las leyes del Estado receptor.

⁸² INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. Santiago, pag. 523-524.

(3) La regularización: Si bien los Estados partes no tienen la obligación de regularizar la situación de los trabajadores migratorios o de sus familiares, deben tomar las medidas adecuadas en el caso de que en su territorio existan trabajadores en situación irregular, y tienen también que asegurar que tal situación no se mantenga. “Así, los Estados partes considerarán la posibilidad de regularizar la situación de esas personas en el caso concreto, de acuerdo a la legislación interna y los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables.”⁸³ También se debe velar por el acceso en condiciones de igualdad y no discriminación a los procesos de regularización, ya que es la situación de irregularidad la que hace más vulnerable aún al trabajador migratorio y sus familiares.

(4) Cooperación Internacional: Los Estados partes deben promover las condiciones satisfactorias, equitativas y dignas de los trabajadores migratorios y sus familiares.

Tales principios se encuentran a lo largo de toda la Convención, sin perjuicio de estar algunos contemplados en artículos en particular. El espíritu del Tratado está basado en los principios antedichos.

⁸³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. Santiago, pág. 523

Con el objeto de hacer una exposición ordenada, partiremos enunciando la estructura de la Convención, para luego analizar sus contenidos más importantes:

- Parte I: Alcance y definiciones
- Parte II: No discriminación en el reconocimiento de derechos
- Parte III: Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, cualquiera sea su condición migratoria
- Parte IV: Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular
- Parte V: Disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares
- Parte VI: Promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares
- Parte VII: Aplicación de la Convención
- Parte VIII: Disposiciones Generales
- Parte IX: Disposiciones Finales

La Convención comienza definiendo quien es trabajador migratorio. Dice en su artículo 2 que: "Se entenderá por "trabajador migratorio" toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un

Estado del que no sea nacional” Es una definición bastante amplia. Luego define quien es trabajador de zona fronteriza, temporario, marino, itinerante, vinculado a un proyecto, entre otros. Es decir, existe una amplia gama de categorías de trabajadores, a diferencia de nuestra legislación interna. También determina a quienes no se les aplicará la Convención, y finalmente establece quienes son familia.

La segunda parte reconoce el derecho de igualdad y no discriminación, ya analizado en este trabajo. Lo novedoso es que, además de no ser una lista taxativa, incluye categorías no contempladas en los instrumentos analizados en el primer capítulo. Dice el artículo 7: *Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.*

En la tercera parte se enumeran los derechos humanos protegidos de los trabajadores migratorios y todos sus familiares, entendiendo que no hay distinción entre trabajador regular e irregular.

En cuanto a los derechos civiles y políticos, se protegen los siguientes:

(1) Derecho a salir de cualquier Estado, incluido su Estado de origen y derecho a regresar a su Estado de origen y permanecer en él; (2) Derecho a la vida; (3) Prohibición de ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; (4) Prohibición de ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados u obligatorios; (5) Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; (6) Prohibición de ser sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia; (6) Derecho a la libertad y seguridad personales y prohibición de ser sometido a detención o prisión arbitrarias; en caso de detención, derecho a ser informado, en un idioma que comprenda, sobre los motivos de su detención; y (7) Prohibición de ser objeto de expulsión colectiva, entre otros.

Con respecto a la protección contra la violencia, es necesario hacer hincapié en la importancia que tiene la protección cuando se trata del grupo de especial protección de migrantes, en especial cuando hablamos de quienes están en situación irregular, sobre todo las mujeres. En el artículo 16 se establece específicamente la obligación de proteger a los trabajadores migratorios y sus familiares de actos de violencia, ya sea provocados por funcionarios públicos o de particulares o grupos. A su vez, se establece el

compromiso de luchar contra cualquier acto de violencia que responda a conductas de racismo o xenofobia o formas conexas de intolerancia.

Por otro lado, se trata la detención o prisión arbitraria. Para que no sea arbitraria debe estar prescrita por ley, perseguir un fin legítimo, ser necesaria y proporcional.⁸⁴ Por otro lado, con el objeto de no vulnerar los derechos de los trabajadores, es lógico que las detenciones tengan el carácter de excepcionales, y se establezca un plazo máximo. También que sean en lugares distintos de los destinados a las personas condenadas, o a las detenidas que esperan ser juzgadas. De mayor importancia es el reconocimiento que hace la Convención del derecho de asistencia consular, que permite a las autoridades consulares o diplomáticas del país de origen representar los intereses del inmigrante detenido.⁸⁵

En general, se trata de que los Estados Partes deben acabar con la discriminación de hecho contra los trabajadores migratorios detenidos, eliminando los obstáculos prácticos para su disfrute en pie de igualdad de los derechos de visita, y en general las garantías procedimentales que se le dan a los nacionales, como el derecho de comunicarse con el exterior, acceder a

⁸⁴ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. Santiago, pág. 526.

⁸⁵ ITURIETA, PILAR y TOYOS, FRANCISCO. 2009. Migraciones Internacionales y Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág.160.

profesionales de la salud y a servicios educativos, si los nacionales disponen tales garantías.⁸⁶ También se plantea en el artículo 17 la detención familiar, instando a los Estados Partes a buscar salidas alternativas si fuera posible, y se solicita que si se detienen a niños sea tan sólo como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible.

Finalmente, resulta importante referirse a la regulación que hace la Convención con respecto a la protección del trabajador migrante y su familia en los procedimientos de expulsión.

En primer lugar, elimina la expulsión colectiva, pues cada caso de expulsión debe ser revisado individualmente. El procedimiento de expulsión debe estar contemplado en la ley, debe ser realizado por funcionario competente, debe comunicársele al migrante las razones en un idioma que pueda comprender. Contempla también el derecho a revisión de la decisión (recurso efectivo) e incluso reconoce el derecho a la indemnización cuando se revoca ulteriormente la decisión de expulsión.

Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, se hace especial hincapié en el principio de la igualdad de trato con respecto a la

⁸⁶ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. Santiago pág. 531.

remuneración y otras condiciones de trabajo (efecto horizontal y garantía de igualdad de derechos laborales); se prohíbe la explotación laboral, en especial el trabajo forzoso y el trabajo infantil; se reconoce el derecho a sindicarse y se contempla también el derecho a la seguridad social, donde se establece que tendrán derecho al mismo trato que los nacionales de ese trabajo. Cuando el trabajador migratorio cumpla los requisitos de la legislación del país en cuestión para recibir los beneficios, el Estado no puede excluirlo de la prestación, ni limitar su acceso, puesto que la prohibición de discriminación se aplica a la seguridad social⁸⁷

La Convención Internacional sobre los Trabajadores y sus Familiares sin embargo, ya fue ratificada por Chile, y es parte de la legislación sobre migrantes, siendo aplicable por tanto en nuestro ordenamiento interno.

El desafío es lograr tener un sistema armónico que regule de manera detallada los derechos y deberes de las personas migrantes, no olvidando ante todo que se trata de sujetos de derechos.

⁸⁷ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. Santiago, pág. 540

CAPITULO 3: DERECHO COMPARADO

En el capítulo anterior se realizó un análisis tanto de la legislación nacional como de su contexto histórico, entendiendo la legislación actual como resultado de la visión que se ha ido desarrollando a propósito de las persona del migrante en el último siglo. Concluimos que en Chile existe una visión del inmigrante deseado, que no se condice en absoluto con la figura del inmigrante real. De esta manera y al ver que fue la realidad que primó, se optó por regular de manera restrictiva el acceso de los inmigrantes, utilizando criterios discrecionales por la autoridad de turno, regulando procesos de fácil expulsión y en general, basando toda la ley en el criterio de la seguridad nacional.

Tal escenario no es sólo un problema de nuestro país, si no que de la mayoría de los países latinoamericanos, que han visto un aumento en el flujo migratorio y que tuvieron a su vez dictaduras que regularon la materia de forma similar.

A propósito de la mirada instrumental y utilitarista que tienen la mayoría de los países en su regulación en materia de extranjería, donde se reglamenta la inmigración deseada de acuerdo a los intereses del país, Ceriani dice que “Al ser diseñada de manera unilateral y desde una lógica nacional -no regional ni global- resulta no sólo ineficaz, en virtud de la negación de la complejidad del

fenómeno migratorio y de los factores que moldean los flujos migratorios (regulares e irregulares), sino también ilegítima, al generar la violación de los derechos fundamentales.”⁸⁸ Esta lógica instrumental se asegura mediante el control migratorio, que permite discriminar quien tiene derecho a entrar al país en cuestión y mediante el proceso de expulsión.

Ceriani identifica como los principales problemas de las políticas migratorias de países latinoamericanos las siguientes⁸⁹:

- Enfoques y discursos excluyentes que se apoyan en una idea de soberanía nacional desfasada, que es incluso contradictoria con aperturas efectuadas en el plano económico y comercial que han generado mayor pobreza y emigración;
- Invisibilización de la niñez y la perspectiva de género en las políticas migratorias;
- Enfoque «securitario» de la política migratoria, entendiendo la migración como un problema antes que como la consecuencia de procesos estructurales de exclusión y como una oportunidad y un factor de desarrollo económico, social y cultural para los países de destino;

⁸⁸ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf> [consulta 08 de enero de 2015] pág. 72

⁸⁹ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf> [consulta 08 de enero de 2015] pág. 74

- Conflictos bilaterales que complejizan el abordaje del fenómeno migratorio y refuerzan discursos y posiciones xenófobas que se amparan en supuestas nociones de patriotismo;
- Ausencia de políticas de integración social de la migración en los países de destino;
- Mecanismos débiles de protección y asistencia consular, en particular desde un enfoque de derechos;
- Uso electoral o político de la inmigración, mediante posiciones xenófobas apoyadas en mitos y prejuicios difundidos por actores políticos, medios de comunicación y otros formadores de opinión.

Sin embargo, es necesario evidenciar que ya existe en Latinoamérica una tendencia a cambiar el enfoque hacia una mirada más integral del migrante como sujeto de derechos, contemplando la protección de sus derechos humanos. Esto se ha dado en algunos países en términos de reformas en legislación migratoria, y en otros –como el nuestro- aunque no se haya reflejado en ese ámbito, sí lo ha hecho en compromisos adoptados en cumbres y conferencias, en adopción de tratados internacionales sobre la materia, o en políticas de regularización, que han permitido sacar de la posición de indocumentados a miles de extranjeros.

Cada vez más y con mayor frecuencia se ha entendido que es necesario no sólo un cambio de paradigma en materia de extranjería, sino también un aumento en las políticas de integración. “Lo cierto es que la toma de conciencia de que los flujos migratorios no son algo pasajero sino un rasgo estructural del orden mundial característico de la globalización, exige que la integración represente un aspecto o dimensión básica de las políticas de extranjería”⁹⁰

Sin perjuicio de lo anterior, es claro que el cambio debe darse a nivel legislativo. Ya analizamos la legislación de nuestro país, basada en el criterio de la seguridad y utilidad nacional y la falta de consideración de los migrantes, como sujetos de derechos, que tienen deberes que cumplir, pero también garantías que deben ser protegidas.

Puede que los países latinoamericanos hayan decidido cambiar la perspectiva en la materia debido a que se caracterizan por tener una mayor tasa de emigración que inmigración. Sin embargo es esa la visión a la que se debe apuntar, si se pretende ser un país respetuoso de los derechos humanos. A continuación analizaremos las principales leyes latinoamericanas que dejaron atrás la visión restrictiva de las políticas migratorias, considerando al sujeto inmigrante como un aporte a la sociedad que merece protección.

⁹⁰ GRIJALVA, AGUSTÍN. 2006. [en línea] Derechos humanos de inmigrantes internacionales, refugiados y desplazados en Ecuador. Revista de Derecho UASB-Ecuador No. 6, Quito. Pag 245 a 269. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1503/1/RF-06-AV-Grijalva.pdf>> [consulta 13 de enero de 2015], pág. 233.

3.1. EL CASO DE ARGENTINA: LEY N°25871

Es importante el análisis del país vecino pues sus características en materia de migrantes son bastante parecidas a las de nuestro país: Los extranjeros provienen principalmente de países limítrofes, aproximadamente un 60% de sus inmigrantes reside en la capital nacional, hay una mayor proporción de mujeres que de hombres, es eminentemente migración laboral, existe un incremento leve de inmigración afro-descendiente y caribeña, y es un país con un saldo negativo en su relación emigración/inmigración.⁹¹

La ley argentina N° 25.871 fue aprobada en diciembre de 2003 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 20 de enero de 2004. El cambio legislativo fue, en gran medida, una respuesta a demandas permanentes de una red heterogénea de organizaciones de la sociedad civil, integrada por organismos de derechos humanos, instituciones vinculadas a las iglesias cristianas, académicos, organizaciones de migrantes y sindicatos, entre otros.⁹²

⁹¹ VERA, PABLO. 2013. Derecho Migratorio: Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 450.

⁹² CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf > [consulta 08 de enero de 2015] pág. 76

Lo interesante de la legislación argentina es que parte de la base de que hay derechos que deben ser garantizados, y no es pretexto para no hacerlo el hecho de que se trate de personas indocumentadas. De hecho dentro de sus considerandos señala que “La entrada en vigencia de la Ley de Migraciones N° 25.871 ha venido a regular todo lo concerniente a la política migratoria argentina y a los derechos y obligaciones de los extranjeros que desean habitar la República Argentina, en consonancia con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales en la materia. Que resulta necesario tener presente que la República Argentina ha reformulado los objetivos de su política migratoria, en un marco de integración regional latinoamericana y de respeto a los derechos humanos y movilidad de los migrantes, lo que genera un compromiso cada vez mayor de cooperación mutua entre los diversos Estados Parte del Mercado Común del Sur (Mercosur) y sus Estados Asociados, una progresiva facilitación de los procedimientos legales vigentes y una adecuada contemplación de las necesidades reales de los extranjeros que transitan o residen en el Territorio Nacional”.

Se establecen los siguientes derechos de los extranjeros:

- Derecho a la migración.
- Derecho a la igualdad de trato.

- Derecho al acceso, no discriminatorio, del inmigrante y su familia, a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.
- Derecho a la información.

Por otro lado, contempla el derecho de reunificación familiar y participación de los extranjeros en asuntos de la vida pública, con el objeto de promover su integración. Además establece que es deber del Estado promover medidas para lograr la regularización. De hecho no se utiliza la expulsión como la primera medida ante la irregularidad, considerada por Ceriani una medida “simple, limitada y usualmente ineficaz, ante un fenómeno complejo y multidimensional como la inmigración irregular”⁹³

Se establece a su vez el derecho de asesoría jurídica gratuita en caso de no tener los medios para obtenerla, se asegura que las medidas de detención y expulsión sólo podrán ser tomadas por autoridades del poder judicial, y nunca por autoridades administrativas, y se garantiza a su vez el derecho a revisión de las decisiones de expulsión. No existe la privación de libertad como medida cautelar en el marco de procedimientos de expulsión, como en nuestro país. La privación de libertad es sólo una pena, y tiene el carácter de excepcional,

⁹³ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf > [consulta 08 de enero de 2015] pág. 80.

rigiendo el principio de no detención durante la tramitación de todo el procedimiento de expulsión. Finalmente, se establece explícitamente que la expulsión no podrá afectar derechos adquiridos del migrante.

En cuanto a los derechos sociales, se asegura explícitamente la igualdad con los nacionales, como se mencionó en un principio, y no se distingue en salud, seguridad social, vivienda y educación, haciendo hincapié en que la irregularidad no será impedimento para el acceso a estos derechos, salvo cuando se trata de contratar trabajadores. En ese caso prohíbe el contratar a trabajadores irregulares, siempre considerando que la norma tiene por objeto prevenir el trabajo informal, que atenta contra derechos básicos de los trabajadores.

En términos de los deberes que tienen las personas migrantes, lo único que contempla es la obligación de los inmigrantes es cumplir con las leyes y disposiciones argentinas.

En cuanto a las categorías migratorias, goza de una amplia gama que contempla la categoría de residente permanente, temporal y transitorio, pero con varias sub-categorías que aseguran la inclusión de variados casos. Además, se entrega la posibilidad de pedir prórrogas en casos de enfermedades o en general, por razones humanitarias. Por otro lado, agrega el

concepto de “residencia precaria” que es concedida por la autoridad cuando se están formalizando los trámites del extranjero con una validez de 180 días, con autorización para trabajar.

Finalmente, se establecen los casos de impedimento para ingreso o permanencia, dando un listado taxativo y objetivo de las causales, sin entregar amplia discrecionalidad a la institución a cargo de su control. Son las siguientes:

- Cuando la persona ha presentado documentos falsos o adulterados.
- Cuando haya sido prohibido su ingreso o reingreso o en casos de expulsión.
- Cuando existe una condena o antecedentes por tráfico de armas, personas, narcotráfico o por lavado de dinero.
- Cuando la persona ha incurrido o participado en genocidios, crímenes de guerra, terrorismo o delitos de lesa humanidad.
- Cuando existe una condena en Argentina o antecedentes de haber promovido o facilitado el ingreso o permanencia ilegal de personas a la Argentina.
- Cuando existe una condena o antecedentes de presentación de documentos falsos.
- Cuando la persona haya promovido la prostitución.

- Cuando la persona haya ingresado a la Argentina eludiendo el control migratorio.
- Cuando exista algún impedimento para la radicación o se hayan incumplidos normas legales.

3.2. EL CASO DE URUGUAY: LEY N°18250

La ley N°18250 de migraciones de Uruguay fue promulgada el 6 de enero del año 2008 en la presidencia de Tabaré Vázquez. Tiene también como principal característica un cambio en la perspectiva que se daba del sujeto migrante respecto a la anterior legislación, siendo ahora la perspectiva la constante preocupación por los derechos humanos.

En su primer capítulo, sobre principios generales, se establece que: “El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”

En su primer artículo da cuenta de la protección hacia la persona del migrante, teniendo como eje fundamental el principio de igualdad y no discriminación, plasmado de manera explícita.

Tal derecho se contempla nuevamente y de forma explícita en el artículo 7°, donde se asegura a las personas extranjeras que ingresen y permanezcan en el territorio nacional el derecho a la igualdad de trato con el nacional en tanto sujeto de derechos y obligaciones.

En cuanto a los derechos reconocidos, se contempla el derecho de salud, trabajo, seguridad social, vivienda y educación en pie de igualdad con los nacionales. Se señala que la condición de irregular no obstará al acceso al derecho de justicia, salud, condiciones laborales y educación (cuando se trata de padres irregulares). Sin embargo también prohíbe la contratación de personas extranjeras que se encuentren en situación irregular, también con el objetivo de que no se abuse ni se vulneren sus derechos.

Reconoce a su vez el derecho a la reunificación familiar, incluyendo parejas no casadas, el derecho a la información de derechos, deberes y garantías, el respeto a la identidad cultural y la obligación del Estado de favorecer la integración socio-cultural.

Impone como único deber el respeto a las obligaciones de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados, leyes, decretos y reglamentaciones.

En cuanto a las categorías migratorias, establece la existencia de residentes y no residentes (turistas, invitados, negociantes, tripulantes, integrantes de espectáculos públicos, etc.), subdividiéndose el residente en permanente y temporario. Los primeros son aquellos que quieren establecerse definitivamente en el país, y los segundos los que entran para desarrollar una actividad por un plazo determinado. Se incluyen aquí los trabajadores migrantes; los científicos, investigadores y académicos; profesionales, técnicos y personal especializado; estudiante, becarios y pasantes; personas de negocios, empresarios, directores, gerentes y consultores; periodistas, deportistas, artistas y religiosos. Todos con sus cónyuges, hijos y padres. Se agregan las personas que entren por razones humanitarias, y los ciudadanos del Mercosur cuando así lo soliciten.

Es decir, se contemplan variadas hipótesis de personas que pretenden ingresar al país, y además, se entrega la facilidad de poder solicitar cuando se quiera un cambio en la categoría migratoria.

Con respecto a las razones de rechazo a la solicitud de ingreso al país, se trata de 7 prohibiciones establecidas de forma taxativa, que responden a criterios objetivos y que no facultan a la Administración de emitir discrecionales.

Por su parte, las causales denegatorias y cancelaciones de residencia y permanencia responden al mismo criterio anterior.

En cuanto a la expulsión, se enumeran también taxativamente las causales. Además, incluye un criterio novedoso: Cuando se trate de personas que ingresaron por un punto no habilitado o eludieron control migratorio; fueron objeto de desembarco condicional a raíz de dudas de la condición legal o documentaria; o permanecieron en el país una vez vencido el plazo de permanencia autorizado, la Dirección Nacional de Migración atendiendo las circunstancias del caso –parentesco con un nacional, condiciones personales y sociales, etc.- deberá intimarlo previamente a regularizar su situación en el país en un plazo determinado, bajo apercibimiento de expulsión. Es decir, dan primero la oportunidad de la regularización, y luego optan por la expulsión.

Contempla a su vez el derecho a revisión, y establece explícitamente que la expulsión no podrá llevarse a cabo hasta que la resolución se encuentre firme. Además, señala que la expulsión no podrá en ningún caso menoscabar por sí sola derechos adquiridos de las personas extranjeras en cuanto a recibir

o demandar el pago de sus salarios u otras prestaciones que les pudieran corresponder.

3.3. EL CASO DE ECUADOR: CONSTITUCIÓN ECUATORIANA Y LEY DE EXTRANJERÍA

Ecuador ha sido innovador en cuanto a su regulación de migraciones, pues no sólo tiene una ley que reconoce los derechos que asisten a las personas inmigrantes, sino que también tales derechos gozan de reconocimiento constitucional.

La Constitución Ecuatoriana en su artículo 13 señala que:

“Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley”, y luego, en su artículo 17 reconoce que “El Estado ecuatoriano garantiza el respeto de sus derechos humanos a todos sus habitantes sin discriminación alguna”.

Señala también que nadie puede ser considerado “ilegal”, ni ser privado de sus derechos con base en su condición migratoria.⁹⁴

⁹⁴ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf> [consulta 08 de enero de 2015] pág. 81

Además, y como excepción a toda regla, en el artículo 146.6 de su Constitución propugna el principio de una ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, y añade que, (el pueblo ecuatoriano)

“Exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos”.⁹⁵

Por otra parte, según el artículo 272, incluso si la propia Ley de Migración, la Ley de Extranjería del Ecuador o cualquier otra ley, reglamento o norma jurídica establecieran diferencias o discriminaciones entre ecuatorianos y extranjeros contrarias a la Constitución, la que debe prevalecer siempre es la Constitución. El artículo 18 de la Constitución así mismo dispone que: "Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales"⁹⁶

⁹⁵ MACHÍN, MACARENA. 2007 “Los derechos humanos y la Migración en Chile” Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural. [En línea] <http://www.observatorio.cl/biblioteca/documentos-trabajo> [consulta 20 de enero de 2015], pág. 51.

⁹⁶ GRIJALVA, AGUSTÍN. 2006. [en línea] Derechos humanos de inmigrantes internacionales, refugiados y desplazados en Ecuador. Revista de Derecho UASB-Ecuador No. 6, Quito, pag 245 a 269. < <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1503/1/RF-06-AV-Grijalva.pdf>> [consulta 13 de enero de 2015], pág. 246.

Es decir, no hay manera de que una ley o reglamento de inferior categoría pueda vulnerar algún derecho humano de las personas migrantes.

En cuanto a los derechos civiles (vida, igualdad, libertad, desarrollo de la personalidad y debido proceso, entre varios otros consagrados) no se distingue entre nacionales y extranjeros, si no que se establece que lo tienen todas las “personas”. “La Constitución establece solo una excepción a la regla de igualdad de derechos civiles entre ecuatorianos y extranjeros: El número 14 del artículo 23 establece que la ley regulará el tránsito, establecimiento de residencia, ingreso y salida del Ecuador por parte de los extranjeros. Notemos que la Constitución no elimina el derecho de los extranjeros a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, sino que simplemente establece que la ley lo regulará.”⁹⁷

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, la Constitución tampoco distingue entre nacionales y extranjeros, por lo que son igualmente aplicables para ambos.

⁹⁷ GRIJALVA, AGUSTÍN. 2006. [en línea] Derechos humanos de inmigrantes internacionales, refugiados y desplazados en Ecuador. Revista de Derecho UASB-Ecuador No. 6, Quito. Pag 245 a 269. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1503/1/RF-06-AV-Grijalva.pdf>> [consulta 13 de enero de 2015], pág. 247.

Con respecto a la ley de extranjería, ésta comienza señalando en su artículo 2 que:

“De conformidad con lo establecido en la Constitución Política de la República, los extranjeros tendrán los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones previstas en la ley”

Es decir, parte con el reconocimiento expreso del derecho de igualdad. Como adelanto podemos establecer que son pocas las limitaciones previstas en la ley, que se relacionan con derechos de participación política, no haciendo ninguna diferencia en los derechos civiles ni en los económicos, sociales y culturales.

En su artículo 5 deja en claro que: “La decisión de conceder, negar o revocar una visa a un ciudadano extranjero, no obstante el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, es facultad soberana y discrecional de la Función Ejecutiva, a través de los organismos competentes”,

Por lo tanto entrega amplias facultades al organismo en cuestión, sin establecer parámetros objetivos que puedan guiar la decisión del funcionario a cargo. En eso hay similitudes con la ley chilena. Sin embargo, establece un

Consejo Consultivo de Política Migratoria, que tiene entre sus funciones conocer las consultas que puedan venir por revocaciones o negativas de visas.

Con respecto a las categorías migratorias, parte definiendo al inmigrante como “Considérese inmigrante a todo extranjero que se interna legal y condicionalmente en el país, con el propósito de radicarse y desarrollar las actividades autorizadas” A continuación, da una detallada lista de actividades en las que se puede desarrollar la persona inmigrante, para finalmente dejar en claro que no es necesario el cambio de categoría ante un cambio en la actividad. De esta manera -flexibilizando las categorías migratorias- logra ahorrar una serie de trámites burocráticos que solo perjudican al migrante. Se exige sin embargo la inscripción en el Registro de Extranjeros en el plazo de 30 días, desde que se admite su calidad de inmigrante en Ecuador. Con tal inscripción consiguen de inmediato un domicilio político en el Ecuador, y una cédula de identidad, que es el documento que acredita su regularidad en el país.

Todo lo concerniente a organización y competencia de las Instituciones a cargo, a la exclusión y deportación de extranjeros, y a los delitos, contravenciones y penas que pueda cometer un extranjero se regulan en la ley de migración. Cabe mencionar que sí se considera un delito obtener un

pasaporte con información falsa, mas no se sanciona –como en Chile- el tratar de ingresar con ella.

Concluimos entonces que en el Ecuador las principales garantías a los migrantes se encuentran reconocidas a nivel Constitucional, cuestión que les da mayor rango de protección, al tratarse de la Carta Fundamental del país.

CAPITULO 4: VULNERACIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA MIGRATORIA

Este capítulo pretende realizar un estudio práctico, analizando situaciones en las que se ve vulnerado el derecho de igualdad y no discriminación de los migrantes, en las diversas áreas de nuestro ordenamiento jurídico. Resulta relevante en atención a la interrelación que existe entre los distintos derechos fundamentales de las personas, y considerando además que en reiteradas ocasiones la vulneración de un derecho está necesariamente ligado a la vulneración de otro.

Por otro lado, la situación de los derechos humanos en Chile es una realidad preocupante, entendiéndose que podría eventualmente acarrear la responsabilidad internacional del país ante tribunales de justicia, por vulnerar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Cecilia Medina advierte:

“Todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención (Americana de Derechos Humanos) que pueda ser atribuido según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier

autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la misma Convención”⁹⁸

Dado lo anteriormente expuesto es que creemos necesario abarcar las ramas de mayor importancia en nuestro ordenamiento jurídico, que presentan conflictos en cuanto al respeto de los derechos humanos de las personas migrantes, incurriendo en prácticas discriminatorias o afectando directamente el derecho de igualdad que tenemos todas las personas por el solo hecho de ser tales.

Así, partiremos analizando el Derecho Procesal Penal, donde el principal problema radica en la errada interpretación del término “formalización”. Luego se realizará un análisis pormenorizado en sede Administrativa, donde las principales complicaciones se relacionan con vulneraciones a las garantías del debido proceso; en materia Laboral se detallarán problemas que tienen directa relación con la desprotección de los trabajadores con residencia sujeta a contrato de trabajo. Por otro lado en Derecho Constitucional el conflicto viene dado al considerar a los hijos de migrantes irregulares como hijos de extranjeros transeúntes; y por último se mencionarán los Derecho Económicos Sociales y Culturales, principalmente en los temas de Salud y Educación.

⁹⁸ MEDINA, CECILIA. 1996. El derecho internacional de los derechos humanos. Sistema jurídico y derechos humanos, el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos en DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Guía básica de derechos de extranjeros y migrantes ante el sistema Penal. Santiago, pág. 3

4.1. SEDE PENAL

4.1.1. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho a la presunción de inocencia es una de las garantías que contempla el Debido Proceso, y consiste en que una persona es inocente y por lo mismo debe ser tratada como tal hasta que se demuestre su culpabilidad, razón por la cual es el Estado el que tiene la carga de la acusación y de la prueba.

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que (artículo 11 N°1):

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 N°2):

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”

A nivel regional la Convención Americana de Derechos Humanos expone la misma idea(artículo 8):

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”

Por último la legislación nacional considera el derecho a la presunción de inocencia en el artículo cuarto del Código Procesal Penal:

“Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”

4.1.2. PROBLEMAS

4.1.2.1. CRIMINALIZACIÓN DE LOS MIGRANTES POR LA POBLACIÓN CIVIL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En la vida cotidiana se da un fenómeno complejo para los extranjeros que residen en Chile, sobre todo para los que provienen de América Latina: Existe

en nuestro país la idea generalizada de que los migrantes son más propensos a la comisión de actos delictuales que los nacionales. Tal idea - que no tiene ningún asidero en la realidad- ha sido constantemente divulgada por los medios de comunicación. Esta situación genera fuertes discriminaciones y prácticas xenofóbicas de parte de los chilenos a nuestros vecinos que deben ser erradicadas.

A modo de ejemplo, en el programa de Chilevisión Tolerancia Cero el panelista Fernando Villegas expone lo siguiente:

“En un montón de ámbitos el Estado nuestro está mostrando deficiencias (...) no hay una política inmigratoria en este país en un momento dado en que ya tenemos cuatrocientas quinientas mil personas extranjeras, no hay filtros adecuados, no hay un procesamiento adecuado y se están generando ya guetos de delincuencia de algunos de esos grupos que vienen de afuera y que no han sido controlados suficientemente, no hay un control adecuado de fronteras, aquí los delincuentes de países vecinos se dan el lujo de entrar y asesinar a Carabineros”⁹⁹

⁹⁹ TOLERANCIA CERO. Programa emitido por Chilevisión. Capítulo 29. Temporada 2015. 29 de Marzo de 2015. [en línea] http://www.chilevision.cl/tolerancia_cero/capitulo/tolerancia-cero-temporada-2015-capitulo-29-de-marzo/2015-03-30/011633.html [consulta 31 de marzo de 2015]

La discriminación contra los migrantes fue una preocupación del Comité para la Eliminación de la discriminación racial de la ONU, quien en su recomendación para Chile mencionó lo siguiente:

“El Comité reitera su preocupación por que los migrantes, particularmente los de origen Latinoamericano, continúan enfrentándose a discriminación y obstáculos en el ejercicio de sus derechos. Además nota con preocupación que ciertos medios de comunicación califican a los migrantes con prejuicios y estereotipos”¹⁰⁰

Sin embargo, la realidad es que la comisión de actos delictivos por parte de extranjeros es muy escasa. Lorena Fries, directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos expone las cifras que se analizaron en mesa interinstitucional de acceso a la justicia para migrantes:

“El reporte recogió los datos de ambas policías para el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2014. Establece que, de los 477 mil extranjeros actualmente residentes en Chile, 10.701 intervinieron en un proceso penal. De ellos, el 1,2% (correspondientes a 5.740) fueron detenidos e

¹⁰⁰ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. 2013. Recomendaciones a Chile. [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html> [consulta 23 de febrero de 2015]

imputados por un posible ilícito. El resto, 4.961, comparecieron como víctimas de un delito.”¹⁰¹

4.1.2.2. ABSOLUCIÓN O SALIDAS ALTERNATIVAS AL PROCESO PENAL COMO SUFICIENTES PARA DECRETAR LA EXPULSIÓN

El nuevo Código Procesal Penal contempla una institución denominada salidas alternativas. Éstas pueden contemplarse desde una mirada amplia o restrictiva.

En sentido amplio supone cualquier forma de solución de conflicto en materia penal distinta a la sentencia definitiva dictada por un Tribunal Oral en lo Penal o Juzgado de Garantía. Las salidas alternativas en su sentido amplio han sido definidas por los profesores Maturana y Montero de la siguiente manera:

“En un sentido amplio se pueden calificar como salidas alternativas todas aquellas instituciones contempladas en el nuevo sistema procesal que permiten poner término, suspender o resolver el conflicto en una forma distinta al procedimiento ordinario que es el juicio oral, con lo cual podemos comprender bajo dicha denominación todas las formas de terminación anticipada del

¹⁰¹INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2015. Mesa interinstitucional de acceso a la justicia para migrantes: El 1,2% de extranjeros fue detenido por policías durante 2014. Página oficial. Noticias. [en línea] <http://www.indh.cl/mesa-interinstitucional-de-acceso-a-la-justicia-para-migrantes-el-12-de-extranjeros-fue-detenido-por-policias-durante-2014>. [consulta 5 de mayo de 2015]

procedimiento como el archivo provisional (artículo 167), facultad de no iniciar la investigación (artículo 168) y el procedimiento abreviado, que constituye una alternativa del juicio oral como forma de solución de conflicto.”¹⁰²

Por otro lado, el sentido restringido de las salidas alternativas contempla únicamente la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

La suspensión condicional del procedimiento es definida de la siguiente manera:

“Es aquella salida alternativa que se concede por medio de una resolución judicial en caso de cumplirse los requisitos previstos en la ley, previo acuerdo entre el imputado y el Ministerio Público, mediante el cual se suspende la tramitación del proceso penal durante un plazo judicial no superior a tres años, sometiéndose al imputado al cumplimiento de una o más condiciones durante este período, las que una vez cumplidas conducen a la dictación de un sobreseimiento definitivo por extinción de la responsabilidad penal.”¹⁰³

Los acuerdos reparatorios por su parte se definen como se expresa a continuación:

¹⁰²MATURANA, CRISTIÁN y MONTERO, RAÚL. 2010. Derecho Procesal Penal. Legal Publishing Chile. Tomo II, pág. 625.

¹⁰³MATURANA, CRISTIÁN y MONTERO, RAÚL. 2010. Derecho Procesal Penal. Legal Publishing Chile. Tomo II, pág. 627.

“Son aquella salida alternativa que se concede en una audiencia por medio de una resolución judicial, si la víctima y el imputado hubieren convenido en una reparación, en los casos y con las formalidades previstas en la ley, generándose la extinción de la responsabilidad penal.”¹⁰⁴

Tanto en la suspensión condicional del procedimiento como en los acuerdos reparatorios no existe un juicio de culpabilidad. Por lo tanto, que el proceso termine en virtud de alguna de estas medidas no significa que el imputado sea culpable, y como el proceso se debe ajustar al derecho que tienen todas las personas a la presunción de inocencia, debiésemos entender que hasta ese momento procesal la persona es inocente, sin importar si se cometieron o no los hechos imputados, pues no existe una condena en su contra.

Por tanto, se incurre en un error al considerar que en materia migratoria basta con la formalización de la investigación para que se pueda revocar un permiso de residencia, decretándose un decreto de expulsión respecto a un extranjero sometido a un proceso penal, sin importar si el proceso termina por una salida alternativa, o incluso por una sentencia absolutoria. En definitiva, aun cuando un tribunal independiente e imparcial establezca la inocencia del

¹⁰⁴MATURANA, CRISTIÁN y MONTERO, RAÚL. 2010. Derecho Procesal Penal. Legal Publishing Chile. Tomo II, pág. 637.

extranjero, la administración puede expulsarlo del país, por el simple hecho de haber sido formalizado.

En definitiva, el Departamento de Extranjería y Migración ha entendido que se puede decretar la expulsión del extranjero desde que se ha iniciado un proceso penal en su contra, y no desde que ha sido condenado en virtud de una sentencia definitiva.

Esta situación fue informada por la Defensoría Penal Pública a la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la siguiente manera:

“Otro problema que genera esta norma está relacionado con la nomenclatura procesal penal que se utiliza, ya que en atención a la fecha del DL 1.094 (1975) se utiliza el auto de procesamiento como situación penal merecedora de expulsión (situación en que quedaban los reos una vez dictado el auto de procesamiento y que debía cumplir con ciertos requisitos legales y que se encuentra absolutamente derogado con la reforma procesal penal), sin embargo, la autoridad administrativa ha relacionado el sometimiento a proceso con la formalización del proceso penal actual. Por ende, basta que se formalice a una persona (que se le comunique que se ha iniciado una investigación en su contra) por cualquiera de los hechos ya descritos anteriormente, para que la

autoridad administrativa dicte una expulsión. Sin embargo no se considera en absoluto el principio de inocencia, pues existen imputados absueltos o cuyas causas han terminado por salidas alternativas distintas a la condena, que son igualmente expulsados a pesar de no haberse comprobado nunca su responsabilidad penal. En términos sencillos, se puede ser inocente y ser expulsado.”¹⁰⁵

Los tribunales nacionales también se han pronunciado al respecto, por ejemplo en la causa denominada Rehman Kashif c/ Gobernador Provincial de Iquique¹⁰⁶ la Corte de Apelaciones de Iquique acogió la acción constitucional de protección en base a los siguientes hechos:

Don Kashif Rehman, paquistaní, ingresa a nuestro país el año 2009 con una visa de turista que resultó ser adulterada, iniciándose una acción en su contra por estos hechos. El 2 de abril de 2013 se dicta el sobreseimiento definitivo de la causa penal, en virtud de una suspensión condicional del procedimiento. El problema radica en que una vez vencida su visa de turista solicita residencia sujeta a contrato, la que es rechazada, así como los recursos

¹⁰⁵ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Minuta sobre la situación de los migrantes ante la justicia Penal, exposición ante la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados. 13 de agosto de 2014. [en línea] <<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=20674&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>> [consulta 23 de febrero de 2015]

¹⁰⁶ CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. 2014. Rehman Kashif c/ Gobernador Provincial de Iquique. Sentencia 9 de septiembre de 2014. [en línea] [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ38677&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ38677&links=[LEY,%20EXTRANJ]) [consulta 10 de marzo de 2015]

en contra de esta decisión, por haber hecho ingreso al país con documentos adulterados.

La Corte de Apelaciones concluyó que, en este caso se había afectado el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República), en la medida en que se afectó el principio de presunción de inocencia.

En efecto, indica la Corte, la formalización de la investigación implica simplemente la comunicación que se le hace a una persona respecto a que se lleva a cabo una investigación en su contra, y en caso alguno implica una condena. La suspensión condicional del procedimiento, por su parte, corresponde a un acuerdo entre el acusador y el imputado aprobado por el juez de garantía, cuyo cumplimiento implica el sobreseimiento definitivo de la causa, por lo que, en este caso, no se puede mantener una imputación en base al efecto producido por esta salida alternativa. Por lo mismo, la decisión de negar a este hombre la visa sujeta a contrato no se ajusta a derecho.

4.1.3. AFECTACIÓN AL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO PENAL

Entender que basta con que se inicie un proceso penal en contra de un sujeto para que respecto a éste puedan existir medidas tan gravosas que afecten sus derechos -como por ejemplo la facultad de la administración de decretar la expulsión de nuestro país - constituye una violación al principio de presunción de inocencia. Es decir, esta visión entiende que basta con que se inicie un proceso en contra de un extranjero para “presumir” que éste es culpable y por ende debe ser expulsado del país, cuando la verdad es que el inicio de la acción penal contra una persona no dice absolutamente nada respecto a su culpabilidad. La formalización de la investigación en lenguaje del nuevo sistema procesal penal implica que se le comunica a una persona que se lleva a cabo una investigación en su contra respecto a uno o más hechos determinados. En definitiva, el Ministerio Público está recopilando información para ver si acusa o no, y si llega a acusar debe existir un juicio con todas las garantías procesales y legales para que finalmente un tribunal independiente e imparcial determine si la persona es culpable o inocente, y sólo una vez que un tribunal con estas características dicte sentencia definitiva condenatoria firme, el sujeto puede dejar de ser tratado como inocente, pero nunca antes. Por lo tanto, si el proceso ha terminado por una salida alternativa o bien el extranjero ha sido absuelto, tiene todo el derecho a permanecer en nuestro país sin que sea posible ordenar su expulsión.

4.1.4. EXPULSIÓN COMO MEDIDA SUSTITUTIVA A LA PENA INCORPORADA POR LA LEY N°20.603

El 27 de diciembre de 2013 entró en vigencia la ley N°20.603, que modificó la ley N° 18.216 (establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad). Las penas sustitutivas son aquellas que establece el tribunal, previa constatación de ciertos requisitos legales, con el objeto de evitar que la persona condenada sea privada de libertad. El fundamento de esta ley es, fomentar la reincorporación social de las personas condenadas, además de evitar la cárcel, que puede significar una escuela de delincuencia para condenados.

Las penas sustitutivas son:

- 1) La Remisión Condicional de la Pena: Que consiste en un control administrativo por el cual una persona debe firmar en Gendarmería todos los meses.
- 2) Reclusión Parcial: Consiste en el encierro de una persona en su domicilio o en establecimientos especiales de gendarmería, durante 56 horas semanales.

3) Libertad Vigilada: En el cual el condenado está sometido a un programa de intervención bajo la vigilancia y orientación de un delegado de Gendarmería de Chile.

4) Libertad Vigilada intensiva: El condenado al ser beneficiado con esta medida debe someterse al cumplimiento de un programa de actividades bajo la aplicación de condiciones especiales

5) Expulsión de extranjeros: Consiste en la expulsión de un extranjero condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, y que no residere de manera legal en el país.¹⁰⁷

Expulsión como Medida Sustitutiva a la pena:

La ley 20.603 en su artículo 34 regula la expulsión de la siguiente manera:

“Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residere legalmente en el país, el juez de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquel del territorio nacional. A la audiencia que tenga por objeto resolver acerca de la posible sustitución de la

¹⁰⁷GENDARMERÍA DE CHILE MINISTERIO DE JUSTICIA. 2015. Cuentas Públicas Participativas 2015 gestión 2014. [en línea] <[en línea] <<http://www.gendarmeria.gob.cl>>

pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído (...) El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en una plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena”

El problema radica en la facultad que otorga el legislador al juez para actuar de oficio, porque si se aplica esta medida a petición de parte no existe inconveniente, sin embargo existe la posibilidad de que el juez decrete de oficio la medida, y en ese caso se puede afectar directamente los derechos del condenado. Esta situación se va a producir en aquellos casos en que el condenado tenga fuertes vínculos que lo ligen a Chile, que hagan que en definitiva prefiera cumplir su condena en el territorio nacional, habida consideración de los lazos que lo unen con el país.

Al pronunciarse el Tribunal Constitucional los ministros Vodanovic y otros formularon una precisión interpretativa:

“La expulsión de un extranjero no puede suponer una vulneración de los derechos de los niños, hijos de los extranjeros, especialmente el derecho de

reagrupación familiar del artículo 10.1 de la Convención de Derechos del Niño”¹⁰⁸

Por lo tanto, lo importante en este caso es que el juez no aplique de manera mecánica el artículo 34 de la ley 20.603, sino que realice una evaluación casuística que permita garantizar los derechos del condenado, así como los derechos de sus familiares, toda vez que esta medida puede significar un gravamen excesivo respecto a personas que tienen vínculos significativos con Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que en caso de que el imputado cumpla efectivamente su condena en Chile, de todas formas va a ser expulsado administrativamente, lo que nos lleva a otro problema: La afectación del principio de *ne bis in ídem*, pilar fundamental de todo el Derecho Penal.

En palabras del profesor Juan Pablo Mañalich:

“En términos generales, el principio *ne bis in ídem* está constituido por la prohibición de que una persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho”¹⁰⁹

¹⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2012. Prevención interpretativa de los Ministros Hernán Vodanovic, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García. Rol 2230-2012. en DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Derechos de las personas extranjeras y migrantes ante el sistema penal. Santiago. pág.5

En este caso nos encontramos justamente con una vulneración al principio de *ne bis in ídem*, pues el condenado por los mismo hechos - antecedentes de su condena- va a ser doblemente sancionado. En primer lugar debiendo cumplir la condena impuesta, y luego una vez cumplida será sancionado mediante la expulsión del territorio nacional.

4.1.5. PENALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR CONTEMPLADA EN EL DL 1.094

El DL 1094 contempla delitos asociados a infracciones de la normativa migratoria, como ingresar o permanecer de manera irregular en el territorio nacional, entre otros.

Ceriani menciona el caso de Chile para ejemplificar países en que vulneraciones en materia migratoria se sancionan con penas privativas de libertad:

¹⁰⁹ MAÑALICH, JUAN PABLO. 2011. El principio de *ne bis in ídem* en el derecho penal chileno. Revistas de estudios para la justicia N°15, pág 139. [en línea] http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MA%C3%91ALICH%20_10.pdf. [Consulta 23 de febrero de 2015]

“El caso de Chile es el ejemplo más claro dentro de la región de esta situación, ya que llega a contemplar penas de hasta diez años de prisión”¹¹⁰.

En efecto, el artículo 68 del DL 1.094 prescribe lo siguiente:

“Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo, debiendo disponerse además su expulsión, la que se llevará a efecto tan pronto como el afectado cumpla la pena impuesta.”

Es decir, por incurrir en esta conducta la sanción fluctúa entre los tres años y un día a los cinco años de privación de libertad. Esta pena resulta excesiva en relación a los artículos 194 y 196 del Código Penal, que para el uso malicioso de instrumento público establecen una pena que fluctúa entre los 61 días a cinco años de privación de libertad.

Art. 194 El particular que cometiere en documento público o auténtico alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

¹¹⁰ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf > [consulta 14 de febrero de 2015] pág. 79.

Art. 196 El que maliciosamente hiciere uso del instrumento o parte falso, será castigado como si fuere autor de la falsedad.

Presidio menor en su grado máximo es la pena impuesta para quienes ingresen al país o intenten ingresar de forma clandestina, en virtud del artículo 69 del citado Decreto Ley, y además en los casos en que existen causales de impedimento o prohibiciones de ingreso la pena es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, es decir de tres años y un día a diez años.

La tendencia actual de los países (cf. capítulo 3) es reformar su legislación dejando en el plano netamente administrativo las infracciones a las leyes migratorias, y al derecho penal lo que es de éste, derogando cláusulas que imponían penas de prisión por infracciones de carácter migratorio. Como ejemplos de esta situación encontramos el caso de México (con penas que llegaban hasta los diez años) y el de Panamá (con penas que llegaban hasta tres años).¹¹¹

¹¹¹ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. pág. 79. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf > [consulta 14 de febrero de 2015]

4.1.6. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA PENAL

En materia penal existe un tratamiento distinto a chilenos y extranjeros que no tiene fundamento en motivos racionales y objetivos. En primer lugar, la sociedad tiene la visión errada de que los extranjeros son personas “peligrosas” mucho más propensas a la comisión de actos delictivos que los nacionales, cuando la realidad según las cifras es otra (v. 4.1.2.1) En este sentido existe una discriminación *de facto*, que se produce en las casas de chilenas y chilenos, situación que proviene de la falta de conocimiento de nuestros compatriotas, y que requiere de acciones afirmativas por parte de la administración y de la sociedad en su conjunto para ser erradicada. (v.1.1)

Luego, y más grave que lo anterior, existe la vulneración al derecho de igualdad y no discriminación en nuestra propia legislación (discriminación *de iure*) dado que respecto a los chilenos rige plenamente el principio de presunción de inocencia hasta la dictación de una sentencia condenatoria. Respecto a los extranjeros en cambio, basta con que se inicie un proceso penal en su contra para que sean catalogados como “culpables” por la administración y puedan ser expulsados de nuestro país, sin importar si el proceso termina por una salida alternativa o incluso a través de la absolución.

Posteriormente, una vez condenados, también se afecta el principio de igualdad y no discriminación, ya que existe sólo respecto de extranjeros – y no respecto de los chilenos- la expulsión como medida sustitutiva a la pena. Es decir, los extranjeros condenados por delitos que deban cumplir una pena máxima de cinco años de privación de libertad pueden ser expulsados de oficio por el juez, con la prohibición de ingreso al país en un plazo de diez años. Esta medida, si bien muchas veces beneficia al extranjero, en otros casos puede ser considerablemente gravosa para una persona que prefiere cumplir condena en Chile, por los vínculos que pueda tener con nuestro país tal como familia, hijos, una relación laboral etc.

Además, se ve afectado el derecho de igualdad y no discriminación respecto a los condenados extranjeros, en atención a que ellos van a ser doblemente sancionados, a través del cumplimiento de la condena y luego la expulsión.

Por último, es posible vislumbrar una afectación al derecho de igualdad y no discriminación, en relación a las penas que se imponen en nuestro país respecto a infracciones a la ley de extranjería. Lo anterior considerando que por hechos que revisten características similares se sanciona con penas mucho mayores en la legislación migratoria que en nuestro Código Penal.

4.2. SEDE ADMINISTRATIVA

4.2.1. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el debido proceso de la siguiente manera:

“Conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”¹¹²

A pesar de que en tratados internacionales no existe una definición en cuanto a qué se entiende por debido proceso, se establecen garantías mínimas que lo conforman. A continuación se analizará la regulación del debido proceso en los distintos instrumentos que ha adoptado la comunidad internacional y que han sido ratificadas por Chile.

¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia 2 de febrero de 2001. Párrafo 124. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf> [consulta 8 de abril de 2015]

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, encontramos en el artículo octavo el derecho de toda persona a un recurso efectivo, en el artículo décimo el derecho a un juez natural, y finalmente el artículo décimo primero numeral uno regula el derecho a la presunción de inocencia.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos garantiza el derecho a un recurso efectivo, el artículo noveno se refiere al derecho a no ser detenido arbitrariamente, al derecho a acceder a información respecto a la detención, a ser llevado inmediatamente ante un juez, a ser juzgado dentro de un plazo razonable, y a la posibilidad de recurrir respecto a la detención. El mismo instrumento agrupa las siguientes garantías en el artículo décimo cuarto: El derecho a la presunción de inocencia, a ser informado sin demora y en un idioma que entienda de las causas de la acusación, a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa y a comunicarse con un defensor de su elección, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor, a ser asistido gratuitamente por un intérprete, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, y a recurrir ante un tribunal superior respecto a una sentencia condenatoria.

La Convención Americana de Derechos Humanos por su parte regula en el artículo séptimo el derecho a la libertad personal, y que nadie puede ser

sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios, a conocer los motivos de la detención, a ser llevado sin demora ante un juez y, a ser juzgado en un plazo razonable. El artículo octavo, llamado garantías judiciales, estipula que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez competente, independiente e imparcial, el derecho a la presunción de inocencia, a ser asistido gratuitamente por un intérprete, a conocer la acusación y tiempo adecuado para la preparación de la defensa, derecho a ser defendido personalmente o por un defensor, derecho a recurrir y derecho al *ne bis in ídem*. Finalmente el artículo veinticinco, denominado de la protección judicial, indica que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante tribunales de justicia frente a actos que violen sus derechos fundamentales.

En materia migratoria la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, regula en el artículo 18 (y siguientes) el derecho a recurrir ante tribunales de justicia en las mismas condiciones que los nacionales, a ser oído por un tribunal competente con las debidas garantías, a la presunción de inocencia, a ser informado de la acusación en su contra, a disponer del tiempo suficiente para la preparación de su defensa, a ser juzgado sin dilaciones, a defenderse personalmente o por un defensor, a ser asistido gratuitamente por un intérprete, y del derecho al *ne bis in ídem*.

En nuestra legislación interna el debido proceso se encuentra regulado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República redactado de la siguiente manera:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”

El constituyente prefirió regular el debido proceso de manera general, sin especificar cuáles son las garantías específicas que contempla. Sin perjuicio de lo anterior, se regula expresamente la prohibición de apremios ilegítimos, la igualdad ante la ley, el derecho a la defensa jurídica, derecho a un juez natural, a no presumir de derecho la responsabilidad penal entre otros aspectos.

Si bien el concepto de debido proceso se establece en principio a los órganos que ejercen jurisdicción, hay consenso respecto a que este concepto se extiende a las otras ramas del derecho como por ejemplo el derecho administrativo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente

“En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”¹¹³

En materia de política migratoria a nivel Latinoamericano Ceriani advierte que:

“Una cuestión particularmente grave es la ausencia casi generalizada de garantías de debido proceso. Así acceder a la justicia y gozar de una asistencia jurídica gratuita son garantías por lo general ignoradas en las normas migratorias.”¹¹⁴

¹¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia 2 de febrero de 2001. Párrafo 124. [en línea] < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf> [consulta 8 de abril de 2015]

¹¹⁴ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf> [consulta 14 de febrero de 2015] pág. 81.

4.2.2. PROBLEMAS

4.2.2.1. DISCRECIONALIDAD EN LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR EL INGRESO Y PERMANENCIA DE LOS EXTRANJEROS EN NUESTRO PAÍS

Sin perjuicio del análisis legislativo contemplado en el capítulo segundo de la presente investigación (v.2.2.1.1) es necesario poner énfasis en las amplias facultades que se le entregan a la Administración respecto al ingreso y permanencia de personas extranjeras a nuestro país. Criterios que dicen relación con la mirada que está detrás de la migración, situación que Leonardo Cofré expone de la siguiente manera:

“Chile se puede caracterizar como un país que posee una visión “instrumental” de la migración, intentando asegurar esta visión a través de mecanismos de control migratorio tanto en la selección de quienes ingresan como en la expulsión de quienes no se ajustan a ese perfil.”¹¹⁵

Las normas que regulan el ingreso, la expulsión y el otorgamiento de visas a los extranjeros dejan tales aspectos a criterios absolutamente discrecionales, cuando lo lógico es que obedezcan a conductas objetivas que

¹¹⁵COFRÉ, LEONARDO. Aproximación al derecho administrativo sancionador: Las potestades sancionadoras, trabajo en desarrollo, p.4.

no impliquen interpretaciones sujetas al arbitrio de los organismos encargados de su aplicación. No hay discusión respecto a que deben existir criterios establecidos (para prohibir la entrada de determinadas personas al país por ejemplo) pues es manifestación de la soberanía nacional de cada Estado, pero ello no implica que estos criterios sean establecidos por el legislador y ejecutados por el organismo encargado a tales efectos, sin motivos racionales ni justos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

“Si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”.¹¹⁶

Son excesivas las disposiciones del DL N° 1094 y del reglamento de extranjería que hacen evidente esta situación. Sólo a modo de ejemplo:

Artículo 2 inciso segundo DL N°1094: “Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales”.

¹¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Vélez Loo vs Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Párrafo 97.

Estos conceptos son jurídicamente indeterminados, en el sentido de que no queda claro qué conductas comprende específicamente. Por lo anterior resulta necesario realizar un análisis caso a caso de las distintas situaciones que puedan afectar el interés o seguridad nacionales, lo que otorga un amplio campo discrecional para su decisión. Esta norma debe ser entendida atendiendo al periodo histórico en el cual se dicta, en cuanto a que el legislador tiene en vista fundamentalmente conductas que pudieran ser contrarias al régimen militar:

Artículo 13 DL N° 1094: Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión, y la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.

Se repite la misma idea en el artículo 13 del Reglamento de Extranjería.

Estos artículos hacen necesaria una profunda labor hermenéutica porque se establece expresamente que la decisión de que una persona ingrese o se mantenga en Chile se ejerce de manera discrecional por parte del Ministerio del

Interior, atendiendo a lo que éste considere conveniente o útil, según la información entregada por Policía de Investigaciones.

Artículo 15 DL 1094: Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros –entre otros- :

- 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 y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes califiquen de delito contra la seguridad exterior (...) y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado.

Nuevamente una norma con conceptos jurídicos indeterminados que implican una serie de complicaciones a la hora de su interpretación. Sólo a modo de ejemplo: ¿Cómo se demuestra que una persona fomenta doctrinas que alteran el orden social?, ¿Qué doctrinas son las que alteran dicho orden?, ¿Qué significa y quién determina si una persona tiene “reputación de ser agitador”, y cómo se demuestra dicha reputación a través de parámetros objetivos que puedan ser comprendidos por cualquier persona racional? por

último ¿Qué actos serían contrarios a los intereses de Chile, cuáles serían los intereses de Chile y, dónde se encuentran determinados?

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

En este caso basta con establecer que la persona se dedica a dichos actos sin siquiera corroborar la existencia de una sentencia condenatoria, sino simplemente suponer una situación no acreditada. Luego, los conceptos de moral y buenas costumbres son clásicos ejemplos de indeterminación, toda vez que por su propia definición van cambiando según el lugar y época en que se analicen, sin quedar claro por tanto qué conductas son contrarias a la moral y las buenas costumbres.

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

La pregunta aquí es cuánto dinero requiere una persona para vivir en Chile sin necesidad de ser carga social. En definitiva, será el funcionario encargado del ingreso quien arbitrariamente y sin ningún patrón objetivo

establezca si la cantidad de dinero que tiene la persona que busca ingresar a Chile, es o no suficiente para estos efectos.

La Corte Suprema de nuestro país se pronunció respecto a esta situación en el caso Grimalda Velasquez Cancacahua c/ Jefe de Prefectura Policía Internacional Aeropuerto de Santiago, en el cual se acoge apelación de acción de amparo¹¹⁷

La señora Grimalda Velasquez ingresó a nuestro país el 9 de febrero de 2013 e informó que retornaría a su país el día 3 de marzo del mismo año (ya habiendo comprado su pasaje de regreso). La amparada traía consigo \$236.000, aproximadamente, para satisfacer sus necesidades por los 22 días que estaría de visita en Chile, invitada por unos amigos.

Menciona la Corte que efectivamente el artículo 44 del DL 1094 establece lo siguiente:

"Todo turista deberá tener los medios económicos suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, circunstancia que deberá acreditar cuando lo estime necesario la autoridad policial".

¹¹⁷ CORTE SUPREMA. 2013. Grimalda Velasquez Cancacahua c/ Jefe de Prefectura Policía Internacional Aeropuerto de Santiago. Sentencia 4 de junio de 2013. Rol: 3563-13. [en línea] [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ35232&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ35232&links=[LEY,%20EXTRANJ]) [consulta 10 de marzo de 2015]

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte argumenta que los preceptos no contemplan la forma en que se deben acreditar estos medios económicos suficientes, por lo tanto se trata de una cuestión subjetiva y discrecional, que como tal debe ser analizada con prudencia y en forma restringida.

En atención a las circunstancias del caso la Corte señala que la mujer venía por tan sólo 22 días, tenía un pasaje de regreso, y se iba a quedar con sus familiares. Por lo tanto la suma de dinero con la que contaba resultaba suficiente para su visita (sin importar que esa cantidad de dinero hubiese sido prestada). Por lo anterior, acoge el recurso de amparo, entendiendo que la decisión de devolver a la amparada a su país de origen, fundada en el que no portaba los medios suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, fue ilegal y arbitraria y vulneró su libertad de desplazamiento, siendo ilegal también la retención de su documentación. Se considera la actuación de los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Aeropuerto ilegal y arbitrario y se dispone que, para el caso que la amparada pretenda reingresar al país, se le permita su entrada, en las condiciones en que antes pretendió hacerlo.

Artículo 29 DL 1094: Se otorgará visación de residente temporario al extranjero que tenga el propósito de radicarse en Chile, siempre que acredite

vínculos de familia o intereses en el país cuya residencia sea estimada útil o ventajosa.

Nuevamente la determinación de utilidad o ventaja de la residencia de un sujeto está enmarcada en un ámbito difuso, pues las personas tienen diversas concepciones respecto de actividades o personas que van a ser de utilidad para el país, de manera que algunos creerán que los que se dediquen a la cultura y las artes son personas de utilidad para nuestro país, y otros en cambio justificarán que estas consideraciones son netamente de distracción, que es más útil en cambio que las personas estén ligadas a la ciencia, o que tengan actividades religiosas, solo a modo de ejemplo.

La consideración de que la residencia de un extranjero deba ser considerada ventajosa o útil para efectos de otorgarle este tipo de visa deja en evidencia la concepción aplicada a las políticas migratorias, es decir, que el extranjero que viene a Chile es un potencial enemigo de la Patria y de la seguridad nacional, por lo tanto él debe demostrar no sólo que es “amigo” de Chile, sino que además va a ser útil. Esta concepción del fenómeno migratorio es compleja y equívoca. En primer lugar, desconoce que aquel sujeto que viene a Chile es un ser humano, y por tanto un sujeto de derechos. En segundo lugar, porque no se condice con el fenómeno de globalización que marca todas las relaciones actuales.

Entendemos que un país democrático respetuoso de los derechos fundamentales de todos sus habitantes debe evitar todo tipo de normativa con las características antes descritas, que deje en manos de la administración y demás organismos encargados de su ejecución, decisiones que puedan ser adoptadas de manera arbitraria, pudiendo además caer fácilmente en discriminaciones que atenten contra el principio de igualdad y no discriminación, el cual es pilar esencial de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Lamentablemente éste es un problema que no sólo se da en nuestro país, si no que se repite en Latinoamérica. Tal diagnóstico es realizado por Pablo Ceriani, que establece:

“Un problema generalizado en las leyes de la región sobre residencia es la existencia de cláusulas que conducen a una selectividad (basada en criterios de supuesta utilidad) que redundan en criterios incuestionablemente discriminatorios. En este sentido se pueden hallar impedimentos físicos (para ingresar o residir en un país) que van desde la discapacidad física o psíquica, enfermedades infecciosas, el ejercicio de la prostitución, la carencia de recursos

económicos, oficio o profesión, hasta ser considerados charlatanes, vagos, inútiles o brujos”¹¹⁸

Es importante mencionar que el Tribunal Constitucional declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 13 del DL 1094 -según lo expuesto en el Informe anual sobre Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales 2011- razonando de la siguiente manera:

“El artículo 13 que concede facultades discrecionales bajo criterios de utilidad y conveniencia es una norma de menor jerarquía que la Constitución cuya redacción permite masivas vulneraciones de derechos. La potestad del Ministerio del Interior debe estar siempre sujeta a límites materiales que vienen desde la Constitución, el derecho internacional y, especialmente, desde el derecho internacional de los derechos humanos”¹¹⁹

Resulta indispensable mencionar que entre enero y octubre del año 2014 se registraron 12.315 extranjeros reembarcados, por estar dentro de alguna de

¹¹⁸ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf> [consulta 14 de febrero de 2015] pág. 78.

¹¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2013. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del DL N°1094. Sentencia de 4 de julio de 2013, considerando séptimo. en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS 2014. Informe anual 2014 sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago. pág. 345.

las hipótesis de prohibición de ingreso o, en su mayoría por no acreditar la calidad de turista que invoca.¹²⁰

En definitiva aquí existen dos problemas, el primero dice relación con la forma en la que están redactadas estas normas contempladas en el DL 1.094, que fueron analizadas cabalmente en el capítulo 2 (cf. CAPITULO 2:), y el otro se genera cuando la administración las aplica. Si bien el legislador no establece parámetros objetivos, ello no quiere decir que la administración puede optar por no atenerse a ningún parámetro objetivo, sino que todo lo contrario, ella misma se debe imponer los límites que no ha impuesto la ley. La Constitución en su artículo octavo menciona que son públicos los actos y resoluciones del Estado así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, lo que lleva a la conclusión de que las decisiones de los órganos del Estado deben necesariamente fundamentarse a través de argumentos que puedan ser entendidos por cualquier sujeto racional, y que se ajusten a las normas del debido proceso.

Así mismo, el artículo décimo primero de la ley N°19.880, que establece las bases sobre los procedimientos administrativos, menciona que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven

¹²⁰ ANEXO N°3

de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio. Por lo tanto nuevamente el mandato del legislador es prohibir que la administración tome decisiones de manera discrecional.

4.2.2.2. **TARJETA DE EXTRANJERO INFRACTOR**

La tarjeta de extranjero infractor es un documento que se les entrega a aquellos inmigrantes que se encuentran residiendo de manera irregular en Chile. Una vez entregada esta tarjeta, el funcionario a cargo les requisa sus documentos de identidad, lo cual resulta a todas luces improcedente, y además puede exponer al migrante a situaciones de maltrato y abuso,¹²¹ pues estos documentos son de suma importancia para realizar trámites, acreditar la identidad entre otros.

Es importante mencionar lo establecido en el artículo 21 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares:

“Ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de

¹²¹ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. pág. 79. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf> [consulta 14 de febrero de 2015]

identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. En ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o documento equivalente de un trabajador migratorio o de un familiar suyo”.

4.2.2.3. **DETENCIONES ARBITRARIAS Y ALLANAMIENTOS**

El artículo 16 de la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (v.2.2.2.1) resguarda expresamente el derecho de éstos a la libertad y seguridad personal, y a su vez establece que los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos individual ni colectivamente a detención o prisión arbitrarias; no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca. Luego, el numeral sexto ordena que si son detenidos ellos deben ser informados en el momento de la detención sobre los motivos en un idioma que comprendan, y serán llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrán derecho a ser juzgados en un plazo razonable o ser puestos en libertad. Tendrán derecho además a comunicarse con las autoridades consulares y a incoar procedimientos ante un tribunal a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de la detención, siendo necesario que en el

ejercicio de este recurso reciban asistencia gratuita de un intérprete si fuese necesario.

Así mismo el 19 N° 7 de la Constitución Política de la República sienta un principio universal que impone a los Estados el deber de garantizar a toda persona el derecho a su seguridad individual y libertad personal

Artículo 19 N°7: La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

a) Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;

b) Nadie puede ser privado de su libertad ni ésta restringida en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá dentro de las

cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas.

d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público. Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda,

integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;

f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley;

g) No podrán imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas;

h) No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales;

i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia

Ceriani advierte que:

“Otra cuestión medular en materia de control migratorio es la privación de libertad de migrantes ya no como pena, sino como medida cautelar en el marco de procedimientos de expulsión del país”¹²²

El DL 1.094 permite esta práctica en su artículo 81:

“Los extranjeros que ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el presente Decreto Ley, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, serán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habilitado del territorio de la República, mientras se regulariza su estadía o se dispone la aplicación de las sanciones correspondientes”.

Entre enero y octubre de 2014 fueron 1.578 los extranjeros detenidos en Chile.¹²³

Creemos que la situación expuesta en el artículo 81 es de total gravedad, y transgrede todos los tratados internacionales mencionados anteriormente que

¹²² CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. pág. 79. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf> [consulta 14 de febrero de 2015]

¹²³ ANEXO N°3

resguardan el derecho de todas las personas a la libertad personal y a la seguridad individual.

El primer problema es que la detención sea dictada por la autoridad Administrativa, y no por resolución judicial. Un ejemplo a seguir es el caso de Argentina, en que la detención sólo puede ser dictada por el Poder Judicial y no por la autoridad migratoria¹²⁴

Luego se plantea el conflicto respecto al lugar de detención a través del eufemismo “lugar habitado del territorio de la República”, sin establecer un lugar específico para estos efectos, no detallando por tanto cuales son las condiciones que tiene que tener este lugar para efectos de mantener personas privadas de libertad.

Otro punto importante es que no se determina un plazo de detención, lo que en la práctica significa que los migrantes pueden estar encerrados incluso meses, sin que su detención haya sido nunca controlada por un juez de la República, cuando la verdad es que no existe ninguna razón jurídica para que no se aplique a las detenciones por infracciones migratorias el artículo 131 del Código Procesal Penal, como garantía para el control de la legalidad de la

¹²⁴ CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. < http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf > [consulta 14 de febrero de 2015] pág. 80.

detención, en la que el detenido debe ser puesto a disposición de un juez en un plazo máximo de 24 horas.

Las condiciones en las que se encuentran los migrantes que son privados de libertad también constituyen un problema gravísimo, lo que fue denunciado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en recurso de amparo a favor de Jenifer Suley (v.4.2.3.3). Lorena Frías su representante, expuso ante la Corte de Apelaciones de Arica lo siguiente:

“- Que -desde el día 20 de enero pasado (2013) se encuentra privada de libertad, ocasión en que concurrió a informarse sobre su situación migratoria. Que desde esa época permaneció en calabozos en condiciones misérrimas de higiene, alimentación y de peligro para su seguridad individual al compartir celdas con personas detenidas temporalmente por delitos. Señala que sólo desde el 10 de marzo en curso se le proporcionó una marquesa donde poner el colchón que estaba depositado en el suelo y se le permitió salir de la celda para recibir a su pareja, única visita que mantuvo en ese tiempo, informándosele de la misma forma que el vuelo para su destino final estaba programado para el 17 de marzo desde Santiago y el martes 19 con destino a Bogotá. Durante su detención se le ha impedido tener contacto con alguna organización o persona que le preste asesoría, además de habersele retenido su documentación de identificación.”

La sentencia concluye lo siguiente:

“Que el recinto donde permaneció, detenida la amparada conforme pudo constatar esta Corte, no es apto para detenciones de larga estadía desde que no cuenta con las condiciones básicas que permitan el desarrollo normal y cotidiano de la vida, en prisión”¹²⁵.

En definitiva las condiciones en las que se encuentran los migrantes privados de libertad tampoco se condicen con los estándares internacionales en respeto a los derechos humanos, en atención a los hechos denunciados por el INDH.

La Corte de Apelaciones de Santiago en el caso Marín Angarita, Carlos A y otros c/ Ministerio del Interior y Seguridad Pública - Policía de Investigaciones de Chile - Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional¹²⁶ también se pronunció al respecto acogiendo acción de amparo.

¹²⁵ CORTE DE APELACIONES ARICA. 2013. Jenifer Suley Candelo Riascos contra subprefecto Juan Carlos Fuentes Sandoval, jefe regional de la Policía de Investigaciones. Sentencia 18 de marzo de 2013. Rol 10-2013. [En línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>> [Consulta 4 de Marzo de 2014]

¹²⁶ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Marín Angarita, Carlos A y otros c/ Ministerio del Interior y Seguridad Pública - Policía de Investigaciones de Chile - Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional. 9 de marzo de 2013. Rol 351-13. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34536&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34536&links=[LEY,%20EXTRANJ]) /> [consulta 10 de marzo de 2015.]

Comparecen don Franz Moller Morris y don Rodrigo Godoy Araya, interponiendo acción de amparo a favor de 18 víctimas por privación ilegal de libertad en las dependencias de la Policía de Investigaciones de Chile, en el Cuartel Borgoño, en espera de la materialización de las medidas de expulsión en su contra.

El tribunal asume que en un mundo globalizado como el nuestro, el tema de la migración cobra tal intensidad que no existe país en el mundo que no experimente el ingreso de personas extranjeras. Ello supone que el poder estatal para gestionar los movimientos migratorios no puede prescindir de los derechos fundamentales que derivan de la condición de seres humanos. En definitiva, el tribunal, a diferencia de la legislación, entiende que la óptica de la migración no puede ser vista solamente según el prisma de la seguridad nacional si no que necesariamente tiene que ser analizada en relación a los derechos humanos.

Luego indica que:

“La libertad personal es entendida como la libertad física de la persona y como la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella. Por su parte, la seguridad individual es asumida como un derecho

complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger ese derecho, a la libertad personal, de los abusos de poder y de las arbitrariedades.”¹²⁷

Se da por acreditado que, efectivamente todas las personas que se mencionan en la acción de amparo, se encuentran privadas de libertad en el cuartel policial de la calle Borgoño 1204 de la Policía de Investigaciones. La Corte agrega que, este recinto está diseñado para la privación provisoria de libertad y no cuenta con las condiciones elementales para privaciones prolongadas, siendo que los amparados se encuentran ahí hace varios días.

Por lo tanto, ya habiendo transcurrido el plazo de 24 horas que estipula el artículo 90 de la ley de extranjería para llevar a cabo la expulsión –contados desde la notificación del decreto de expulsión o bien desde que se deniega el recurso en contra de éste- concluye que, si la expulsión debe ejecutarse en un plazo de 24 horas, la detención cuyo único objetivo es propiciar su cumplimiento no puede superar este plazo. Señala además que cualquier medida que

¹²⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Marín Angarita, Carlos A y otros c/ Ministerio del Interior y Seguridad Pública - Policía de Investigaciones de Chile - Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional. 9 de marzo de 2013. Rol 351-13. Considerando quinto. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34536&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34536&links=[LEY,%20EXTRANJ]) /> [consulta] 10 de marzo de 2015.

comprometa la seguridad individual ha de ser excepcional y más aún cuando sea de carácter administrativo sin supervisión de autoridad judicial alguna.

Luego, respecto a las condiciones en las que se han llevado a cabo las privaciones de libertad, indica que son del todo inadecuadas e indignas, en atención a que los detenidos se encuentran hacinados, deben dormir en el suelo, permanecen encerrados prácticamente todo el día, saliendo de sus celdas ocasionalmente para asearse o acudir al baño, además de tratarse de un lugar sombrío y con escasa ventilación.

Finalmente concluye que se ha vulnerado gravemente el derecho a la seguridad individual de los amparados, al extenderse con creces el plazo de 24 horas sin que medie orden o decreto judicial alguno, o razón que justifique o legitime dicha decisión. La Corte entiende que la fase de materialización de la expulsión puede efectivamente tener cierta demora por la coordinación que se requiere para llevarla a cabo, pero de ser así las personas deben ser puestas en libertad. Es por las razones anteriormente expuestas que, acoge la acción de amparo y ordena poner inmediatamente en libertad a estas personas.

Respecto a los allanamientos, ellos son expresamente permitidos en el artículo 86 del DL 1.094:

“Para hacer efectivo el cumplimiento de las medidas de expulsión previstas en este párrafo, el Intendente Regional o Gobernador Provincial de la jurisdicción en que se encontrare el extranjero afectado, tendrá facultad para disponer, en caso necesario, mediante decreto fundado, el allanamiento de determinada propiedad particular”

El allanamiento (contemplado como entrada y registro en lugares cerrados sin autorización judicial en el artículo 206 del Código Procesal Penal) es una medida sumamente intrusiva que afecta directamente los derechos de las personas, específicamente el derecho que tienen todas las personas a la inviolabilidad del hogar.

El Artículo 206 Código de Procesal Penal lo regula de la siguiente manera: “Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden. La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlos, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización u orden previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito. De dicho procedimiento deberá darse comunicación al fiscal inmediatamente terminado y levantarse un acta circunstanciada que será enviada a éste dentro de las doce horas siguientes. Copia de dicha acta se entregará al propietario o encargado del lugar (...)”

Por lo tanto creemos que no debería ser procedente una medida tan gravosa respecto a una infracción de carácter administrativa, y mucho menos sin que exista autorización judicial para tales efectos. Lo anterior atenta contra el derecho de igualdad y no discriminación de manera evidente, en el sentido de que no existe para ningún chileno la ausencia de garantías mínimas que al menos aseguren que la detención realizada va a ser evaluada por un juez.

4.2.2.4. **EXPULSIONES**

El concepto de expulsión, si bien no se encuentra definido legalmente, se puede describir como la sanción administrativa o penal respecto a los extranjeros que se encuentran o ingresan de manera irregular a nuestro país¹²⁸, que cometen ilícitos o bien que deben abandonar nuestro país como medida sustitutiva a una condena en materia penal. Es necesario considerar que solo entre enero y octubre de 2014 se registraron 1.108 expulsiones de nuestro país¹²⁹.

La expulsión como facultad administrativa representa el poder que el Decreto Ley y el Reglamento de Extranjería han depositado en la

¹²⁸ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Derechos de las personas extranjeras y migrantes ante el sistema penal. Santiago. Pág. 14.

¹²⁹ ANEXO N°3

Administración, específicamente en el Presidente de la República y los Intendentes Regionales. La expulsión decretada por el Presidente de la República se extiende formalmente como decreto supremo y debe ser firmada por el Ministerio del Interior. En el caso de los Intendentes, la expulsión constituye un acto administrativo que debe suscribir la misma autoridad y no está sujeta a control de toma de razón. Siendo un acto administrativo debe cumplir los requisitos mínimos de publicidad, transparencia y bilateralidad y por supuesto con todos los requisitos previstos en la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos, lo cual implica que debe ser dictado por autoridad competente y previa investidura, debe ser motivado, el objeto debe guardar coherencia con los motivos, debe ser legal y debe estar orientado al fin previsto en la ley.

Respecto a las conductas sancionadas, el DL N°1.094 prescribe que siempre se expulsará en los casos de falsificación de documentos, ingreso clandestino al país, y en la simulación o fraude en la celebración de un contrato de trabajo del extranjero para obtener la respectiva visación (artículos 68, 69 y 75 respectivamente).

El conflicto se produce en los casos en que existe discrecionalidad de la autoridad para determinar si es procedente o no la expulsión, por ejemplo respecto a los que se encuentran en algunas de las situaciones contempladas en

el artículo 15 en cuanto a prohibiciones de ingreso, los que continuaren residiendo en Chile habiéndose vencido sus permisos de residencia (Art. 71 DL 1.094), los que eludan medidas de control y traslado (Art. 82 DL 1.094), los que no cumplieren con la obligación de registrarse, de obtener cédula, de dar aviso del cambio de domicilio, o incumplimiento de la medida de abandono voluntario del país (Art. 67 DL 1.094), los extranjeros condenados por el delito de usura, entre otros¹³⁰.

Lo problemático entonces son las causales de expulsión genéricas, en los que muchas veces la administración decide la expulsión de un sujeto a través de una decisión arbitraria, ejercida de manera discrecional. En este sentido no basta sólo con invocar la causal de expulsión sino que la Administración tiene la obligación de fundamentar su decisión, y en definitiva argumentar por qué considera de tal gravedad la conducta para que deba ser sancionada por la expulsión.

A modo de ejemplo, si se pretende la expulsión de un extranjero por comisión de actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres se debe justificar cómo es que la conducta en que se incurre es contraria a dichas normas, y no simplemente darlo por establecido. De esta manera la comisión de

¹³⁰ VERA, PABLO. 2013. Derecho Migratorio: Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág.305.

cualquier ilícito no necesariamente va a suponer un acto contrario a la moral y las buenas costumbres. En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto que “una condena por hurto o por delito contra la propiedad intelectual dictada contra un extranjero que lleva varios años en el país, tiene redes sociales y familiares, no constituye la causal de la norma”¹³¹.

Además, se debe hacer una evaluación de la situación del extranjero en nuestro país, siendo el criterio más importante las relaciones de familia que pueda tener en Chile, dado que la expulsión implica la destrucción de la familia que según nuestra Constitución Política de la República es el núcleo fundamental de la sociedad, decisión que vulnera además los derechos de los niños.

4.2.2.5. RECURSOS INEFICACES

El artículo 22 número cuarto de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, señala que salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les

¹³¹ CORTE SUPREMA CHILE. Rol 3057-2013 y Rol 400-2013 en DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Minuta informativa, Derechos de las personas extranjeras y migrantes ante el sistema penal. Santiago. pág.18.

asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente.

Las resoluciones que ordenan la expulsión de un extranjero de nuestro país, son dictadas por regla general por el Ministerio del Interior mediante Decreto Supremo, y excepcionalmente se va a dictar este Decreto por el Intendente respectivo, lo que se desprende del artículo 167 del reglamento de extranjería que indica lo siguiente:

“Las medidas de expulsión de los extranjeros contemplados en las normas del presente Reglamento en general, serán dispuestas por Decreto Supremo fundado, suscrito por el Ministerio del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República (...)

No obstante, en particular la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia en el país con dicho permiso vencido, se dispondrá sin más trámite, por resolución exenta del trámite de toma de razón, y suscrita por el Intendente regional correspondiente a la jurisdicción del lugar en que se encuentre el afectado. Las medidas podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente, en cualquier tiempo por las mismas autoridades que adoptaron tales medidas. Sin perjuicio de lo anterior, la revocación y suspensión podrá adoptarlas el Ministerio del Interior, en cualquier caso sin más trámite”

Es importante la distinción anterior porque depende de la persona que dicta la resolución, qué recursos van a ser procedentes en contra de ella. Para efectos de impugnar la resolución que ordena la expulsión de un extranjero de nuestro país, dictada por el Ministerio del Interior a través de un Decreto Supremo, nuestra legislación contempla el recurso extraordinario de reclamación regulado en el artículo 89 del DL 1.094 que dice así

“El extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por Decreto Supremo, podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de algún miembro de su familia, ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contados desde que hubiere tomado conocimiento de tal. Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte Suprema procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de cinco días, contado desde su presentación. La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de libertad en un establecimiento carcelario o en un lugar que el Ministerio del Interior o Intendente determinen”

El primer problema que presenta este recurso es el plazo de 24 horas para su interposición. Se trata de un plazo extremadamente breve por lo que resulta prácticamente imposible que el extranjero pueda valerse de él.

Además este recurso especial de reclamación deja fuera a las personas que son expulsadas por ingreso irregular, y que no renovaron su permiso de residencia una vez vencida su visa de turista. En ambos casos la expulsión se materializa mediante un acto administrativo proveniente de la Intendencia regional respectiva y no mediante un decreto supremo.

4.2.3. AFECTACIÓN AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Resultan verdaderamente alarmantes los procedimientos llevados a cabo en Chile contra la población migrante, en atención a que no se consideran las normas mínimas del debido proceso, siendo múltiples los derechos vulnerados. A continuación se analizarán las distintas garantías contempladas en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en nuestro país que no son respetadas:

a) Derecho a ser juzgado sin dilaciones:

Hay una infracción a este principio toda vez que no existen políticas que hagan que los procedimientos que se llevan en contra de migrantes se realicen

en el menor tiempo posible, los cuales pueden llegar a durar incluso meses. No hay que olvidar que el artículo 90 de la Ley de Extranjería indica que la expulsión debe ser llevada a cabo en un plazo de 24 horas luego de haber sido notificada o desde la denegación del recurso si se hubiese interpuesto.

Artículo 90 inciso segundo DL 1.094: “ Transcurrido el plazo de 24 horas contados desde la notificación, en el caso de que no se haya interpuesto recurso o en el de no ser peste procedente, o transcurrido el mismo plazo desde que se haya denegado el recurso interpuesto, la autoridad a que se refiere el artículo 10 procederá a cumplir la expulsión ordenada”

Esta situación resulta gravísima en atención a que los extranjeros durante este periodo se encuentran privados de libertad. Paradigmático fue el caso de Jenifer Suley¹³² ciudadana Colombiana que fue detenida en enero de 2013 en Arica y recobró su libertad el 14 de marzo del mismo año, luego que la Corte de Apelaciones de Arica acogiera favorablemente un recurso de amparo presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Es decir, esta mujer estuvo dos meses privada de libertad, y sólo porque se ejercieron acciones a su favor pudo recobrarla en ese tiempo y no en un plazo aún mayor.

¹³² CORTE DE APELACIONES ARICA. 2013. Jenifer Suley Candelo Riascos contra subprefecto Juan Carlos Fuentes Sandoval jefe regional de la Policía de Investigaciones. Sentencia 18 de marzo de 2013. [En línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>> [Consulta 4 de Marzo de 2014]

b) Derecho a no ser detenido arbitrariamente:

La detención de los migrantes en situación irregular mientras dura el proceso de expulsión se encuentra amparada por la legislación vigente, pero no por ello resulta menos arbitraria. En primer lugar atenta contra el principio de proporcionalidad privar a una persona de su libertad por infracción a las políticas migratorias, y afecta además el principio de excepcionalidad de las medidas cautelares, el cual implica que sólo si la única manera de llevar a cabo la expulsión del extranjero es su privación de libertad ella debería ser procedente, por un plazo razonable y siempre bajo la supervisión de un juez.

c) Derecho a ser llevado inmediatamente ante un juez:

A diferencia de lo que ocurre en sede penal, cuando un migrante es detenido para efectos de llevar adelante su expulsión no es conducido sin demora ante un juez de la República para efectos de verificar que la detención se llevó a cabo legalmente, si no que es trasladado inmediatamente a algún lugar dentro del territorio de la República destinado a tales efectos, habiendo por tanto un riesgo importante de que existan detenciones arbitrarias en atención a que no existe control absoluto.

d) A ser informado sin demora en un idioma que entienda y a ser asistido gratuitamente por un intérprete:

Ni la ley de extranjería, ni el reglamento establecen la obligación de asistir al extranjero de un intérprete para efectos de que comprenda el procedimiento que es llevado a cabo en su contra, lo que significa en la práctica que éste pueda llevarse a cabo sin que el migrante entienda los derechos que tiene, el estado en que se encuentra el proceso en su contra, las formas de defensa con las que cuenta, los recursos que puede interponer, el derecho que tiene a un defensor, entre otros. Este derecho se encuentra garantizado en el artículo 14 número 3 letra f del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de la siguiente manera:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a (...) ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal”.

Este derecho es parte fundamental del derecho a la defensa y del debido proceso, pues la única forma en que una persona puede hacer valer sus derechos es entendiendo las acusaciones en su contra.

e) A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, y derecho a un recurso efectivo:

Como se expuso anteriormente una vez que es notificado el decreto de expulsión al extranjero, cuenta con un plazo de 24 horas para interponer el recurso. Este plazo extremadamente breve impide que el afectado pueda disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. En este punto no hay que olvidar las condiciones de vulnerabilidad en que se puede encontrar el extranjero, por ejemplo por carecer de redes de apoyo (como familiares o amigos) que puedan comparecer por él ante tribunales de justicia para hacer valer sus derechos. Además se puede encontrar en la indefensión al no entender el idioma nacional.

f) A defenderse personalmente o ser asistido por un defensor:

El derecho de defensa se ve fuertemente afectado si el migrante no conoce el idioma castellano, o bien si entendiéndolo no conoce cuáles son sus derechos frente a un proceso administrativo en su contra, puesto que no existe en la ley ni el reglamento obligación de la administración de otorgarles información para hacer valer sus derechos. Respecto a la defensa técnica también se produce un problema en atención a que no existe tampoco la obligación del Estado de proporcionar a los migrantes la asistencia de un

defensor para la protección de sus intereses. Y en relación a un defensor particular, es altamente probable que el extranjero no conozca personas que puedan defender sus intereses, o bien que no tenga los medios para financiarlo económicamente, o que sea detenido sin siquiera poder comunicarse con un defensor.

g) Derecho a la fundamentación de la sentencia:

En sede Administrativa este derecho se traduce en la motivación de las decisiones de la administración y la exposición y fundamentación de sus argumentos cumpliendo con los requisitos de publicidad, transparencia, bilateralidad, y motivación, de forma que no constituyan decisiones arbitrarias. En materia migratoria el proceso se caracteriza por ser unilateral, es decir el migrante no tiene mayor participación, y las decisiones se toman de manera arbitraria por parte de la Administración, sin incorporar por un lado la fundamentación adecuada que permita a cualquier persona entender el razonamiento detrás de las decisiones, y por otro lado desconociendo la realidad compleja que envuelve el fenómeno migratorio y la concepción de migrante contemplada en el derecho internacional como sujeto de derechos humanos que merecen protección.

El derecho a la igualdad y no discriminación es afectado por el Estado Chileno toda vez que los procedimientos que se siguen contra los chilenos se rigen por una serie de normas que plantean límites infranqueables a los poderes del Estado, respetando las garantías mínimas que contemplan los tratados internacionales ratificados por Chile y la propia Constitución Política de la República en relación al debido proceso. Sin embargo cuando se trata de extranjeros se olvidan dichos principios y se llevan a cabo procedimientos arbitrarios que afectan los distintos derechos que contempla el debido proceso, que generan fuertes discriminaciones, ya sea *de facto* o discriminaciones contempladas en la propia legislación (*de iure*), según lo analizado en el acápite anterior.

4.3. SEDE LABORAL

4.3.1. DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS MIGRANTES

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 23 asegura que:

“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el

desempleo, a igual salario por trabajo igual, a una remuneración equitativa y satisfactoria y a formar sindicatos”

Luego el artículo 24 agrega el derecho a la limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en el artículo sexto el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y luego el artículo séptimo reconoce el derecho a condiciones equitativas de trabajo que proporcionen un salario equitativo, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad de ser promovidos, y el derecho a descanso, el artículo octavo menciona el derecho a formar sindicatos y el derecho a huelga, y finalmente el artículo décimo garantiza la protección especial a las madres trabajadoras a quienes se les debe garantizar licencia con remuneración.

A nivel regional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en los artículos décimo cuarto y décimo quinto mencionan el derecho al trabajo, a la justa retribución y el derecho al descanso.

Es fundamental analizar el derecho del trabajo de las personas migrantes sobre todo bajo la premisa de que la mayor parte de la población extranjera que llega a Chile lo hace en busca de oportunidades laborales.

El derecho del trabajo de las personas migrantes se encuentra regulado principalmente en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios (cf. CAPITULO 2:), ratificada por Chile el año 2005. Es imprescindible destacar que tanto la Convención como la comunidad internacional entienden que los derechos laborales derivan de la condición de trabajador, con completa independencia de su estatus migratorio en el país de llegada. Por lo tanto los Estados pueden limitar o prohibir la contratación de migrantes irregulares con el objeto de resguardar sus derechos, sobre todo porque como expone el preámbulo de la Convención:

Los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal.

Sin perjuicio de lo anterior, una vez que el trabajador migratorio tiene una relación de subordinación y dependencia, pasa inmediatamente a ser sujeto de derechos laborales y a recibir protección en su calidad de tal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció específicamente respecto a este punto en opinión consultiva respecto a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de la siguiente manera:

“Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de que quien realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independiente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”¹³³

¹³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición jurídica y derechos de

4.3.2. PROBLEMAS

4.3.2.1. SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

No hay que olvidar que los migrantes, principalmente los que se mantienen de manera irregular en nuestro país, se encuentran en una situación de vulnerabilidad respecto sus derechos laborales, lo que en la práctica se traduce en que se vean en la obligación de aceptar condiciones de trabajo precarias. El Instituto Nacional de Derechos Humanos en su informe anual 2011 señala que, según datos aportados por la dirección del trabajo entre 2009 y 2010 recibieron 959 denuncias de personas extranjeras principalmente por no pago de salario mínimo, y de horas extras, informalidad en la contratación (falta de escrituración), irrespeto a las normas de protección a la maternidad, vulneración a las normas de higiene y seguridad laboral, no pago de cotizaciones y fondos de pensiones. El informe agrega que la realidad es aún más preocupante, pues aún cuando los extranjeros tienen la facultad de denunciar situaciones de abuso, es poco probable que migrantes irregulares lo

los migrantes indocumentados [en línea]. San José <
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf> [consulta 10 de febrero de 2015]

hagan por miedo a que quede expuesta su situación y sean sancionados ya sea penalmente o con la expulsión¹³⁴.

Otro punto relevante dice relación con uno de los requisitos que impone el Departamento de Extranjería y Migración (DEM) para otorgar visa: que los trabajadores migratorios acrediten que el empleador cumplió con su obligación del pago de contribuciones. Lo anterior resulta absurdo, toda vez que esta obligación recae en el empleador y no en el trabajador, por lo que el incumplimiento en las obligaciones del primero no tendría por qué afectar a los segundos.

Además el artículo 24 del DL N°1094 obliga a que el contrato de trabajo para obtener la visación de residente sujeto a contrato, contenga una cláusula por la que el empleador o patrón se comprometa a pagar el pasaje del trabajador y demás personas que estipule el contrato. Un dato objetivo es que el año 2013 se entregaron 65.589 visas sujeta a contrato de trabajo¹³⁵.

Esta cláusula torna excesivamente oneroso al empleador chileno el contrato de trabajadores provenientes del extranjero, lo que hace que, o bien

¹³⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO 2011. Ord. N°2271. 3 de junio de 2011, respuesta requerimiento de información por parte de INDH. en INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Situación de los derechos humanos en Chile. Informe anual 2011. Santiago. pág. 209.

¹³⁵ ANEXO N°2

prefiera no dar contrato de trabajo, con toda la vulnerabilidad que eso conlleva, lo que perjudica sus derechos, o bien prefiera contratar a un chileno.

Por último el artículo 40 del reglamento de extranjería dispone lo siguiente:

“El titular de visación de residente sujeto a contrato que complete dos años de residencia en tal calidad, podrá solicitar permanencia definitiva”.

Resulta problemática la mencionada normativa toda vez que como requisito para solicitar la residencia definitiva, el trabajador debe demostrar que ha estado trabajando con el mismo empleador durante dos años, es decir:

“La visa temporal está sujeta a un único empleador y no constituye un permiso general de trabajo en el país. Si el contrato se termina, el trabajador deberá presentar en el DEM –y antes de treinta días- un nuevo contrato y solicitar una nueva visa temporal, de lo contrario perderá su visa”¹³⁶.

Según relata Carolina Stefoni, en entrevistas realizadas en el marco del proyecto Fondecyt 2007-2009 existen personas que llevan trabajando más de

¹³⁶ STEFONI, CAROLINA. 2011. Ley y política migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante en: MEMORIA: XIII JORNADAS MIGRATORIAS. Nuevas Migraciones, Nuevos Tiempos, Nuevas políticas Migratorias. 31 de Agosto y 1 de Septiembre de 2011. Santiago de Chile, Universidad Católica, pág. 41.

siete años en Chile y que sin embargo no pueden obtener la residencia definitiva, porque en ninguno de dichos trabajos han permanecido más de dos años seguidos. Esta situación se entiende sobre todo por los empleos que ocupan por regla general los extranjeros en Chile, por ejemplo las mujeres se concentran en trabajo doméstico, mientras que los hombres lo hacen mayormente en construcción y servicios. El problema es que por diversos factores la rotación en este tipo de empleo es fuerte, y dificulta y en muchos casos imposibilita la posibilidad de obtener la residencia definitiva¹³⁷.

Otra consecuencia negativa respecto a esta exigencia es que muchas veces los trabajadores extranjeros en Chile se ven obligados a trabajar por el periodo de dos años, aún cuando no quieran hacerlo, o no se den las condiciones óptimas para ello, sólo con el objeto de conseguir la ya mencionada residencia definitiva, lo cual es contrario al derecho que tienen todas las personas de elegir libremente su trabajo, y poder cambiar de empleador cuando gusten, por mejores condiciones, o bien por condiciones que sean más cómodas para él. El informe anual de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales estipula lo siguiente:

¹³⁷ STEFONI, CAROLINA. 2011. Ley y política migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante en: MEMORIA: XIII JORNADAS MIGRATORIAS. Nuevas Migraciones, Nuevos Tiempos, Nuevas políticas Migratorias. 31 de Agosto y 1 de Septiembre de 2011. Santiago de Chile, Universidad Católica, pág. 41.

“Los migrantes estaban dispuestos a tolerar condiciones laborales abusivas a cambio de un contrato, boletas de sueldos y cotizaciones previsionales que les permitieran cumplir con los requisitos de la segunda fase del programa y obtener la residencia definitiva”¹³⁸.

4.3.3. VULNERACIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO EN MATERIA MIGRATORIA, Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Los trabajadores de por sí se encuentran en una situación de vulnerabilidad, dado que por regla general su mecanismo de subsistencia y el de su familia es el trabajo. En atención a esto y a la relación de desigualdad que existe entre trabajador y empleador es que el derecho tuvo que regular expresamente la relación laboral a través de un conjunto de normas denominado Código del Trabajo que vela por el derecho de los trabajadores.

Esta disparidad se vuelve aún más evidente cuando el trabajador es migrante y debió trasladarse a Chile justamente para desarrollarse laboralmente y buscar oportunidades que su país no ofrecía. La Corte de Apelaciones de Santiago señala al respecto:

¹³⁸ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2009. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, pág. 256.

“Ellos –los extranjeros- se encuentran en una indudable situación de vulnerabilidad, de momento que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio.”¹³⁹

En este contexto el trabajador extranjero está dispuesto a tolerar situaciones de abuso en cuanto a sus condiciones de trabajo como bajas remuneraciones, falta de contratación, exceso de horas en la jornada laboral, entre otros; y el derecho tiene la obligación de protegerlos, pues como ya vimos la condición de trabajador se adquiere por el solo hecho de ser tal, sin importar otras consideraciones.

Se advierte que la legislación nacional se preocupa más de evitar situaciones de irregularidad migratoria que de asegurar los derechos de los trabajadores migrantes, desconociendo el aporte que significan estas personas a la economía nacional. De esta manera el artículo 74 de la ley de extranjería ordena lo siguiente:

¹³⁹CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Marín Angarita, Carlos A y otros c/ Ministerio del Interior y Seguridad Pública - Policía de Investigaciones de Chile - Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional. 9 de marzo de 2013. Considerando tercero. Rol 351-13. [en línea] [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34536&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34536&links=[LEY,%20EXTRANJ]) /> [consulta 10 de marzo de 2015]

“Todo aquel que tenga a su servicio o bajo su dependencia a un extranjero, deberá informar, por escrito, al Ministerio del Interior en Santiago por escrito, 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”.

De esta manera el legislador pretende que el empleador sea una ayuda en la detección de irregularidades migratorias, mezclando dos situaciones completamente distintas, por un lado la calidad migratoria del extranjero y por otro su relación laboral. Es un error entender la situación de regularidad migratoria en relación a los derechos laborales, dado que son situaciones distintas que necesariamente deben ir en cauces separados. Si no se hace esta distinción se producen problemas, como por ejemplo, la falta de denuncia de los trabajadores migratorios en situación irregular en casos de vulneración de sus derechos laborales.

Afecta además el derecho del trabajo el hecho de que exista un tipo de residencia asociado a un contrato de trabajo, que al mismo tiempo deba constituirse con el mismo empleador. Lo anterior obliga al trabajador a mantenerse obligatoriamente en un trabajo para obtener la residencia, lo cual

afecta considerablemente su poder de negociación. En efecto, el empleador sabe que el trabajador necesita ese trabajo para mantenerse en Chile, situación que se traduce en un blanco fácil para la explotación y el abuso.

En conclusión existen situaciones en que el tratamiento a chilenos y extranjeros en materia laboral es diferente y ello se traduce en vulneraciones al principio de igualdad y no discriminación. Por ejemplo, el hecho de que el empleador por contratar a un extranjero deba comprometerse a pagar el pasaje de regreso al país de origen (tanto del trabajador como de sus dependientes), es un claro desincentivo para contratarlos. En ese caso, en igualdad de condiciones y de aptitudes entre un chileno y un extranjero indudablemente se va a preferir la contratación de un nacional evitando este costo adicional, que en ciertos casos puede resultar bastante excesivo.

4.4. SEDE CONSTITUCIONAL

4.4.1. DERECHO A LA NACIONALIDAD

Se ha definido nacionalidad de la siguiente manera:

“Vínculo jurídico que une a un individuo con un Estado determinado, generando derechos y obligaciones recíprocos.”¹⁴⁰

Es un atributo de la persona humana inherente a ella, razón por la cual todas las personas tienen derecho a tener una nacionalidad, y el Derecho Internacional ha hecho esfuerzos positivos por eliminar los casos de personas que carecen de ella.

La Corte Suprema ha establecido:

“La nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada”¹⁴¹.

En el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se garantiza a todas las personas el derecho a la nacionalidad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos realiza la misma consagración en su artículo 24 respecto a los niños:

¹⁴⁰ VARGAS EDMUNDO. 2007. Derecho Internacional Público, de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. pág. 468. en VERA PABLO. 2013. Derecho Migratorio: Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág.94.

¹⁴¹ CORTE SUPREMA. 2013. Reclamación de nacionalidad interpuesto por Melissa Rupay. 26 de noviembre de 2013. Rol 5482-2013 Considerando octavo. [en línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>> [Consulta 5 de Marzo de 2014]

“Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”

La Convención de los Derechos del Niño en el artículo séptimo garantiza que:

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad (...)”

Por su parte, la Convención Americana de los Derechos Humanos (Artículo 20) indica que toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

La Convención para reducir los casos de apátridas prescribe en su artículo primero lo siguiente:

“Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.”

El artículo 29 de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares consagra el derecho a la nacionalidad de la siguiente manera:

“Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”

A nivel interno el artículo 10 de la Constitución Política de la República señala quienes son chilenos, y por exclusión quienes son extranjeros.

Artículo 10: Son chilenos:

1°.- Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que sin embargo podrán optar por la nacionalidad chilena.

2°.- Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado , haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1°, 3° o 4°;

3°.- Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalidad en conformidad a la ley, y

4°.- Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

La Constitución en el numeral primero del artículo décimo sigue el criterio *ius solis* para la determinación de la nacionalidad, es decir las personas

que nacen en suelo chileno son chilenos, salvo las excepciones que expresamente se mencionan.

Luego el artículo del Código Civil en su artículo 56 establece que son chilenos los que la Constitución del Estado declara. Los demás son extranjeros.

La Constitución Política de la República consagra la acción de reclamación de nacionalidad (artículo 12), de conocimiento de la Corte Suprema. En efecto, toda persona que se vea afectada por un acto o resolución administrativa que le prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre dentro del plazo de treinta días ante el tribunal superior de justicia, la que conocerá en pleno del recurso, con efectos suspensivos respecto a los efectos del acto o resolución.

4.4.2. PROBLEMA

El conflicto en esta materia se traduce en una práctica administrativa consistente en la negación que hace el Registro Civil de la nacionalidad de los niños nacidos en territorio chileno cuando los padres se encuentran de manera irregular en nuestro país, considerándolos como extranjeros transeúntes. Según

datos aportados por esta Institución en virtud de la ley de transparencia, son 3.252 personas las que caben dentro de esta categoría.¹⁴²

El Registro Civil realiza esta práctica sin atender al sentido natural y obvio de la palabra transeúnte, que implica el ánimo de estar de paso en un determinado lugar. Esta interpretación desconoce la opinión consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud del cual:

“La calidad migratoria de los padres no puede jamás alcanzar a sus hijos”¹⁴³.

Esta situación es de suma gravedad, pues si los niños no tienen una vinculación *ius sanguinis* con otro Estado, nacen en Chile y al negarles éste la nacionalidad pasan a ser apátridas (entendiendo como tal a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación) lo que implica que vivan en un ambiente vulnerabilidad.

El año 2012 el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer indicó su preocupación ante esta situación y recomendó a Chile tomar medidas positivas al respecto de la siguiente manera:

¹⁴² ANEXO N°1

¹⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Opinión consultiva OC18/03. 17 de septiembre de 2003. en CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP 2014. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile. Santiago. Pág. 351.

“Preocupa al Comité que la excepción al principio del *ius solis* en relación con los extranjeros en tránsito se aplique sistemáticamente a las mujeres migrantes en situación irregular, independientemente de la duración de su estancia en el Estado parte, y que, como consecuencia de ello, sus hijos no puedan adquirir la nacionalidad chilena por nacimiento y únicamente puedan optar a ella durante el año siguiente a aquel en que cumplan los 21 años. El Comité alienta al Estado parte a que: a) Revise y modifique su legislación para que los hijos de las mujeres migrantes en situación irregular nacidos en el Estado parte puedan adquirir la nacionalidad chilena por nacimiento cuando esas mujeres no puedan transmitir su nacionalidad a sus hijos, tal como recomendó el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares b) Considere la posibilidad de entrar a ser parte en los instrumentos internacionales que se ocupan de la situación de los apátridas, a saber, la Convención para reducir los casos de apátridas (1954) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1961)”¹⁴⁴.

Y luego el año 2013 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó a Chile revisar esta situación:

¹⁴⁴ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 2012. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). 12 de noviembre de 2012. [En línea] <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>> [Consulta 4 de Marzo de 2014].

“Con respecto a los trabajadores migratorios en situación irregular en Chile, preocupa al Comité que el principio de *ius solis* no se aplique a sus hijos, lo que en algunos casos, podría conllevar a niños y niñas apátridas”¹⁴⁵

- **Caso de Melissa Rupay** ¹⁴⁶

El 26 de noviembre de 2013 la Corte Suprema de nuestro país acoge reclamo de nacionalidad presentado por Melissa Rupay Chávez a favor de su hijo Davis Elías Pumalla Rupay. La madre menciona que ha permanecido ininterrumpidamente en territorio chileno desde abril de 2009. Cuando ella solicita información al Registro Civil sobre el motivo de haber inscrito a su hijo menor como hijo de extranjero transeúnte, le responden que al momento de inscribir a su hijo David, acreditó su identidad por medio de pasaporte peruano, sin presentar ningún documento sobre su estadía legal en Chile. Añade que actualmente el menor continúa siendo apátrida por no habersele reconocido la nacionalidad chilena.

¹⁴⁵COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. 2013. Informe de recomendaciones a Chile. Comité para la eliminación de la discriminación racial ONU. 30 de agosto de 2013. Párrafo 18. [en línea]<<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html>>[Consulta 4 de marzo de 2015]

¹⁴⁶ CORTE SUPREMA. 2013. Reclamación de nacionalidad interpuesto por Melissa Rupay. 26 de noviembre de 2013. Rol 5482-2013. [en línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>> [Consulta 5 de Marzo de 2014]

La Corte Suprema para la resolución de este caso realiza una construcción sistemática para poder llenar de contenido el concepto de "transeúnte", haciendo referencia en primer lugar al artículo 20 del Código Civil, es decir entendiendo que es fundamental interpretar el término según su sentido natural y obvio.

Agrega que el Diccionario de la Real Academia atribuye al término transeúnte el siguiente significado:

"El que transita o pasa por un lugar, que está de paso, que no reside sino transitoriamente en un sitio"

Señala además que el criterio administrativo original para distinguir a extranjeros transeúntes de los que no lo son, ha sido modificado, dejando de considerarse la permanencia continuada igual o superior a un año y prefiriéndose, en cambio, como elemento principal, el de la residencia y en este contexto se estima indubitadamente transeúntes a los turistas y tripulantes.

Luego relaciona lo anterior con los artículos 58 y 59 del Código Civil, en los cuales se distingue entre domiciliados y transeúntes. El domicilio es la residencia acompañada del ánimo real o presuntivo de permanecer en ella, siendo presunciones del ánimo de una persona de permanecer en un

determinado lugar, aceptar en él un empleo fijo, u otras circunstancias análogas.

La Corte concluye que, de los antecedentes se demuestra que el ánimo de la madre es justamente permanecer en él territorio nacional, de manera tal que no resulta procedente calificarla como extranjera transeúnte. En tales condiciones, su hijo no ha podido quedar comprendido en la situación de excepción ya analizada del N° 1 del artículo 10 de la Constitución Política de la República, motivo por el que deberá acogerse el reclamo interpuesto.

- **Caso de Mary Ramos Cipriano**¹⁴⁷

La reclamante Mary Ramos ingresa a Chile en abril del año 2008 proveniente de Perú, con expectativas de establecerse definitivamente. El 4 de abril de 2010 nace en Santiago su hijo Matías Alexander Mallqui Ramos, pero al momento de requerir su inscripción le fue desconocida la nacionalidad chilena, pues el oficial del Registro Civil lo inscribió como "hijo de extranjero transeúnte".

Agrega que tiene su domicilio establecido en Santiago, ciudad en la que se ha asentado por motivos de trabajo, al amparo de un permiso de visa

¹⁴⁷ CORTE SUPREMA. 2013. Acción de reclamación de nacionalidad interpuesto por Mary Ramos Cipriano. 16 de septiembre de 2013. Rol 4108-2013. [en línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>> [Consulta 5 de Marzo de 2014]

temporal, tal como consta en su cédula nacional de identidad y concluye que la interpretación del Registro Civil respecto de la nacionalidad de su hijo es arbitraria e ilegal, ya que si bien al momento del nacimiento se encontraba en situación migratoria irregular, ello no significa que deba ser calificada como transeúnte, pues su intención es permanecer en Chile para trabajar, como de hecho ha acontecido.

Para fallar la Corte realiza el mismo razonamiento que en el caso anterior, acogiendo la acción de reclamación de nacionalidad presentada por doña Mary Ramos Cipriano, a favor de su hijo Matías Alexander Mallqui.

En definitiva, el derecho a la nacionalidad de los hijos de extranjeros que se encuentran en Chile de forma irregular se ve vulnerado por la práctica recurrente del Servicio de Registro Civil e Identificación de inscribirlos como hijos de transeúntes, lo que inmediatamente los lleva a la excepción contemplada en el artículo décimo de la Constitución respecto a quienes no son chilenos. En efecto, estos menores pueden quedar en la situación de no tener ninguna nacionalidad, lo que es una violación a sus derechos, con consecuencias catastróficas.

En atención a la gravedad que supone este tema es que diputados de la Nueva Mayoría liderados por la diputada Karol Cariola ingresaron una moción

que busca evitar que los hijos de migrantes queden sin nacionalidad, protegiendo así sus derechos fundamentales. El texto propone una ley interpretativa del término extranjero transeúnte en la que se explique que cualquier menor que nazca en Chile sin importar la calidad migratoria de sus padres será chileno.

La moción enfatiza la situación de vulnerabilidad en que se encuentran estos niños, primero por la calidad de migrantes, luego por ser menores de edad, y finalmente por ser apátridas.

En la página de la Cámara de Diputados se explica que el Derecho Internacional indica que un inmigrante, hasta que no adquiera la nacionalidad del país de acogida, será siempre un extranjero; pero aquellos que no son considerados inmigrantes, ya que nacen en un territorio y no provienen de otro, tampoco son considerados como extranjeros, lo que a juicio de los diputados, genera un vacío atentatorio contra cualquier legislación nacional o internacional en materia de derechos esenciales.¹⁴⁸

El proyecto de ley prescribe lo siguiente:

¹⁴⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. 2015. Página web oficial. Noticia. Iniciativa busca precisar norma sobre nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en Chile. Publicado 26 de enero de 2015 [en línea] <http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=125035>. [consulta 10 de marzo de 2015]

Artículo 2°: Se entiende como extranjeros transeúntes a aquellas personas que se encuentren en tránsito temporal autorizado por el país, en calidad de turista o tripulante de conformidad a lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley 1094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile o la normativa que la reemplace, y en general a toda persona que se encuentre en el país sujeta a cualquier otra forma de autorización transitoria por un período de tiempo definido sin propósito de inmigración permanente o residencia.

Artículo 3°: No se entenderán comprendidos en la excepción establecida en el numeral 1° del artículo 10 de la Constitución Política de la República, respecto a ser chilenos, a los hijos de extranjeros residentes temporarios, residentes sujetos a contrato, residentes estudiantes, refugiados y asilados políticos, ni tampoco a los menores nacidos en Chile, hijos de extranjeros cualquiera sea su situación migratoria.¹⁴⁹

Este proyecto de ley constituye un significativo avance para impedir que se sigan vulnerando los derechos humanos de los extranjeros en nuestro país, pues ya no hay lugar para interpretaciones equívocas y arbitrarias por parte de la administración, dado que se regula expresamente qué se entiende por

¹⁴⁹ MOCIÓN PARLAMENTARIA. Establece ley interpretativa del artículo 10 de la Constitución Política de la República, en materia de nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en Chile. Boletín N°9831-07. Diputada Kariol Cariola. Ingreso 18 de diciembre de 2014. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10254&prmBL=9831-07> [consulta 10 de marzo de 2015]

extranjero transeúnte quedando excluidos los hijos de migrantes sean aún cuando tengan la calidad de irregulares.

4.4.3. AFECTACIÓN AL DERECHO A LA NACIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los Estados pueden otorgar un trato distinto a los migrantes documentados en relación a los indocumentados, o entre migrantes y nacionales, ello sólo es posible si el trato diferencial es razonable, objetivo y proporcional, y no lesiona los derechos humanos¹⁵⁰

El Estado de Chile otorga un trato diferencial a los hijos de extranjeros documentados respecto a los hijos de indocumentados, en atención a que los primeros pasan a ser chilenos si nacen en Chile, mientras que los segundos si no tienen relación con otro país pasan a ser apátridas.

Lo anterior vulnera el derecho que tienen todas las personas a tener una nacionalidad, y vulnera además el principio a la igualdad y o discriminación, por existir un trato diferente entre unos y otros que no tiene justificación, siendo una

¹⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Opinión consultiva oc -18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. [en línea] < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf > [consulta 5 de marzo de 2015]

decisión arbitraria, desproporcionada pues priva a una persona de un derecho esencial y además, que confunde la calidad migratoria con los derechos fundamentales, los cuales les pertenecen a los seres humanos por el solo hecho de ser personas y sin ninguna otra consideración. Así la Corte Interamericana expresa lo siguiente:

“La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas”¹⁵¹

4.5. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Han existido avances en materia de derechos económicos, sociales y culturales que se han producido por iniciativa del Poder Ejecutivo, principalmente a través de acuerdos interministeriales (Ministerio del Interior, Ministerios de Salud, Educación y el Servicio Nacional de la Mujer) que permiten la coordinación de los diversos organismos para generar políticas que reconozcan los derechos humanos de los migrantes en Chile.

¹⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Opinión consultiva oc -18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. [en línea] < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf > [consulta 5 de marzo de 2015]

Sin desconocer el gran avance que significan estos actos administrativos, resulta indispensable que estos derechos sean consagrados legislativamente para que exista mayor seguridad jurídica a su respecto. Además, se debe realizar un seguimiento de su cumplimiento en la práctica, en primer lugar a nivel de información, es decir que exista difusión de estos derechos para que las personas puedan verdaderamente ejercerlos y segundo, controlar que los establecimientos ya sea de salud o educacionales cumplan con dichas normas sin discriminaciones.

4.5.1. DERECHO A LA SALUD

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25) se señala que:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar y en especial (...) los servicios sociales necesarios”

El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales regula el derecho a la salud en el artículo 12:

“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”

La Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre(artículo 11) menciona lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales (...)”

En materia migratoria la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 28) asegura que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en igualdad de trato con los nacionales. Esa atención médica no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

Convenios Intersectoriales:

- Acción especial de protección a la maternidad

En oficio circular N°179 de 2003, por convenio entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud, se logró facilitar el acceso a los servicios de salud a mujeres embarazada, pues permite a todas las mujeres –incluso las que

se encuentran en situación migratoria irregular- el control del su embarazo, además de otorgárseles una visa temporaria.¹⁵²

Esta iniciativa constituye un avance importante en esta materia, pues en la práctica muchas mujeres no concurrían a los centros de salud aún estando embarazadas, por temor a que quedara en evidencia su situación de irregularidad migratoria, y correr de esa manera el peligro de ser expulsadas del país. Situación que constituye un grave peligro no solo para estas mujeres si no que también para la vida e integridad de la criatura que está por nacer.

- Convenio que facilita el acceso al sistema público de salud de niñas, niños y adolescentes.

En Resolución Exenta N° 1.914 de 2008 por acuerdo celebrado entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud se reconoce el derecho a la salud de todos los niños, niñas y adolescentes extranjeros, de la siguiente manera:

“Se acuerda proporcionar a todos los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años extranjeros atención de salud en los establecimientos de 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

¹⁵²CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2014. Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Editorial Universidad Diego Portales. Santiago. pág. 352.

migratoria en Chile y la de sus padres, tutores o representantes legales. El beneficio se solicita en el consultorio de salud que corresponde a su domicilio.”¹⁵³

Si bien es un gran avance que todos los menores puedan gozar del derecho a la salud, creemos que todas las personas deberían tener resguardado este derecho en nuestro país, incluso los adultos, por constituir un derecho fundamental que tiene importancia vital para todos los seres humanos.

Carolina Stefoni sostiene que un gran problema ha sido la falta de difusión de este acuerdo interministerial¹⁵⁴, que se traduce en la práctica; por un lado en que los migrantes desconocen estos derechos, y por lo tanto pierden la facultad de exigirlos, y por otro lado, ha significado el desconocimiento por parte de los funcionarios de los centros de salud que tienen que aplicarlos, con lo que en definitiva estos derechos pasan a ser letra muerta.

- Oficio N°3229 del Ministerio de Salud respecto a atención de urgencia de todos los extranjeros

¹⁵³ DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIONES. 2008. Convenio que facilita el acceso al sistema público de salud de niñas, niños y adolescentes. Resolución Exenta. N° 1.914 de Marzo de 2008. [en línea] <<http://www.extranjeria.gob.cl/acciones-de-integracion/>> [consulta 10 de marzo de 2015]

¹⁵⁴ STEFONI, CAROLINA. 2011. Ley y política migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante en: MEMORIA: XIII JORNADAS MIGRATORIAS. Nuevas Migraciones, Nuevos Tiempos, Nuevas políticas Migratorias. 31 de Agosto y 1 de Septiembre de 2011. Santiago de Chile, Universidad Católica, pág. 47.

Según oficio N°3229 (11 de junio de 2008), emitido por el Ministerio de Salud, todos los extranjeros sin importar su situación migratoria tienen derecho a atención de urgencia:

“En toda condición clínica que implique riesgo de muerte o de secuela funcional grave, la atención de urgencia o emergencia vital ante un hecho de tal envergadura, debe ser inmediata e impostergable. Ninguna Institución de salud puede negarle a un paciente la atención rápida a una urgencia vital ni exigir un cheque o documento en garantía para otorgarla. La condición de riesgo de muerte o de secuela funcional grave deberá ser certificada por un médico cirujano de la unidad de urgencia pública o privada en que la persona sea atendida.”¹⁵⁵

4.5.2. DERECHO A LA EDUCACIÓN

La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 26) regula el derecho a la educación, estableciendo que debe ser gratuita al menos en lo concerniente a la instrucción elemental, y que tiene por objeto el pleno

¹⁵⁵ SUPERINTENDENCIA DE SALUD CHILE. Preguntas frecuentes ¿Qué es una atención de urgencia? [en línea] <<http://www.supersalud.gob.cl/consultas/570/w3-article-2981.html>> [consulta 10 de marzo de 2015.]

desarrollo de la persona humana así como el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

El Pacto de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho a la educación (artículo 13), indicando que debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además debe capacitar a las personas para participar efectivamente en una sociedad libre. Específicamente hace presente que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 12), regula el derecho a la educación señalando que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas, y que debe existir derecho de igualdad de oportunidades en todos los casos.

Específicamente en materia migratoria, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículo 30) estipula que:

“Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con

los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo.”

Por último, la Constitución Política de la República consagra este derecho (artículo 19 número 10), asegurando a todas las personas el derecho a la educación, la cual tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

- Acción especial de acceso a la educación

Por oficio N°1008 de 2005 del Ministerio de Educación, el Estado de Chile asegura a todos los niños, niñas y adolescentes el ingreso y mantención en la educación preescolar, básica y media, con independencia del estatus migratorio de sus padres¹⁵⁶

Lo anterior constituye un importante avance en materia de derechos de personas migrantes, pues anteriormente a la dictación de dicho oficio, ocurría

¹⁵⁶ OFICIO N°1008. 2005. en INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Situación de los derechos humanos en Chile. Informe anual 2011. Santiago. Pág. 209.

que los establecimientos educacionales negaban discrecionalmente la matrícula a menores, ya sea en atención a su nacionalidad, o bien por la situación migratoria de irregularidad de sus padres. De esta manera Chile contravenía lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a que la calidad migratoria de los padres no puede jamás afectar a los hijos¹⁵⁷.

Sumado a lo anterior, el proceso para matricular a un niño extranjero en Chile era muy complejo, de forma que:

“Los requisitos para obtener matrícula en un establecimiento educacional en Chile eran los siguientes: i) tener carné de identidad, ii) tener algún tipo de visa vigente, iii) contar con el certificado de estudios del último año aprobado en el país de origen. Este último debía estar además sellado por el Ministerio de Relaciones Exteriores del país de origen y por el Consulado Chileno en país de origen”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Opinión consultiva OC -18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. [en línea] < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf > [consulta 5 de marzo de 2015]

¹⁵⁸ STEFONI, CAROLINA. 2011. Ley y política migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante en: MEMORIA: XIII JORNADAS MIGRATORIAS. Nuevas Migraciones, Nuevos Tiempos, Nuevas políticas Migratorias. 31 de Agosto y 1 de Septiembre de 2011. Santiago de Chile, Universidad Católica, pág. 44.

Este conjunto de exigencias en la práctica implicaba fuertes trabas para el acceso a la educación respecto a menores extranjeros, quedando mucho de ellos desprotegidos.

Es necesario agregar que, el derecho de acceso a la educación no sólo supone que los menores concurren a un centro educacional, aprendiendo los conocimientos necesarios para desempeñarse en sus vidas, sino que además, que puedan acceder a almuerzo gratuito (en muchos casos), y también evitar queden solos en sus casas.

4.6. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY DE EXTRANJERÍA. PROPUESTA DEL PODER EJECUTIVO: PRESENTADO POR SEBASTIÁN PIÑERA

El 20 de mayo de 2013 el ex Presidente Sebastián Piñera presentó al Congreso un proyecto de ley que busca la modificación de lo que han sido las normas y políticas migratorias que ha seguido Chile hasta el día de hoy, prometiendo de esta manera mejorar las deficiencias que presenta el DL N°1.094.

Esta parte de nuestra investigación no busca hacer un análisis pormenorizado del proyecto de ley, en cuanto a todas sus fortalezas y defectos,

sino que simplemente estudiar aquellos aspectos que hemos detectado como problemáticos en este capítulo pues entendemos que un proyecto de ley (*lege ferenda*) no tiene ninguna validez mientras no se convierta en ley, y dado el cambio de gobierno y la promesa de Michelle Bachelet de hacer su propia reforma migratoria, creemos que es altamente probable que este proyecto no prospere en el Congreso. Sin perjuicio de lo anterior constituye un avance – aunque insuficiente- respecto a la legislación actual vigente, y un fuerte aporte para la discusión y el análisis de esta materia.

- Penal

En materia Penal el gran avance que presenta este proyecto de ley tiene que ver con las sanciones que se contemplan, las cuales se dividen entre sanciones menos graves que contemplan multas de 0.5 a 10 UTM y sanciones graves que van desde las 10 a las 100 UTM. Ellas son de carácter estrictamente pecuniario, no estableciéndose penas privativas de libertad por irregularidades migratorias como sí ocurre hoy en día.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley vuelve a confundir la formalización con la condena afectando por tanto el derecho a la presunción de inocencia, lo cual se ve reflejado en los siguientes artículos:

El proyecto (artículo 70), establece que se aumentará el plazo para que los residentes temporales puedan postular a la residencia definitiva, de veinticuatro a cuarenta y ocho meses, según antecedentes personales del interesado, siendo un criterio los delitos en que la persona haya sido formalizada o condenada.

De la misma manera el proyecto de ley (artículo 81 N°2) señala que podrán revocarse los permisos de residencia o permanencia de quienes tengan un proceso penal suspendido condicionalmente o hubieren celebrado acuerdos reparatorios con la víctima, casos en los que deberá sustituirse el abandono obligado por una residencia temporal limitada hasta que la causa sea sobreseída definitivamente.

Finalmente estipula dicho proyecto (artículo 84), que la resolución que rechaza una solicitud de residencia, o revoca un permiso de residencia, o bien de permanencia vigente, correspondiente a un extranjero que se encuentre además imputado por crimen o simple delito, deberá disponer en dicho acto administrativo que, el plazo para abandonar el país regirá desde el momento de la notificación de la resolución judicial firme o ejecutoriada que ponga término al proceso, o del término del cumplimiento de la pena según fuera el caso.

En este caso el legislador debería especificar que no cualquier forma de poner término al proceso implica la expulsión del extranjero, sino que en aquellos casos en que se dicte sentencia condenatoria, de manera que si el proceso termina por absolución, suspensión condicional del procedimiento o acuerdos reparatorios no hay motivo para dicha expulsión.

En conclusión, en atención al principio de presunción de inocencia - contemplado tanto en el Código Procesal Penal, como en los tratados internacionales ratificados por Chile- la formalización de una investigación o una salida alternativa al proceso penal, no deben en caso alguno implicar ninguna consecuencia para los extranjeros que se encuentren en Chile. Sólo una sentencia condenatoria debería producir efectos respecto a la calidad migratoria del extranjero.

- Administrativo

En cuanto a las causales de prohibición de ingreso, en el proyecto se encuentran más delimitadas que en la legislación actual, dejando menos espacio a la arbitrariedad. De manera que se suprime por ejemplo el requisito de tener recursos suficientes para mantenerse en nuestro país. En cambio se establece como prohibición facultativa -por ejemplo- aquellos que registren antecedentes policiales negativos en los archivos o registros de la autoridad

policial, sean propios o canalizados a través de la Interpol, lo que genera un campo importante para la discrecionalidad:

“Resulta compleja –esta categoría- en tanto no precisa qué es una antecedente policial negativo. Cabe preguntarse si incluye violaciones a las normas del tránsito, a las normas migratorias en otros Estados, faltas o el equivalente a conductas que son sancionadas administrativamente y no en sede penal”¹⁵⁹

Este proyecto de ley innova positivamente (artículo 120):

“Previo a dictar una medida de expulsión, la Subsecretaría del Interior deberá considerar la gravedad de los hechos que sustentan la causal de expulsión, los antecedentes delictuales del afectado con la medida de expulsión, la reiteración de infracciones migratorias, el periodo de residencia regular en Chile, tener vínculos afectivos en Chile como por ejemplo cónyuge, conviviente, padres o hijos, y el patrimonio y los bienes que tuviere el extranjero en el país”.

¹⁵⁹ OLEA, HELENA. Derechos humanos de los migrantes y refugiados análisis del proyecto de ley de migración y extranjería. [en línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/documentosddhh/libro_DD_HH_capitulo3.pdf > [consulta 5 de marzo de 2015] pág. 146

La última consideración está demás, en atención a que una persona por el sólo hecho de tener más bienes o un mayor patrimonio en Chile no tiene mayor derecho de permanencia que una persona que carece de bienes, o que simplemente tiene lo que gana con su trabajo. Es un tratamiento diferente a extranjeros ricos y pobres, que no tiene justificación razonable. En todo caso, el hecho de considerar la situación particular del extranjero antes de decretar su expulsión, es un avance significativo que recoge el razonamiento que han establecido nuestros tribunales superiores de justicia.

Se permite en el proyecto, someter al afectado con una medida de expulsión a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias para su cumplimiento, salvo en el caso de menores de edad. Estas privaciones o restricciones sólo podrán practicarse en el domicilio del afectado o en lugares que no sean recintos penitenciarios, separados de la población penal y de personas del sexo opuesto. El afectado debe ser dejado en libertad si la expulsión no se materializa una vez transcurridos cinco días desde el inicio de la privación de libertad. Es muy positivo que se establezca un plazo máximo respecto a la detención, aunque cinco días parece excesivo, sobre todo si la privación de la libertad no se materializa en el domicilio del afectado. Luego respecto al lugar de detención no se especifica donde se van a detener a los extranjeros. La práctica indica que se detienen en cuarteles policiales, los cuales no cumplen con los requisitos mínimos para privar a una persona de

libertad por un plazo de cinco días. Lo otro que resulta inadmisibles es que no existe un control judicial de estas detenciones, por lo tanto se podrían extender más allá del plazo permitido por la ley. De todas formas resulta positivo el hecho de que se establecen específicamente derechos que tienen los extranjeros privados de libertad –derechos que hoy en día carecen- como por ejemplo ser notificados de la medida de expulsión, permitir el contacto de familiares y representantes legales (los que pueden servir como medida de control respecto a las condiciones en que estas personas son privadas de libertad, aunque no hay que olvidar que pueden existir extranjeros que carezcan de estos vínculos en Chile, lo que implica que se vean más desprotegidos), recibir tratamiento médico, comunicarse con su representante consular y solicitar un intérprete si no habla o no entiende el idioma castellano.

Resulta de vital importancia que se consagren estos derechos, pues representan los derechos específicos que deben tener los migrantes en cualquier parte del mundo por su calidad de tal. De esta manera, el extranjero detenido debe tener el derecho a la información y a la notificación consular. El primero consiste en que se le entregue información respecto de su derecho a que se le notifique de su situación al consulado respectivo, y el segundo implica que se debe informar de su detención, arresto o puesta en prisión preventiva sin demora al consulado que sea procedente. Además los extranjeros deben tener derecho a un intérprete si es que no entienden el

idioma que utiliza el tribunal¹⁶⁰. Este derecho se encuentra garantizado en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (artículo 14 número 3 letra f) de la siguiente manera:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a (...) ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal”.

Este derecho es parte fundamental del derecho a la defensa y del debido proceso. Chile actualmente desconoce estas obligaciones internacionales.

Por último referente a los recursos el proyecto contempla los recursos administrativos contemplados en la ley 19.880 los cuales tendrán siempre el efecto de suspender la resolución impugnada.

Se contempla además la posibilidad de reclamar judicialmente (artículo 134). El recurso se debe interponer ante la Corte de Apelaciones del domicilio del afectado, ya sea él mismo o cualquier persona a su nombre en un plazo de cuarenta y ocho horas, contado desde la notificación de la respectiva resolución. La Corte de Apelaciones procederá breve y sumariamente y fallará

¹⁶⁰ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Minuta Derechos de las personas extranjeras y migrantes ante el sistema penal. Santiago. pág. 6

la reclamación en única instancia, y su interposición suspenderá la ejecución de la orden de expulsión.

No es idónea esta regulación de recursos, en primer lugar, pues el plazo de cuarenta y ocho horas para su interposición resulta absolutamente insuficiente para la preparación de una defensa adecuada, por las mismas consideraciones que se tuvieron presente respecto a la legislación actual (v.4.2.2.5). Tampoco resulta suficiente que los tribunales deban conocer en única instancia, sin posibilidad de revisión por parte de un tribunal superior, pues constituye una violación al derecho a las garantías judiciales (derecho a los recursos).

- Laboral

El artículo 10 del proyecto de ley, llamado Derechos Laborales señala expresamente que los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los chilenos, y que todo empleador deberá cumplir con sus obligaciones legales en materia laboral, sin perjuicio de la condición migratoria irregular del extranjero contratado. De manera que el proyecto recoge lo establecido por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos respecto a los derechos laborales de los trabajadores migratorios.¹⁶¹

Representa un gran avance el cambio de la visa sujeta a contrato por la residencia temporal, la cual se define como el permiso de residencia otorgado por la Subsecretaría del Interior a los extranjeros que tengan el propósito de establecerse en Chile por un tiempo limitado, habiendo distintas subcategorías que serán definidas con posterioridad por Decreto Supremo. Sin perjuicio de lo anterior, el decreto deberá comprender la situación de extranjeros que ingresen al país a desarrollar actividades lícitas remuneradas, por cuenta propia o bajo relación de subordinación y dependencia.

De la misma manera un Decreto Supremo fijará los requisitos de las subcategorías, por lo que no existen en el proyecto de ley antecedentes que permitan realizar un análisis exhaustivo.

- Constitucional

¹⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados [en línea]. San José <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf> [consulta 5 de abril de 2015] Párrafo 133

Preocupante resulta la regulación del proyecto de ley respecto a la nacionalidad de los hijos de extranjeros que se encuentran en Chile en situación irregular. El artículo 166 del proyecto de ley define extranjero transeúnte de la siguiente manera:

“Para los efectos de otorgar la nacionalidad chilena a los hijos de extranjeros nacidos en Chile, de acuerdo al artículo 10 de la Constitución Política de la República, se entenderá por transeúnte a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición migratoria irregular”.

La definición del proyecto de ley de la expresión extranjero transeúnte, desconoce en primer lugar la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a que la calidad migratoria de los padres no puede afectar jamás a los hijos, y desconoce además la construcción jurisprudencial que ha realizado la Corte Suprema de Chile, respecto a que no se considerará como hijos de extranjeros transeúntes a los hijos de padres que tienen un ánimo de permanecer en nuestro país, aún cuando se encuentren de manera irregular¹⁶².

- Salud

¹⁶² OLEA, HELENA.2013. Derechos humanos de los migrantes y refugiados análisis del proyecto de ley de migración y extranjería. [en línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/documentosddhh/libro_DD_HH_capitulo3.pdf > [consulta 5 de marzo de 2015] pág. 142.

En relación al acceso a la salud, respecto a las prestaciones de salud financiadas en su totalidad con recursos fiscales, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos residentes titulares o dependientes que hayan permanecido en Chile de manera continua por un periodo de dos años. Esta exigencia no es razonable, pues no hay ninguna razón para establecer un requisito adicional de permanencia a los extranjeros para gozar de los mismos derechos que los chilenos.

“La formulación propuesta denota la creencia en el mito de que los extranjeros explotan el sistema de salud sin contribuir a él. Quienes defienden esta tesis omiten considerar que la población migrante está constituida en su mayoría por personas en edad productiva”¹⁶³.

De todas formas, constituye un gran avance que el proyecto de ley obliga al Estado a garantizar a todo extranjero, incluyendo aquellos que se encuentren en situación migratoria irregular la atención de salud a menores, embarazo, parto puerperio, y de urgencia, en establecimientos públicos. Con ello la legislación recoge los distintos convenios intersectoriales y oficios que

¹⁶³ OLEA, HELENA.2013. Derechos humanos de los migrantes y refugiados análisis del proyecto de ley de migración y extranjería. [en línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/documentosddhh/libro_DD_HH_capitulo3.pdf > [consulta 5 de marzo de 2015] pág. 139

regulan la materia hoy en día, otorgándoles rango legal, haciéndolos por tanto más eficaces en su aplicación.

- Educación

En materia de educación también se recoge lo que hasta hoy en día se encontraba en resoluciones administrativas, es decir, que el Estado garantizará el acceso a la enseñanza preescolar, básica y media a los extranjeros menores de edad establecidos en Chile en las mismas condiciones que los nacionales, mencionando expresamente que no se puede discriminar por razones de nacionalidad. En ningún caso podrá denegarse la matrícula a un menor a causa de su nacionalidad, ni por la condición migratoria de sus padres, aún cuando ellos se encuentren en situación migratoria irregular.

CAPITULO 5: PROPUESTAS

A lo largo del cuarto capítulo de esta investigación se hizo un análisis pormenorizado de todos los asuntos prácticos que fueron identificados como principales problemas en materias migratorias, en las distintas áreas del derecho, con respecto al principio de igualdad y no discriminación, analizado en el primer capítulo de esta investigación. Sin embargo, no basta simplemente con identificar el problema, además es necesario analizar cómo se pueden solucionar. Es por ello que luego de tal análisis, podemos decir que resulta imprescindible plantear las siguientes propuestas:

1) Fomentar la mirada positiva del migrante, con la ayuda indispensable de los medios de comunicación.

2) Adaptar la legislación migratoria a los cambios impulsados por la reforma procesal penal, entendiendo que la formalización no puede jamás tener efectos respecto a la situación migratoria de un sujeto, al igual que si el proceso termina por una suspensión condicional del procedimiento o acuerdo reparatorio.

3) Que las normas del debido proceso sean aplicables íntegramente en materia migratoria, adaptándose siempre las decisiones a las normas mínimas que la integran.

4) Evitar legislativamente la discrecionalidad de la Administración, en cuanto a las causales de prohibiciones de ingreso, adoptando por el contrario criterios objetivos.

5) Eliminar cualquier tipo de sanción penal respecto a infracciones migratorias, sustituyéndolas íntegramente por sanciones de carácter pecuniario.

6) Prohibir los allanamientos a extranjeros, en el contexto de decreto de expulsión. Que los allanamientos sean permitidos solamente bajo las normas generales, en las mismas condiciones que respecto a los chilenos.

7) Prohibir la detención de migrantes mientras se materializa el proceso de expulsión. De considerarse necesaria la detención como única forma de llevar a cabo la medida, que la detención se cumpla en el domicilio del afectado por un tiempo determinado, y si se llegara a detener al sujeto en otro lugar, que éste tenga la posibilidad de solicitar ser puesto a disposición de un tribunal competente a efectos de evaluar la legalidad de dicha detención. Se debe además establecer un plazo máximo razonable. Respecto al lugar de

detención el juez se debe asegurar que cumpla con las condiciones necesarias para que existan personas privadas de libertad, no pudiendo ser en ningún caso recintos penitenciarios.

8) El decreto de expulsión debe ser fundado, y tomar en consideración las circunstancias particulares de los afectados.

9) Respecto al recurso judicial contra la resolución que decreta la expulsión, debe ser conocido por la Corte de Apelaciones, -para que así exista un tribunal competente en cada región-, en primera instancia, y el plazo de interposición deben ser mínimo cinco días para efectos de elaborar una defensa adecuada.

10) El migrante debe siempre contar con el derecho a un traductor en caso de no entender el idioma nacional, y a la notificación consular respecto a su situación en Chile.

11) Dejar explícitamente establecido en la legislación que el migrante en situación irregular goza de los mismos derechos laborales que los que se mantienen en Chile regularmente y que los nacionales.

12) Eliminar la visa sujeta a contrato, entendiendo que la situación migratoria de una persona no puede depender jamás de un contrato de trabajo por el nivel de vulnerabilidad que genera.

13) Eliminar la cláusula de viaje como obligación del empleador.

14) Adoptar en la legislación el criterio que ha seguido la Corte Suprema respecto al concepto de “transeúnte” expresado en el artículo décimo de la Constitución Política de la República, entendiendo que los hijos de extranjeros que se encuentran en situación irregular en Chile no son hijos de transeúntes y por lo tanto son chilenos, con mayor razón si el menor no tiene otra nacionalidad asociada y se convertirá en apátrida.

15) Que tanto migrantes regulares como irregulares tengan pleno acceso a la salud pública en Chile, de la misma manera que un chileno.

16) Que todos los hijos de extranjeros tengan en Chile el derecho de acceso a la educación (reconocido por el legislador) en igualdad de condiciones que un chileno, no pudiendo jamás negar la matrícula a un niño o niña por motivo de su nacionalidad.

CONCLUSIONES

En términos generales, nuestra investigación nos ha llevado a concluir que el principal problema que se da en materia de migrantes está directamente relacionado con la concepción que históricamente se ha ido construyendo alrededor de su figura, y por tanto, la visión sesgada que se tiene en la actualidad sobre él. Como se analizó en el principio de esta memoria, la figura del migrante históricamente se ha dividido en dos áreas: Un migrante deseado, financiado por el Estado y que tiene por objeto entregar valores culturales-profesionales a este país, y otro más bien no invitado, que vio simplemente en Chile una oportunidad de trabajo, que no tiene calificación profesional y que resulta generalmente latino (también chino o árabe, a principios del Siglo XX), y que por lo tanto, no es bienvenido.

Por lo mismo, se ha ido creado un paradigma muy particular del migrante latinoamericano, que, impulsado por los medios de comunicación, ha ido ganando espacio en la sociedad chilena. Vienen a quitarnos el trabajo, son delincuentes y trafican drogas. Son sucios y viven hacinados. Hay una serie de prejuicios generalizados que ya son parte arraigada de nuestras creencias.

En atención a ello, podemos decir que lo más importante es cambiar ese paradigma. Una forma inteligente y útil de hacerlo es modificando nuestra

legislación. En ella se consagra explícitamente esta figura del migrante no deseado, mirándolo con desconfianza y dando interminables facultades a la administración para que no le permita el acceso a nuestro país, o lo expulse, frente a ninguna razón objetiva. En ella también se consagran diferencias tan aberrantes entre chilenos y extranjeros como las planteadas a lo largo de esta investigación en las distintas áreas del derecho, que ponen en jaque la norma de *ius cogens* del Derecho Internacional, el principio de igualdad y no discriminación.

En atención a lo analizado pormenorizadamente con respecto a las distintas áreas del derecho y las infracciones al principio de igualdad y no discriminación que se vislumbraron en cada una de ellas, es que podemos llegar a las siguientes conclusiones:

El principio de igualdad y no discriminación se ha transformado en un pilar fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, y en atención a la ratificación de diversos tratados internacionales, en un principio de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo anterior, es exigible que la normativa aplicable a los migrantes, en este caso en particular, se atenga al respeto del principio antedicho.

Lo anterior es una ardua tarea, pero el diagnóstico es el primer paso, y fue el propósito de esta investigación. Considerando el análisis histórico de la migración en nuestro país, y el desarrollo de la legislación en materia de extranjería, es necesario hacer una adecuación en todo ámbito que tenga por objeto lograr armonizar la normativa vigente con el derecho de igualdad y no discriminación, logrando así que la legislación aplicable se condiga con el completo respeto a los derechos humanos.

Es indispensable para nuestro país ratificar la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, sobre la que no ha habido pronunciamiento por parte de las autoridades, y que resulta una señal potente en cuanto a la voluntad real de incorporar el principio de igualdad y no discriminación a todo el ordenamiento jurídico interno.

Lo anterior ha sido la dinámica en el derecho comparado, como se manifestó en el tercer capítulo de esta investigación. La tendencia es adecuar la legislación interna y consagrar el derecho de igualdad y no discriminación en la legislación, incluso llegando a nivel constitucional en ciertos casos, y a su vez, cambiar el paradigma del migrante al que se hizo referencia en párrafos anteriores.

En cuanto a las ramas del derecho específicas analizadas a lo largo de esta memoria, podemos establecer como conclusiones las siguientes:

En **sede penal**, uno de los problemas que pudimos detectar es la criminalización de la misma población chilena a los extranjeros, la cual es reforzada por los medios de comunicación que tienden a incluir comentarios xenofóbicos en sus discursos.

Sin embargo el conflicto más grave en esta materia, que afecta el principio de igualdad y no discriminación, tiene que ver con el hecho de que respecto a los migrantes basta con la formalización de una investigación Penal para que su permiso de residencia pueda ser revocado, lo que conlleva su posterior expulsión. El problema es que no se toma en consideración la manera de poner término al proceso penal, que no sólo puede terminar por una sentencia condenatoria si no que también por una salida alternativa (una suspensión condicional del procedimiento, un acuerdo reparatorio), o incluso a través de una sentencia absolutoria. Lo anterior significa que si el extranjero es formalizado, debe ser entendido como culpable, y puede ser expulsado del país, lo cual atenta gravemente con el derecho a la presunción de inocencia.

Además, la ley N°20.603 regula la expulsión como medida sustitutiva a la pena, la cual puede ser decretada de oficio por el tribunal, aún cuando las

circunstancias particulares del condenado extranjero (por ejemplo vínculos familiares) hagan para éste preferible cumplir condena en Chile.

Por otra parte, una vez que un extranjero en condenado, cumple su condena en Chile y luego es expulsado, se produce un problema con el principio *ne bis in ídem*, es decir, la prohibición de que una persona sea sancionada dos veces por los mismos hechos.

En **sede administrativa**, el conflicto dice relación con las amplias facultades discrecionales que se entregan a los funcionarios encargados a tales efectos para determinar el ingreso y permanencia de las personas extranjeras a nuestro país. Lo mismo ocurre con las causales de expulsión genéricas, que conllevan muchas veces que un extranjero deba abandonar el país por una decisión arbitraria, ejercida de manera discrecional, sin que haya una fundamentación para ello.

Sumado a lo anterior, los recursos en contra de los decretos de expulsión son sumamente ineficaces, por ejemplo el recurso extraordinario de reclamación debe interponerse en un breve plazo de veinticuatro horas. Tampoco se contempla en nuestra legislación la obligación del Estado de asistir al extranjero de un intérprete en aquellos casos en que no comprenda el idioma Castellano.

Otro problema gravísimo, dice relación con no respetar las garantías mínimas de debido proceso en actos administrativos, de manera que los extranjeros en Chile pueden ser sometidos a detenciones ilegales y allanamientos, en el marco de procedimientos de expulsión del país. En este contexto los migrantes son detenidos sin que exista un plazo máximo para ello, pudiendo dicha privación de libertad durar meses, en lugares que no están habilitados para tales efectos. Ello vulnera gravemente su derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En **sede laboral**, a lo largo de esta investigación pudimos detectar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes en Chile, que por regla general vienen a nuestro país justamente en búsqueda de oportunidades laborales. Esta situación los lleva muchas veces a aceptar condiciones precarias de trabajo, caracterizadas por la privación de los derechos laborales consagrados en nuestro país.

Además, el contrato de trabajo para poder solicitar una visa sujeta a contrato, debe contener una cláusula en la que el empleador se obligue a pagar el pasaje de regreso a su país, tanto del trabajador como de sus dependientes, lo que se convierte en una carga excesivamente onerosa para el empleador que

tiene la intención de contratar a un extranjero, constituyendo un fuerte desincentivo para tal propósito.

Finalmente, el titular de visación de residente sujeto a contrato debe completar dos años de residencia en calidad de tal, para poder obtener la residencia definitiva. Este plazo debe ser continuo, y ello es lo problemático puesto que muchas veces los trabajos que realizan los migrantes en Chile son de aquellos en los que existe una fuerte rotación. Este requisito obliga además al trabajador a permanecer en un trabajo por el periodo antedicho aún cuando las condiciones no sean las adecuadas.

En **sede constitucional**, el conflicto está dado por la práctica administrativa a través de la cual los funcionarios del Registro Civil niegan la nacionalidad Chilena a los hijos de extranjeros que se encuentran de manera irregular en nuestro país, considerándolos como “transeúntes”. Esta situación resulta verdaderamente reprochable, sobre todo para un país que se dice respetuoso de los Derechos Humanos.

Por último, respecto a los **Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, han existido avances provenientes del Poder Ejecutivo, que es necesario acoger y consagrar en nuestra legislación interna. Un ejemplo es que el Estado de Chile garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ingreso y

mantención en la educación preescolar, básica y media, con independencia del estatus migratorio de sus padres.

Otro avance, en materia de salud, es que todos los niños menores de 18 años gozarán de derecho de acceso a la salud en establecimientos de red pública, en igualdad de condiciones que los chilenos.

Sin perjuicio de los grandes logros alcanzados en esta materia, es necesario seguir avanzando, y otorgar por ejemplo acceso a la salud a todas las personas, sin importar su condición migratoria.

En atención a lo expuesto anteriormente queda claro que en Chile resulta imprescindible un cambio en la imagen del migrante, es urgente valorarlo como sujeto de derechos y obligaciones, y es imperante adecuar la legislación nacional a los Tratados Internacionales ratificados por este país, y en general, a las directrices del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Urge la visión integral del migrante de la que hablábamos en la Introducción de esta investigación.

Es necesario que nuestro país de una vez por todas decida tomar consciencia de la importancia que reviste este tema, cada día más y con mayor fuerza. Es importante que entienda que por mucho que exista una preocupación

por el Gobierno por mejorar las condiciones de vida de los migrantes, no es suficiente con oficios, decretos y soluciones temporales. Hay que modificar las bases, hay que entender que las soluciones deben ser pensadas y planificadas a largo plazo, y es imprescindible comenzar a poner en marcha políticas públicas que tengan por objeto la protección de la persona del migrante, pues es la única manera de garantizar de manera real sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS DE MATERIAL IMPRESO.

- LIBROS

1) BLANCPAIN, JEAN PIERRE (1985) Los alemanes en Chile (1816-1945) Editorial Pedagógica chilena, 1° Edición, Santiago

2) CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2010. Derechos Humanos de los migrantes y refugiados en: Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2010. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago. 237-270

3) CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2013. Derechos de los migrantes y refugiados. Análisis del proyecto de ley de migración y extranjería en: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago. 123-164

4) CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2013. La Ley Antidiscriminación en Chile: Avances e insuficiencias en la protección de la Igualdad y no Discriminación en Chile en: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago. 285-310.

5) CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. 2014. Derechos de los migrantes y refugiados en: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago. 333-376.

6) DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Derechos de las personas extranjeras y migrantes ante el sistema Penal. Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas. Guía para los Defensores, Departamento de Estudios y Proyectos. Enero de 2014. Santiago. 31 p.

7) INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2010. Santiago. 181p.

8) INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Igualdad y no Discriminación: Derechos de las personas migrantes en: Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2011. Santiago. 201-212.

9) INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Ejercicio de derechos sin discriminación: Derechos de las personas migrantes y víctimas de trata en: Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2012. Santiago. 161-172.

10) INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Ejercicio de derechos sin discriminación: Derechos de las personas migrantes en: Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2013. Santiago. 151-164.

11) INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección. Santiago. 660p.

12) MATURANA, CRISTIÁN y MONTERO, RAÚL. 2010. "Derecho Procesal Penal". Legal Publishing Chile. Tomo II. 1144p.

13) MOSQUERA, MARIO. MATURANA CRISTIÁN. 2010. Los recursos procesales. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 613p.

14) NASH, CLAUDIO y DAVID, VALESKA. 2009. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos, -en: NASH, CLAUDIO y MUJICA, IGNACIO (Eds.) 2009. Derechos Humanos y Juicio Justo. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas –COLAM, Organización Interamericana Universitaria, Lima, pág. 159-186.

15) SHELTON, DINAH. 2008. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en: Anuario de Derechos Humanos 2008. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág 15-39.

16) STEFONI, CAROLINA. 2003. Inmigración peruana en Chile: Una oportunidad a la integración. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 133p.

17) TAPIA, MAURICIO. 2005. Código Civil Chileno 1855-2005. Evolución y Perspectivas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 471p.

- TESIS

1) ACEVEDO, JULIO. 1949. Régimen jurídico para el acceso, permanencia, residencia y salida del territorio nacional. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 147p.

2) ASENJO, J. 2003. Estatuto administrativo, laboral, previsional y tributario del trabajador extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 199p.

3) GALLE, CAMILA y MARDONES, CAMILO. 2014. Legislación Migratoria y Constitución: Análisis crítico de la expulsión de migrantes y su infracción a garantías constitucionales. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 180p.

4) ITURIETA, PILAR y TOYOS, FRANCISCO. 2009. Migraciones Internacionales y Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 506p.

5) LOPEZ, ORIANA. 2012 .Correr es mi destino por no llevar papel. Memoria para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 54p.

6) ROJAS, C. 1955. Régimen chileno de extranjería. . Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 111p.

7) VERA, PABLO. 2013. Derecho Migratorio: Aproximación a la realidad jurídica del extranjero en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 503p.

8) VIDAL, CONSTANZA y TOBAR, ROMINA. 2008. Trabajadores migratorios y su protección jurídica en Chile: Convención Internacional sobre protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Memoria para optar al grado de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 128p.

- ARTÍCULO DE REVISTA

1) ARCOS, FEDERICO. 2010. Reseña: La igualdad en los derechos: Claves de Integración. J. de Lucas y A. Solanes. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Vol. 21, julio-diciembre, 2010: 229-237

2) GAUCHÉ, XIMENA. 2014. Análisis crítico de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de

2013. Revista chilena de derecho y ciencia política. Vol. 5 N° 1, enero-abril 2014: 11-58.

3) COFRÉ, LEONARDO. Aproximación al derecho administrativo sancionador: Las potestades sancionadoras. Trabajo en desarrollo. 1-14

4) MAÑALICH JUAN PABLO. 2011. El principio *ne bis in ídem* en el derecho penal chileno. Revista de Estudios de la Justicia N°15. 2011. 139-169.

- CONGRESO, CONFERENCIA O REUNIÓN.

1) CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDARES Y PRÁCTICAS. 9 y 10 de abril de 2013. 2013. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. 60p.

2) CONFERENCIA SOBRE LA SITUACIÓN PENAL DE LOS MIGRANTES EN CHILE. Exposición de la Defensoría Penal Pública ante la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados. 13 de Agosto de 2014. Santiago de Chile. [En línea] <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=20674&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>. [Consulta 23 de febrero de 2015]

3) MEMORIA: XIII JORNADAS MIGRATORIAS. Nuevas Migraciones, Nuevos Tiempos, Nuevas políticas Migratorias. 31 de Agosto y 1 de Septiembre de 2011. Santiago de Chile, Universidad Católica. 77p.

4) SEMINARIO INTERNACIONAL “Igualdad y no Discriminación. Estándares y mecanismos para la igualdad real” 2011. 14 y 15 de Julio, Santiago de Chile. 158p.

5) XVI JORNADAS MIGRATORIAS. Los Derechos de las Personas Migrantes y la Gobernanza de las Migraciones en Chile. 7 Y 8 de Agosto de 2014. Santiago de Chile, Instituto Católico de Migraciones. 151p

- LEY

1) ARGENTINA. Ley 25.871 de migraciones. 20 de enero de 2004. [en línea] < <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=92016>> [consulta 12 de enero de 2015]

2) CHILE. Código Procesal Penal, Ley 19.696. 12 de octubre de 2000: [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>> [consulta 7 de noviembre de 2014]

3) CHILE. Constitución Política de la República. Texto refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto N° 100 de 17 de septiembre de 2005 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta 10 de octubre de 2014]

4) CHILE. Decreto con Fuerza de Ley N° 69. Crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. 8 de mayo de 1953 [en línea] < <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/4418.pdf>> [Consulta: 18 de febrero 2008]

5) CHILE. Decreto N° 521. Reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953, que crea el Departamento de Inmigración. 27 de noviembre de 1953 [en línea] <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/13968.pdf> [Consulta: 19 de junio de 2008]

6) CHILE. Decreto Supremo N° 2043: Delega atribuciones al Intendente Regional para cambiar la condición jurídica de los extranjeros. 10 de febrero de 1982. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18813>> [Consulta 15 de agosto de 2014]

7) CHILE. Decreto Supremo N° 5.142. Fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros. 29 de octubre de 1960 [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/19444.pdf>> [Consulta: 19 de junio de 2014].

8) CHILE. Decreto Supremo N° 597. Reglamento de Extranjería. 24 de noviembre de 1984 [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/14516.pdf>> [Consulta: 19 de junio de 2014].

9) CHILE. Decreto Supremo N° 818. Delega atribuciones al Gobernador Provincial para tomar medidas de expulsión. 13 de julio de 1983. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15768>> [Consulta 15 de agosto de 2014]

10) CHILE. Decreto supremo N° 888. Crea la Comisión Asesora sobre Migraciones. 26 de agosto de 1977 [en línea]

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=76962&idParte=0>> [Consulta 15 de agosto de 2014]

11) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). 1969 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022>> [consulta 20 de junio de 2014]

12) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. 1984 [en línea] <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm> [Consulta: 20 de junio de 2014]

13) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985 [en línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>> [consulta 20 de junio de 2014]

14) Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. 2013. [en línea] <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp> [consulta 17 de diciembre de 2014]

15) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”. 1994 [en línea] <<http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/f8601fb8db94c62a136ea21cbc7f840c.PDF>> [consulta 20 de junio de 2014].

16) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 1965 [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>> [Consulta: 21 de junio de 2014]

17) Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 1990 [en línea] < <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0034>> [consulta 21 de junio de 2014]

18) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>> [consulta 15 de junio de 2014].

19) Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948 [en línea] < <http://www.un.org/es/documents/udhr/> > [consulta 16 de diciembre de 2014]

20) ECUADOR. Ley de Extranjería. Codificación 23, Registro Oficial 454 de 4 de noviembre de 2004 [en línea] <<https://www.oas.org/dil/Migrants/Ecuador/Ley%20N%C2%B0%20200023%20del%204%20de%20noviembre%20de%202004,%20Ley%20de%20Extranjer%C3%ADa.pdf>> [consulta 14 de enero de 2015]

21) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551> > [Consulta: 15 de junio de 2014]

22) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966 [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0014>> [Consulta: 15 de junio de 2014]

23) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). 1988 [en línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>> [consulta 15 de junio de 2014]

24) URUGUAY. Ley 18.250. 6 de enero de 2008. [en línea] <http://www.oas.org/dil/esp/Ley_Migraciones_Uruguay.pdf> [consulta 13 de enero de 2015]

- OPINIONES Y RECOMENDACIONES

1) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 1981. Observación General No. 3, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 2 - Aplicación del Pacto a nivel nacional, 13º período de sesiones. [en línea] <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom3.html> [consulta 3 de mayo de 2015]

2) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 1989. Observación General No. 18. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones [en línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>> [consulta 5 de mayo de 2015]

3) COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 2012. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). 12 de noviembre de 2012. [En línea]

<<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>>
[Consulta 4 de Marzo de 2014].

4) COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. 2013. Recomendaciones a Chile. [en línea] <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html> [consulta 23 de febrero de 2015]

5) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC -18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf> [consulta 5 de agosto de 2014]

6) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-4/84, DEL 19 DE ENERO DE 1984. “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización” Solicitada por el Estado de Costa Rica. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>> [consulta 4 de mayo de 2015]

7) MOCIÓN PARLAMENTARIA. Establece ley interpretativa del artículo 10 de la Constitución Política de la República, en materia de nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en Chile. Boletín N°9831-07. Diputada Karol Cariola. Ingreso 18 de diciembre de 2014. [en línea]

<http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10254&prmBL=9831-07> [consulta 10 de marzo de 2015]

- JURISPRUDENCIA.

1) CORTE DE APELACIONES ARICA. 2013. Jenifer Suley Candelo Riascos contra subprefecto Juan Carlos Fuentes Sandoval, jefe regional de la Policía de Investigaciones. Sentencia 18 de marzo de 2013. [En línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>> [Consulta 4 de Marzo de 2014]

2) CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. 2014. Rehman Kashif c/ Gobernador Provincial de Iquique. Sentencia 9 de septiembre de 2014. [en línea] [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ38677&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ38677&links=[LEY,%20EXTRANJ]) [consulta 10 de marzo de 2015]

3) CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2011. Melgar Milla, Berta E. c/ Jefa del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, Daneri Hermosilla, Carmen G. y otros. Sentencia 19 de abril de 2011. Rol:1288-11. [en línea] <[http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ26987&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ26987&links=[LEY,%20EXTRANJ])> [consulta 10 de marzo de 2015.]

4) CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Marín Angarita, Carlos A y otros c/ Ministerio del Interior y Seguridad Pública - Policía de Investigaciones de Chile - Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional. 9 de marzo de 2013. Considerando tercero. Rol 351-13. [en línea] [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34536&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ34536&links=[LEY,%20EXTRANJ]) /> [consulta 10 de marzo de 2015]

5) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia 2 de febrero de 2001. Párrafo 124. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf> [consulta 8 de abril de 2015]

6) CORTE SUPREMA. Sentencia de 12 de enero de 1968. R, t 65 Sección 1° pág. 45. En: Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Constitución de la Política de la República de 1980. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1993.

7) CORTE SUPREMA. 2013. Grimalda Velasquez Cancacahua c/ Jefe de Prefectura Policía Internacional Aeropuerto de Santiago. Sentencia 4 de junio de 2013. Rol: 3563-13. [en línea] [http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ35232&links=\[LEY,%20EXTRANJ\]](http://cl.microjuris.com/getContent?reference=MJCH_MJJ35232&links=[LEY,%20EXTRANJ]) [consulta 10 de marzo de 2015]

8) CORTE SUPREMA. 2013. Reclamación de nacionalidad interpuesto por Melissa Rupay. 26 de noviembre de 2013. Rol 5482-2013 Considerando octavo. [en línea] <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>> [Consulta 5 de Marzo de 2014]

9) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Marcks vs. Bélgica. Sentencia del 13 de junio de 1979. Párrafo 33. [en línea] <http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=220> [consulta 6 de mayo de 2015]

II. REFERENCIAS DE RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS EN LÍNEA:

- TEXTOS ELECTRÓNICOS

1) ALARCÓN, GONZALO y RIQUELME, JORGE. 2008. El peso de la historia en la inmigración peruana en Chile. Revista Polis, Universidad Bolivariana [en línea] < <http://www.scielo.cl/pdf/polis/v7n20/art16.pdf> > [consulta 16 de junio de 2014]

2) BAYEFSKY, ANNE. 1990. El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional. Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea] < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>> [consulta 05 de diciembre de 2014]

3) CANO, MARÍA VERÓNICA et al. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante el nuevo escenario migratorio. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)- División de Población de la CEPAL, Chile 2009 [en línea] Santiago < <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/37498/lcl3086-P.pdf>> [consulta 12 de noviembre de 2014]

4) CANO, MARÍA VERÓNICA Y SOFFIA, MAGDALENA. (2009) Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada. [en línea] < http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-74252009000300007&script=sci_arttext [consulta 15 de mayo de 2015]

5) CERIANI, PABLO. 2011. Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana. [en línea] Buenos Aires. <http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf> [consulta 08 de octubre de 2014]

6) DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Minuta sobre la situación de los migrantes ante la justicia Penal, exposición ante la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados. 13 de agosto de 2014. [en línea] <<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=20674&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>> [consulta 23 de febrero de 2015]

7) DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL. 2013. ¿Es la ley Zamudio verdaderamente una ley antidiscriminación? [en línea] Santiago <<http://derecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2010/10/JMDV-AJ.pdf>> [consulta 121 de octubre de 2014]

8) DULITZKY, ARIEL. “El principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana” [en línea] <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720> [consulta 29 de abril de 2015]

9) MACHÍN, MACARENA. 2007 “Los derechos humanos y la Migración en Chile” Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural. [En línea] <http://www.observatorio.cl/biblioteca/documentos-trabajo> [consulta 27 de julio 2014]

10) OLEA, HELENA. 2013. Derechos humanos de los migrantes y refugiados análisis del proyecto de ley de migración y extranjería. [en línea] <http://www.derechoshumanos.udp.cl/documentosddhh/libro_DD_HH_capitulo3>

pdf > [consulta 5 de marzo de 2015]

11) PALACIOS, MARÍA TERESA. 2012. “La aplicación del principio de Igualdad y No Discriminación a Trabajadores Migratorios” [en línea] <<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-22/La%20Aplicaci%C3%B3n%20del%20Principio.pdf>> [consulta 30 de abril de 2015]

12) RABOSI, EDUARDO. 1990. Derechos Humanos: El principio de igualdad y no discriminación. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [en línea] < <http://maestrias.pbworks.com/f/Rabosi-+discriminaci%C3%B3n.pdf>> [consulta 3 de diciembre de 2014]

13) STEFONI, CAROLINA. 2011. Ley y política migratoria en Chile: La ambivalencia en la comprensión del migrante en: La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, representaciones y categorías [en línea] Quito < http://desarrollo.sociologia.uahurtado.cl/wp-content/uploads/2012/01/c.stefoni_Ley_y_politica_migratoria_en_ChilC.pdf> [consulta 25 de agosto de 2014]

14) ZAVALA, JOSÉ MANUEL. 2008. Los colonos y la escuela en la Araucanía: Los inmigrantes europeos y el surgimiento de la educación privada laica y protestante en la región de la Araucanía (1887–1915) [en línea] http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-23762008000100013&script=sci_arttext [consulta 12 de mayo de 2015]

- REVISTAS ELECTRÓNICAS.

1) GRIJALVA, AGUSTÍN (2006) [en línea] Derechos humanos de inmigrantes internacionales, refugiados y desplazados en Ecuador. Revista de Derecho UASB-Ecuador No. 6, Quito. Pag 245 a 269. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1503/1/RF-06-AV-Grijalva.pdf>> [consulta 13 de enero de 2015]

- SITIOS WEB.

1) Biblioteca del Congreso Nacional [en línea] <<http://www.bcn.cl/>> [consulta 5 de octubre de 2014]

2) Cámara de Diputados de Chile. [en línea] <www.camara.cl> [consulta 10 de marzo de 2015]

3) Carabineros de Chile. [en línea] <<http://www.carabineros.cl/>> [consulta 3 de septiembre de 2014]

4) Chilevisión. [en línea] <www.chilevision.cl/tolerancia_cero> [consulta 31 de marzo de 2015]

5) Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/>> [consulta marzo 2015]

6) Departamento de Extranjería y Migración. [en línea] <<http://www.extranjeria.gob.cl/>> [consulta 3 de septiembre de 2014]

7) Diario el Mercurio. [en línea] <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/02/11/292151/con-exito-concluye->

proceso-en-que-50-mil-extranjeros-solicitaron-regularizar-antecedentes.html>
[consulta 14 de septiembre de 2014]

8) Gendarmería de Chile [en línea] <<http://www.gendarmeria.gob.cl>>

9) Naciones Unidas [en línea] < www.un.org> [consulta 17 de diciembre de 2014]

10) Policía de Investigaciones de Chile. [en línea] <
<http://www.policia.cl>> [consulta 3 de septiembre de 2014]

11) Senado de la República de Chile. [en línea] www.senado.cl
[consulta 10 de diciembre de 2014]

12) Servicio de Registro Civil e Identificación. [en línea] <
<https://www.registrocivil.cl/>> [consulta 3 de septiembre de 2014]

13) Superintendencia de Salud [en línea]
<http://www.supersalud.gob.cl/consultas/570/w3-article-2981.html> [consulta 10 de marzo de 2015]

ANEXO

Anexo N° 1: Solicitud de Ley de Transparencia al Registro Civil sobre inmigrantes del 4 de diciembre de 2014, específicamente sobre cantidad de inmigrantes, número de hijos inscritos bajo la modalidad “hijo de transeúnte”, solicitud de cédulas de identidad realizada por extranjeros y porcentaje según nacionalidad.

Anexo N° 2: Solicitud de Ley de Transparencia al Departamento de Extranjería y Migración, dependiente del Ministerio del Interior, del 29 de diciembre de 2014, sobre cifras de extranjeros, porcentaje según nacionalidad, tipos de visa, solicitudes de residencia y plazos de emisión, y estimación de migrantes indocumentados.

Anexo N° 3: Solicitud de Ley de Transparencia a la Policía de Investigaciones, del 2 de enero de 2015, sobre cifras de migrantes según nacionalidad, cantidad de residentes por año, según nacionalidad y visa, infractores, expulsados, detenciones, re embarcaciones y movimientos de pasajeros.