



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Clínica

**La Retención de Documentos en el Decreto Ley 1094 y la Tarjeta de Extranjero
Infractor**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR:

MARIO GUZMÁN FREDES

PROFESOR GUÍA:

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Santiago, 2014

*A mi familia por su apoyo incondicional.
A la Oficina de Derechos Humanos de la CAJ, por mostrarme esta silenciosa realidad.*

INDICE GENERAL:

1. <u>Introducción.</u> -----	5
2. <u>La Legislación en materia de Inmigración.</u> -----	14
2.1. Breve historia de nuestra legislación migratoria.-----	14
2.2. La inmigración como un problema de Seguridad Nacional.-----	19
2.3. Las medidas de control, Artículos 81 y ss., D.L. 1094.-----	21
3. <u>La medida en concreto: La figura del Art. 82 del D.L. 1094.</u> -----	25
3.1. Concepto. -----	25
3.2. Naturaleza Jurídica. ¿sanción administrativa, estado de excepción subjetivo o medida cautelar? -----	31
3.3. La Tarjeta de Extranjero Infractor. -----	42
3.4. Efectos y consecuencias Prácticas y Jurídicas. -----	44
3.4.1. Respecto de los documentos de identidad; la cédula de identidad y el pasaporte.-----	45
3.4.2. Desamparo e imposibilidad de celebrar actos jurídicos de la vida civil.-----	50
4. <u>El catálogo de Derechos Infringidos :</u> -----	52
4.1. Fundamentos de los Derechos de los migrantes.-----	52
4.2. Derecho a la Identidad y a que se reconozca personalidad	

jurídica de los inmigrantes. -----	62
4.3. Igualdad ante la ley. -----	70
4.4. Derecho al Debido Proceso. -----	78
4.5. Libertad de tránsito. -----	87
5. <u>Soluciones.</u> -----	97
5.1. Legales. -----	97
5.1.1. Cambio y adecuación de la legislación interna a una legislación que cumpla con el estándar internacional. -----	97
5.1.2. Nuevos proyectos de ley. -----	100
5.1.3. Soluciones del Derecho Comparado. -----	103
5.2. Administrativas. -----	111
5.2.1. Mayor cooperación por parte del Estado y sus organismos.-	111
5.2.2. Un cambio de mentalidad de los funcionarios públicos.-----	112
5.3. Judiciales. -----	112
5.3.1. Recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad.-----	112
5.3.2. Acciones constitucionales de amparo y protección. -----	115
6. <u>Conclusiones.</u> -----	117

1.- INTRODUCCIÓN:

Para efectos metodológicos, esta se trata de una tesis de carácter demostrativa y propositiva. Por la presente tesis se busca demostrar la inutilidad y lo obsoleto de la legislación migratoria actual en materia de retención de documentos, demostrar precisamente que la legislación no logra los objetivos que busca, y que en consecuencia debe ser modificada idealmente en su totalidad. Sin embargo, en este breve trabajo nos dedicaremos a explicar en detalle la necesidad (urgente) de modificar el art. 82 del Decreto Ley 1.094.

Esta demostración se realizará por medio de la revisión bibliográfica de la doctrina y jurisprudencia pertinente en materias que se relacionan con el derecho migratorio, a saber; el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho administrativo, entre otros. Se busca también explicar la realidad práctica de las situaciones que suscita la legislación.

Para efectos de entender el sentido de esta tesis, es menester comprender que el art. 82 del Decreto Ley en comento se sitúa entre las medidas de control que establece la misma norma y estatuye la retención de documentos y la sujeción a control del afectado como medidas de control, en aras de proteger los valores jurídicos que la normativa señala, los cuales tienen que ver principalmente con la seguridad nacional. En esta senda, la medida del artículo 82 tiene un carácter “bifaz” si se quiere, puesto que señala una medida clara y concreta: la retención de documento.

Pero esta norma genera otros efectos perjudiciales para los derechos del afectado que tienen que ver principalmente con su derecho a la identidad, entre otros que se explicarán más adelante.

El Objetivo General de este trabajo es demostrar la inutilidad y la obsolencia de este tipo de medidas, y en definitiva demostrar que la retención de documentos (así como está planteada en la legislación actual) es insostenible a la luz de los principios del Derecho Constitucional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Administrativo y de las demás ramas del Derecho que se citan.

En efecto, queremos dejar en claro desde ya que, a nuestro entender, la figura del Art. 82 es contraria a la Constitución, a los Tratados Internacionales y a las demás leyes vigentes en la materia.

Esta tesis busca conceptualizar la figura del Artículo 82 del D.L. 1.094, explicar la naturaleza jurídica de la figura (señalando principalmente, el por qué sostenemos que se trata de una medida de control y no de otro tipo de figura) y, explicar los efectos prácticos que genera la imposición de esta medida; principalmente la Tarjeta de Extranjero Infractos y la indefensión que se deriva de la medida misma para el afectado. Finalmente, esta tesis es propositiva por cuanto pretende reflexionar sobre las posibles soluciones jurídicas y prácticas para sortear los inconvenientes que genera la medida en comento, y para evitar que se sigan cometiendo el tipo de injusticias que a continuación se pasarán a exponer.

Teniendo este marco general claro, podemos señalar que los objetivos específicos de esta tesis son:

- Identificar y explicar la legislación migratoria actual y su gestación, ubicando el lugar que la figura en comento ocupa en ella.
- Distinguir el rol que juegan las medidas de control en la Ley de Extranjería.
- Determinar la naturaleza jurídica de la figura del artículo 82, si es que es una sanción administrativa, un estado de excepción subjetivo o una medida cautelar, en aras de determinar los principios del derecho que le

son aplicables a la institución.

- Fundamentar los derechos de las personas migrantes.
- Explicar los efectos prácticos y concretos que la medida tiene en el afectado, y cómo esos efectos constituyen graves infracciones al derecho.
- Distinguir los derechos transgredidos por la figura del artículo 82 y la práctica de la tarjeta de extranjero infractor, dando especial énfasis en el derecho a la identidad, a que se reconozca la personalidad jurídica de los migrantes, a la igualdad ante la ley, al debido proceso y a la libertad de tránsito.
- Contextualizar la realidad de la práctica de la tarjeta de extranjero infractor respecto de la normativa vigente en materia de documento de identidad. Proponer soluciones legales, administrativas y judiciales para el problema planteado.
- Sugerir posibles soluciones legales, administrativas, y judiciales a los problemas que se suscitan con motivo de la aplicación de la referida figura.

El objetivo general y los objetivos específicos de esta tesis serán resueltos por medio de la revisión bibliográfica de la Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y estudios realizados en el contexto del Derecho Migratorio, que tiene especial correspondencia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de otras importantísimas aristas y connotaciones constitucionales, administrativas, y civiles. De esta forma, se realizará un análisis pormenorizado de la normativa aplicable, y de los distintos principios de derecho que fundamentan las figuras en comento.

El marco teórico de este trabajo estará dado fundamentalmente por los estudios jurídicos realizados por la Organización de Naciones Unidas en la materia, la diversas tesis recopiladas de la materia (tanto de pregrado como de magíster y doctorado), las publicaciones de los centros de D.D.H.H. de la Universidad de Chile y de la Universidad

Diego Portales, la doctrina nacional más variada, y la doctrina en derecho comparado (principalmente las tesis de los profesores Víctor Abramovich, Stephen CastleS, Arjan De Haan, y Margaret Satterwhaite), la jurisprudencia nacional y los dictámenes de las organizaciones internacionales.

El presente trabajo ha nacido de las diversas reflexiones que el autor ha podido realizar a partir de la experiencia en la Oficina Especializada de Derechos humanos, donde hemos podido constatar *in situ*, las problemáticas situaciones que se suscitan debido a la ortopédica normativa migratoria que sigue vigente, y esperamos que inviten al lector a reflexionar sobre la situación migratoria actual, y de cómo el proceso migratorio, lejos de ser una amenaza para el pueblo de Chile, es una oportunidad increíble de desarrollo, crecimiento y de tolerancia ante la multiculturalidad.

Dicho lo anterior, una segunda idea introductoria que podemos señalar respecto de la migración es que, se trata de un proceso extremadamente complejo y multidisciplinario. Ya desde el punto de vista sociológico y antropológico (que no nos atrevemos a ahondar en este estudio por encontrarse más allá de lo que este humilde trabajo propone) se trata de un tema tremendamente extenso, pese a ser uno de los procesos más usuales y corrientes en el mundo globalizado, llegando así el número de migrantes a una cantidad estimada en 200 millones¹.

Chile ha sido un destino para las migraciones desde siempre pero, nunca ha estado a la par de sus vecinos. Mientras la proporción chilena de migrantes de la población total a nivel nacional fluctúa entre el 1% y 2%, en los países vecinos no suele bajar del 3%².

¹ Perdidos en la Migración: Los solicitantes de asilo enfrentan dificultades frente a los intentos de contener las corrientes de migrantes ilegales. <http://www.un.org/spanish/events/tenstories/2006/story.asp?storyID=2200> Revisado por última vez el 12-05-2014.

² CANO CHRISTINY María Verónica, SOFFIA CONTRUCCI Magdalena Sofía, MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge. “Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio.

Hemos dicho que la migración es un proceso complejo y con eso queremos decir que es objeto de estudio desde distintas disciplinas como la antropología, la sociología, las ciencias políticas y, desde luego, del derecho. Pero la particularidad de la legislación en materia de migraciones es, precisamente que dentro del mundo del derecho, se trata de un tema multidisciplinario. En el derecho de extranjería existen variadas ramas del derecho que intervienen y se apoyan de forma sinérgica, así nuestro tema en cuestión es objeto de estudio para el derecho constitucional, administrativo, internacional privado, y para los derechos humanos, entre otras varias disciplinas más.

No cabe dudas de que se trata de un tema complejo y laberíntico, pero hay algo seguro sobre esta materia: la migración no se detiene por el mero hecho de que la legislación le ponga trabas, al punto de que la migración en Chile se ha incrementado, demostrando el fracaso de las medidas de control como disuasivos³. Por estas razones, la libertad de residencia y la libre circulación se ha transformado en un eje principal de las políticas iniciadas por el MERCOSUR⁴.

Los migrantes seguirán desplazándose como lo han hecho siempre, y a nuestro juicio lo que debe hacer la ley es reconocer esta realidad, analizarla y adaptarse de manera que permita una regulación efectiva que permita dar protección a la seguridad pública y a los derechos humanos de los migrantes.

Este breve trabajo de investigación jurídica busca tratar una de las medidas de control y cautela que están a disposición de la administración en el marco de los procedimientos administrativos llevados en contra de los inmigrantes que se encuentran

Población y Desarrollo”. Publicación de las Naciones Unidas. 11-12. Julio de 2009.

³ Estudio Económico y Social 2004, “Migración Internacional”. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas, Nueva York, 2006. Pp. 275-276.

⁴ PEREZ VICHICH, Nora. El Mercosur y la Migración Internacional. División de población, departamento de asuntos económicos y sociales de la secretaría de Naciones Unidas. Ciudad de México, 30 de Noviembre 2005. Pp.14

en una situación migratoria irregular.

Esta medida en específico es la que se encuentra estipulada en el Artículo 82 del Decreto Ley 1094 de 1975⁵ y en el artículo 165° del Decreto Supremo N° 597 de 1984 que establece el Reglamento de la Ley de Extranjería, y se trata del retiro de documentos por parte de la Policía de Investigaciones de Chile⁶.

En la práctica, la medida se traduce en que la Policía de Investigaciones retiene los documentos de identidad de los aludidos cuando toma conocimiento de la infracción, lo cual sucede comúnmente en el llamado acto de la “auto-denuncia” y, para efectos de una persecución policial efectiva, le entrega al migrante una hoja de identidad llamada la “Tarjeta de Extranjero Infractor⁷”.

Nos permitimos adelantar que, aunque existen medidas mucho más graves desde el punto de vista del derecho (como lo son la prisión y la deportación por medio de las órdenes de abandono y las órdenes de expulsión), la medida en estudio es, particularmente, inconveniente por tratarse de una medida que pone trabas a la regularización de la situación migratoria del mismo inmigrante y la consecución de una vida digna en nuestro país.

Decíamos que la medida es particularmente inconveniente por tratarse de una medida que pone trabas a la regularización de la situación migratoria de los inmigrantes, especialmente en el caso de los llamados inmigrantes clandestinos o que nunca se han encontrado en una situación migratoria regular. La mayor parte de los inmigrantes ilegales en Chile viene buscando mejores alternativas laborales sin embargo, los que quieren regularizar su situación trabajando y solicitando la respectiva visa sujeta a contrato de trabajo no pueden porque las notarías no admiten las Tarjetas de Extranjero

⁵ De ahora en adelante “la ley”.

⁶ De ahora en adelante “PDI”.

⁷ De ahora en adelante “TEI”

Infactor como un documento de identidad válido para suscribir dicho contrato.

La actitud de las notarías es comprensible puesto que nada en la TEI hace pensar que dicho papel funciona como documento oficial y válido de identidad. A mayor abundamiento, dicho papel tampoco se encuentra estipulado ni en la Ley de Extranjería ni en el Reglamento; es sólo una cuestión práctica de facto que usa la PDI para poder hacer un control policial y un seguimiento a los extranjeros que considera infractores.

De más está señalar que lo engorroso del sistema y lo “criminalizador” del título de la tarjeta suele dejar al afectado en un estado de precariedad absoluta, impidiendo que pueda encontrar trabajo⁸, lo cual hace que la práctica funcione como un incentivo perverso a la clandestinidad y al delito, cuestión ya comentada por la doctrina del derecho comparado⁹.

La situación es particularmente grave si, consideramos que los migrantes, especialmente los indocumentados constituyen un grupo de riesgo que padece especiales necesidades y por lo mismo merece un trato diferenciado por parte del Estado, cuestión que ha sido señalada conforme a los principios de Derechos Humanos en la materia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰.

El estado de Chile, tiene una legislación anacrónica que no se condice con los tratados suscritos en la materia ni con los principios de la propia Constitución Política de la República. La norma en comento no es sino una de las variadas manifestaciones de esta realidad. La incautación de documentos, como se establece en nuestra legislación actual es nefasta porque priva al migrante de ejercer sus derechos de la personalidad,

⁸ LOPEZ BARTOLUCCI, Oriella “Correr es mi destino por no llevar papel. Migrantes, su expulsión y el debido proceso en Chile”. Octubre, 2012. Pp.28.

⁹ CASTLES, Stephen. Why migration policies fail, *Ethnic and Racial Studies*. Pp. 222. Descargado de <http://www.tandfonline.com/toc/rers20/27/2#.U3EYt4F5Pn0>, revisado el 30-09- 2014.

¹⁰ Opinión consultiva OC – 18/03 Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos de 17 de Septiembre de 2003

impidiendo que pueda ejecutar actos de la vida civil y, aún más grave, convirtiéndolo en un apátrida de facto, toda vez que tanto su libertad individual como su seguridad personal se ven reducidos de manera sensible e injustificada.

La medida es, además, ilegal, arbitraria e injusta toda vez que en las medidas de control deben basar su accionar en un actuar razonable, legal, que no caiga en arbitrariedades y que se sujete al estado de derecho. La normativa chilena deja el tema en manos del reglamento, y una norma reglamentaria no puede hacer semejantes juicios de valor en medidas de cautela que tienen efectos tan sensibles en la vida de las personas. Sin embargo el Estado de Chile requisa documentos de identidad como los pasaportes, cédulas de identidad y títulos profesionales, los cuales ni siquiera han sido emitidos por el propio estado, con la más total discrecionalidad administrativa toda vez que la Ley señala la posibilidad el retiro de los “documentos que correspondan”.

El trabajo que Ud. Tiene en sus manos tiene por objetivo explicar este fenómeno de manera detallada, señalar el catálogo de derechos infringidos tanto por la normativa como por las prácticas realizadas y sugerir algunas respuestas y soluciones. En la consecución de estos objetivos el orden de la materia es el de introducir brevemente la legislación chilena actual en materia de extranjería analizando la lógica de las normas que se aplican al caso. Podemos adelantar que buena parte de los problemas originados en la ley se deben a lo obsoleto de la regulación y a los cambios radicales que se han generado en materia de derechos humanos, garantías fundamentales y, particularmente, en los derechos y libertades civiles y políticos. Hemos tomado el reto de tratar esta materia, de por sí compleja, en forma interdisciplinaria echando mano constantemente a las ramas de los Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.

Sinceramente esperamos que usted pueda hacer suyo este trabajo y tome en consideración el análisis hecho a propósito de esta norma, a la luz de que este mismo análisis puede hacerse respecto de las demás medidas de control de la Ley.

Normalmente, los migrantes carecen de voz y son relegados en las políticas de gobierno por no representar un interés electoral serio sin embargo, es necesario realizar este análisis y encender el debate de la migración en Chile ya que todos somos migrantes en algún lugar.

2.- LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE MIGRACIÓN.

2.1.- Breve historia de la nuestra legislación migratoria.

Nuestra legislación migratoria ha evolucionado por diversas fuentes de pensamiento. A diferencia de otros países de la región Chile rara vez fue un país tan visitado como lo fuera Argentina o Colombia debido a las dificultades geográficas. El principal flujo migratorio suele darse con países vecinos.

Tradicionalmente la política migratoria chilena busca una migración selectiva, estableciendo dos tipos de migrantes; los deseados y los indeseados. Los primeros son los europeos y norteamericanos, a quienes se les ha dado facilidades para instalarse en Chile con la esperanza de que puedan industrializar el país y, al menos hasta el siglo XIX, “mejorar la raza” como puede verse en los discursos de los principales intelectuales de la época como don Benjamín Vicuña Mackena quien señalara que los chilenos los chilenos *“No poseen conocimientos de importante aplicación en el Chile austral, débiles moralmente, no emprendedores, laboriosidad mediocre o algo menos que mediocre, no valientes, inconstantes, no muy amantes del orden, escasa honradez, a menudo alegres y vivaces, costumbres en conjunto no dignas de ser imitadas, predisposición algo notable a los vicios, pocos hábitos de aseo, poca aptitud para vivir en residencias aisladas. En fin, comparado con el colono escandinavo medio, el chileno produce pues la impresión de una pobreza fisiológica total, de una falta de preparación, y casi de una debilidad intelectual y de una evidente mala calidad moral (...)”*¹¹.

En el segundo caso se ha obviado la existencia de los migrantes de los países vecinos, se les acusa de intervenir en el mercado laboral chileno, de destruir el tejido social y de otros diversos inconvenientes, con lo cual la legislación del gobierno militar les da un trato inmisericordioso.

¹¹ NORAMBUENA, Carmen “Revisión Histórica de los movimientos migratorios en Chile” En: PARENTINI LUIS CARLOS “Historiadores chilenos frente al Bicentenario” Chile, Ed. Universidad Finis Terra. 2008. Pp. 328-336.

Sin embargo, estas políticas tuvieron resultados desfavorables, y *Pese a las políticas de inmigración que buscaban llenar al país de europeos vigorosos y llenos de dinero, lo cierto es que la mayor cantidad de migrantes provino (y proviene) de los países que limitan con nuestro país, esto es Argentinos, Peruanos y Bolivianos (en el mismo orden), llegando a totalizar en su conjunto, a finales del siglo XIX, el 67% del total de los migrantes presentes en el territorio nacional. Contrario a lo que popularmente se pudiera pensar, el mayor número de extranjeros hasta hace unos pocos años eran argentinos, probablemente porque es la frontera más grande que compartimos*¹².

Lo más triste del asunto es que pese a los constantes fracasos, la migración selectiva se seguía practicando incluso en los años 50, *a más de 100 años de haber comenzado la práctica de políticas de inmigración selectivas, fundadas en criterios como las capacidades técnicas e industriales de los migrantes, el mejoramiento de la raza o la necesidad de aumentar la población, y pese a los constantes fracasos de tales empresas, estas continuaron siendo impulsadas por el Estado*¹³.

La actual legislación chilena en la materia fue dictada durante el gobierno militar. El Decreto Ley N° 1.094 de 1974 conocido como Ley de Extranjería y su respectivo Reglamento, fijado por el Decreto Supremo N° 597 de 1984 entraron en vigor durante los años más intensos de la represión estatal. Se veía con malos ojos la migración, y la política de estado fue entregar amplias potestades en materia de discrecionalidad administrativa y una rigurosidad superlativa que impide vivir a quienes se encuentran en una situación migratoria irregular.

Tras el golpe de estado y desde 1974 a la fecha la legislación se vuelve exageradamente restrictiva respecto de los migrantes por considerar que la migración

¹² LOPEZ BARTOLUCCI, Oriella “Correr es mi destino por no llevar papel. Migrantes, su expulsión y el debido proceso en Chile”. Octubre, 2012. Pp. 9.

¹³ Op. Cit. pp. 11.

abre la puerta a elementos potencialmente subversivos. Estas ideas están impregnadas en toda la Ley de extranjería así por ejemplo: El Art. 2° Inc.2° señala que *“podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales.”*, mientras que el Art. 15 prohíbe el ingreso al país a *“1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;”*, y si no fuera suficiente, el numeral 2.- del mismo artículo tiene una prohibición de ingreso aún más amplias a *“Los que ejecuten actos contrarios a la moral y las buenas costumbres”*.

La actual legislación se mueve en la lógica de la migración como un problema de seguridad interior del estado, donde los migrantes juegan el rol de insurgentes. De más está decir que esta visión ha sido ampliamente superada por los procesos de globalización y de apertura al mundo que ha experimentado Chile.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico sigue haciendo la distinción entre ciudadanos en virtud de su nacionalidad, dejando a los migrantes y extranjeros indeseados en una categoría distinta de desprotección pero sin que estas personas tengan un estatus de protección reconocido, cuestión particularmente grave, considerando la especial vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos, cuestión entendida por la CIDH y por el derecho comparado¹⁴.

¹⁴ *“Unlike women, however, aliens and migrants, though they often face discrimination on the basis of their status as aliens or migrants, are not generally protected as a category. Indeed, some exceptions to the standards of equal protection and non-discrimination have been explicitly carved out in relation to these groups, allowing states to make certain distinctions between citizens and non-citizens, and between documented and undocumented aliens under international human rights law. This does not mean that states can violate the rights of aliens and migrants with impunity. Instead, it means that with respect to a*

Basta una lectura sencilla de la norma para poder ver que en esta materia el legislador intenta disuadir al migrante de entrar a Chile, por medio de mecanismos jurídicos que entorpecen que los inmigrantes encuentren trabajo y regularicen su situación migratoria.

La norma amplía la discrecionalidad administrativa en la materia, disuade a los empleadores de contratar migrantes al imponerles cargas extra a su contratación, y establece un catálogo de sanciones graves que apuntan a la deportación del migrante por sobre su aceptación e inclusión.

Lo curioso de esta normativa es que ha sido absolutamente contraproducente: En vez de disuadir a los migrantes de venir a Chile, funcionan más bien como un incentivo perverso a la clandestinidad y a la delincuencia. La normativa intenta por medio de las sanciones disuadir a los migrantes de venir a Chile sin embargo, lo único que logra es disuadirlos de auto-denunciarse, incrementando así la cifra negra al respecto.

La normativa también busca entorpecer que los migrantes encuentren trabajo, imponiéndoles cargas extra para su contratación sin embargo, el entorpecimiento de su contratación los condena a la clandestinidad y en muchos casos al delito, por cuanto se les hace más engorroso trabajar de forma honesta. Estas prácticas han demostrado ser inútiles en el derecho comparado, debido a que la migración responde a lógicas distintas

small number of rights, states may limit their application to nationals or to regular, documented migrants. This subset of rights never includes the most fundamental guarantees— so-called “non-derogable rights” – and even permissible restrictions may not be imposed discriminatorily as between men and women. Further, since they are only permissible in specific circumstances, distinctions between citizens and non-citizens, and between documented and undocumented aliens should be scrutinized very closely”. SATTERTHWAITE, Margaret. Crossing Borders, Claiming Rights: Using Human Rights Law to Empower Women Migrant Workers. Pp. 22.

y así lo ha entendido también la doctrina¹⁵.

En definitiva, la regulación migratoria chilena ha sido un fracaso, *pese a los históricos esfuerzos de los gobiernos de turno por atraer inmigrantes de origen europeo, con criterios eminentemente racistas, ya que ello permitiría el repoblamiento de los territorios extremos y desarrollar los sectores agrícolas e industriales, ello ha resultado un rotundo fracaso. Lo cierto es que la población inmigrante en Chile proviene de los países limítrofes. Una población inmigrante eminentemente Latinoamericana, argentina, peruana, boliviana y ecuatoriana, que en su conjunto agrupan al 67% del total de los inmigrantes del país*¹⁶. La legislación migratoria es anacrónica y no ha sido modificada desde su dictación. Tampoco ha sido un tema país, siendo las excepciones algunas referencias vagas en los debates políticos presidenciales.

El derecho comparado también ha demostrado que las políticas migratorias, para poder ser efectivas, deben desarrollarse en el largo plazo teniendo en cuenta distintos factores sociales que nacen de las dinámicas sociales, los sistemas políticos, la

¹⁵ “There are many other examples of policies which achieved almost the opposite of their original intentions:

- Australia's postwar immigration programme, which was designed to keep the country white and British, and yet led to one of the world's most diverse societies.
- Germany's 'guestworker' recruitment from 1955-73, which aimed to provide temporary labour, but in the long run led to family reunion, permanent settlement and the emergence of new ethnic minorities.
- The post-imperial migration and citizenship policies of France, The Netherlands and Britain, which were designed to maintain spheres of political and economic influence, yet led to large-scale migration and ethnic diversity.
- Recent European immigration restriction policies, which have created a profitable international business for people smugglers. These examples are well known, but nonetheless instructive. First, they involve strong, efficient states. Thus *it is not necessarily the weakness of the receiving state which is crucial in policy failure*. Second, the failure of policies only became clear after considerable periods. This indicates *that migration policies may fail if they are based on a short-term view of the migratory process*. Third, it appears that factors inherent in the experience of migration can lead to outcomes which were not expected or wanted by the participants. *It is necessary to analyse the migratory process as a long-term social process with its own dynamics* starting from the migration decision in the country of origin right through to settlement, community formation and birth of new generations in the immigration country.” CASTLES, Stephen. Why migration policies fail, *Ethnic and Racial Studies*. Pp. 207, Descargado de <http://www.tandfonline.com/toc/rers20/27/2#.U3EYt4F5Pn0>, revisado el 12-05- 2014.

¹⁶ Op. Cit. Pp. 12.

globalización y el trans-nacionalismo¹⁷.

2.2.- La inmigración como un problema de seguridad nacional.

La inmigración es ante todo un fenómeno sociológico, su concepto está adscrito a la movilización voluntaria de parte de una persona o un grupo de personas hacia otro lugar distinto del cual tienen su origen para realizar diversas actividades: Trabajar, establecer un nuevo domicilio, un nuevo hogar, visitar a sus familiares, etc.

Las tendencias modernas han resaltado que la migración lejos de destruir los tejidos sociales y las tradiciones de un país, tienden a contribuir a la hacienda, a mejorar las redes sociales y aportar con nuevos valores a la sociedad en la que van a asentarse por medio del cambio de las estructuras sociales, la creación nuevas identidades y el fortalecimiento de las ya existentes¹⁸.

Es importante para determinar si existe el ánimo de migrar el hecho de que aquél que se propone migrar suele tener nuevos “factores de conexión”, en el nuevo lugar en que planea establecerse. Esto marca la diferencia entre las distintas clases de migrantes.

Cualquiera sea la causa de la migración, las herramientas del derecho poco pueden hacer para disuadir un proceso tan espontáneo y complejo como éste. Es por eso que nuestra legislación debe mirar la realidad y adaptarse a las tendencias que siguen por estos tiempos. Pues como dijera Agustín Venturino *a similitud de los pueblos antiguos, no debiera importarnos de dónde vengan ni quiénes sean los que formen las modernas poderosas repúblicas, sino en hecho supremo y magnífico de lograr algo digno de la mayor eficacia, la civilización propia, porque así de plano se sustrae a evidentes*

¹⁷ Op. Cit. Pp. 208.

¹⁸ DE HAAN, Arjan. Migrants, Livelihoods, and Rights: The Relevance of Migration in Development Policies. Febrero de 2000. P.p. 18. “Migration, apart from contributing to livelihoods, also is part of social networks, and is usually consistent with communities values and norms.”

anormalidades. Actualmente la normativa vigente en materia de inmigración es el Decreto Ley 1094 de Extranjería, promulgado el 14 de Julio de 1975 y promulgada el 19 del mismo mes y año, el Decreto 597 que aprueba el nuevo reglamento de extranjería, promulgado el 14 de Junio de 1984 y publicado el 24 de Noviembre del mismo año, también se le hace extensible la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley 1-19653 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del estado, promulgada el 13 de Diciembre de 2000 y publicada el 17 de Noviembre de 2001.

Una primera observación de los textos jurídicos que rigen en materia de extranjería es suficiente para darse cuenta de que se trata de normativa muy anticuada a los avances políticos, sociales y jurídicos que se han sucedido en Chile.

Podemos señalar que los ejes centrales respecto de los cuales se rige nuestra legislación de inmigración están basados en la experiencia traumática de los años 70 y la fijación del gobierno militar con la seguridad interior. Dado ese contexto, nuestra Ley de Inmigración es tremendamente severa con los inmigrantes, y por vía de la discrecionalidad administrativa ha logrado establecer diversas instituciones vulneradoras de las garantías constitucionales y de los derechos humanos tratados en los convenios firmados por Chile.

La migración ilegal o clandestina es una realidad que no es disuadida por las sanciones de la ley, lo que debe hacer el legislador es regular una forma en que los migrantes que llegan a Chile puedan vivir una vida honesta alejada de los peligros y vicios a los que están expuestos debido a su condición de grupo de riesgo.

Si el Estado no otorga herramientas a los migrantes para poder regularizar su situación migratoria, los condena a la clandestinidad, al desempleo, a la pobreza y al crimen.

2.3.- Las medidas de control, Artículos 81 y siguientes del Decreto Ley 1094.

El Decreto Ley de Extranjería N° 1094 está dividido en 5 títulos:

- I. De los Extranjeros
- II. De las Infracciones, Sanciones y Recursos
- III. Organización, Funciones y Atribuciones del Ministerio del Interior y del Departamento de Extranjería y Migración.
- IV. Disposiciones Varias
- V. Disposiciones Transitorias

El título II empieza en el artículo 68 de la ley y habla de las “infracciones, sanciones y recursos”, y se divide en 3 párrafos; Párrafo 1° *De las infracciones y sanciones*, Párrafo 2° *De la aplicación de las sanciones y de los recursos*, y Párrafo 3° *De las Medidas de Control, Traslado y Expulsión*.

Las medidas de control en materia de Extranjería están tratadas en los artículos 81 y siguientes de la Ley y son:

- En el artículo 81, “El control inmediato de las autoridades y la posibilidad de “ser trasladados a un lugar habitado del territorio de la república”. Figura privativa de la libertad de tránsito tan vaga que puede ser asimilable a figuras como la relegación, o la prisión.
- En el artículo 82 tenemos la declaración que la PDI le toma al infractor junto con el retiro de los documentos “que correspondan”, la obligación de residir en una localidad de forma permanente y la obligación de comparecer periódicamente a una determinada unidad policial.
- En el artículo 84 y siguientes del párrafo señalan la medida de expulsión, su regulación y sus presupuestos de aplicación.

Todo lo anterior nos lleva a la teoría general de las infracciones administrativas. Creemos que el título se refiere a una noción amplia de sanción en tanto sanción como *toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta*¹⁹.

Sin embargo, los fundamentos de que la administración tenga la potestad de sancionar no han estado exentos de debate, así algunos critican la potestad sancionatoria de la administración y esta doctrina señala que *“Si sancionar es resolver una contienda jurídica entre partes, ya que una de ellas pretende que la otra ha cometido una infracción y que por eso se le debe aplicar un castigo, que tal juicio lo efectúe una de las partes –la Administración– en contra de la otra, no puede ser una decisión imparcial e independiente. Postula, por tanto, que la imposición de este tipo de sanciones quede entregada a los tribunales de justicia.*^{20”}. Este criterio, por el cual se entrega la competencia a un tribunal jurisdiccional ha prevalecido en ciertos procedimientos que solían pertenecer a la administración y que lentamente han dado origen a nuevos tribunales, como en el caso de los tribunales ambientales y los tribunales tributarios y aduaneros.

Por otro lado, en la práctica se ha aceptado la posibilidad de que la administración pueda ejercer la potestad sancionadora, siempre y cuando se cumpla con las garantías fundamentales de debido proceso, puesto que nadie puede ser sancionado sin un proceso previo debidamente tramitado, y así lo ha entendido nuestro tribunal constitucional el cual *no cuestiona la posibilidad que órganos administrativos apliquen sanciones a particulares en el ámbito que les establezca la ley, usando un criterio más funcional que orgánico. Con un criterio amplio de jurisdicción y de las autoridades (no*

¹⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Elementos para definir las sanciones administrativas”. Revista Chilena de Derecho, N° Especial, 1998. Pp. 323.

²⁰ BOETTIGER PHILIPS, Camila. “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. Revista Actualidad Jurídica N°20 – Julio 2009 – Tomo II. Universidad del Desarrollo. Pp. 580.

exclusivamente tribunales) que pueden ejercerla, deja bastante en manos de la ley la determinación de competencias sancionadoras. Otra cosa es que al analizar el ejercicio de ésta, le exija cumplir con una serie de parámetros constitucionales, como veremos: “De dicha garantía constitucional se desprende, como este Tribunal lo ha señalado de modo reiterado, que tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre, esto es sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo²¹”.

En definitiva, la potestad sancionadora, ya sea que actúe por medio de sanciones propiamente tales o por medio de medidas de provisorias de control o cautela, debe sujetarse a las garantías constitucionales, especialmente al debido proceso: esto se traduce en que exista una razonable proporción entre la medida y el valor jurídico cautelado, en que hayan límites claros a la discrecionalidad y que esta misma sea razonada, y que el proceso no tenga máculas de arbitrariedad.

Esto es demasiado importante puesto que se trata de un conflicto que se suscita en una total desigualdad entre las partes, considerando las especiales características de los migrantes indocumentados en Chile, de esta forma suscribimos con parte de la doctrina y nos parece que en este ámbito, ante el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, debe buscarse una interpretación que sea más acorde con la protección de los derechos de las personas frente a un poder del Estado²².

Considerando que existe una identidad ontológica entre las penas y las sanciones administrativas, como expresiones de un mismo *ius puniendi* del estado, se impone a los operadores jurídicos (Administración y Juez) una labor de modulación de estos

²¹ Op. Cit. Pp. 584.

²² Op. Cit. Pp. 587.

*principios, de manera que se adapten a la naturaleza propia de las sanciones administrativas*²³.

Así las cosas, en lo que respecta a la figura del Art. 82 que motiva este estudio es necesario tener en mente que las medidas son extremadamente graves si consideramos el valor jurídico protegido en riesgo (La seguridad interna) en comparación con las garantías fundamentales que se restringen en su aras de su protección (El derecho a la identidad, la igualdad ante la ley, el debido proceso y la libertad de tránsito).

La administración no puede olvidar que la retención de documentos tan personalísimos como el pasaporte o la Cédula de identidad es gravísima porque le quita a la persona su calidad de tal, puesto que *el derecho existe para el hombre y es creación del hombre; la persona natural es siempre la destinataria media o inmediata de la norma jurídica. Desde la abolición de la Esclavitud, y en consecuencia desde que todos los hombres pasaron a ser personas, puede sostenerse que la finalidad esencial del ordenamiento jurídico es la protección de la especie*²⁴.

3.- LA MEDIDA EN CONCRETO

3.1.-Concepto:

²³ CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX, Valparaíso, Chile, 2012, 2º Semestre. Pp.346.

²⁴ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. “Persona, Pareja y Familia”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, Pp. 9.

El tema que nos convoca está tratado principalmente en el Título II que en su artículo 82 señala que:

“Artículo 82.- Las medidas de control serán adoptadas por la autoridad policial que sorprenda la infracción, la que pondrá los antecedentes en conocimiento del ministerio del interior, por conducto de la Dirección General de Investigaciones, a fin de que se apliquen al infractor las sanciones que correspondan.

La autoridad señalada en el Artículo 10 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, por el lapso que se estime necesario y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a una determinada unidad policial.

La circunstancia de eludir estas medidas de control y traslado, será causal suficiente para expulsar del país al infractor.”

A su vez, el Artículo 10 señala que:

“Corresponderá a la dirección General de Investigaciones controlar el ingreso y salida de los extranjeros y el cumplimiento de las obligaciones que este decreto ley les impone, como asimismo, denunciar ante el Ministerio del Interior las infracciones de que tome conocimiento, sin perjuicio de adoptar las demás medidas señaladas en este decreto ley y en su reglamento.

En aquellos lugares en que no haya unidades de investigaciones, Carabineros de Chile cumplirá dichas funciones. Sin embargo, en los puertos de mar en que no existan dichas unidades, ellas serán cumplidas por la Autoridad Marítima a que se refiere el

Artículo 2º, letra e), del decreto ley N° 2.222, de 1978.”

La presente normativa debe estudiarse teniendo en cuenta que el Decreto Supremo N° 597 de 1984 que establece el Reglamento de Extranjería señala en su párrafo N° 3. En los Artículos 164 y 165 se especifica más el alcance de las normas señalando que:

“Artículo 164º.- Los Extranjeros que ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el presente Reglamento, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile, no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, quedarán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habilitado del territorio nacional.

Estas medidas se adoptarán por el tiempo suficiente que permita al infractor regularizar su permanencia en el país, cuando sea procedente, y según las circunstancias de las infracciones cometidas o se disponga la aplicación de las sanciones correspondientes.”

“Artículo 165º.- Sorprendido que sea un extranjero contraviniendo alguna de las disposiciones establecidas en el presente reglamento, la autoridad policial procederá a tomarle la declaración pertinente, le retirará los documentos de identidad que pueda portar, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso necesario para los fines señalados en el artículo precedente y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a la respectiva unidad policial.

Los antecedentes relacionados con la infracción y las medidas de control adoptadas se pondrán en conocimiento del ministerio del interior o intendencia regional por conducto de Policía de Investigaciones de Chile, para los efectos de que se apliquen al infractor las sanciones que pudieren corresponderle.

Será causal suficiente para expulsar del país al extranjero que eluda las medidas de control y traslado dispuestas en su contra.”

En resumen, la figura consiste en una medida cautelar provisoria de carácter administrativo por la cual se autoriza a que la PDI tome ciertas medidas respecto de los extranjeros que sorprenda cometiendo infracciones a la Ley o al Reglamento, las cuales son las siguientes:

- a. Se les tomará declaración.**
- b. Quedarán sujetos al control de la división de Extranjería PDI, debiendo señalar una localidad de permanencia obligada, la cual debe ser actualizada en caso de que el infractor se cambie de domicilio**
- c. El extranjero debe concurrir periódicamente a firmar al cuartel de PDI.**
- d. Se le retendrán “los documentos que correspondan”, entendiendo por tales, los documentos de identidad que pueda portar.**

Hay varias cuestiones perturbantes de la redacción de esta norma, primeramente nos perturba que el estado deje a una norma de carácter reglamentario la aplicación de una medida cautelar que debería ser materia de ley. La razón de esto es que, en la práctica, la medida tiene efectos nefastos y gravísimos porque dejan a la persona indocumentada y sin darle nada a cambio para que pueda demostrar su identidad y actuar como cualquier otro ser humano común y corriente. Esto implica que no puede ejercer actos de la vida civil, no puede trasladarse libremente por el país y, tampoco puede salir del país; la medida funciona como un arraigo (sanción penal) de facto, sin previo control jurisdiccional y en base a una norma reglamentaria de jerarquía inferior.

En efecto, las medidas administrativas mencionadas tienen efectos penales por cuanto restringen la libertad de tránsito y, en algunos casos, autorizan a la privación de libertad, chocando frontalmente con los Artículos 19 N°3 y 7 a), b) y c)²⁵ de la

²⁵ CPR, Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: 7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros; b) Nadie puede

Constitución, puesto que se ha señalado, claramente, que las medidas que restrictivas del derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, del derecho a la libertad persona y seguridad individual y especialmente del derecho a no ser restringido ni privado de la libertad personal sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las Leyes.

Por otro lado, la Tarjeta de Extranjero Infractor, como documento de identidad, deja en la más absoluta indefensión al aludido, toda vez que no es reconocida como documento de identidad por ningún ministro de fe, ni por la propia administración. En consecuencia el extranjero no puede procurarse ningún servicio básico (salud, seguridad social, trabajo, educación, etc.), ni puede ejecutar ningún acto de la vida civil, como contraer matrimonio, celebrar contratos, etc. siendo ninguneado como un ser humano para todos los efectos jurídicos.

Sin embargo, aún más preocupante es el hecho de que no pueda procurarse un abogado ya que, como el extranjero no tiene documentos de identidad, no hay como firmar el patrocinio y poder a una persona que no tiene cédula de identidad, ni pasaporte. Esto es gravísimo porque impide el derecho a la asistencia letrada en el proceso administrativo sancionador, cuestión que en el derecho comparado funciona como piedra angular del proceso administrativo sancionador donde se ha entendido que *el derecho a la asistencia de letrado comporta la facultad del acusado de designar libremente a un abogado de confianza, el que considere más adecuado para defenderlo ante los tribunales. Por tanto, el contenido esencial de este derecho fundamental no consiste en proveer al acusado de un abogado cualquiera sino que es <<en principio y ante todo, el*

ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino 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.

derecho a la asistencia de un letrado de propia elección ajusticiable>>²⁶. De más está señalar que las limitaciones para la asistencia del letrado alcanzan a los demás tipos de procedimientos de esta índole.

Esta norma es una infracción al deber que tienen los estados para con la identidad de sus habitantes, ya que *el estado o sus organismos han asumido en la gran mayoría de los países la función de identificar a cada uno de sus ciudadanos para lograr objetivos de bien común, entre ellos pueden señalarse objetivos policiales, tributarios, sanitarios, de protección contra la criminalidad, etc. Parece ser esta una función esencial e insoslayable. (...) La forma jurídica clásica de identificar a un individuo es mediante su nombre. Los diversos ordenamientos jurídicos establecen la composición del nombre, su registro público y la forma de cambiarlo o modificarlo y protegen el nombre de cada cual para el caso que sea ilegítimamente utilizado por terceros. A esa protección se agrega la del pseudónimo en las obras de la inteligencia e incluso la del alias en el mundo criminal*²⁷. El estado tiene la obligación de identificar a sus habitantes, sea donde fuere que se encontraren. Así, la medida vulnera el vínculo entre el extranjero y su Estado pero, el estado de Chile también socava sus derechos al impedirle ejercer su derecho a la identidad.

Una mención especial merece el que la norma señale que la PDI deba incautar los documentos “que correspondan”, lo cual constituye una norma exageradamente vaga. No señala qué documentos deben retirarse ni tampoco el criterio a seguir en el retiro de dichos documentos. Normalmente la administración y la PDI consideran que lo que se debe incautar son los documentos de identidad (de conformidad a lo estipulado por el artículo 165 del Reglamento) sin embargo, existen numerosos casos en que se han retirado otros documentos que nada tienen que ver con los documentos de identidad,

²⁶ REBOLLO PUIG, Manuel. “Derecho Administrativo Sancionador”. Editorial Lex Nova, primera edición. Valladolid, España, 2010. P.p.611.

²⁷ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. “Derecho Civil de la Persona, del Genoma al Nacimiento”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Pp. 271.

como por ejemplo los títulos profesionales, con el objeto de que los extranjeros no trabajen en Chile, dificultando aún más su subsistencia en Chile.

Esta situación es grave también puesto que la CIDH ha señalado que las medidas administrativas deben tener reglas claras en cuanto a su aplicación y *aun sin realizar un análisis jurídico preciso de los derechos que pueden ejercerse en estos ámbitos administrativos, la Corte ha tenido oportunidad de fijar posición sobre la aplicación de las garantías de debido proceso legal en estos ámbitos. También ha establecido la obligación de los Estados de contar con reglas claras para el comportamiento de sus agentes que eviten márgenes inadecuados de discrecionalidad que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias*²⁸.

Otro asunto no menos grave es que la medida se adopta con prescindencia de todo tipo de control jurisdiccional, de todo tipo de procedimiento que pudiera verificar la hipótesis de aplicación de la norma, cuestión que estudiaremos más adelante. También debemos señalar que la medida es discriminadora y arbitraria por cuanto va guiada en contra de un grupo específico de personas sin criterios objetivos, ni razonados; en efecto la aplicación de la norma es caprichosa.

En definitiva, la figura plantea problemas prácticos en la medida en que restringe y limita de forma sensible (y vía reglamento) garantías fundamentales relacionadas con la libertad de tránsito, la libertad personal y la seguridad individual, que deberían necesariamente pasar por un control jurisdiccional. Sin embargo, se deja a la administración la posibilidad de tomar medidas gravísimas en contra de los extranjeros sin ningún tipo de procedimiento, y sin ningún tipo de control jurisdiccional, violando así el principio de debido proceso, como más adelante explicaremos.

²⁸ ABRAMOVICH, Víctor. “Los estándares Interamericanos de Derechos Humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales.”. Pp.27.

3.2.- Naturaleza Jurídica: ¿Sanción Administrativa, Estado de Excepción Subjetivo o Medida Cautelar?

Sin lugar a dudas, la administración tiene una potestad sancionadora que ejerce como parte de un *ius puniendi* del estado, la cuestión es matizar la forma en que esta potestad se desarrolla en los distintos servicios sectoriales de la administración, dado que los contornos del Derecho Administrativos aún son poco claros. En materia de extranjería, la Naturaleza de la figura del Artículo 82 puede ser concebida de tres formas; como una sanción administrativa, como un estado de excepción subjetivo o como una medida cautelar. Es importante entender la naturaleza jurídica de la norma porque en la medida que entendemos su naturaleza jurídica, es más sencillo analizar sus consecuencias prácticas y jurídicas, además de lo idóneo de los recursos para oponerse.

En primer lugar, se ha dicho que la medida importa una **Sanción Administrativa**, por cuanto impone castigos al afectado que infringe las normas de la ley o del reglamento. La sanción Administrativa es *aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico, e impuesta por una Administración Pública por la comisión de una infracción administrativa*²⁹. Los elementos de una sanción son:

- La vinculación a una infracción administrativa. Sólo son sanciones administrativas aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el Ordenamiento Jurídico como consecuencia de la comisión de una conducta tipificada como infracción administrativa.
- La consagración en el Ordenamiento Jurídico. De conformidad a los principios de legalidad y juridicidad de los artículos 6 y 7 de la CPR, no puede existir

²⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "Elementos para definir las sanciones administrativas". Revista Chilena de Derecho, N° Especial, 1998. Pp. 326.

sanción administrativa sin que esta sea establecida previamente. Lo importante es destacar que ambos artículos señalan la constitución y las leyes como marco teórico para la delimitación de las sanciones, sin embargo en la figura de extranjería que motiva este estudio, su delimitación está dada en forma reglamentaria.

- La tramitación de un Procedimiento Sancionador. Es necesario que exista la tramitación de un procedimiento administrativo que permita al afectado desvirtuar las acusaciones hechas por la administración, para evitar que se puedan imponer sanciones de plano. Así, la aplicación de la sanción nace necesariamente de la ejecución de una resolución sancionadora que goce de validez, ejecutividad y ejecutoriedad, en el sentido de que pone fin a la instancia administrativa y es posible exigir su cumplimiento en forma definitiva. En la ley de extranjería no se establece ningún procedimiento para la aplicación de las medidas del artículo 82, en efecto sólo se da mandato a la PDI para que actúe en caso de sorprender una situación de hecho, puesto que los recursos en contra de la medida de hecho se llevan por el afectado contra el Departamento de Extranjería y Migraciones, puesto que precisamente, en materia de extranjería no existe un procedimiento claro para la determinación de sanciones, solamente las normas de carácter general.
- La Responsabilidad: El concepto de sanción debe contener el elemento de atribución de responsabilidad de manera que el afectado pueda ser considerado culpable de la conducta sancionada, sin perjuicio de aquellos casos en que excepcionalmente se atribuye la responsabilidad prescindiendo de la culpabilidad.

Creemos que no puede tratarse de una sanción administrativa por cuanto no cumple con los requisitos, aunque la figura imponga un castigo a la supuesta infracción de la norma, este castigo tiene que darse en el contexto de una infracción clara, corroborada en un procedimiento administrativo, ante la autoridad pertinente, en el cual

la medida se toma como punto final al procedimiento administrativo, cuestión que en la figura de marras, no sucede.

En segundo lugar se ha señalado por algunos que se trataría de un **Estado de excepción subjetivo**, por tanto sus efectos implican una alteración del estado constitucional subjetivo del migrante, en aras de salvaguardar la protección de la seguridad nacional.

En ese sentido, la Constitución Política de la República se refiere a los estados de excepción constitucionales y señala en su artículo 39 que *El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interno, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.*

Así las cosas, el ejercicio de los derechos y garantías puede restringirse en casos calificados que impliquen una crisis mayor y un peligro inminente para la nación y la supervivencia del Estado. Sin embargo, es difícil sostener que la presencia de migrantes documentados represente un peligro e homologable al de las situaciones de excepción de la Constitución, o, que los migrantes indocumentados afecten en forma grave e irreversible el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado, por estas razones consideramos que esta tesis tampoco es aceptable.

Finalmente, se ha señalado que se trata de una **medida provisoria, cautelar y administrativa**, que puede ser homologable a lo señalado respecto de las medidas cautelares provisionales en la Ley General de Bases de la Administración del Estado, tesis a la que suscribimos.

Nos aventuramos a decir que las medidas cautelares administrativas son actos

jurídicos administrativos, de la rama del derecho administrativo sancionador por los cuales la autoridad correspondiente restringe, en forma provisoria, ciertas garantías del afectado en aras de proteger un valor jurídico de interés superior, en el contexto de una infracción administrativa, mientras se ventila el asunto en la sede administrativa respectiva.

Las medidas cautelares implican una restricción aceptable a las libertades del afectado siempre y cuando sean razonables, y se basen en los principios de juridicidad, legalidad, proporcionalidad, instrumentalidad, excepcionalidad, y provisionalidad, siendo razonadas, en virtud de un interés superior que las justifique.

Las autoridades, toda vez que afectan garantías fundamentales, deben cumplir con los principios de legalidad de la administración y de control sujetando su actuar a los artículos 6 y 7 de la CPR, y respetando lo señalado en consideración al 19 N° 3 y N°7. La protección de estas garantías consiste específicamente en que exista un proceso previo legalmente tramitado, con garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, y que respete la libertad personal y de tránsito, pudiendo éstas ser sólo restringidas en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.

En este sentido, toca al *legislador determinar la política represiva y establecer que conductas serán sancionadas por la vía penal o por la vía administrativa. A su vez, se establecen una serie de límites centrados en la proporcionalidad y las medidas privativas de libertad como una cuestión de competencia exclusiva de los jueces*³⁰”.

En este mismo sentido se enmarca la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que establece los principios y normativas esenciales que deben regir a la administración. Dicha norma señala

³⁰ CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX, Valparaíso, Chile, 2012, 2° Semestre. Pp. 359.

claramente el derecho a impugnar las resoluciones administrativas, siguiendo el principio de contradicción:

“Artículo 10º.- Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.”

Y que, por otro lado, señala el derecho a un racional y justo procedimiento en el ejercicio de la potestad disciplinaria:

“Artículo 18.- El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle.

En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento.”

A mayor abundamiento la Ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los órganos de la administración del Estado debe ser tenida a la vista, considerando que tanto el Ministerio del Interior, como el Departamento de Extranjería y Migraciones, y la Policía de Investigaciones son Servicios Públicos creados para el cumplimiento de funciones administrativas de conformidad a los artículos 24, 33, 38 y 101 de la Constitución Política de la República, Artículo 1º y 2º de la Ley 20.502, Artículos 91 y 92 del Decreto Ley 1094 y Artículo 1º del Decreto Ley 2.460.

Por lo mismo, las normas de la Ley le son especialmente aplicables considerando las facultades poderosísimas que le han sido entregadas, y por lo mismo deben guardar celoso respeto y resguardo de las disposiciones de la Ley.

La Ley de Bases ha señalado en su artículo 10 y 11 los principios de contradictoriedad e imparcialidad. El primero señala que *“Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto”*, demás está decir que en la aplicación de la medida cautelar del art. 82 el afectado no tiene opción de dejarla sin efecto, toda vez que la suerte de la medida se relaciona con el destino de la sanción principal que se substancia normalmente en el procedimiento de expulsión. Sin embargo, esto no queda allí puesto que el mismo principio señala además que *“Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.(...) En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.”* A lo cual nos cabe la siguiente pregunta: ¿cómo puede asegurarse esta garantía si es que la retención de documentos impide que el afectado pueda procurarse un abogado?, recordemos que el letrado no puede siquiera firmarle el escrito de patrocinio y poder, ni el respectivo mandato administrativo al afectado si es que este no tiene su documento de identidad. Algunos podrían objetar que el afectado puede llevar la defensa por sí mismo en su propia representación y siempre asesorado por el letrado pero, esta afirmación deja de manifiesto que la garantía de la asistencia letrada se ve restringida de manera ostentosa y oscura.

Por otro lado, el segundo principio señala que *“La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto*

en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.” Parte de la substanciación del proceso pasa por las medidas cautelares que la Policía de Investigaciones aplica con su criterio a las hipótesis de flagrancia. El problema está en que la aplicación de las medidas cautelares debe necesariamente estar sujeto, sino a un control jurisdiccional, sí a los principios de razonabilidad y legalidad, cuestión que dista mucho de la práctica. Por otro lado, el mismo principio señala que *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”*, esta exigencia es particularmente importante y contingente, porque en el caso de la retención de documentos la administración y las policías restringen garantías del afectado sin ningún límite y en la más total discrecionalidad.

A mayor abundamiento, aún si la medida se tomara por medio de una resolución administrativa, cuestión que rara vez ocurre, dicho acto administrativo debería ceñirse a lo dispuesto por el Artículo 41 inciso cuarto de la Ley que señala que *“Las resoluciones contendrán la decisión que será fundada”*, y al Artículo 53 de la Ley Orgánica que señala que *“Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.”* En definitiva, aún en esta segunda hipótesis, la administración siempre debe fundar sus actuaciones, máxime si estas restringen derechos (puesto que puede existir una restricción de derechos legítima), y esta fundamentación debe ser razonable, racional e imparcial, entendiendo por esto que la administración no puede caer en discriminaciones odiosas, arbitrarias o ilegales.

Estos requisitos son importantísimo ya que si la autoridad no razonara ni fundara sus actos, mal podría el afectado oponerse a ellos, la administración no puede imponer ni ejecutar medidas cautelares, sanciones o actos administrativos que impliquen afectaciones de derechos o garantías fundamentales basándose solamente en su autoridad, ya que de esta forma el acto aludido sería ,abiertamente, ilegal.

Por otro lado, la aplicación de medidas cautelares debe tratarse y estudiarse caso a caso por razones de proporcionalidad, sin embargo la administración y las policías aplican de manera indiscriminada la retención de documentos, negando así la individualidad y el mérito propio del procedimiento.

De más está decir que en la mayoría de estos casos, la medida cautelar se impone en una supuesta hipótesis de flagrancia que rara vez es demostrada por la policía, pero que durante el procedimiento ante la administración se sigue aplicando, muchas veces sin que se llegue a una etapa de discusión o probatoria en que el afectado pueda hacer sus descargos, afectando así gravemente las garantías de Debido Proceso.

En definitiva, la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica Constitucional del ramo y la Ley de Bases están contestes en que el ejercicio de la potestad disciplinaria y la aplicación de las medidas cautelares debe someterse a un procedimiento respetuoso de las garantías del afectado, situación que en la práctica no sucede.

Las medidas son esencialmente provisorias porque, si bien están destinadas a asegurar la eficacia de la resolución sancionadora, no son sanciones en términos estrictos, a pesar del contenido aflictivo que puedan llevar³¹ y en consecuencia, no son definitivas, no implican el fin de la instancia administrativa, y todavía se puede demostrar la inocencia del afectado.

³¹ Op. Cit. Pp. 325

Las medidas deben ser razonadas y adoptadas con un criterio de proporcionalidad, por razones de justicia material; esto significa que a la hora de aplicar una medida que restringe garantías fundamentales, se debe sopesar qué razones tiene el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trate, motivaciones que deben ser adecuadas, necesarias y, sobre todo, tolerables o razonables para el afectado. En este sentido, no se puede aplicar la medida más gravosa en forma injustificada.

También las medidas deben someterse al principio de necesidad e instrumentalidad, por lo cual no se puede aplicar una medida cautelar, sin que ésta se justifique desde un punto de vista de un interés jurídico superior que no puede ser cautelado de ninguna otra forma más eficiente. Es esencial que el carácter instrumental de la medida quede de manifiesto, puesto que no es aceptable que la administración imponga sanciones en forma caprichosa.

Por estas razones, creemos que se trata de una medida cautelar provisoria por cuanto cumple con todos los requisitos y porque la PDI actúa motivada por una conducta que constituye en su opinión una infracción, en vez de actuar por una resolución administrativa que así lo ordene. Sin embargo, esta medida cautelar no está cumpliendo con las garantías fundamentales necesarias que garanticen un respeto a las normas de debido proceso señaladas por la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

La importancia de señalar la naturaleza jurídica de la medida está en las consecuencias que de ello se desprenden. Si la figura del art. 82 es una medida cautelar provisoria administrativa, debe someterse a los principios del derecho administrativo sancionador y a los principios penales pertinentes por cuanto la medida implica una restricción de garantías constitucionales.

El Derecho Administrativo Sancionador aún no tiene pautas del todo claras para

que su aplicación sea satisfactoria, en la práctica esta cuestión se lleva “a pulso” dado que la administración de forma fragmentaria y aún dista de un criterio uniforme, único y claro para la aplicación de las medidas respectivas a lo infraccional.

Para aclarar la forma en que el derecho administrativo sancionador debe actuar se han señalado varios principios. Primeramente, es un consenso que en el Derecho administrativo sancionador debe someter sus actuaciones a modo de pauta y cota máxima, a los principios que informan al Derecho Penal, cuestión que además ha sido avalada por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas sentencias³².

De esta forma, el Tribunal Constitucional ha reconocido tres elementos necesarios para que proceda la aplicación de la potestad sancionadora de la administración los cuales son: Infracción, Procedimiento y Sanción.

En cuanto a la infracción, se entiende por tal “*la conducta o deber que, de no cumplirse o infringirse, acarrea para el particular la posibilidad de ser sancionado*”³³. Para que la infracción sea legítima debe existir un principio de legalidad y de tipicidad. La legalidad se entiende en el sentido de que los delitos o infracciones se encuentren establecidos en la ley, y así lo entendido el tribunal Constitucional³⁴.

Si bien se admite la colaboración reglamentaria en la definición de las sanciones y medidas, ésta en principio no puede señalar los aspectos esenciales de la infracción, así el tribunal Constitucional ha dicho que *la colaboración reglamentaria está, a todo evento, restringida a la Constitución en los casos, como lo es el derecho administrativo sancionador, en que rige el principio de legalidad. Si en el estatuto jurídico de la actividad sancionadora de la Administración está legitimada la potestad reglamentaria*

³² ROMAN CORDERO, CRISTIÁN. “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile”. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N°16. 2009. Pp. 95.

³³ Op. Cit. Pp. 588.

³⁴ Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 3°.

*de ejecución, no lo está la autónoma, en el sentido que sin la suficiente cobertura legal, un decreto, un reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones*³⁵.

En cuanto a la Tipicidad, esta se refiere a la definición clara y precisa de la conducta o hecho prohibida por la ley. Para evitar que se lleven a cabo injusticias, se exige una ley que haga una descripción clara de la conducta reprochable, sin perjuicio de que no requiera ser completa, puesto que el mandato constitucional del Art. 19 N°3 señala que basta con que la conducta se encuentre “expresamente” descrita en la ley.

En la figura estudiada, la medida está descrita de manera esencial en el reglamento, toda vez que la ley es vaga al señalar que se retirarán “los documentos que correspondan” y el reglamento especifica que se trata de documentos de identidad. En el caso de marras, el reglamento señala la esencia de la medida de retención de documentos, cuestión que debió haber sido dejada a la ley, razón por la cual la medida merece nuestro repudio.

En cuanto al procedimiento administrativo este constituye uno de los “principios adjetivos” del Derecho administrativo Sancionador y se refiere a la exigencia de un debido proceso en la aplicación de las sanciones. La acción de la administración debe someterse siempre a un justo y racional procedimiento, en los términos señalados en el artículo 19 N° 3 de la Constitución; en el sentido de que exista un proceso previo y legalmente tramitado, lo cual significa un procedimiento que permita a los afectados una defensa adecuada de sus derechos en alguna instancia administrativa y emanado de la ley pues, sólo toca al legislador señalar y establecer las garantías de un racional y justo procedimiento.

³⁵ Tribunal Constitucional (2006) Rol 480-2006, considerando 19°.

Las garantías del proceso más recurrentes son las relativas a la legítima defensa, y versan sobre el emplazamiento y la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa jurídica, de manera que el afectado pueda defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa.

Y en definitiva, es necesario que, ante el vacío legal en materia de procedimientos y regulaciones para la aplicación de medidas cautelares en materia de migraciones, el Estado establezca algún tipo de normativas, pues dentro de las obligaciones que éste tiene desde el punto de vista de los derechos humanos, dado que las obligaciones del estado no siempre son reparatorias, *la obligación del estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación sino más bien con el establecimiento de una normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada*³⁶.

3.3.- La Tarjeta de Extranjero Infractor

Hemos señalado anteriormente que la figura del Art 82 de la Ley implica la retención de documentos. Cuando se toma la medida, la policía de investigaciones realiza la práctica de la tarjeta de Extranjero Infractor.

La tarjeta de extranjero infractor es una práctica espontánea y desregulada que se lleva a cabo por la Policía de Investigaciones que consiste en la emisión de un documento de identidad que señala:

- Fotografía del migrante

³⁶ ABRAMOVICH, Victor. “La Estructura de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Y las posibles estrategias de incidencia judicial”, en “Grupo de Reflexión General: Temas de Derechos Humanos”. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Pp. 35.

- Nombre y apellidos completos del migrante
- Nacionalidad
- Domicilio
- Número de veces que ha sido citado a firmar.

Esta Tarjeta es emitida por el funcionario de PDI a cargo de llevar la diligencia, y los documentos originales de identidad son guardados en el cuartel. Se le advierte al afectado que debe llevar un domicilio permanente y obligatorio, y que no puede cambiar su ubicación sin dejar previo aviso

Lo que se ha discutido respecto de este documento es su reconocimiento oficial por parte de los demás servicios civiles y su validez para todos los efectos legales. Esto a raíz de que el método más común para que una persona regularice su situación económica es que encuentre un trabajo y acceda a una visa sujeta a un contrato de trabajo sin embargo, para poder celebrar el contrato de trabajo se ha exigido que este se celebre ante notario, y las notarías de Chile han sido reacias a aceptar la TEI como documento válido de identificación. Se trata de un círculo vicioso, que termina generalmente en la imposibilidad del afectado para poder encontrar trabajo y su marginación social.

Al respecto existe jurisprudencia que señala que las notarías no pueden negar la posibilidad de que los migrantes celebren contratos de trabajo con su Tarjeta de Extranjero Infractor.

Esta jurisprudencia es interesante porque funciona como un mandato para las notarías y otros servicios que se niegan a aceptar el documento, sin embargo creemos que la solución apropiada sería que desde un comienzo no se le retengan los documentos a los extranjeros.

3.4.- Efectos y Consecuencias Prácticas y Jurídicas

Como hemos podido señalar, la medida cautelar del Art. 82 del DL 1094 tiene consecuencias nefastas desde el punto de vista práctico y jurídico. El problema tiene consecuencias prácticas y jurídicas. Hemos visto que las medidas cautelares de la administración no pueden obedecer al capricho de la autoridad, y deben ceñirse a los principios penales que le sean aplicables, especialmente a los principios de proporcionalidad e instrumentalidad.

Desde el punto de vista práctico y jurídico, la medida es inoficiosa, por cuanto no soluciona ningún problema relacionado con la seguridad nacional (fundamento mismo de las leyes de inmigración, concepto presente en toda la ley y el reglamento). Tampoco previene que se ejecuten más infracciones a la ley de extranjería, se trata de una medida que restringe garantías fundamentales en forma gratuita.

En la construcción de un marco para la definición de políticas públicas que aseguren la Intervención del Estado como un actor social en conjunto con las agencias de cooperación para el desarrollo, es necesario que se opte por la inclusión de los grupos más desposeídos. Es inútil, desde un punto de vista práctico, porque desincentiva la contratación de extranjeros y los margina de la sociedad, mientras que con una política pública de inclusión esta fuerza laboral y cultural se podría aprovechar de una manera más sana.

Es discriminadora, puesto que el documento de identidad que se les entrega la “tarjeta de Extranjero Infractor” tiene una connotación negativa y criminalizadora respecto de un grupo determinado. La nomenclatura usada en el documento tiene una connotación arbitraria y profundamente negativa, que estigmatiza al afectado con el sólo

mérito de la evaluación de hecho que efectúa la fuerza policial, cuestión absolutamente inaceptable.

Desde el punto de vista jurídico, ofrece múltiples infracciones a los derechos humanos y a las garantías fundamentales, las cuales serán explicadas en el siguiente capítulo

3.4.1.- Respeto de los documentos de identidad; La Cédula de Identidad y el Pasaporte.

La Ley N°19.477 Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación tiene en Chile la obligación y la función de llevar a cabo precisamente, la identificación de la población, función que no se nueva y se lleva a cabo por este servicio desde comienzos del siglo XX, *“la función de identificación fue establecida por el Decreto Ley N° 26 que creó el Servicio de Identificación y Pasaportes, dependiente de la Dirección General de Policías. Así, el decreto ley n° 26 del Ministerio del Interior del 7 de octubre de 1924, publicado en el Diario Oficial del 18 de noviembre de 1924, determinó que "estarán obligados a obtener su libreta de identidad todos los residentes en el territorio de la República, tanto nacionales como extranjeros". El artículo 9 del mismo DL 26 especificaba que habría entonces tres libretas: de primera, segunda y tercera clase, con impuestos de 20, 12 y 6 pesos, respectivamente. La cédula de identidad, de acuerdo al decreto ley n° 102 de noviembre de 1924, contenía una fotografía de frente, la impresión dígito pulgar derecho, la clasificación dactiloscópica, la fecha en que se expedía la cédula, el nombre completo, la firma de la persona, la profesión u oficio, la nacionalidad, la edad, el estado civil, la estatura, si sabe leer y escribir, las señas particulares visibles, las firmas y timbres del jefe de la oficina de identificación y del jefe de la Policía del departamento respectivo*³⁷.

³⁷ https://www.registrocivil.cl/PortalOI/html/faq/Cod_Area_2/Cod_Tema_4/pregunta_33.html

La ley en su artículo 1 deja clara la orgánica del Servicio y las normas que le son aplicables y reza:

“Artículo 1º.- El Servicio de Registro Civil e Identificación será un servicio público, funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia. Se regirá por las disposiciones de esta ley y sus normas complementarias. Su domicilio será la capital de la República.”

De conformidad a lo señalado en el artículo 3, dentro de las funciones del servicio está *“registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas”*, sin hacer distinciones de ningún tipo.

“Artículo 3º.- El Servicio velará por la constitución legal de la familia y tendrá por objeto principal registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas.

Le corresponderá, también, llevar los registros y efectuar las actuaciones que la ley encomiende.”

Y por otro lado, es función exclusiva del registro civil la identificación de las personas y otorgar los documentos oficiales que acrediten la identidad.

“Artículo 4º.- Son funciones del Servicio:

(...) 4. Establecer y registrar la identidad civil de las personas y otorgar los documentos oficiales que acreditan la identidad;”

Es también necesario señalar que de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 26/28 todas las personas deben obtener obligatoriamente su Cédula de Identidad a partir de los 18 años.

Sin embargo, respecto de los extranjeros

Señalábamos anteriormente que los artículos 82 de la Ley y 165° del Reglamento permiten la retención de los documentos “que correspondan” y de los documentos de identidad. Es mester, señalar que el D.L. 1094 señala en el Párrafo 8 “De La Cédula De Identidad Y Del Registro”, en sus artículos 52 y 53 los trámites para que los extranjeros puedan conseguir su documento de identidad oficial.

“ARTICULO 52°: Los extranjeros mayores de 18 años, con excepción de los turistas y residentes oficiales, deberán inscribirse en los registros especiales de extranjeros que llevará al Servicio de Investigaciones, dentro del plazo de 30 días, contado desde la fecha de ingreso al país.

Los extranjeros que ingresen irregularmente al país y a quienes se conceda en Chile una visación, deberán cumplir con la obligación mencionada en el inciso anterior, dentro del plazo de 30 días, contado desde la fecha del otorgamiento de la respectiva visación. Esta disposición no se aplicará a quienes obtengan una visación diplomática u oficial.

El valor del certificado de registro será de cargo del interesado y no podrá ser superior a su costo de elaboración, el que será fijado anualmente por resolución del Ministerio del Interior.

ARTICULO 53°: Los extranjeros obligados a registrarse y los que estén en posesión de la permanencia definitiva deberán informar a la autoridad señalada en el artículo 10 sobre cualquier cambio de su domicilio o de sus actividades, dentro del plazo de 30 días de producido el cambio. Asimismo, los extranjeros obligados a registrarse, deberán solicitar cédula de identidad dentro del plazo señalado en el

artículo 52, la que tendrá un plazo de validez igual al de su respectiva visación. La cédula de identidad que otorgue al titular de permanencia definitiva tendrá una validez de cinco años.

La cédula de identidad que se otorgue en virtud de este artículo, se expedirá conforme a los nombres y apellidos que registre el pasaporte u otro documento válido y vigente que se hubiere utilizado para el ingreso al país.

(Agregado por Ley N° 18.252 de 1983)

A los hijos de extranjeros nacidos en Chile, se les otorgará cédula de identidad de acuerdo con las normas de Registro Civil. (Agregado por Ley N° 18.252 de 1983)”.

En resumidas cuentas, la normativa señala que el extranjero mayor de 18 años que ha regularizado su situación migratoria y obtiene el certificado de residencia definitiva en Chile, tiene 30 días desde la entrega de dicho certificado en Chile o desde que se estampa la correspondiente visa en el pasaporte para solicitar la Cédula de Identidad para Extranjeros. Si se solicita en forma extemporánea. Debe solicitarse una autorización previa del departamento de extranjería y migración del ministerio del Interior o de la Intendencia Regional respectiva.

En definitiva, los requisitos son:

- Ser mayor de 18 años.
- Ser titular de cualquier tipo de visa o de permanencia definitiva.
- Ser titular de la tarjeta de trabajador temporario, o de temporada, otorgada en el marco del convenio laboral chileno-argentino.

La permanencia definitiva no es requisito para obtener la cédula en el caso de los menores de 18 años que sean titulares de alguna de las visas permitidas no obstante,

estarán obligados a hacer el trámite dentro de los 30 días siguientes de que cumplan la mayoría de edad.

Los profesionales con títulos obtenidos en el extranjero, y que deseen plasmar su información en la cédula de identidad deben, en forma obligatoria, convalidarlo en la Universidad de Chile o acogerse a los tratados vigentes.

Con todo, la Cédula de Identidad para Extranjeros no se otorgará a:

- Los titulares de una visa de residente oficial. En este caso para obtener la Cédula deberá acompañar en su solicitud la autorización otorgada por la dirección del Ceremonial y Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Los titulares de una visa de turismo o de tripulantes.

Por otro lado los pasaportes son documentos públicos emanados de un estado determinado para sus nacionales, por medio de los servicios de identificación o autoridades competentes para efectos de garantizar la identidad y nacionalidad del connacional solicitante.

El Decreto 1010 de 1989 que aprueba el reglamento de pasaportes ordinarios, y de documentos de viaje y títulos de viaje para extranjeros define el pasaporte como:

“ARTICULO 1° Pasaporte es un documento público que el Gobierno otorga a sus nacionales, por intermedio de sus organismos competentes, cuando éstos deban viajar al exterior o se encuentren en territorio de un país extranjero.

Para entrar o salir del país se requiere estar provisto de un pasaporte válido, o de los documentos que en su reemplazo establezcan las leyes, los reglamentos o los convenios internacionales.”

El pasaporte es en definitiva un documento oficial expedido por el estado para los chilenos que contiene los datos e identificación del titular y se extiende en forma de libreta, con el objeto de ser usado válidamente fuera del territorio de la República. Los chilenos que quieran viajar al extranjero deben tener su pasaporte al día. Podrá salir con su cédula de Identidad al día sólo si se dirige a la Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil, Colombia, Ecuador, Bolivia y Venezuela.

El pasaporte es un documento personalísimo e íntimo, que refleja la relación entre el Estado y sus nacionales, que sirve como documento de identidad válido para demostrar la nacionalidad e identificación de la persona que se encuentra en el extranjero. Por estas razones nos parece inaceptable que el estado pueda retener los pasaportes considerando que los pasaportes extranjeros no han sido emitidos por el Estado de Chile y que la norma suele ser desigual puesto que en el resto del mundo esta regla casi no se aplica, salvo contadas excepciones.

3.4.2.- Desamparo e Imposibilidad de Ejecutar Actos Jurídicos de la Vida Civil.

La normativa chilena permite la retención de los documentos de identidad de los migrantes, en consecuencia los convierte en migrantes indocumentados; apátridas de facto. Esta situación impide que los migrantes puedan ejecutar actos de la vida civil, por lo cual quedan excluidos de los servicios civiles y políticas públicas.

Es grave si se considera que muchas veces los inmigrantes que llegan a Chile

pueden no ser infractores a la ley; como en el caso de los refugiados y de las víctimas del crimen organizado internacional; como en la trata de personas y trata de blancas.

La figura es inoficiosa puesto que no sirve para disuadir al migrante de vivir en Chile y es injustificada puesto que la retención de documentos difícilmente puede ser considerada como una medida exitosa para la conservación de la seguridad nacional. Aun más, la medida es inútil puesto que sirve como disuasivo para la auto-denuncia con lo cual la cifra negra respecto de la cantidad de migrantes indocumentados en Chile sigue siendo oscura.

La práctica de la Tarjeta de Extranjero Infractor es discriminadora y rotula al afectado como un delincuente, si a esto se le suma que el Artículo 74³⁸ del D.L 1094 hace casi imposible la contratación de estas personas, el afectado suele encontrarse en una situación de desamparo en un país en el que además no tiene redes de apoyo que le permitan llevar una vida digna. Todas estas medidas son un incentivo perverso a la delincuencia que deben ser modificadas.

4.- EL CATÁLOGO DE DERECHOS INFRINGIDOS:

4.1.- Fundamentos de los derechos de los migrantes.

La complejidad del fenómeno migratorio en la era de la globalización ha

³⁸ Artículo 74.- No se podrá dar ocupación a los extranjeros que no acrediten previamente su residencia o permanencia legal en el país o que están debidamente autorizados para trabajar o habilitados para ello. Todo aquel que tenga a su servicio o bajo su dependencia a extranjeros, deberá informar, por escrito, al Ministerio del Interior en Santiago y a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales, en su caso, en el término de 15 días, cualquier circunstancia que altere o modifique su condición de residencia. Además, deberá sufragar los gastos que origine la expulsión de los citados extranjeros cuando el Ministerio del Interior así lo ordene. La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con multas de 1 a 50 sueldos vitales por cada infracción.

significado un cambio de paradigma en todas las disciplinas sociales y el derecho no puede ser una excepción. El derecho debe jugar un rol mucho más amplio que el que está llevando en esta materia porque si bien, el derecho migratorio (vinculado, tradicionalmente, de forma íntima al derecho administrado) se ha limitado a regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros o migrantes, penalizando el ingreso irregular como herramienta de control social, esta práctica ha demostrado ser un total fracaso, tanto en los objetivos que se plantea como respecto de las arcas fiscales.

Es necesario comprender que el derecho migratorio es una disciplina multifacética, que comprende al derecho administrativo, al derecho constitucional, al derecho penal, al derecho internacional y desde luego a los derechos humanos, ya que existen diversas hipótesis de aplicación que se pueden usar en esta materia ya sea, desde los inmigrantes indocumentados hasta las víctimas del crimen organizado transnacional.

El estudio de las hipótesis de aplicación de la norma migratoria debe hacerse a la medida del problema concreto que se afronta, sin “moldes prefabricados” y definitivamente sin prejuicios. Es en definitiva necesario, aplicar los nuevos conocimientos y disciplinas del derecho a un fenómeno que no es nada nuevo: la migración.

Desgraciadamente, la situación nacional es deficiente puesto que no se ha aplicado una política migratoria integral que resuelva las múltiples aristas del tema migratorio. Los criterios racistas de selección migratoria, los vacíos en la legislación y en la política migratoria generan situaciones que impiden aprovechar de forma eficiente los flujos migratorios que Chile sí posee, y por otra parte deriva en fallas y trastornos en el mercado laboral.

En este plano, las oportunidades laborales son el principal incentivo a la migración voluntaria en Chile, aunque también esa expectativa ha funcionado como un

buen catalizador para la comisión (cada vez más frecuente) de delitos migratorios internacionales. Una línea lógica de pensamiento nos lleva a proteger a los trabajadores migrantes, toda vez que son estos la parte más débil y vulnerable en las relaciones laborales contemporáneas. Está extendida en Chile la creencia de que los inmigrantes que llegan a Chile son sujetos ignorantes sin educación ni profesión que se encuentran en Chile en forma ilegal y que quitan el trabajo a los chilenos sin embargo, ello dista mucho de la realidad.

La verdad es que los inmigrantes que emigran no son ni los más pobres, ni los más ignorantes porque, simplemente, las personas que se encuentran en esa situación se encuentran en la imposibilidad fáctica de abandonar su país y a Chile llegan inmigrantes con capacidad de ahorro que buscan mejorar sus carreras. Corolario de lo anterior, la mayor parte de los inmigrantes viene con más años de estudio en sus países que la mayoría de los chilenos a ocupar puestos de trabajo que los chilenos no ocupan, en efecto el problema más común es que los inmigrantes estén sobre cualificados para los trabajos en que ejercen.

La Declaración Universal de Derechos Humanos ha consagrado en su artículo 22, el derecho al trabajo señalando que *Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.* Esta garantía emana de la condición humana de la persona, señalando además el derecho a obtener protección estatal para la satisfacción de aquellas necesidades especiales que en el caso de migrantes podrían cambiar el paradigma de lo que conocemos como derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo dicha reflexión excede a los objetivos de este trabajo.

Por otro lado el artículo 23 de la Declaración señala el derecho al trabajo, y haciendo aplicable a esta materia, la misma cláusula de no discriminación, aplicando los principios de igualdad formal ante la ley los trabajadores, por cuanto señala que *1.- 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. 2.- Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.*

Dejadas de lado las odiosidades del racismo, la defensa de los trabajadores es una prioridad en todas las potencias del mundo pero, cuando llegamos a los trabajadores migrantes es destacable, cuando menos, señalar que estos sujetos merecen una protección especial debido a las particulares situaciones a las que se ven expuestos. En este sentido a partir de la post-guerra, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha jugado un rol clave en la suscripción de diversos instrumentos tendientes a la protección de los trabajadores migratorios. Amén de lo anterior, es necesario también revisar la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de Diciembre de 1990.

Se ha señalado que en Chile *solo existen a este respecto documentos que establecen las condiciones y requisitos de entrada, permanencia y expulsión de inmigrantes, lo cual evidencia la falta de una regulación integral sobre este punto. Por su parte, en cuanto al ingreso de personas provenientes del extranjero, la legislación nacional existente, a diferencia de lo que sucede con los migrantes de carácter político, no reconoce la calidad de los denominados “migrantes económicos” lo que provoca que muchos de ellos deban ingresar y permanecer en el país en condiciones de ilegalidad. Esta circunstancia hace, en primer término, sumamente difícil abordar con certeza el problema migratorio, por cuanto se desconoce su real dimensión. En segundo lugar, al terminar estas personas empleándose en condiciones de ilegalidad, constituyen una mano de obra de bajo costo para los empleadores chilenos, impidiéndose de esta manera que tanto nacionales como extranjeros compitan en el ámbito laboral en*

*condiciones de igualdad y generándose, en consecuencia, resentimientos de parte de la población chilena frente a esta categoría de migrantes*³⁹.

En la disciplina jurídica, el concepto de persona y personalidad tiene una importancia capital porque *todo derecho compete a un sujeto llamado persona; la idea de personalidad es necesaria para dar base a los derechos y obligaciones. Pero resulta inútil dentro de las teorías que niegan la existencia de derechos y deberes subjetivos entre individuos*⁴⁰.

En el derecho romano se hacía la distinción entre hombre y persona, siendo el primero el ser que tiene mente racional en cuerpo humano y el segundo el hombre libre. Desde la caída de la esclavitud se ha borrado esta distinción entre hombre y persona, y todo individuo de la especie humana es persona; así lo ha recogido nuestro código civil que señala en su artículo 55 que *son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros*. Esta norma fue pionera en el mundo y convirtió a Chile en el primer país en abolir la esclavitud y en igualar a las personas. Sin duda que la voz *condición* es la más difícil de interpretar pero, tradicionalmente se entiende como *la calidad del nacimiento, cuanto a la posición que los hombres ocupan en la sociedad por razón de abolengos, riquezas, clase, puestos públicos etc*⁴¹. Podemos señalar que dentro de estas categorías, ciertamente se encuentra la nacionalidad y la ciudadanía, como lo ha señalado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de la CIDH.

De la persona y de la personalidad emanan los llamados atributos de la personalidad, que son *ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e*

³⁹ DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile. Universidad Diego Portales, Centro de Derechos Humanos UDP. 2003. Pp. 13.

⁴⁰ ALESSANDRI R., SOMARRIVA U., VODANOVIC H., Arturo, Manuel y Antonio. Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 7ma Ed. Santiago de Chile. Pp.353

⁴¹ ALESSANDRI R., SOMARRIVA U., VODANOVIC H., Op. Cit. Pp. 356.

*indispensables para el desenvolvimiento de ella como sujeto de derechos*⁴² y son los siguientes:

- I. La capacidad de goce
- II. La nacionalidad
- III. El nombre
- IV. El estado civil
- V. El domicilio, y
- VI. El patrimonio

Todos estos atributos de la personalidad se ven afectados en la medida en que la figura del art. 82 priva a la persona del migrante del derecho a existir formalmente como persona, siendo de estos atributos de la personalidad, los que se ven más afectados son la capacidad de goce y la nacionalidad.

Se ha señalado que la capacidad es la aptitud de una persona para adquirir derechos y obligaciones y poderlos ejercer por sí misma o por medio de otra persona. La capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Y aunque ambas se ven sensiblemente restringidas, es escandaloso que se intente privar por la vía administrativa de la capacidad de goce a los migrantes toda vez que existe un íntimo vínculo entre esta y el concepto de personalidad, porque todo ser humano está dotado de capacidad de goce y esta es un atributo conspicuo y exclusivo de las personas, al punto que no se puede concebir ambos conceptos por separado, uno implica al otro y viceversa.

Por otro lado, la nacionalidad es el vínculo que une a una persona con un país determinado, del cual emanan derechos y obligaciones recíprocos. En Chile existe una igualdad formal entre chilenos y extranjeros, nuestro Código Civil en su Art. 57 así lo establece desde mediados del siglo XIX. Chile en esta materia fue un ejemplo al ser la

⁴² ALESSANDRI R., SOMARRIVA U., VODANOVIC H., Op. Cit. Pp. 403

primera nación en establecer la igualdad entre nacionales y extranjeros en lo relativo a la adquisición y goce de derechos civiles. En efecto la legislación civil chilena señala en los artículos 55, 56 y 57 el principio de no discriminación entre chilenos y extranjeros, siendo la primera legislación en el mundo en consagrarlo, específicamente en el art 57 que señala:

“Art. 57. 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.”

Las ideas progresistas de extranjería y migración se fomentaron después de la segunda guerra mundial como una respuesta a las violaciones de derechos humanos cometidas por el eje. Una de las medidas más notables de este periodo fue la creación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) de 1950, y por otro lado, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención Refugiados) junto al Protocolo Adicional de la Convención de 1967.

Chile ha mantenido formalmente una política favorable a la migración, siguiendo la tendencia del derecho internacional desde el periodo de entreguerras ratificando incluso la convención y el protocolo en 1972. La convención es importante puesto que sienta las primeras bases para la no discriminación y el asilo respecto de los extranjeros principalmente en sus artículos 3 y 33.

“Artículo 3. Prohibición de discriminación

Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.”

Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

Esta normativa denota un estado muy avanzado de la discusión en materia de extranjería y sentó las bases de la protección para las víctimas de los delitos migratorios internacionales (trata de personas y trata de blancas) que hoy se han multiplicado en el país.

Sin embargo, la situación cambió dramáticamente con el golpe de estado: los flujos migratorios cambiaron y Chile se volvió un país de emigrantes. Miles fueron los chilenos que huyeron del país debido a las persecuciones políticas de la dictadura en la década de los 70 y durante la década siguiente otro miles más huyeron tras la crisis económica del año 82.

En este contexto de crisis y violencia, el gobierno militar apeló al nacionalismo y a la guerra contra el terrorismo, en contra del “enemigo interno”. Estas ideas populistas quedaron plasmadas en la redacción de la legislación migratoria, y salen a relucir tanto en la ley como en el reglamento como una herencia poco feliz de lo que fue la dictadura.

Hoy la doctrina está conteste en que la nacionalidad no es la justificación, ni la base de los derechos; el fundamento de los derechos es la condición humana, la

capacidad de goce que tienen todas las personas, lo cual es especialmente importante en materias de inmigración porque toda persona tiene derecho a una vida digna y puede exigir seguridad, respeto y defensa de sus derechos en contra de los abusos, máxime si se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

Los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad, desde el punto de vista de los derechos humanos puesto que son los más expuestos a las violaciones de Derechos Humanos, debido a la desprotección de sus derechos, y de las profundas diferencias en el acceso a los recursos estatales.

Podríamos decir que su imposibilidad de ser sujetos sin derechos políticos, los relega a la condición de “no ciudadano”, criterio que fundamenta una discriminación odiosa en su contra. Así, se ha señalado que *la condición de no ciudadanos relega a las personas migrantes a una situación de particular vulnerabilidad. El desconocimiento de la lengua, las costumbres, la legislación y las prácticas, así como la ausencia de poder político, dificultan la relación de las personas migrantes con las autoridades estatales, incidiendo de manera negativa en el acceso a servicios y programas estatales. Ellas no sólo encuentran trabas para acceder a los programas y servicios a cargo del Estado, sino también para demandar la protección de las autoridades cuando son víctimas de delitos o de abusos. La condición de vulnerabilidad se plasma en la ausente o deficiente protección y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes. Esta condición adquiere connotaciones específicas en el caso de trabajadores, mujeres, niños y niñas y minorías étnicas migrantes; resultando en una doble o triple vulnerabilidad*⁴³. A esto debe agregarse la dificultad de los migrantes para organizarse y exigir el respeto de sus derechos. El derecho internacional ha usado el concepto de “no ciudadanos” para referirse a los migrantes y refugiados ya que es la ciudadanía el criterio de discriminación respecto de este grupo vulnerable, y conceptualiza la existencia de

⁴³ OLEA RODRÍGUEZ, Helena. “Derechos Humanos y Migraciones: Un nuevo lente para un viejo fenómeno” en Anuario de Derechos Humanos 2007. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Pp. 203

situaciones comunes de exclusión.

En esta materia, los deberes generales de respeto y garantía de Derechos humanos se transforman en deberes especiales de cuidado, que se manifiestan en vista de las necesidades específicas del sujeto de derecho vulnerable, amén de su condición personal o de la circunstancia particular en que se encuentra. Por estas razones, los inmigrantes que se encuentran en una situación irregular y que son indocumentados por el estado, son un grupo en situación de vulnerabilidad, y así lo ha señalado la Jurisprudencia de la CIDH.

De lo anterior podemos deducir que, el fundamento de los derechos de los migrantes está en que, sin importar de que se traten de ciudadanos o no ciudadanos, el Derecho no puede hacer distinciones odiosas entre las personas y *los instrumentos generales de derechos civiles y políticos consagran otros derechos cuya protección y garantía es esencial para las personas migrantes, dada su cercanía a situaciones en las que éstos interactúan mayormente con autoridades estatales. Se trata de derechos tales como el de no discriminación; el de debido proceso; el de libertad personal; y el de personalidad jurídica, entre otros*⁴⁴. En esta secuencia lógica de razonamiento, los migrantes son personas humanas y, ni el derecho internacional de los Derechos Humanos, ni tampoco el Derecho Civil hacen distinciones respecto de la protección que merece un migrante por su sola calidad de tal.

Los inmigrantes han sido siempre parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que en sus instrumentos más clásicos les ha procurado protección y garantías por tratarse de un grupo de alta vulnerabilidad que se diferencia de otros grupos sociales por las condiciones particulares en que se encuentran y que provocan discriminación, situación que es homologable a la que sufren las mujeres y las minorías

⁴⁴ OLEA RODRÍGUEZ, Helena. “Derechos Humanos y Migraciones: Un nuevo lente para un viejo fenómeno” en Anuario de Derechos Humanos 2007. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Pp. 206.

étnicas, raciales y sexuales.

Los instrumentos de Derechos Humanos han establecido una serie de derechos para las personas que se encuentren dentro de la jurisdicción de un Estado parte del tratado sin distinciones, por esta razón no puede haber discriminación en su aplicación entre nacionales y extranjeros. En consecuencia, los no nacionales también son titulares de las garantías y derechos consignados en los instrumentos de Derechos Humanos y gozan de la protección de ese catálogo de derechos por su sola condición humana.

Sin embargo, es necesario señalar que dentro de la doctrina de los Derechos Humanos se ha aceptado que la condición migratoria regular o irregular es un presupuesto que puede tomarse en cuenta para la aplicación de medidas administrativas sancionadoras. Así las cosas, la libertad de movimiento y residencia puede ser restringida en hipótesis de situación migratoria irregular, siempre que tales restricciones se lleven a cabo en el contexto de un procedimiento razonable, objetivo proporcional, justo y respetuoso de los Derechos Humanos.

Los migrantes a la luz de la normativa internacional y del derecho comparado han sido reconocidos como un grupo de riesgo que merece especial protección del estado. Las razones de esto se basan en la condición de especial vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes, sobre todo los indocumentados. Los migrantes no suelen ser los más pobres de su propio país pero, aunque tienen los suficientes medios como para emigrar de su país de origen, no pueden adaptarse a las condiciones adversas que se les presentan en Chile debido a la legislación represiva que los afecta.

A la luz de lo anteriormente expuesto, creemos que la figura del art. 82 del DL 1094 de extranjería no sólo vulnera los principios constitucionales y administrativos que hemos tratado en apartados anteriores, sino que además viola varios de los Derechos garantizados por los tratados internacionales suscritos por Chile.

4.2.- El Derecho a la Identidad y a que se reconozca la Personalidad Jurídica de los Migrantes.

El Derecho a la identidad es el derecho más importante de los llamados “Derechos de la Personalidad”, puesto que aunque una persona pueda ser formalmente llamada un sujeto de Derechos, esta condición jurídica sólo cobra sentido en la medida en que esta persona sea reconocida por el ordenamiento jurídico y por el estado para poder ejecutar actos de la vida civil.

Hay pocas referencias que hagan alusión a este Derecho sin embargo, el más ejemplificador es respecto de la mujer, así la Corte ha entendido que *“Este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles. Supone también que la mujer no puede ser tratada como un objeto que se entrega a su familia junto con la propiedad del marido difunto⁴⁵”*, el mismo razonamiento podemos hacerlo extensible a los migrantes en la medida de que la argumentación de los ministros consiste en que no puede mermarse la capacidad de goce y ejercicio de una persona en consideración a criterios discriminatorios.

Sin embargo, la jurisprudencia más contundente en este aspecto la podemos encontrar en el caso Bámaca Velásquez en que la Corte, señaló que el artículo 3 del pacto *“debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que textualmente establece: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y*

⁴⁵ O’Donell. Op Cit. Pp. 546.

obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes⁴⁶”.

La medida cautelar en comento es nociva para este derecho ya que la retención de documentos impide que el migrante pueda identificarse en forma válida, impide su interacción en la vida social relegándolo al ostracismo social. La retención de documentos le niega la posibilidad de identificarse y de actuar como persona.

La normativa criticada le niega a la persona del migrante la capacidad de goce de derechos civiles y políticos, en instancias que este derecho si bien puede ser restringido vía administrativa o penal, ello sólo puede hacerse en razón en el marco de un procedimiento claramente delimitado y regulado.

Si bien es cierto que la administración puede imponer medidas cautelares en aras de la protección de bienes jurídicos específicos que de otra manera no podrían tener una efectiva cautela debido a razones de hecho, es inaceptable que la administración pueda interponer medidas cautelares gravosas de la personalidad sin justificar la racionalidad o la instrumentalidad de la medida, sin limitación temporal de la misma y siquiera sin un procedimiento claro que permita al afectado hacer sus descargos respecto del procedimiento administrativo del que es objeto.

LA CIDH ha señalado que *“la legislación que permite la detención de inmigrantes ilegales por un plazo indefinido sin derecho a recurrir a los tribunales para hacer valer su derecho a la libertad, es violatoria del derecho a la personalidad jurídica*

⁴⁶ *Íbid.* 547.

y a la justicia, al tenor de los artículos XVII y XVIII de la Declaración Americana⁴⁷, criterio que por las razones anteriormente expuestas, creemos que debe hacerse extensible a la aplicación de medidas cautelares como la del Art. 82 del DI 1094 en el sentido de que restringen valores jurídicos y garantías que son igualmente importantes.

Al respecto la declaración universal de Derechos humanos consagra en sus primeros artículos: la libertad e igualdad formal de derechos y la cláusula de no discriminación, señalando que:

Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.

Toda persona tiene todos los 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.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Esta segunda parte del artículo segundo de la declaración es clarísimo al señalar que no pueden haber distinciones odiosas en el trato a las personas migrantes, cuestión que va en el sentido de combatir contra la xenofobia y el racismo.

⁴⁷ O'Donnell. Op. Cit. Pp. 549.

Lo expuesto tiene total respaldo hoy, considerando que de conformidad a los señalados por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”.

Incluso medidas análogas a la figura en comento han sido tachadas por la jurisprudencia internacional, toda vez que *La jurisprudencia de la CIDH también establece que la legislación que permite la detención de inmigrantes ilegales por un plazo indefinido sin derecho a recurrir a los tribunales para hacer valer su derecho a la libertad, es violatoria del derecho a la personalidad jurídica y a la justicia, al tenor de los artículos XVII y XVIII de la Declaración Americana*⁴⁸.

Por otra parte, el Pacto San José de Costa Rica (suscrito por Chile) presenta en su Artículo primero que los estados deben garantizar los derechos reconocidos en el tratado sin ningún tipo de discriminación:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

- 1. 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.*
- 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

⁴⁸ O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Editorial Tierra Firme. México D.F., Septiembre. 2007. Pp 552.

Se ha señalado que esta norma es el presupuesto de aplicación puesto que el concepto de ciudadanía quedaría enmarcado dentro de lo conocemos como “cualquier otra condición social”, tesis que ha sido adoptada por la jurisprudencia internacional y a la que adscribimos.

Por otro lado, la segunda parte del artículo refuerza la idea de que la protección de los derechos emana de la mismísima condición humana, del estatus jurídico de persona como sujeto de derechos, y por tanto dicha protección no puede estar sujeta a la condición de ciudadanía.

En relación íntima con el derecho a la identidad, se encuentra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Este concepto es amplio y toca varias aristas, por cuanto del reconocimiento del estatus jurídico de persona derivan los demás derechos.

El Derecho al Reconocimiento de la Personalidad jurídica es aquel que tienen las personas para ser reconocidos como sujetos de derechos, a que sean respetados y considerados como un objeto de protección. Este derecho se relaciona con el derecho a la vida, a la integridad, a la protección de la honra y de la dignidad, con el derecho al nombre y a la nacionalidad y un sinnúmero de otros derechos que refuerzan el derecho señalado.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre ha señalado el marco teórico y los principios que rigen en esta materia señalando en su Artículo 3 que *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*. De esta primera aproximación tenemos que si toda persona tiene derecho a la vida, se colige que también derecho al reconocimiento de la misma, y en consecuencia, al reconocimiento de su humanidad como sujeto de derechos. En este sentido, el Artículo 6 de la declaración complementa esta idea y da una protección explícita al derecho en comento señalando

que *Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

En el mismo sentido el Artículo 15 de la Declaración señala que *Toda persona tiene derecho a una nacionalidad Y aún más, A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad,* que es exactamente lo que hace en la práctica la retención de documentos por la vía administrativa de una medida cautelar provisoria, que de provisoria sólo tiene el nombre.

La retención de documentos en conjunto con la práctica de la tarjeta de Extranjero infractor son atentatorias del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica puesto que impiden que la persona del afectado pueda actuar con normalidad en el comercio jurídico. Sin embargo, eso no es todo por cuanto la voz “Tarjeta de Extranjero Infractor” es humillante y atentatoria del derecho a la integridad personal. El Pacto San José de Costa Rica ha señalado que:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
- 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

Por estas razones, la práctica vulnera a el derecho a la integridad personal, el cual no sólo debe ser entendido en su sola dimensión física, sino que también psíquica y moral. La privación del estatus jurídico de persona respecto de los migrantes demuestra ser vejatorio y humillante. Los afectados indocumentados por el Estado, son discriminados como consecuencia de esta medida y tratados como parias por los

diversos servicios civiles y organizaciones del propio Estado que les priva de sus documentos.

De esta misma manera, la práctica es atentatoria del Derecho a la Honra y a la Dignidad puesto que cataloga, *a priori*, al afectado como culpable, etiquetándolo y denigrando su buen nombre, muchas veces sin posibilidad de que este pueda desechar las acusaciones hechas en su contra. Al respecto el mismo cuerpo legal señala que:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Finalmente, la práctica es atentatoria respecto del Derecho al Nombre y a la Nacionalidad, ya que son los documentos de identidad el más importante, sino el único medio que tiene el inmigrante para poder gozar y ejercer estos atributos de la personalidad. El Pacto ha señalado que toda persona tiene Derecho al Nombre y a la Nacionalidad en los siguientes términos:

Artículo 18. Derecho al Nombre

1. *Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.*

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

- 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.*
- 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.*

El Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ha sido estudiado en el derecho internacional en forma lata a propósito de las desapariciones forzadas, en este contexto se ha hablado de los alcances del derecho en cuestión señalando que *el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, a la obligación de no vulnerar dicho derecho*⁴⁹.

Si bien la desaparición forzada es una figura gravísima, creemos que existe un símil con la figura del art. 82 del. DL 1094 ya que la medida para efectos prácticos tiene las mismas implicancias que la desaparición forzada. La figura en cuestión socava el derecho a que se reconozca la personalidad jurídica de la víctima; *pues se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos*⁵⁰. En definitiva, la medida niega la personalidad jurídica del afectado, niega su existencia dejándolo en una indeterminación jurídica que es inaceptable.

⁴⁹ Boletín Trimestral de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos humanos 2011. Pp. 59.

⁵⁰ Boletín Trimestral de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos humanos 2011. Pp. 10.

4.3.- Igualdad ante la Ley y la no discriminación

La igualdad es un elemento intrínseco de la convivencia social, y un presupuesto necesario para la justicia porque si bien todos los seres humanos son distintos, todas las personas tienen derecho a las libertades civiles las cuales han de ser similares para todos, las cuales han de ser brindadas por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la igualdad formal no significa un trato estrictamente igualitario para todos sino que implica que aquellos que sean iguales se traten de forma igual, y aquellos que sean diferentes se traten de forma diferente. Lo difícil y peligroso es señalar quiénes son iguales y quienes son diferentes, o bien, en qué situaciones personas diferentes deben considerarse iguales y viceversa.

Cabe contextualizar que si bien la igualdad fue bandera de lucha en las revoluciones de Francia y Estados Unidos a finales del siglo XVIII, esta igualdad estaba, paradójicamente, suscrita a varones, blancos y nacionales. No fue hasta el fin de la segunda guerra mundial que el mundo universalizó el concepto de igualdad como requisito y fundamento de los ordenamientos jurídicos, al alero de la Organización de Naciones Unidas.

Así pocos años después del fin de la segunda guerra mundial,, el Artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos señalaba que *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

Esta idea significa que los hombres han de ser tratados iguales respecto de las características que, aun a pesar de la diversidad de concepciones de hombre, constituyen la esencia misma de la humanidad.

Así, la igualdad es *el reconocimiento universal de que los seres humanos somos esencialmente diferentes, pero que a pesar de ello, o tal vez en razón de ello, todos debemos ser tratados sin discriminación por el Estado*⁵¹. Del concepto de igualdad emana la igualdad ante la ley, y la cláusula de no discriminación.

Mientras que la igualdad implica un deber específico de trato para ciertas personas, se trata de un concepto relacional que sólo toma sentido cuando se contrasta la igualdad de un sujeto respecto de otros. El principio de no discriminación funciona como contrapeso señalando que más importante que la igualdad de trato es que el estado garantice que las personas sean tratadas sin discriminaciones arbitrarias u odiosas.

A mayor abundamiento, La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 7 ha remarcado el principio de igualdad ante la ley, como corolario del principio de igualdad y de no discriminación, señalando que *Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

De esta forma, *El principio de igualdad ante la ley se complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o del legislador, entendiendo por ésta aquella diferenciación introducida sin justificación, es*

⁵¹ PALACIOS ZULOAGA, Patricia. La No Discriminación, Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Pp.29

*decir, una “diferenciación injusta”. Es decir, el derecho reconoce que hay o puede haber diferencias ética y jurídicamente relevantes y otras irrelevantes al momento de considerar un trato de igualdad entre las personas. De lo que se trata es que la autoridad no puede imponer diferencias, equiparaciones o desequilibrios en las ventajas y cargas sociales que distribuye, si ellas no están normativa y públicamente justificadas*⁵².

Sin embargo, ha sido difícil encontrar un concepto de discriminación, por lo cual el artículo 1a) del Convenio Sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) N°111 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1958 ha señalado el primero en darnos luz sobre lo que se considera “discriminación”:

“A los efectos de este Convenio, el término “discriminación” comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”

Dicho concepto fue considerado insuficiente, debido a que no señala de manera específica el concepto de discriminación, en las sutiles formas que se lleva a cabo en la sociedad contemporánea. La enorme cantidad de denuncias por tratos discriminatorios a propósito de los llamados grupos de vulnerabilidad social, hicieron necesario que se replanteara esta idea. Estos grupos, debido a las especiales características que los definen han requerido un trato diferenciado para poder combatir la discriminación. Por estos motivos nacieron ramas del derecho que se dedicaron a estudiar las formas de discriminación contra la mujer, contra las minorías sexuales o raciales e indígenas.

Hoy, el concepto más aceptado de Discriminación es el elaborado por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que

⁵² Gómez, Gastón y Figueroa, Rodolfo en PALACIOS ZULOAGA, Op. Cit. Pp. 29.

señala en su observación general N° 18 de 11 de Septiembre de 1989 sobre no discriminación que el concepto de discriminación debe entenderse *referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, 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 tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*

En definitiva, no basta que se trate de una discriminación “a secas” puesto que los estados pueden discriminar incluso positivamente, de lo que se trata la normativa es de evitar aquellos casos de diferenciación arbitraria prohibida. La voz discriminación implica la discriminación arbitraria. La discriminación como acto jurídico se trata de una “distinción, exclusión, restricción o preferencia”, lo cual implica dos posibles hipótesis: un grupo de personas que recibe beneficios injustos por sobre el resto, o bien, un grupo de personas que soporta desventajas arbitrarias respecto del resto. esto es la diferenciación en base a criterios

La no discriminación es una obligación de los Estados extendida por, prácticamente, todos los instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Constituciones del mundo.

El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos también ha señalado en su Artículo 2° el principio de no discriminación arbitraria, esto se refiere a la selección basada en aquellas características que no son escogidas libremente por el afectado y señala que :

“Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

En este instrumento, la Clausula general de no discriminación, establece la obligación de proteger y garantizar los derechos establecidos en el respectivo instrumento a todas las personas sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión,

*opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*⁵³, con lo cual rectifica la obligación positiva del Estado de proteger la garantía, sin embargo no debemos olvidar que la norma lleva implícita la obligación negativa del Estado de inhibirse de caer en prácticas discriminatorias.

Por otro lado, el mismo Pacto, ha consagrado también la igualdad ante la ley y la no discriminación en la debida protección de la ley, en su artículo 24 señalado que *Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*

En el plano nacional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también ha señalado la necesidad de someter a un análisis de objetividad y constitucionalidad aquellas medidas que produzcan discriminaciones, puesto que no toda discriminación es necesariamente arbitraria.

*“Además, ha precisado que para poder determinar si se infringe o no la igualdad ante la ley, debe atenderse a la finalidad del legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trate, finalidad que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma. En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados*⁵⁴”.

A la luz de lo expuesto, la normativa del Art 82 del DL 1094 es injusta y

⁵³ OLEA RODRÍGUEZ, Helena. “Derechos Humanos y Migraciones: Un nuevo lente para un viejo fenómeno” en Anuario de Derechos Humanos 2007. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Pp. 205.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1234 (2009) c. 13.

atentatoria de la cláusula de no discriminación porque en la práctica opera como una carga extra para una persona, sólo en virtud de su nacionalidad o de su condición de no ciudadano. Le impone mayores condiciones para su contratación a propósito de la imposibilidad de celebrar contratos de trabajo porque no tiene sus documentos de identidad pero, no sólo eso sino que, le impide llevar una vida normal y ejecutar actos de la vida civil haciendo que esa misma persona tenga problemas para llegar a los servicios de salud, o para celebrar actos jurídicos tan sencillos como el matrimonio.

Esta figura cabe dentro de lo que se puede considerar discriminación en tanto “otra condición social”, donde cabe n las discriminaciones por razones de raza, origen nacional y nacionalidad. Si bien el concepto de nacionalidad no ha sido expresamente contemplado en las normas anti-discriminación del pacto, se ha considerado, se ha incluido junto a la raza y origen nacional por su estrecha vinculación con estos conceptos.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha agregado también el concepto de *citizenship* o ciudadanía, como una idea análoga a la de nacionalidad. Es lógico hablar de ciudadanía por cuanto, precisamente son los más relegados en esta materia. Como no influyen en las elecciones de representantes, a la política chilena la ha resultado intrascendente la situación de los migrantes, cuestión que debe ser corregida cuanto antes en aras de una sana convivencia nacional.

Al respecto, la Jurisprudencia de la CIDH ha señalado en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa que *Los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las*

*situaciones discriminatorias*⁵⁵”. Por tanto, es deber del Estado de Chile adoptar medidas positivas para revertir las situaciones discriminatorias que existen en la sociedad, en ese sentido las discriminaciones puede ser *de jure* o *de facto*. La medida cautelar en comento, tiene ambas connotaciones, puesto que el fenómeno discriminatorio se produce tanto en la regulación normativa como en las condiciones de hecho que enfrentan los migrantes.

También se ha señalado que el tratamiento diferenciado debe ser motivado y razonado para no ser discriminatorio. Así, la administración debe razonar sus medidas e intentar velar por la integridad del afectado en las medidas cautelares, toda vez que estas se imponen en base al criterio a priori de la administración, puesto que el procedimiento administrativo principal se encuentra pendiente. La CIDH ha seguido el criterio señalando en el caso “Barbani Duarte y otros” que *los representantes alegaron discriminación porque no existió motivación suficiente del órgano administrativo al rechazar sus peticiones, siendo que los reclamos de otras personas que se encontraban en la misma situación habrían sido acogidos(...)* y que en estos casos, *es el Estado quien tiene la obligación de justificar un tratamiento diferenciado utilizando una argumentación que dé cuenta de la razonabilidad, objetividad y fin legítimo de la medida*⁵⁶.

4.4.- Derecho al debido proceso

La garantía de debido proceso es una de las garantías más importantes en materia de Derechos Humanos y funciona como cláusula instrumental por cuanto ningún otro

⁵⁵ Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Santiago, Enero de 2010. Pp.13

⁵⁶ Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Santiago, Marzo de 2011. Pp.12

derecho puede ejercerse sino es por medio, de un proceso con normas de procedimiento justas.

Por lo mismo, se encuentra ampliamente recogido en los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos la recoge en sus artículos 10 y 11, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos la consagra en varios artículos siendo el 8 el más importante. Entendemos el debido proceso como una garantía omnicompreensiva de las demás, es un concepto jurídico indeterminado que agrupa las más variadas garantías de juzgamiento. Está reconocido en tratados que hacen listados de derechos, sin embargo esta garantía es más amplia que las partes, y en ese sentido es un concepto evolutivo.

La garantía de debido proceso tiene especial aplicación en materia penal sin embargo, no por ello es menos cierto que recibe aplicación en otras áreas del derecho como el derecho administrativo sancionador e incluso en el derecho civil⁵⁷. Así la doctrina ha señalado que *La estructura de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana es parecida en tanto ambos contienen un primer párrafo que establece los requisitos aplicables a todo proceso judicial*⁵⁸. Normalmente, las garantías de Derecho Penal son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, cuestión que hemos tratado anteriormente y la aplicación de estos principios cobrarán sentido si entendemos que la medida en comento es de una naturaleza cautelar con efectos muy graves para la vida del afectado, y que por lo tanto debe llevar cortapisas que aseguren un debido proceso para el afectado. En este sentido; la jurisprudencia más determinante de la Corte Interamericana se encuentra en el caso Baena Ricardo, que señala que *“cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea*

⁵⁷ JARA BUSTOS, Francisco. El Derecho a la Prueba y la Prueba ilícita en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Público, Revista de Derechos Público, Vol. 77, 2012. Santiago de Chile. Pp 392.

⁵⁸ O'Donnell. Op Cit. Pp. 360.

administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.⁵⁹”

A este respecto la Jurisprudencia de la Corte ha señalado que *“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 otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”* esta obligación de garantía es vacía si es que el Estado pudiera sustraerse de la misma argumentando que el catálogo de derechos relativos al Debido Proceso sólo afectan a las materias penales, es por esto que, junto con lo anterior, la Corte también señaló que *“La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso⁶⁰”*, logrando así despejar cualquier duda sobre la aplicación directa de las garantías de debido proceso a los procedimientos administrativos.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos hace en su Artículo 14⁶¹, una extensa

⁵⁹ *Ibid.* Pp. 365.

⁶⁰ O'Donnell. *Op. Cit.* Pp. 366.

⁶¹ *Artículo 14: 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras*

enumeración y explicación general de las garantías incluidas dentro del concepto del debido proceso. Las que consideramos que tienen particular aplicación respecto de la medida de retención de documentos son:

El Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial; cabe decir que estas son características mínimas y básicas que deben cumplirse para estar en presencia de un tribunal propiamente tal. La transgresión es bastante evidente, ya que como hemos señalado en reiteradas ocasiones en este trabajo, no existe un control jurisdiccional ni administrativo de la medida cautelar una vez que esta vez es impuesta, el afectado sólo puede reclamar respecto del procedimiento de expulsión, mas nunca de la medida cautelar mientras el procedimiento principal se substancia, negándole así el derecho a la tutela judicial. El tribunal nunca conoce los hechos, y ciertamente la aplicación del derecho es automática, sin que la autoridad ni la policía entre a distinguir en el

no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

caso a caso el mérito de la medida impuesta. A lo anterior se debe añadir que en la aplicación de la medida en comento, no es posible distinguir claramente las funciones del poder ejecutivo de las del judicial, en una materia que a nuestro juicio debería ser sujeta a un control jurisdiccional más estricto.

La igualdad ante los tribunales; puesto que el migrante se encuentra en una situación bastante precaria en comparación a cualquier otra persona afectada por la administración pública, ya que a ninguna otra persona se le podrían aplicar por la administración medidas así de gravosas en forma arbitraria.

La razonabilidad y la imposición de sanciones como resultado de un procedimiento con posibilidad de defensa adecuada. Lo normal es que las privaciones de libertad o restricciones y afectaciones de derechos se apliquen en virtud de una sentencia dictaminada en un debido proceso, o bien por medio de un acto administrativo que ponga término a la instancia respectiva. Sin embargo, lo que se hace en la práctica mediante la medida del art. 82 es afectar los derechos del afectado *a priori* en base a una sospecha de supuesta transgresión de la Ley o del Reglamento, en circunstancias que el afectado soporta la imposición de la medida sin que se le permita desvirtuar la sospecha, o al menos no en un plazo razonable. Como corolario de lo anterior, la figura del art. 82 de la Ley N° 1094 es también atentatoria del principio de igualdad procesal, que puede ser resumido como *audiatur altera pars* (óigase a la otra parte), puesto que *toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, deber ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. Conforme a este principio, el juez no procede de plano sino en aquellas situación que la ley lo autoriza expresamente*⁶², y si bien puede objetarse que las medidas cautelares tienen, precisamente, ese efecto y son aceptadas por el legislador debido a razones prácticas de conveniencia social tras haberse hecho un análisis respecto de los valores protegidos y las garantías afectadas, lo cierto es que en materia de

⁶²COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ª Edición. Editorial Metropolitana

inmigración, la medida cautelar no tiene cortapisas en su duración ni en su instrumentalidad, mientras que por otro lado, el procedimiento administrativo principal iniciado en contra del afectado para imponer la sanción repite esta lógica sumaria en que el juzgador actúa de plano. En este aspecto, la CIDH ha sido categórica en rechazar el “antejuicio” y la imposición de medidas que afecten derechos que no estén basadas en una sentencia dictada en conformidad a un debido proceso; señalando que *“todo procedimiento en el cual un sospechoso es oído debe desarrollarse de conformidad con las garantías del debido proceso.”*⁶³

Las garantías durante la tramitación del proceso; especialmente el derecho a ser juzgado sin dilación indebida, a tener asistencia letrada, puesto que como hemos señalado anteriormente, la intervención del letrado se ve, cuando no imposibilitada, sensiblemente restringida debido a la imposibilidad del afectado de otorgar mandato administrativo al licenciado para que actúe en su defensa. Por otra parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos contiene disposiciones especialmente ideadas para evitar el abuso del que son víctimas los inmigrantes en situación de irregularidad y ha señalado en forma expresa en su artículo 13 que *“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”*, cuestión que por las razones antes expuestas es imposible de cumplir.

⁶³ O'Donnell. Op Cit. Pp 353.

Estas garantías nos dan una noción de lo que constituye sustantivamente la cláusula general de debido proceso, sin embargo son generales, El mismo tratado señala en su Artículo 13 en forma específica las especiales atenciones que deben tenerse respecto de los migrantes y extranjeros.

Por otra parte el Pacto San José de Costa Rica ha señalado en su artículo 8 que *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*. Esta situación es particularmente preocupante puesto que la retención de documentos se efectúa en forma indefinida por todo lo que dure la tramitación de la expulsión o de la sanción administrativa que disponga el DEM. En esta misma línea, la práctica atentaría directamente en contra del Artículo 25⁶⁴ que garantiza el derecho a la protección judicial como un coto a las medidas del gobierno de turno y de la administración, asegurando el llamado “derecho al recurso”, puesto que no existen recursos rápidos ni eficientes para impugnar la ejecución de la medida cautelar. Considerando que en Chile el proceso de expulsión puede durar varios años sin posibilidad de que el afectado pueda recuperar en el intertanto su documentación, no existe un recurso expedito para poder poner término a la medida cautelar que ha sido impuesta en forma, muchas veces, caprichosa y arbitraria por la autoridad. Esto genera enormes problemas porque merma la posibilidad del

⁶⁴ Artículo 25. Protección Judicial. 1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.* 2. *Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

afectado de defenderse en el proceso principal pero, también genera enormes problemas para que la persona pueda desenvolverse libremente en su vida diaria.

Por otro lado, la misma convención señala en su artículo 9 que *“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”*. Sin embargo, hemos demostrado anteriormente que en la práctica la medida cautelar del artículo 82 del DL 1094 es un arraigo o destierro de facto, si consideramos que impide la libre circulación del afectado y lo obliga a residir en una parte determinada del país, con lo cual se estaría aplicando una pena en forma arbitraria por la administración, sin posibilidad de contradictorio ni revisión jurisdiccional.

Concluyendo las observaciones sobre la medida cautelar, la convención señala en su artículo 12 que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”*, sin embargo consideramos que esta norma dista mucho de cumplirse debido a la voz *“Tarjeta de Extranjero Infractor”* que con una connotación profundamente negativa discrimina y segrega de la sociedad a las personas que se encuentran en una situación migratoria irregular.

La CIDH también se ha pronunciado en este sentido y ha manifestado que el Estado, en relación con la detención ilegal, *“si bien [...] tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción”⁶⁵*.

⁶⁵ Boletín Trimestral de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos humanos 2011. Pp. 57.

Por otro lado, la práctica de la Tarjeta de Tarjeta de extranjero Infractor ha sido expuesta por el Estado de Chile en el Informe anual que le tocó presentar a propósito del Art. 73 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias señalando específicamente en su artículo 21 que *“En los casos en que la Policía de Investigaciones de Chile encuentre a ciudadanos extranjeros contraviniendo lo establecido en la legislación migratoria, se efectuará un procedimiento que implica la toma de declaración policial y el retiro de la documentación que porte, entregándosele en su reemplazo, como documento de identificación, una Tarjeta de Extranjero Infractor, hasta que el Ministerio del Interior se pronuncie sobre la infracción.”*⁶⁶

El Estado de Chile señala que se hace entrega de la Tarjeta de Extranjero Infractor como un reemplazo al documento de identidad que es retenido, y que por tanto podemos razonablemente deducir que para todos los efectos legales este documento tiene el mismo valor que el documento sustraído.

Sin Embargo ello dista de la realidad puesto que aunque se ha conceptualizado la práctica señalando que *“La Tarjeta de Identificación de Extranjero Infractor (TEI) es el documento emitido a los extranjeros infractores y que reemplaza la documentación personal, por encontrarse el infractor sometido a control policial, conforme lo dispone la reglamentación de extranjería. Los antecedentes serán acompañados por la delegación nacional que asista al examen presencial frente al Comité, en septiembre próximo. La TEI contempla la individualización completa del extranjero infractor. Además se consigna el nombre del funcionario –junto a su timbre y su firma – que tomó la declaración policial u otorgó el duplicado de la TEI en caso de extravío. Asimismo, la nueva TEI considera como observación que el extranjero debe dar aviso en caso de*

⁶⁶ Respuestas escritas del Gobierno de Chile en relación con la lista de cuestiones recibida por el comité en relación con el examen del informe inicial periódico de Chile. República de Chile (CMW/C/CHL/Q/1/add.1):17, 23 de Agosto de 2001, visto en López Bartolucci, Op Cit. Pp.27.

*cambiar de domicilio, no hacer abandono de la jurisdicción en espera de la resolución de la autoridad administrativa, y concurrir a firmar en las fechas fijadas para tal efecto*⁶⁷,” la TEI no tiene ningún distintivo específico que permita a entenderla como un documento de identificación válido, y más parece un carné de discriminación que un documento de identidad. Más aún, este supuesto documento de identidad no es reconocido en ninguna parte, no tiene ninguna mención legal, ni reglamentaria y no es siquiera aceptada por los organismos del Estado, con lo que cualquier pretensión de validez del documento se esfuma.

Si bien, el Estado receptor tiene el derecho de decidir a quién admite en su territorio, la Jurisprudencia ha descrito, específicamente, el derecho que asiste a un extranjero a mantener residencia en un país que no es el suyo, en un informe adoptado por la CIDH en el año 2000, que contiene la siguiente observación al respecto: *En vista de los principios antes mencionados, se puede observar que, aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. En este respecto, la Comisión también ha recibido documentos en los que se alega que en los procedimientos de expulsión no se toma en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar, particularmente cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la condición de residentes permanentes. Teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de*

⁶⁷ *Íbid.*

*supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias*⁶⁸. Como hemos demostrado en anteriores capítulos ninguna de estas garantías se cumple, puesto que la aplicación indiscriminada de la cautelar no reconoce ningún tipo de sutileza o tratamiento en el caso a caso.

4.5.- Libertad de Tránsito

La Libertad de Tránsito, Libertad de Circulación o Libertad de movimiento es una garantía reconocida ampliamente en los distintos instrumentos de Derecho Internacional de Derechos Humanos sin embargo, los instrumentos estudiados tienen distintos enfoques en lo que respecta a la libertad de circulación, *La normativa del sistema universal pone más énfasis en el derecho a escoger el lugar de residencia dentro del territorio del Estado. El PIDCP reconoce a toda persona que se halle legalmente en el país como titular de este derecho, mientras que la Declaración Americana es ambigua al respecto. La normativa interamericana se refiere al derecho a residir o fijar residencia, sin referencia expresa al derecho a escoger el lugar de residencia. Si bien para la Declaración Americana este derecho es privativo de nacionales, la Convención lo extiende a toda persona que se halle legalmente en el territorio*⁶⁹

La Declaración Universal de Derechos Humanos, inicialmente la concibió como una cláusula general respecto de los derechos que tienen los migrantes en su

⁶⁸ O'Donnell. Op Cit. Pp.584.

⁶⁹ Migraciones Internacionales y Derechos Humanos, Desafíos que plantea para Chile esta nueva perspectiva. Iturrieta y Toyos, María Pilar y Francisco. Memoria Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile 2009. Pp. 268.

individualidad respecto de la comunidad. Así el artículo 13 señala que *“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”*. Como hemos señalado, esta garantía no es absoluta puesto que los Estados basándose en razones fundadas de justicia e integridad nacional pueden hacer una discriminación siempre que esta no se plantee en términos discriminatorios.

En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 9 la forma y condiciones en que una persona puede ver su libertad de tránsito restringida o limitada, señalando que *1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.* Esta normativa si bien se ha referido tradicionalmente a los derechos de los detenidos, es aplicable a la figura del Art. 82, si consideramos que la aplicación de esta medida cautelar administrativa funciona como una cautelar penal, específicamente con las connotaciones de un arraigo de facto. Además, como hemos visto tanto el Comité como la CIDH han señalado que *mutatis mutandi*, los principios de Debido Proceso penal en materia de Derechos Humanos son extensibles a las ramas del Derecho Administrativo Sancionador en lo que compete a la afectación de garantías

fundamentales.

Por otro lado, la Convención Americana señala en su artículo 7 “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”. La libertad tiene una dimensión física y política, y la manifestación más esencial del derecho a la libertad está en la libertad de circulación. La misma convención ha señalado en forma pormenorizada en su artículo 22 lo que implica la libertad de circulación señalando:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

- 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.*
- 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.*
- 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.*
- 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.*
- 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.*
- 6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.*
- 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.*

8. *En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.*

9. *Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.*

Analizando el artículo a la luz de las disposiciones que le son aplicables a la figura del Art. 82 de la Ley de Extranjería, en primer lugar, al señalar que *“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.”*, se debe tener en mente que el Estado sí tiene un poder de decisión sobre qué personas pueden ingresar a su territorio, siempre y cuando estos criterios de selección sean justos, y que no caigan en la arbitrariedad o en la contravención de otro tipo de obligaciones internacionales que el mismo Estado tenga. Si bien el Estado puede señalar en su derecho interno la regularidad o irregularidad de la situación migratoria del inmigrante, ello no lo exime de sus obligaciones internacionales; esto es que si un migrante entra en forma irregular. En este sentido el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 27, párr. 1 ha señalado que *“(…) la cuestión de si un extranjero se encuentra legalmente dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un país, siempre que se adecue a las obligaciones internacionales de éste. Al respecto, el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (del PIDCP)⁷⁰”*. La única aclaración a este respecto que nos gustaría hacer es que en la voz “inmigrantes ilegales” nos produce conflicto, toda vez que la regularidad o irregularidad de la situación migratoria, o el tener los documentos al día no es un

⁷⁰ O’Donell. Op Cit. Pp. 584,585

delito, sino que una mera infracción administrativa, homologable a la de cualquier chileno cuyo carné está vencido. No podemos hablar de “inmigrantes ilegales” si además consideramos que buena parte de la suerte de la regularización de sus documentos pasa por la buena voluntad del empleador.

En segundo lugar, la norma señala que *“Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.”*, paradójicamente, en el contexto de una situación de irregularidad, la PDI retiene los documentos del migrante sin que la autoridad administrativa haya formulado ningún cargo o bien sin que el proceso de expulsión se haya iniciado y pueden pasar varios meses en que la medida cautelar se aplica sin la existencia de un proceso administrativo de expulsión. En este intervalo, el migrante aún si quisiera salir del país, no podría porque la cautelar que retiene sus documentos se lo impide.

En tercer lugar, la normativa señala que *“El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.”*. En el caso chileno, estos derechos son restringidos por un Decreto Ley creado en dictadura sin ningún tipo de intervención democrática. Más aún, siguiendo la *doctrina de la seguridad nacional*, la normativa pretende basar las limitaciones a la libertad de circulación en una supuesta amenaza a la seguridad interna del país por parte de los migrantes sin embargo, nunca se explica ni fundamenta cómo las medidas pueden impedir este siniestro.

Finalmente, el artículo ha señalado que *“En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad,*

religión, condición social o de sus opiniones políticas”. Esta disposición debe ser concordada con el artículo 14 de la Declaración Universal que señala que “1. *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*”.

Si bien esta normativa se encuentra en el marco teórico de la expulsión y del derecho de refugiados, nos parece atinente explicarla porque muchas veces en el contexto de una expulsión se decreta la medida cautelar que motiva este trabajo se ejerce respecto de refugiados y víctimas del crimen organizado transnacional.

Debemos recordar al lector que existen numerosos casos en que el inmigrante, que se encuentra en situación de irregularidad respecto de sus documentos, es una persona sujeta a un estatus jurídico especial, como en el caso de los refugiados y de las víctimas del crimen organizado internacional, especialmente, cuando son víctimas en el caso de la trata y tráfico de personas. El tema de los refugiados, y de las víctimas de la trata y del tráfico de personas es interesantísimo y excede con creces las modestas pretensiones de este trabajo, por lo mismo nos limitaremos a señalar de forma escueta algunas apreciaciones concernientes a la medida cautelar en comento.

Hecha la prevención, diremos que los refugiados son Migrantes Forzosos, personas que migran debido a que son objeto de persecución en sus países de origen, ya sea con motivo de su raza, etnia, creencia religiosa o política o bien porque alguna circunstancia contraria a su voluntad los obliga a emigrar, como en el caso de los desastres naturales o conflictos armados. En este sentido, es ilegal aplicar medidas cautelares y siquiera iniciar la expulsión de estas personas, debido a que poseen una especial protección desde el derecho internacional de los derechos humanos que tiene,

precisamente, un área especializada que se dedica a los conflictos de refugiados.

Debemos destacar también que, tanto la trata como el tráfico de personas son delitos del crimen organizado internacional, homologables en gravedad al tráfico de armas y de drogas, sin embargo ambas figuras tienen sutiles diferencias.

La trata de personas es un delito por el cual el victimario utiliza de modo abusivo y en provecho propio las cualidades de una persona, explotándola por medio de la amenaza o el uso de la fuerza, sin descartar otras formas de coacción, como el rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de alguna otra situación de vulnerabilidad de la víctima. Para que la explotación se haga efectiva, los tratantes deben recurrir a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas. La explotación consiste normalmente en la explotación sexual de la víctima, los trabajos o servicios forzado, la esclavitud o las prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos⁷¹.

Por otro lado, el tráfico de personas es la *facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha personas no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*⁷².

Es importante señalar que tanto las víctima de trata como las personas objeto de, sean o no solicitantes de asilo, que se ven obligadas a ponerse a merced de las redes criminales internacionales, se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad y expuestas a todo tipo de vejámenes y maltratos⁷³ y por lo mismo el Estado de Chile no puede proceder a su expulsión ni mucho menos a la aplicación de medidas cautelares

⁷¹ <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/trata-y-traffic-de-personas/>, revisado por última vez el 26-06-2014.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

relativas al mismo procedimiento cuando se trata de personas que han solicitado el asilo, ya que el Estado está obligado a brindar toda la debida protección internacional necesaria, respetando muy especialmente el principio de no devolución, también conocido como *no refoulement*.

En adición, en nuestro derecho interno la Constitución Política de la República también consagra esta garantía en forma genérica en su Artículo 19 N°7 a) señalando que *“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 resguarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros.”*

En definitiva, el artículo 82 de la ley y la práctica de la TEI vulneran el derecho a la libre circulación ya que el migrante que pierde su documentación no puede salir del país, por lo cual la medida funciona como un arraigo de facto. Por otro lado, dificulta y pone trabas a su libertad de tránsito y de residencia puesto que se le impone la obligación de ir a firmar regularmente y de ir actualizando el domicilio, cuestión que dificulta que el afectado pueda decidir libremente dónde y cómo vivir.

En efecto, la medida tiene connotaciones de un arraigo de facto si consideramos que el Código Procesal Penal en su Libro I, Título V, Artículo 122 ha señalado como principios generales los principios de instrumentalidad, excepcionalidad y provisionalidad de las medidas cautelares personales, así el artículo señala: *“Art. 122. Finalidad y alcance. Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación (provisionalidad). Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada.”*

La figura guarda notable parecido a las medidas del Artículo 155 del Código Procesal penal especialmente las letras b), c) y d):

“Art. 155. Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;

c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;

d) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;”

y peor aún, también puede ser asimilada a las penas de Relegación y Destierro de los artículos 35 y 36 del Código penal:

“Art. 35. Relegación es la traslación del condenado a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad”.

Esta pena tiene en la práctica una escasa aplicación, y en efecto sólo es contemplada en algunas disposiciones aisladas como pena principal.

“Art. 36. Destierro es la expulsión del condenado de algún punto de la república”.

Esta pena en materia penal es inaplicable, es un resabio histórico que se conserva puesto que el único delito para el cual se contemplaba como pena principal era para el amancebamiento del artículo 381 del C.P., hoy derogado.

A este respecto, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones también ha criticado la medida señalando que *“la retención de sus documentos afecta el derecho a la libertad ambulatoria, toda vez que al encontrarse indocumentados en el país están impedidos de desplazarse legalmente dentro y fuera del territorio nacional e imposibilitados además de renovar sus visas sujetas a contrato, lo que constituye una vulneración a las garantías constitucionales.”*⁷⁴.

⁷⁴ Recurso de Amparo Rol N° 1543-2013, 10-09-2013.

Capítulo 5.- SOLUCIONES:

5.1. Legales;

5.1.1. Cambio y adecuación de la legislación interna a una legislación que cumpla con el estándar internacional.

Para lograr un cambio en la realidad de lo inmigrantes en Chile, es necesario comprender que se trata de una cuestión compleja, puesto que el problema es multifacético e interdisciplinario. Los ajustes legales sin duda que pueden ayudar a mejorar la situación crítica en que se encuentra Chile en la materia, pero no es una vía exclusiva puesto que en la construcción de las políticas públicas no sólo debe intervenir el Derecho, sino que también todas las demás ciencias y disciplinas sociales

Chile tiene la legislación migratoria más atrasada del cono sur en materia de extranjería, y tanto el Decreto Ley 1094 del traumático 1974 como su reglamento durante la turbulenta década de los 80's, han permanecido prácticamente iguales. Sin embargo, el cambio estructural y orgánico legislativo, si bien es un gran avance en la materia, no es lo único que debe cambiar en Chile para poder mejorar la cuestión migratoria. Y la verdad sea dicha, en los procesos latinoamericanos de transición siempre ha sido difícil dejar atrás las diferencias políticas en aras de abrazar las nuevas doctrinas de Derechos Humanos pero, la sociedad ha entendido que se debe avanzar en la dirección de políticas inclusivas que permitan a Chile crecer como nación y no, exclusivamente, en lo económico. Así los autores han señalado que *“pese a esta falta de diálogo y reconocimiento mutuos, el campo de las políticas y estrategias de desarrollo y el campo de la protección internacional de los derechos humanos parecen estar mirando en la misma dirección, al reconocer una agenda prioritaria vinculada a los problemas derivados de la exclusión social⁷⁵”*. Es importante tener en mente esto, ya que (como

⁷⁵ ABRAMOVICH, Victor. Op. Cit. Pp. 6.

veremos más adelante) los cambios legislativos no pueden estar vinculados a la visión estrictamente económica, sino que deben concebir a los migrantes como seres humanos, personas con obligaciones y derechos que tienen la posibilidad de recurrir a la tutela judicial para reclamar los mismos derechos y garantías fundamentales que asisten a los nacionales, dentro de un marco legal basado en un debido proceso, sin discriminaciones y sin abusos de la autoridad administrativa o de los órganos policiales.

Por de pronto, el Estado de Chile tiene la obligación positiva de asegurar los derechos y garantías fundamentales que han sido comentados en el capítulo anterior. La solución más efectiva al problema sería un cambio radical en la legislación, una legislación moderna que afronte el problema desde el prisma de los Derechos Humanos, con base en los principios de no discriminación y debido proceso. Creemos que el control jurisdiccional en la imposición de medidas cautelares administrativas graves es un deber. En lo específico que motiva este trabajo, para resolver el problema de la disposición del art. 82 DL 1094, existen, a nuestro juicio dos formas claras de solucionar el problema actual.

Lo ideal sería derogar la medida de plano, eliminarla completamente, y enfocar los esfuerzos en que exista un procedimiento expedito y ajustado a un procedimiento que permita la contradicción y regularización posterior del afectado. Como hemos señalado anteriormente, la CIDH ha señalado que si bien una persona puede no haber ingresado regularmente, esta sí puede regularizar la falta y tiene derecho a quedarse en el país en la medida que su presencia no signifique un peligro grave para la seguridad interna o para los intereses nacionales. Precisamente, es esta la falta de la legislación actual: se toma amplias atribuciones en aras de un supuesto interés nacional que en la práctica rara vez se ve expuesto, dado que el mayor volumen de migrantes voluntarios que llegan a Chile lo hacen por motivos laborales y no de terrorismo o de otros motivos que impliquen la vulnerabilidad de la nación.

Por otro lado, si la voluntad política fallare, o bien en el caso de que se demuestre

la supuesta necesidad de la medida, esta podría en principio permitirse siempre y cuando tenga una duración determinada, se someta a un control jurisdiccional y se someta a los demás requisitos de las medidas cautelares administrativas señaladas en el Capítulo III de este trabajo. En adición, si se permite la retención de documentos en Chile, es absolutamente necesario que el documento de la TEI, o la que haga sus veces en el reemplazo del documento sustraído, sea legalmente reconocido por el estado y todos los servicios civiles.

Sin embargo, reiteramos que el cambio para mejorar la situación migratoria en Chile es primero que todo, reconocer a los inmigrantes “Enfoque de Derechos”, puesto que *“el enfoque de derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que obligan al Estado”⁷⁶*. Lo cuestión no es señalar a las personas cuyas necesidades están insatisfechas, ¡lo necesario es señalar la obligación que existe de satisfacer estas necesidades!

En aras de lograr la consecución de estos objetivos, junto con lograr el reconocimiento de los derechos, es necesario crear nuevos poderes, instituciones, asegurar la participación ciudadana y los mecanismos de cumplimiento. Para lograr la *“ajusticiabilidad”* de los derechos que le asisten a los inmigrantes es necesaria, en primer lugar, la creación de una nueva orgánica que permita principal pero no exclusivamente el ejercicio del principio de contradictoriedad y del derecho a un debido proceso, eso es fundamental.

La Participación Ciudadana es un principio relativamente moderno que ha inspirado las reformas y estrategias de los gobiernos del mundo a la hora de afrontar los desafíos modernos del mundo administrativo. Es un principio vinculado al ejercicio de los derechos civiles y políticos y es absolutamente necesario para una sociedad civil informada, democrática y empoderada. En este sentido, es demasiado importante

⁷⁶ Íbid. Pp 8.

“analizar en qué medida ciertos sectores discriminados o excluidos socialmente en la región, que suelen definirse como los beneficiarios de las acciones de promoción, padecen dificultades particulares para el ejercicio efectivo de algunos de estos derechos (vinculados a la participación ciudadana), lo que impone severos límites al éxito de los mecanismos formales de consulta y participación que se establecen habitualmente en las estrategias de desarrollo”⁷⁷“. El ejercicio del derecho a la participación por medio de consultas u otros medios que permitan dialogar con el Estado, son necesarios para poder contar con un *feed-back* que permita calibrar las políticas públicas y lograr la inclusión de todos los sectores sociales.

Finalmente, al lograr poner el tema en el tapete es también indispensable que existan mecanismos de cumplimiento efectivos que hagan valer tanto la responsabilidad estatal en caso de contravención, como la responsabilidad del funcionario que no de cumplimiento a las obligaciones y deberes que resultan del reconocimiento de los derechos de los migrantes, en ese sentido debemos recordar que un gran incentivo en la administración para cumplir con el deber es el evitar las sanciones y responsabilidades objetivas o estrictas en que puedan incurrir en caso de contravención.

5.1.2. Nuevos proyectos de ley.

El 4 de Junio de 2013, la administración del presidente Sebastián Piñera Echeñique mandó al congreso el proyecto de ley de migración y extranjería con el objeto de reemplazar el actual D.L. 1094 de 1975.

Los primeros antecedentes se vieron durante el gobierno de Michelle Bachelet Jeria, las discusiones se centraron en los Derechos Humanos de los migrantes, y los principios rectores de una futura ley se expresaron forma muy escueta en el Instructivo

⁷⁷ *Íbid.* Pp. 22.

Presidencial N°9 de 28 de Septiembre de 2008. Este instructivo fue intrascendente en la práctica, y salvo implicar una declaración de principios, el gobierno dejó el poder sin ninguna propuesta legislativa. Sin embargo, tuvo la virtud de enfocar la temática migratoria como una cuestión de integración regional⁷⁸.

Los objetivos del proyecto de ley de 2013 eran “*modernizar la regulación de la movilidad humana*” y con “*la meta principal de aprovechar las potenciales ventajas de la migración internacional en beneficio del país*”⁷⁹, lo cual subordina la regulación migratoria junto con los derechos y deberes de los extranjeros a un enfoque principalmente económico. Esta visión neoliberal del derecho migratorio, tiene una mirada económica de los migrantes como un factor productivo relativo al trabajo, así las cosas, el fundamento real de la reforma puede ser que “*(...) el principio de la economía de mercado supone el libre movimiento de los factores que intervienen en el proceso productivo, es decir, capital, productos y trabajo. A la inversa, las políticas migratorias restrictivas intentan una fijación del factor trabajo, frente a la creciente movilidad de los demás. Desde la perspectiva de su aplicación práctica, poco a poco se van conformando espacios de libre movilidad de las personas (como el de la Unión Europea), pero con una creciente prohibición de ingreso a ese espacio a aquellos que no pertenecen al mismo*”, este tipo de razonamientos sientan bien en el ideario político de la administración piñera y ponen paños fríos a la reacción del empresariado por cuanto se enfoca en los migrantes como un factor del mercado laboral antes que como sujetos de derechos.

Los ejes centrales del nuevo proyecto de Ley eran la creación de una nueva institucionalidad que reconozca los estándares internacionales y que amplíe las categorías migratorias. Se intenta reducir los tipos de visas, creando dos nuevos tipos de visas generales; las de permanencia transitoria y los permisos de residencia temporal

⁷⁸ http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Instruc%20Presid_009.pdf

⁷⁹ <http://www.lemondediplomatique.cl/La-coyuntura-migratoria-en-Chile.html>, visto por última vez el 24-06-2014.

definitiva, eliminando así las trabas para los trabajadores migrantes concernientes al engorroso proceso de optar a una visa de trabajo.

La principal crítica es que la nueva ley considera a los inmigrantes como simple mano de obra, en vez de enfocarse en su estatus jurídico de persona. Las críticas apuntan principalmente el enfoque reduccionista de la ley en el ámbito de apuntar sólo hacia la regulación laboral de los migrantes y su entrada o salida del país, en vez de implementar una política global que regule de forma holística el fenómeno migratorio, ya sea en temas de participación ciudadana, derechos políticos, los derechos de los asilados y refugiados, los derechos de residencia y de salud. Este último punto es particularmente importante si tenemos en cuenta el resurgimiento alarmante que han tenido ciertas patologías que se consideraban erradicadas en Chile pero, que han vuelto debido a la falta de preocupación por migrantes provenientes de países donde dichas enfermedades no han podido ser controladas.

También se acusaba al proyecto de complejizar la obtención de la regularidad migratoria, abriendo espacio a las conocidas malas prácticas y abusos que emanan de la situación de irregularidad de los migrantes, puesto que no se enfoca en los derechos sociales de los migrantes.

En lo que respecta al tema que nos convoca, el proyecto de ley⁸⁰ señala que la retención de documentos se limita solamente a los documentos de identidad emanados de la administración, cuestión que es mucho más lógica que la norma existente. El N° 11 del mensaje de la ley señala respecto de las medidas de control que *“Estas medidas forman parte del contenido instrumental para el cumplimiento de los objetivos de la ley. La Policía de Investigaciones puede disponer la fijación de domicilio, la presentación periódica en sus dependencias y la retención del documento de identidad chileno.”*. En el proyecto de ley las medidas de control están tratadas en el artículo 130 que reza:

⁸⁰ http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBL=8970-06

Artículo 130.- *Medidas de control.* En casos de contravención a las disposiciones de la presente ley y su reglamento, las autoridades a que alude el artículo 158 podrán adoptar alguna de las siguientes medidas de control administrativo respecto de los extranjeros infractores:

1. *Fijación de domicilio;*
2. *Presentación periódica en sus dependencias; y*
3. *Retención del documento de identidad chileno.*

El reglamento fijará el procedimiento de coordinación que deberán adoptar los organismos con atribuciones en materia de fiscalización de extranjeros.

La normativa hubiera sido, sin duda, un avance en materia de retención de documentos y se adecuaba a las soluciones internacionales planteadas al respecto sin embargo, el proyecto de ley no tuvo la acogida esperada y el gobierno le quitó la urgencia, con lo cual el proyecto descansa en el congreso para su aprobación.

5.1.3. Soluciones del Derecho Comparado.

En el Derecho Comparado hay diversas soluciones para el problema de las medidas cautelares de retención de documentos y de firma periódica. La mayoría de las legislaciones se enfocan en la deportación, la detención y custodia del infractor, y la posibilidad de éste de oponerse a la deportación señalando motivos para regularizar su situación. Hemos tratado de analizar la situación de varios países que a continuación para exponer:

En América del Norte, la legislación migratoria de Estados Unidos y Canadá ha sido considerada como una de las más estrictas del mundo. Paradójicamente, en materia de retención de documentos, Chile tiene mucho que aprender de las potencias del norte.

En el sistema estadounidense, existe un único órgano administrativo encargado de llevar a cabo el cumplimiento de la normativa y la fiscalización de la misma; el ICE (*Immigration and Customs Enforcement*), sin perjuicio de que ciertas medidas cautelares o detenciones puedan ser llevadas a cabo por otros agentes auxiliares de la justicia, como la policía estatal en el caso de que sea este organismo el que sorprenda al afectado en una conducta típica sin embargo, la policía tiene la obligación de poner al afectado disposición del ICE.

En caso de que un inmigrante se encuentre en una hipótesis de infracción a la ley de extranjería estadounidense y sea capturado en flagrancia, el servicio de extranjería estadounidense ICE junto con tomar las medidas cautelares privativas de libertad, inmediatamente comienza a llevar a cabo un procedimiento administrativo de deportación en el cual el afectado tiene derecho a un procedimiento con una fase de contradictorio. El ICE toma bajo su custodia al infractor por un máximo de tiempo de 48 horas, en el cual el afectado tiene el derecho de ser asistido por un letrado en la oposición a la expulsión, siendo esta garantía la que se considera la más infringida en el día a día por las autoridades norteamericanas. Con todo, la retención de documentos o pasaportes no existe en el sistema norteamericano y en la práctica, si existe una Visa falsa o adulterada, el oficial del ICE se limita a arrancar la hoja del pasaporte pero, el documento siempre permanece en poder del afectado.

En Canadá, el acuerdo Canadá-Quebec relativo a la Inmigración y Admisión Temporal de Extranjeros (*Canada-Quebec accord relating to immigration and temporary admission of aliens*) ha otorgado medidas amplias a la administración para dar cumplimiento al acuerdo. Así en la sección General N°30 señala que tanto Canadá como

Québec tomarán todas las medidas que sean necesarias para la implementación del acuerdo, siendo las prácticas regulados en la casuística de conformidad a la normas del Common Law⁸¹. Con todo, dentro de las medidas asociadas a la deportación, los plazos de Detención se encuentran regulados y la Retención de Documentos no existe en el sistema de extranjería canadiense ni como medida Cautelar ni como Sanción Administrativa.

Por otro lado, la *Immigration and Refugee Protection Act*, ha señalado que: “*the objectives of this Act with respect to immigration are: (e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society*”⁸²; virando una marcada tendencia anterior de la doctrina de la seguridad interna hacia una visión de Derechos Humanos.

En la Unión Europea, se ha intentado promover el Derecho Comunitario, de esta forma las bases del proyecto comunitario es vencer las barreras entre los países suscriptores del pacto, ya sea en cuanto a las personas, a los bienes y a la validación de los títulos y estudios. Sin embargo, el progresismo en esta materia contrasta con la rigurosidad de la norma en materia de extranjería respecto de las personas que no pertenecen al pacto.

Se estima que no menos de 12.000 personas han muerto intentando llegar a la Unión Europea, sin embargo es tristemente célebre la forma en que autoridades y policías españolas, italianas y francesas realizan *deportaciones-express*, expulsando a los inmigrantes sin ningún tipo de procedimiento y de la forma más arbitraria *in situ*, en vez de someterlas a proceso. La realización de esta práctica es particularmente cuestionable

⁸¹ **IV. General.** 30. “*Canada and Quebec shall take any measures which are necessary to implement this accord*”.

⁸²<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-2.5/page-1.html#h-3>

y peligrosa cuando los afectados se encuentran en el mar intentando arribar al territorio del viejo continente o en otras hipótesis que impliquen un riesgo para la integridad física del afectado. Si a esto sumamos que a propósito de las crisis económicas que han azotado al viejo continente, se ha extendido en forma rápida el odio a los inmigrantes, la xenofobia y el racismo, el panorama no parece muy alentador. La preocupante avanzada de los grupos políticos de extrema derecha en la región, no sólo es sorprendente sino que además es una manifestación de que se ha producido un retroceso en materia de migraciones en Europa.

Con todo, la legislación de la Unión Europea en materias de inmigración está basada en los principios del Derecho Comunitario y, por tanto, se promueve la integración como un proceso recíproco, *“La integración es un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los países europeos”*⁸³. Según el profesor Karl *integrar significa generalmente constituir un todo con las partes, es decir, transformar unidades previamente separadas en componentes de un sistema coherente (.) La característica esencial de cualquier sistema, es un grado significativo de interdependencia entre sus componentes, y la interdependencia entre dos componentes o unidades cualesquiera consiste en la probabilidad de que un cambio ocurrido en una de ellas, o en una operación realizada sobre una de ellas produzca un cambio predecible en la otra*⁸⁴. En este sentido, el objetivo de la Unión Europea es mejorar la participación e inclusión de los migrantes, aumentar la cohesión social, desarrollando enfoques que permitan la sana diversidad en las sociedades de acogida, en aras de esos objetivos la Unión Europea y sus países se han comprometido a los siguientes deberes⁸⁵:

- consolidar el marco de la UE en materia de integración;

⁸³ http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/114502_es.htm, Revisado por última vez el 28-06-2014

⁸⁴ RIOSECO V., Alberto. Separata de Conceptos Básicos de Integración. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pp.2.

⁸⁵ *Ibid.*

- apoyar la gestión de la diversidad y la evaluación de los resultados de las políticas de integración en los países de la UE;
- promover programas de integración para la llegada de nuevos inmigrantes;
- asegurar igualdad de oportunidades de promoción en el mercado laboral a los trabajadores legales de países no pertenecientes a la UE;
- aplicar los sistemas de seguridad social del mismo modo a inmigrantes que a ciudadanos de la UE;
- desarrollar medios para aumentar la participación de inmigrantes en la sociedad;
- revisar la Directiva 2003/86/CE del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar;
- seguir aplicando la política de asilo de la UE, y al mismo tiempo desarrollar medidas adicionales, en especial a través del plan de política de asilo.

En virtud de estas disposiciones, formalmente la legislación de la Unión Europea y sus países son formalmente acordes a la visión de los Derechos Humanos de los migrantes, sin perjuicio de lo cual los problemas se suscitan a propósito de las prácticas de facto de las autoridades que incumplen la ley.

En Europa del Este, Rusia no es un modelo a seguir. Si bien, la Constitución Política de la Federación Rusa señala en su artículo 27 que *“todo quien legalmente permanezca en el territorio de la Federación Rusa tendrá el derecho a viajar libremente, a elegir el lugar de estancia o residencia”*⁸⁶, la legislación es particularmente estricta, puesto que a raíz de las políticas de la antigua Unión Soviética la migración se ve con malos ojos como una forma de intervención y de entremetimiento de las potencias extranjeras en la política nacional del país eslavo. Es sabido que durante el Gobierno del presidente Vladimir Putin, se han acusado graves violaciones de derechos

⁸⁶, **Article 27.** 1. Every who legally stays in the territory of the Russian Federation shall have the right to free travel, choice of place of stay or residence.”

humanos, y un acoso a las Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos por medio de normativas particularmente desafortunadas como el rotulo de “Agentes Extranjeros” a las mismas organizaciones. En esta misma lógica, la retención de documentos se practica en forma peligrosamente arbitraria por las autoridades administrativas rusas.

En la China continental se ha señalado que existe una situación preocupante en materia de Derechos Humanos sin embargo, incluso la normativa del país asiático reniega de la retención de documentos. En la República Popular China existe el principio “un país y dos sistemas legales”. El sistema que regula la zona especial de Hong Kong es amplio en materia de extranjería y no pone mayores trabas a los migrantes, debido al inmenso volumen de comercio que maneja la región. Por otro lado, en China Continental existen normas más rigurosas respecto de los inmigrantes que se encuentren en una situación de irregularidad.

La Constitución de la República popular China señala en su Artículo 37 la libertad de las personas y ciudadanos de la República Popular China, señalando que ninguna persona puede Cortes Populares de Justicia⁸⁷. En ese mismo sentido, el Art 51 de la Constitución de la República Popular China señala como límite al ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos de la República el interés del Estado, de la Sociedad, de la Colectividad y el interés de otros ciudadanos⁸⁸.

⁸⁷ **Article 37. The freedom of person of citizens of the People's Republic of China is inviolable.** No citizen may be arrested except with the approval or by decision of a people's procuratorate or by decision of a people's court, and arrests must be made by a public security organ. Unlawful deprivation or restriction of citizens' freedom of person by detention or other means is prohibited; and unlawful search of the person of citizens is prohibited. Article 38. The personal dignity of citizens of the People's Republic of China is inviolable. Insult, libel, false charge or frame-up directed against citizens by any means is prohibited.

⁸⁸ **Article 51. The exercise by citizens of the People's Republic of China of their freedoms and rights may not infringe upon the interests of the state, of society and of the collective, or upon the lawful freedoms and rights of other citizens.**

La normativa aplicable son la ley de extranjería china (“Exit and Entry Administration Law of the People’s Republic of China” o 中华人民共和国出境入境管理法) y la regulación administrativa (Regulations of the People’s Republic of China on Administration of the Entry and Exit of Foreigners o 中华人民共和国外国人入境出境管理条例). La ley señala en sus artículos 58 y 59 que si la autoridad sorprende a un inmigrante en situación irregular, se le interroga judicialmente, de verificarse el ingreso ilegal se le arresta y se pone en custodia por un plazo de 30 días, que en casos calificados puede extenderse hasta 60. Respecto de la documentación, los artículos 33 y 35 de la regulación señalan que cuando el extranjero es obligado a abandonar China, sus documentos de entrada y salida son solicitados por la autoridad sólo para efectos de cancelar o remover la visa del pasaporte, luego de lo cual se le da al afectado un plazo de 15 días para hacer abandono del país.

En este sentido, la legislación del país asiático es coherente, de manera que los migrantes que se encuentran en China irregulares y sin su visa de trabajo al día, son deportados, invocando el interés del Estado pero, aún en ese escenario, no existe la retención de documentos como medida cautelar.

En Latinoamérica, tras el pacto de UNASUR se ha intentado promover el derecho comunitario teniendo como ejemplo los procesos de integración del viejo continente. Estos esfuerzos se ven reflejados en los distintos niveles alcanzados por los acuerdos de integración adoptados por los países del cono sur, siendo los más importantes el tratado que crea el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) de 26 de Marzo de 1991 y el tratado que crea la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) de 11 de Marzo de 2011.

Si bien el MERCOSUR es un tratado esencialmente económica, sienta las primeras bases de lo que es la política migratoria del cono sur, políticas que son

perfeccionadas con la UNASUR. En este sentido, el enfoque del tratado es mucho más económico y destaca la relevancia de las migraciones en ese sentido. En este sentido cabe mencionar que Chile es sólo miembro asociado del MERCOSUR. Tanto el MERCOSUR como la UNASUR reconocen la existencia de Migraciones Laborales Tradicionales, las cuales son habituales en el desarrollo de las potencias sudamericanas. Estas migraciones pueden ser espontáneas, estacionales, temporarias o permanentes, dependiendo del momento en que se suscitan. En este contexto, el principal objetivo del UNASUR es fomentar la creación de una identidad y ciudadanía sudamericanas, por medio de acuerdos de colaboración y de libertad de tránsito entre los países miembros. Un gran éxito de la iniciativa ha sido caracterizar la zona por su triple condición de área de tránsito, origen y destino de migrantes.

Y si bien se ha intentado lograr una visión comunitaria del derecho en la Región *también es posible identificar una serie de mecanismos (normativos y operativos) que, más bien, se asimilan al enfoque restrictivo que se cuestiona en países de otras latitudes. Por ello, resulta especialmente relevante el compromiso de los gobiernos de Sudamérica de asegurar los derechos de los nacionales que residen en otras regiones, en aras de los principios de coherencia, igualdad y no discriminación.*⁸⁹, en ese sentido, Chile es el país más atrasado de la región en materia de extranjería, y es el único que contempla en su legislación la retención de documentos como una medida cautelar válida.

Los demás países latinoamericanos se enfocan más en la deportación y en las garantías del afectado durante el procedimiento pero, no se destaca la aplicación de la Retención de Documentos como una cautelar fidedigna, cómo sí ocurre con la detención o con la firma periódica.

⁸⁹ CERIANI CERNADAS, Pablo. Luces y Sombras en la Legislación Migratoria Latinoamericana. Artículo en Revista Nueva Sociedad N°233, Mayo-Junio. Pp. 70.

5.2. Administrativas;

5.2.1. Mayor cooperación por parte del Estado y sus organismos.

En la implementación de políticas públicas que sean concordantes con los acuerdos de Derechos Humanos, es importante comprender que no basta con el cambio legislativo para poder generar cambios en la forma en que actúa la administración; debe existir una educación cívica para la administración desde el punto de vista de los Derechos Humanos, re-educar al funcionario pública en la cultura de las garantías fundamentales.

Este tipo de prácticas viene a prevenir que se caiga en las malas prácticas y funciona tanto o mejor que los remedios a posteriori que puedan idearse para el caso de la transgresión a la norma. Creemos que junto con edificar un sistema recursal que permita a los afectados defenderse o al menos someter a control jurisdiccional las decisiones que toma la PDI motu proprio, debe existir una formación y especialización superior en la materia para los agentes que trabajan en el área.

Es necesario erradicar del gobierno la doctrina de la seguridad interna y combatir la noción de “migración selectiva” o “migración deseada”, dejando a un lado estas visiones instrumentales y empezando a hacernos cargo de los desafíos complejos del nuevo siglo. La visión utilitarista es, además, inoficiosa puesto que *“Al ser diseñada de manera unilateral y desde una lógica nacional –no regional ni global– resulta no solo ineficaz, en virtud de su 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 derechos fundamentales⁹⁰”*.

⁹⁰ Ibíd. Pp. 72

5.2.2. Un cambio de mentalidad de los funcionarios públicos.

Las agresiones más recurrentes son la entrega de falsa información respecto a la situación migratoria del afectado, el acoso verbal o físico, entre otras varias formas de discriminación que tienen por objetivo disuadir a los afectados de permanecer en Chile. Hay que señalar que esto es inaceptable además, porque sólo toca a la administración pública decidir la sanción y no a los funcionarios de la PDI.

Son múltiples las denuncias de afectados por maltratos verbales o físicos en los cuarteles de PDI donde se implementa la medida del Art. 82 D.L. 1094, respecto de esta situación es necesario tener en mente que son acciones que atentan no sólo contra los Derechos Humanos sino que también en contra de la Constitución, y la Ley de Bases, puesto que lisa y llanamente contrarían el principio de Juridicidad o Legalidad y el de Responsabilidad, que en nuestro Artículo 7 CPR que señala *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”*. Lo ideal sería encontrar mecanismos que hagan posible y real la ilusión de ejecutar la responsabilidad de los funcionarios implicados en los casos de acoso a los afectados, en aras tanto de promover una integración efectiva de los grupos postergados como de hacer respetar la normativa vigente en la materia.

5.3. Judiciales;

5.3.1. Recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

El recurso de Inaplicabilidad es un mecanismo de control de constitucionalidad,

represivo, eventual, directo que versa sobre los vicios de forma o de fondo, de efectos relativos a un juicio en que la aplicación de la ley en una forma determinada implique contravención a las garantías fundamentales.

La doctrina nacional lo ha definido como *un medio o garantía a través del cual, en un proceso jurisdiccional especial, se ejerce un control de constitucionalidad concreto de la ley, por el Tribunal Constitucional. La inaplicabilidad requiere una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, en la que un precepto legal resulte decisivo para la resolución del asunto sometido a ese tribunal, es decir, debe tratarse de derecho material, sea “lex decisoria litis”, o lex ordenatoria litis, debiendo el actor fundar razonablemente la contradicción que el precepto legal impugnado tiene con la Constitución y, por ende, los vicios de forma, materia o competencia que transforman a dicho precepto legal en inaplicable. Esta declaración de inaplicabilidad, de efecto interpersonal relativo o inter partes y de efecto temporal “ex tunc”, pro pretérito o retroactivo, difiere de la declaración de inconstitucionalidad prevista en el artículo 93N°7° de la Carta Fundamental, que anula o invalida l precepto legal, con efecto erga omnes o general y efecto temporal “ex nunc” o pro futuro. De este modo, el Tribunal Constitucional tiene una herramienta para graduar la cosa juzgada de la sentencia constitucional estimatoria al transitar del control concreto al control abstracto⁹¹.*

Su requisito habilitante es la existencia de un proceso en curso, ante un tribunal ordinario o especial (que en el caso migratorio sería el Departamento de Extranjería y Migraciones) en el que una norma potencialmente inconstitucional recibe aplicación para la resolución del conflicto. El proceso puede ser de cualquier naturaleza; civil, penal o, incluso, asuntos judiciales no contencioso, por lo cual tiene plena aplicación en

⁹¹ VEGA, Francisco y ZÚÑIGA, Francisco. “El nuevo recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y Práctica”. Revista semestral del centro de estudios constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Noviembre, 2006.

materia administrativa.

Sin embargo, la inaplicabilidad es conocida en forma exclusiva por el Tribunal Constitucional (Ley N°20.050, art. 93N°6 CPR), el cual conoce en pleno (Art.92 N°5) en un proceso que se tramita en forma paralela e independiente del proceso principal.

El requisito más importante para el éxito de esta acción es demostrar que la aplicación inconstitucional de la norma tiene una influencia decisiva en la resolución del asunto. En el asunto de marras, no se han interpuesto recursos de inaplicabilidad en contra de la medida puesto que la estrategia de los abogados suelen enfocarse en contrariar la deportación en vez de oponerse a la medida cautelar. Como el contradictorio versa sobre procedencia o no de la sanción administrativa, mal podría uno interponer recurso de inaplicabilidad en contra de la medida cautelar del Art. 82 si esto no ha sido parte del juicio.

Además, la doctrina ha señalado la impugnación ha de estar fundada razonablemente, esto quiere decir que los motivos y argumentos que la parte esgrime para enervar la acción son conformes a la razón, siempre indicando el precepto legal que es contrario a la CPR, las normas constitucionales que la aplicación de la norma infringe y la forma en que el precepto legal debería aplicarse para la resolución del fallo. En teoría, este requisito de la inaplicabilidad es el que mejor puede fundamentarse en las razones que hemos expuesto en esta memoria, señalando principalmente las faltas al debido proceso, a los principios del derecho administrativo y a los derechos humanos.

Por otro lado, el Recurso o Acción de Inconstitucionalidad es una acción pública o de oficio por el TC, por la cual se persigue la declaración de inconstitucionalidad de un precepto previamente declarado inaplicable. Se resuelve por mayoría de los 4/5 de los integrantes en ejercicio del TC.

Sin embargo, esta acción sólo tiene sentido si se deduce la inaplicabilidad en contra del precepto de artículo 82, cuestión que en Chile aún no se ha intentado. Esta materia sería mucho más sencilla si Chile, siguiendo las recomendaciones de las organizaciones internacionales, creara una nueva institucionalidad: un nuevo poder, organización, o “defensor del pueblo” o cualesquiera otras formas de control que permita dar una representación sólida a un grupo que se fragmentado y en la práctica es incapaz de articularse para tomar este tipo de acciones. Con todo, esta es la única opción real de cambio legislativo vía judicial, debido a la falta de urgencia del nuevo proyecto de Ley de Extranjería.

5.3.2. Acciones constitucionales de amparo y protección.

El recurso o acción de amparo, conocido también como *habeas corpus* es una acción constitucional establecida para ser interpuesta por el afectado o por cualquier persona a su nombre cuando un individuo se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las Leyes, o bien, cuando una persona sufre ilegalmente una privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. Esta acción constitucional se encuentra tratada en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, en los artículos 306 a 317 del Código Procesal Penal y en el Auto Acordado de 19 de Diciembre de 1932

Esta acción constitucional tiene por objeto, en un sentido amplio, garantizar la libertad de las personas. Cuando se trata de las hipótesis de arresto, detención o prisión ilegales el objetivo es someter la medida a control jurisdiccional de manera que se guarden las formalidades legales pertinentes y se adopten de inmediato las medidas que el juez considere necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar al afectado la debida protección de sus derechos.

De prosperar la acción, conocidos los antecedentes por el juez, decretará la

libertad inmediata y, en su caso, hará que se reparen los defectos legales o pondrá al afectado a disposición del juez competente. Si la acción se basa en el caso de una privación, perturbación o amenaza a la libertad personal y seguridad individual, el juez dictará las medidas que estime convenientes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Las acciones de Amparo que más han prosperado en la materia del Artículo 82 de la Ley de Extranjería son aquellas que atacan la imposición de la cautelar en el sentido de que restringe la libertad de tránsito. Como hemos señalado anteriormente, el N°7 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República señala en su letra a) que *“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”*. La imposición de la medida de retención de documentos y la obligación de firma periódica impiden por medios fácticos sin control jurisdiccional, que el afectado pueda ejercer el derecho mencionado, y así lo ha señalado la jurisprudencia también⁹².

Por otra parte, el Recurso de Protección es una acción constitucional que tiene por objeto obtener que la Corte de Apelaciones respectiva adopte, inmediatamente, todas las providencias necesarias y que estime convenientes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de todo aquel que, a raíz de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de las derechos y garantías fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República.

La jurisprudencia ha señalado que se trata de *“una acción específica de emergencia, con un procedimiento rápido e informal y que requiere, por tanto, que el derecho que se dice conculcado sea “legítimo”, es decir, que se funde en claras*

⁹² Recurso de Amparo Rol N° 1543-2013, 10-09-2013.

situaciones de facto que permitan por este especial procedimiento restablecer el imperio del derecho; pero es improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo, que son de lato conocimiento⁹³. Se trata en definitiva de un recurso esencialmente cautelar cuya finalidad es salvaguardar eficaz y oportunamente a las personas afectadas por los efectos de un acto ilegal o arbitrario que lesione los derechos establecidos en el Art. 20 de la CPR.

Sin embargo, debido a la celeridad del recurso y para evitar que los particulares eludan la justicia ordinaria por esta vía, la jurisprudencia también ha señalado que *“es impropio utilizar este recurso constitucional como sustituto jurisdiccional de procedimientos ordinarios de lato conocimiento establecidos por la ley⁹⁴”*.

No hay jurisprudencia importante que ataque la aplicación de la medida del artículo 82 directamente, sin embargo lo que sí hay son fallos que obligan a ciertos organismos a reconocer la tarjeta de Extranjero Infractor como un documento válido de identificación. En ese sentido existe jurisprudencia de Recursos de Protección en que se obliga a reconocer la TEI como documento válido de identificación, específicamente, en los casos en que las notarías se niegan a suscribir el contrato de trabajo del inmigrante excusándose en que no tienen un documento válido de identidad.

CAPITULO 6.- CONCLUSIONES:

Finalmente, queremos invitar al lector a hacer una reflexión amplia respecto de los temas que se han discutido en este trabajo; *la cuestión migratoria es multidisciplinaria y compleja, y por lo mismo, debe ser enfocada desde el punto de vista de los Derechos Humanos reconociendo al migrante como ser humano a la hora de planificar una nueva y necesaria legislación de extranjería.*

⁹³ Corte Suprema, recurso de protección, sentencia de 22 de junio de 1992

⁹⁴ Corte Suprema, recurso de protección, sentencia de 19 de junio de 1995

Si bien, este trabajo trata esencialmente sobre la medida cautelar específica del Art. 82 de la Ley de Extranjería, no podemos soslayar que esta figura se encuentra enmarcada en un contexto concreto el cual debe ser modificado para una respuesta más concreta ante las vicisitudes y pugnas del derecho migratorio.

Por otro lado, también decíamos en la introducción que; si bien existen medidas cautelares que afectan de forma mucho más grave los derechos de los migrantes afectados, la verdad es que la figura que ha motivado este trabajo ha demostrado ser una silenciosa pero feroz perturbación en la vida de miles de migrantes que se encuentran en situación irregular y que viven producto de esta, en la más profunda desesperación y segregación. Podríamos decir que es incluso mucho más insalvable que las medidas privativas de libertad debido a la enorme dificultad que existe para ponerle fin en un tiempo razonable.

La hipótesis de este sucinto trabajo era que la figura del Art. 82 es contraria a la Constitución, a los Tratados Internacionales vigentes en la materia, y a las leyes, señalando que es una medida inoficiosa puesto que no logra los objetivos que se propone y perturba en forma gratuita la vida de miles de personas a lo largo y ancho de todo Chile.

Que en vista de todos los problemas que suscita, se requieren cambios legislativos profundos, puesto que una mera modificación superficial no va a solucionar los problemas de afectación ilegal de Derechos que hemos denunciado en este trabajo.

Que si el cambio legislativo no es expedito, y en ausencia de recursos más idóneos para poner fin a esta medida cautelar, en nuestra opinión el ordenamiento jurídico chileno posee ciertas herramientas que permiten oponerse a estas prácticas.

A lo largo de este trabajo, hemos recopilado datos estadísticos, doctrinales, y jurisprudenciales que nos han ayudado a dilucidar el real impacto de la medida, y han dejado de manifiesto la necesidad urgente de modificar la cautelar en comento. Los objetivos que han sido demostrados en este trabajo son:

1. La identificación y explicación de la legislación migratoria actual y el contexto de su gestación
2. La conceptualización de la figura del Art. 82 del D.L. 1094 y la determinación de la naturaleza jurídica de la figura.
3. La explicación del Rol que ocupan las medidas de control en la legislación migratoria, especialmente la retención de documentos y sus efectos prácticos; especialmente la Tarjeta de Extranjero Infractor.
4. Fundamentar los derechos de los migrantes y contrastarlos con el punto anterior, explicando los efectos que tiene la medida en el afectado.
5. Demostrar que la protección de los derechos de los migrantes no emana de la regularidad de su situación migratoria, sino que de su condición humana y que el Estado tiene un especial deber de protección respecto de ellos por tratarse de un grupo especialmente vulnerable, conforme a lo dispuesto por los tratados internacionales vigentes.
6. Explicar la antijuridicidad e ilegalidad de la medida, toda vez que se contrapone a todos los principios consagrados en nuestros instrumentos Constitucionales, Internacionales y legales vigentes en la materia.
7. Explicar la inutilidad de la medida, basándonos en los nulos resultados que provoca y en la afectación gratuita de derechos fundamentales que de ello nacen, la forma en que la Medida Cautelar y la práctica de la Tarjeta de Extranjero

Infractor (que se desprende de ella), afectan garantías fundamentales de los migrantes.

8. Señalar y desarrollar los derechos infringidos en forma arbitraria e ilegal por la medida de control en comento.
9. Sugerir las posibles soluciones para evitar que esta afectación injusta de derechos siga adelante, acentuando la necesidad de un cambio total en la legislación migratoria chilena.

Creemos que estos objetivos se han cumplido en forma satisfactoria, visto y considerando los datos reunidos, los estudios realizados, las fuentes directas e indirectas, la doctrina, los informes de los Organismos Internacionales, la jurisprudencia nacional e internacional, la historia de la ley, la normativa vigente, los proyectos de ley, y el derecho comparado.

Finalmente, por las razones antes expuestas, concluimos este trabajo con tres breves observaciones; primero: que *debemos modificar completamente la ley de extranjería*, en segundo lugar *debemos atrevernos a buscar nuevas soluciones ante la medida del Art. 82*, en tercer lugar *la Tarjeta de Extranjero Infractor es una vulneración innecesaria de derechos y debe ser modificada a la brevedad*.

En primer lugar, durante todo este trabajo se ha señalado que la figura del Artículo 82 puede y debe ser modificada pero, la solución más perfecta es derogar el D.L 1094 y crear una ley completamente nueva, que entienda los nuevos desafíos y paradigmas del mundo en que vivimos, que vea a los migrantes como seres humanos, como sujetos de derechos y que no caiga en el error de ver a los inmigrantes como meros factores de la economía, como simples engranajes de un intrincado mercado laboral, porque esta visión utilitarista y económica de la migración sólo desencadenará en otro fracaso legislativo que acabará por dejar de vulnerar ciertas garantías para vulnerar

otras.

En segundo lugar que, en definitiva, observando lo complejo, multidisciplinario, y dinámico del Derecho Migratorio, en relación a los procesos dinámicos que se van suscitando en Chile a esta parte de la historia, se ha demostrado satisfactoriamente que la legislación migratoria en materia de retención de documentos es ineficiente y entra en conflicto directo con los principios y disposiciones Constitucionales, administrativas e internacionales vigentes y pertinentes en la materia, y *ergo*, debe ser modificada con urgencia a la brevedad y, además es necesario que es necesario que tanto abogados como operadores jurídicos elaboren estrategias que permitan dar soluciones inmediatas y prácticas a los problemas suscitados por la medida estudiada..

Finalmente, la “Tarjeta de Extranjero Infractor”, título inicial de este trabajo llama particularmente la atención por ser una práctica absolutamente desregulada: no está en ningún texto legal o jurídico mandatorio. De todas las formas en que este documento pudo haberse planeado, nombrado y evaluado, se eligió la peor. De todas las formas posibles en que pudo plantearse esta práctica, se hizo de la forma más insultante posible: etiquetando al afectado como una suerte de delincuente, marginándolo y dificultando en forma, al menos negligente, su inclusión a la sociedad. Debido, precisamente, a la desregulación del asunto no existen excusas para mantener esta práctica, puesto que no ha sido mandatada por ley o reglamento alguno.

Es necesario que se termine con esto, y se otorgue un documento que no denote un aire de criminalidad respecto del afectado, un documento provisorio de identidad con una denominación neutra que permita al migrante llevar su vida con normalidad, sin perjuicio de que como anteriormente hemos señalado, no debería existir la retención de documentos en primer lugar.

Estas determinaciones son de toda justicia puesto que en la medida que logremos

comprender que somos todos una mezcla de distintas personas y nacionalidades, en la medida en que logremos incluir a los sectores más postergados, nuestra sociedad como conjunto llevará una convivencia social mucho más sana y feliz, evitando el dolor que miles de migrantes deben vivir día a día en la actualidad. Ya que, como señalara el gran poeta Constantino Cavafis, en su poema “Epitafio de un Samio”;

*Extranjero, a orillas del Ganges, yo, un samio,
reposito. En esta tierra tres veces bárbara pasé
Una vida de dolor, de fatiga y tristeza.
Esta tumba junto al río
encierra muchas penas. Un ansia incontenible
de oro me empujó al comercio maldito.
A las costas de la India me arrojó la tempestad
y fui vendido como esclavo. Por eso no siento ahora
ningún miedo y al Hades voy sin queja.
Allí estaré con mis compatriotas.
Y en griego podré hablar para siempre.*

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros:

- 1.1. ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. “Derechos Fundamentales: Libro Homenaje Al Profesor Francisco Cumplido Cereceda”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2012. 575p.

- 1.2. CEA EGAÑA, JOSE LUIS. “Derecho Constitucional Chileno”, 2ª Ed. Act. Santiago, Chile. Eds. Universidad Católica de Chile. 2008. 4v.
- 1.3. COLOMBO CAMPBELL, JUAN. “El debido proceso constitucional: La jurisdicción sin proceso es sólo un ideal de Justicia”, 1ª Ed. Abril 2006.
- 1.4. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. “Los Derechos Constitucionales”. 2ª Ed. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, 1999. 3v.
- 1.5. FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. “DERECHO CIVIL DE LA PERSONA, DEL GENOMA AL NACIMIENTO”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. 308p.
- 1.6. FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. “PERSONA, PAREJA Y FAMILIA”. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1995. 130p.
- 1.7. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. El debido proceso en la constitución y el sistema interamericano: doctrina y jurisprudencia. 1ª Ed. Santiago, Chile. Ed. Librotecnia. 2007. 530p.
- 1.8. FRÜHLING E., HUGO. “La enseñanza de los Derechos Humanos”. Valparaíso, Chile. Ed. Edeval, 1992. 260p.
- 1.9. MARINKOVIC, MARIO VERDUGO. “Derecho Constitucional”. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1997-1999. 2v.
- 1.10. PALACIOS ZULOAGA, PATRICIA. “La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos Sobre la cláusula autónoma de no discriminación”. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. 2006. 337p.

1.11. TORO JUSTINIANO, CONSTANZA. “El debido proceso penal: un estudio desde el prisma de la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. 1ª Ed. Santiago, Chile. Ediciones jurídicas de Santiago. 2009. 164p.

1.12. ZUÑIGA, FRANCISCO. “Reforma Constitucional”. 1ª edición, Editorial Lexisnexis. 2005. 810p.

2. Revistas y Ensayos

2.1. AGUILAR CARVALLO, Gonzalo. “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno”. Editorial Librotecnia. Sociedad Chilena de Derecho, 2012. Santiago, Chile. (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372013000300011&script=sci_arttext)

2.2. ABRAMOVICH, Victor. “La Estructura de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Y las posibles estrategias de incidencia judicial”, en “Grupo de Reflexión General: Temas de Derechos Humanos”. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Pp. 21-74.

2.3. ABRAMOVICH, VÍCTOR. “Los estándares interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las políticas Sociales.” Anuario de Derechos Humanos 2006. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

- 2.4. ALBA, FRANCISCO y PERRUCHOUD, RICHARD. “Derechos Humanos y Migraciones. El fenómeno de los no-ciudadanos”. En “Derechos Humanos hoy. Balance Internacional”.
- 2.5. ATRIA L., FERNANDO. “Ubi Ius, Ibi Remedium?. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS”. Revista de Estudios de la Justicia, N°3, 2003.
- 2.6. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Elementos para definir las sanciones administrativas”. Revista Chilena de Derecho, N° Especial, 1998. Pp. 323-324.
- 2.7. BOETTIGER PHILIPS, Camila. “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. Revista Actualidad Jurídica N°20 – Julio 2009 – Tomo II. Universidad del Desarrollo.
- 2.8. CASTLE, STEPHEN. “Why migration policies fail”. Artículo extraído de la revista “Ethnic Racial Studies”. (<http://dx.doi.org/10.1080/0141987042000177306>).
- 2.9. CAMPBELL-DURUFLÉ, CHRISTOPHER. “The right to juridical personality of arbitrarily detained and unidentified migrants after the case of the guayubín massacre”.
- 2.10. CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración”. Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX, Valparaíso, Chile, 2012, 2° Semestre. Pp. 337-361.

- 2.11. DE HAAN, ARJAN. “Migrants, Livelihoods, and Rights: The Relevance of migration in development policies”. Social development department. Febrero de 2000. (<http://www.eldis.org/vfile/upload/1/document/0708/DOC7584.pdf>).
- 2.12. (http://rs.sqdi.org/volumes/RQDI_HS201311_14_CampbellDurufle.pdf)
- 2.13. GALEANO, FERNANDO. “Defensa del Derecho a la libre circulación Internacional”. Revista de Derecho Público N°28, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Enero - Junio de 2009. ISSN 1909-7778.
- 2.14. GARCÍA CUADRADO, ANTONIO M. “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”. [Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos](#), ISSN 0211-4526, N°. 66-67, 2012 (Ejemplar dedicado a: Los derechos sociales), págs. 449-514.
- 2.15. GONZÁLEZ MORALES, FELIPE. “La comisión interamericana de derechos humanos: antecedentes, funciones, y otros aspectos”. Anuario de Derechos Humanos 2009. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 2.16. JANER TORRENS, JOAN DAVID. “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Pp. 305-320.

- 2.17. LAGES, RITA. “La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público”. Revista Tribuna Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp. 107-128.
- 2.18. MARÍN GONZÁLEZ, JUAN CARLOS. “Las Medidas Cautelares En El Ordenamiento Jurídico Chileno: Su Tratamiento En Algunas Leyes Especiales”. Revista de Estudios de la Justicia, N°8, 2006.
- 2.19. NASH ROJAS, CLAUDIO y SARMIENTO RAMÍREZ, CLAUDIA. “Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010)”. Anuario de Derechos Humanos 2011. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 2.20. NASH ROJAS, CLAUDIO y SARMIENTO RAMÍREZ, CLAUDIA. “Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006)”. Anuario de Derechos Humanos 2011. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 2.21. NASH ROJAS, CLAUDIO y SARMIENTO RAMÍREZ, CLAUDIA. “Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005)”. Anuario de Derechos Humanos 2005. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 2.22. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “La dignidad humana, los derechos fundamentales, el bloque constitucional de derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales”. Gaceta Jurídica N°322. Santiago, Chile

- 2.23. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “Los derechos fundamentales y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho: doctrina y jurisprudencia”. Revista Corpus Iuris Regionis N°6. Iquique, Chile.
- 2.24. OLEA RODRIGUEZ, HELENA. “Derechos Humanos y Migraciones: Un nuevo lente para un viejo fenómeno.” Anuario de Derechos Humanos 2007. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 2.25. OLIVEIRA DO PRADO, RAFAEL. “El convenio 189 de la OIT sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos: antecedentes y efectos respecto de las trabajadoras domésticas migrantes.” Anuario de Derechos Humanos 2012. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 2.26. PASTOR R., DANIEL. “Acerca Del Derecho Fundamental Al Plazo Razonable De Duración Del Proceso Penal”. Revista de Estudios de la Justicia, N° 4, 2004.
- 2.27. PEREZ VICHICH, NORA. El Mercosur y la Migración Internacional. División de población, departamento de asuntos económicos y sociales de la secretaría de Naciones Unidas. Ciudad de México, 30 de Noviembre 2005. Pp. 1-24.
- 2.28. ROMAN CORDERO, CRISTIÁN. “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile”. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N°16. 2009. Pp. 89-101.

- 2.29. SATTERTHWAITE, MARGARET L. “crossing borders, claiming rights: using human rights law to empower women migrant workers”. Yale Human Rights and development Law Journal, Vol. 8, 2005.
- 2.30. VEGA, Francisco y ZUÑIGA, Francisco. “El nuevo recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional. Teoría y Práctica”. Revista semestral del centro de estudios constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Noviembre, 2006. Pp. 1-43.
- 2.31. ZALAUQUETT DAHER, JOSÉ. “La Institucionalidad Estatal De Derechos Humanos Y La Creación Del Instituto De Derechos Humanos En Chile”. Anuario de Derechos Humanos 2010. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

3. Jurisprudencia

- 3.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”. Sentencia del 29 de Marzo de 2006.
- 3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las “Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”. Sentencia de 8 de Septiembre de 2005.
- 3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados”. Opinión consultiva OC – 18/03 Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos de 17 de Septiembre de 2003.

- 3.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cinco pensionistas vs. Perú”. Sentencia de 28 de Febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y costas). Sentencia de 28 de Febrero de 2003.
- 3.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”. Sentencia de 2 de Febrero de 2001.
- 3.6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Bácamá Velásquez vs. Guatemala”. Sentencia de 25 Noviembre 2000. Especialmente el considerando 179.
- 3.7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cantoral Benavides Vs. Perú”. Sentencia de 18 de Agosto de 2000.
- 3.8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, “El Derecho A La Información Sobre La Asistencia Consular En El Marco De Las Garantías Del Debido Proceso Legal”. 1º Octubre de 1999.

4. Tesis

- 4.1. CALLEJAS RAMÍREZ, LINA MARCELA. “La Concepción Jurídica Y La Práctica Estatal Sobre Refugio En Chile: Análisis Crítico”. 2012.
- 4.2. CALLEJAS RAMÍREZ, LINA MARCELA. “¿El Asilo Contra La Opresión?: Análisis Crítico De La Evolución Del Asilo En Chile”. 2011.
- 4.3. ITURRIETA CUEVAS, MARÍA PILAR y TOYOS JOFRÉ, FRANCISCO JOSÉ. “Migraciones internacionales y derechos humanos: Desafíos normativos que plantea para Chile esta nueva perspectiva”.

4.4. LÓPEZ BARTOLUCCI, ORIELLA. “Correr es mi destino por no llevar papel. Migrantes, su expulsión y el debido proceso en Chile”. Octubre, 2012. Claudio Nash Rojas.

4.5. NUÑO BALMACEDA, PAULA CONSTANZA AIDA. “De la expulsión de extranjeros: La expulsión de extranjeros ante el derecho internacional vigente”. 2013. Profesor Guía. Claudio Troncoso Repetto.

5. **Estudios, Informes y Boletines.**

5.1. Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3/2011. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

5.2. Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resumen 2011. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

5.3. Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1/2010. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

5.4. Estudio Económico Y Social Mundial, 2004. Migración Internacional. (http://www.un.org/en/development/desa/policy/wess/wess_archive/2004wess_p art2_sp.pdf)

- 5.5. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. “Derechos Humanos de los Inmigrantes”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- 5.6. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004. “Derechos Humanos de los Inmigrantes”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- 5.7. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005. “Derechos Humanos de las Personas Inmigrantes”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- 5.8. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. “Derechos Humanos de los Inmigrantes”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- 5.9. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. “Derechos Humanos de los Inmigrantes”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- 5.10. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. “Inmigrantes, Refugiados y Derechos Humanos”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- 5.11. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. “Derechos Humanos de los Migrantes y Refugiados”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

- 5.12. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013. “Derechos Humanos De Los Migrantes Y Refugiados. Análisis Del Proyecto De Ley De Migración Y Extranjería”. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- 5.13. Estudio Económico y Social Mundial 2004, “Migración Internacional.” Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas. Nueva York, 2006.

6. Fuentes directas

- 6.1. Declaración de Derechos del Hombre.
- 6.2. Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 6.3. Convención Americana de Derechos Humanos.
- 6.4. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios de sus familiares. Adoptada por las Naciones Unidas por la Resolución A/RES/45/158, el 1° de Julio de 2003.
- 6.5. Constitución Política de la República
- 6.6. Decreto Ley N° 1094 de 1975, Ley de Extranjería.
- 6.7. Decreto Supremo N° 597 de 1984, Reglamento de Extranjería.
- 6.8. Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953.
- 6.9. Ley N° 19.581 de 1998 que crea la categoría de ingreso de habitante en zonas fronterizas.

- 6.10. Decreto Supremo N° 2043 de 1982 que delega atribuciones al Intendente Regional para cambiar la condición jurídica de los extranjeros.
- 6.11. Decreto Supremo N° 818 de 1983 que delega atribuciones al Gobernador Provincial para tomar medidas de expulsión.
- 6.12. Decreto Supremo N° 5142 de 1960 sobre Nacionalización de Extranjeros.
- 6.13. Decreto supremo N° 888 de 1977 que crea la Comisión Asesora sobre Migraciones.