

# FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

## MIGRACIÓN HACIA UNA NUEVA LEGISLACIÓN

---

Nº 280 | 25 de septiembre 2019



Ideas & Propuestas

## **RESUMEN EJECUTIVO**

Esta edición analiza la legislación actual y el proyecto de ley que se tramita en el Congreso Nacional. Posteriormente, se establecen criterios que debe seguir una política migratoria adecuada al contexto nacional, respetando, por una parte, la dignidad de los migrantes y, por otra, asegurar el orden interno.



publimetro.cl

## I. INTRODUCCIÓN

En la última década, la migración –como fenómeno global– ha marcado la agenda de gobiernos y campañas políticas a raíz de la gran relevancia que han alcanzado los flujos migratorios hacia países tales como Estados Unidos, Alemania, Australia, Italia, entre otros.

La migración coloca en abierto cuestionamiento las ideas que sustentan los procesos de apertura que han iniciado los países receptores (transferencia de personas, capitales, conocimiento, etc.), toda vez que las consecuencias de la migración friccionan con la necesidad de seguridad y orden de los Estados.

Chile no es ajeno a esta realidad. En toda su historia, nuestro país ha recibido a diferentes colonias que se

han ido asentando a lo largo del territorio nacional. Estas migraciones se originaron por diversas razones: en algunos casos por acontecimientos internacionales de gran relevancia, como las guerras mundiales del siglo XX, o bien los procesos de colonización liderados por el Estado chileno en el siglo XIX.

En esta línea, la migración se ha consolidado como uno de los temas centrales del actual gobierno, lo que ha impulsado la tramitación de un proyecto de ley que busca reformar los principios e instituciones del sistema migratorio chileno. En este sentido, se analizarán los aspectos de nuestra actual legislación para luego examinar los cambios propuestos por el proyecto de ley presentado el año 2018.

## II. LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA

Las normas que regulan la migración en nuestro país se encuentran repartidas en diferentes leyes, decretos y reglamentos. Sin perjuicio de ello, el Decreto Ley N.º 1094 de 1975 contiene el estatuto aplicable a todas las personas extranjeras que ingresan a nuestro país, ya sea en calidad de turista o residente.

Para entender los fines perseguidos por el Legislador, es necesario ceñirse a su contexto original. El Decreto Ley N.º 1094 de 1975 sintetiza la visión de la migración en un contexto global polarizado por la *Guerra Fría*, ante el cual el país adoptó políticas que tenían por principal objetivo permitir al gobierno asegurar el orden interno del país. Por su parte, estos objetivos se pueden ver materializados en el Decreto Ley, a partir de la discrecionalidad que otorga la norma a la administración.<sup>1</sup> Además, se establecen normas amplias que prohíben el ingreso a extranjeros al territorio nacional y,<sup>2</sup> por último, se faculta a la autoridad a sancionar a aquellos

extranjeros que hayan cometido alguna infracción migratoria, fundándose dichas infracciones en criterios vagos que permiten a la autoridad aplicar determinaciones discrecionales.

Por otro lado, el sistema de visados, contenido en el Decreto Ley, sigue una estructura simple, no apostando a incentivar el ingreso de migrantes con alguna cualificación especial, o bien, incentivar la permanencia de ellos en el territorio nacional. Esta falta de ambición se puede entender a raíz del contexto geográfico que caracteriza a nuestro país y la carencia de expectativas económicas y sociales, que volvieron a nuestro país un destino poco atractivo para recibir a personas, lo que se tradujo en una evidente falta de interés por parte de la autoridad de desarrollar esta materia. Un ejemplo concreto de la falta de interés por incorporar al extranjero a la vida nacional es la Visa Sujeta a Contrato de Trabajo. Este permiso de residencia se funda en la existencia de un

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, en materia de otorgamiento de Visas, el artículo 13 señala: “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.”

<sup>2</sup> Véase el artículo 15 N.º 1: “ Artículo 15.- Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;”

contrato de trabajo, permitiendo al extranjero titular residir y realizar actividades remuneradas en nuestro país. No obstante, la vigencia de este permiso se encuentra sujeta a la estabilidad de la relación laboral, dado que, si esta llega a su fin, el trabajador tiene 30 días contados desde el término de la relación laboral para cambiar de empleador. Si el extranjero no cambia de empleador en 30 días, la Visa se extingue. Por su parte, el término de la relación laboral obliga al empleador a financiar el costo del viaje de retorno del trabajador y su grupo familiar, lo cual encarece el costo de contratación.<sup>3</sup>

En otra arista, el Decreto Ley le otorga una capital importancia a la seguridad interior del Estado. Esto se concretiza a partir de la relevancia que adquiere el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en la ejecución de las políticas relacionadas con la migración. Luego, la norma faculta al Ministerio del Interior a proponer la política pública migratoria, vigilar el cumplimiento de la normativa, impartir instrucciones para la aplicación del Decreto Ley, entre otras prerrogativas, lo que convierte a este Ministerio en un actor protagónico de las políticas migratorias que se pretendan implementar. La conveniencia de esto último radica en el aseguramiento del orden interno de la nación.

Pese a ello, este objetivo se alza en desmedro de otros fines relevantes en materia migratoria que pueden ser ejercidos por otras carteras de estado (por ejemplo, los ministerios de Desarrollo Social, Cultura, Educación, Trabajo y Previsión Social, entre otros), que son fundamentales para el ejercicio de una política pública armónica y exitosa.

Por último, el Decreto Ley señalado, contempla la creación del Departamento de Extranjería y Migración -organismo perteneciente al ya mencionado Ministerio del Interior- encargado de ejecutar e implementar las disposiciones contenidas en la ley. Actualmente, este órgano del Estado se encuentra abiertamente superado, no solo por ser responsable de los largos tiempos de espera para el otorgamiento de permisos de residencia, sino que además por la falta de facultades que impiden a esta autoridad ejercer políticas migratorias globales.

En conclusión, el Decreto Ley N.º 1094 de 1975, por su origen y disposiciones, tiene un enfoque acentuado en la seguridad interior del Estado, que se materializa en las amplias facultades otorgadas al Ministerio del Interior. Además, no busca incentivar flujos migratorios determinados, por el contrario, establece condiciones que dificultan la obtención de la residencia permanente en el país.

---

<sup>3</sup> Este permiso de residencia es cuestionado por el enorme poder de negociación que otorga al empleador, toda vez que el proyecto migratorio del extranjero se encuentra sujeto a la relación laboral.

### III. LA NUEVA LEGISLACIÓN

La antigua legislación, junto con el cambio de contexto, han sido la síntesis que fundamenta la necesidad de una nueva legislación que regule la migración como fenómeno complejo.

Como se ha señalado anteriormente, se han presentado dos proyectos de ley. El primero propuesto en el gobierno del presidente Piñera en el año 2013 y, en segundo lugar, por la administración de Michelle Bachelet el 2017, sin éxito hasta el día de hoy. Ahora bien, en el año 2018, durante el segundo mandato de Sebastián Piñera, se “rescató” la iniciativa presentada el año 2013, la que ha ido sorteando los distintos trámites constitucionales y sigue un curso prometedor para convertirse en ley de la República.

Este proyecto de ley constituye un avance en varios sentidos y, por ello, me permito señalar a continuación los aspectos más relevantes a juicio de esta parte.

En primer lugar, el proyecto de ley busca reunir en un solo texto diferentes preceptos que se encuentran hasta el día de hoy repartidos en otras normas fuera del Decreto Ley N.º 1094 (como, por ejemplo, la definición de inmigrante contenida en el Decreto N.º 69 de 1953). Esto permite la sistematización de nuestras leyes migratorias en una pieza normativa,

evitando así la dispersión innecesaria de preceptos que regulan la materia.

En otra instancia, el proyecto establece un catálogo de Derechos del Migrante. Este elemento, inédito, busca dar materialidad a los principios y normas regulados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los tratados internacionales suscritos por Chile.

En tercer término, se les otorga a otras carteras ministeriales participación en la elaboración de lineamientos de la política migratoria, a partir de la creación de un consejo de ministros, centrando la planificación de la política migratoria en el presidente de la República.

Por otro lado, se reduce la discrecionalidad administrativa en la aplicación de sanciones migratorias, al establecer una serie de criterios objetivos que la autoridad debe ponderar a la hora de sancionar.

Otro de los grandes temas es el reconocimiento de la realidad que afecta a chilenos que habitan en el exterior a través de la creación de políticas destinadas a ellos. Este aspecto es de suma relevancia, en cuanto aborda temáticas que no son propias de la función de extranjería, regulando materias propias de Derecho Migratorio en un sentido amplio.



Emol.com

Con respecto a las categorías migratorias, este proyecto de ley busca ordenar los flujos migratorios a partir de la creación de un sistema de permisos y visados que fomenta la solicitud de los permisos desde el país donde se inicia el proyecto migratorio, de forma tal que elimina las vulneraciones de derechos que se suscitan producto de la irregularidad migratoria de los migrantes. Por su parte, consagra disposiciones excepcionales que permiten el cambio de categoría migratoria de permanencia transitoria a residente bajo condiciones definidas por la política migratoria,<sup>4</sup> dando de esta forma la suficiente flexibilidad ante el cambio de contingencia. El cambio de paradigma que significa propender a que las solicitudes se realicen en el país conlleva un enorme desafío a la función que ejercen los consulados en el extranjero, no solo en temas de gestión, sino que además deberán informar a las personas que deseen migrar a nuestro país.

A todo lo anterior, se suma la creación del Servicio Nacional de Migraciones. Esta nueva institución se alza como respuesta al superado Departamento de Extranjería y Migración, otorgando un patrimonio garantizado a través de partidas presupuestarias -independiente de la Subsecretaría del Interior-. Por su parte, el director del servicio es elegido a través del mecanismo de Alta Dirección Pública, y tiene presencia en todas las regiones del país, por lo que recupera las funciones ejercidas por las Gobernaciones e Intendencias en materia migratoria.

En síntesis, este proyecto de ley se hace cargo de muchas falencias que actualmente tiene nuestra legislación migratoria, lo cual vuelve esta iniciativa un proyecto necesario que contribuirá indudablemente al progreso y bienestar de muchas personas que buscan en nuestro país una nueva vida.

---

<sup>4</sup> Esta nueva nomenclatura tiene la función de reemplazar la categoría de turista y la amplía a visitas que sean de corto tiempo para personas que no sólo tengan por objeto el turismo.

## IV. HACIA UNA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA

Como ya se ha mencionado, tanto el proyecto de ley presentado el año 2018, como el Decreto Ley N.º 1094, crean espacios para que los gobiernos de turno puedan desarrollar su propia política migratoria. Este apartado tiene por fin describir lo que son los principios que debe seguir una política migratoria exitosa.

### **a) Dignidad Humana.**

Una política migratoria exitosa debe descansar en la idea de que toda persona, independiente de su raza, credo o sexo, tiene un valor en sí misma, y que este proviene de su propia naturaleza y condición, es decir, las políticas migratorias deben colocar a la persona humana en el centro de su accionar y no instrumentalizarla a pretexto de contribuir con dicha acción al bienestar general. Por otra parte, los actos de la autoridad deben ser humanizados, compatibilizando el respeto a la dignidad del migrante con la amarga necesidad de las sanciones migratorias.

Un ejemplo de lo anterior se puede observar en el mejoramiento que han tenido las instalaciones del Departamento de Extranjería y Migración, y el sistema de citas, lo que ha desterrado las largas filas que rodeaban las oficinas de la autoridad.

### **b) Subsidiariedad.**

Al entender que el migrante está dotado de una dignidad intrínseca a su persona, es imprescindible evitar las políticas asistencialistas que lo consideran como un sujeto vulnerable. En este sentido, cabe resaltar algunos datos de la población migrante en nuestro país. El 47 % de los extranjeros que viven en nuestro país tienen entre 20 y 34 años de edad,<sup>5</sup> en esta línea, de las personas mayores de 25 años, estos tienen 12.6 años en promedio de escolaridad.<sup>6</sup> Esta estadística permite entender que la población migrante en nuestro país es joven y posee un alto índice de escolaridad que excluye toda idea del migrante como sujeto vulnerable.

La función del Estado Subsidiario es la de propender a que los migrantes puedan insertarse en la vida social y económica de nuestro país, para ello se deben crear políticas públicas que tiendan a reducir las barreras de ingreso que tienen los migrantes en Chile y, con ello, impedir la dependencia de las personas al Estado. En otras palabras, si la función del Estado Subsidiario se traduce en “dar la caña de pescar en vez del pescado”, la función del Estado frente a la migración debe ser facilitar el ingreso del migrante al mar, para que este, por sus propios medios -que en la mayoría de los casos tiene-, pueda pescar.

---

<sup>5</sup> Datos obtenidos del estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadística y el Departamento de Extranjería y Migración: “*Estimación de Personas Extranjeras Residentes en Chile 31 de Diciembre 2018*”.

<sup>6</sup> Ver “*Características de la inmigración internacional en Chile*”, del Instituto Nacional de Estadísticas (2017) p.28



Un claro ejemplo de barreras al migrante son los prolongados tiempos de espera para la obtención de un permiso de residencia o, en su defecto, un permiso que habilite al migrante a trabajar.<sup>7</sup> Por otra parte, se generan barreras a partir del engorroso trámite de convalidación de títulos, producto del monopolio de la Universidad de Chile. Es por ello que el nuevo proyecto de ley contempla la posibilidad que otras Universidades puedan realizar el trámite, descentralizando de esta forma un trámite tan necesario para los migrantes con estudios superiores.

Por otro lado, las políticas públicas no deben crear privilegios en función de la condición de migrante. El Estado debe crear las condiciones para que el migrante pueda acceder a los servicios públicos en igualdad de condiciones a los chilenos. En esta línea, las políticas que establecen distinciones entre migrantes y chilenos, generan odiosidades que reducen las posibilidades reales de integración de las personas extranjeras en nuestro territorio.

En conclusión, el Estado debe tener un enfoque que tienda a suprimir las barreras que este mismo ha generado, de forma tal que los migrantes, en igualdad de condiciones con los nacionales, puedan desarrollar sus propios proyectos de vida sin la tutela del Estado, y evitando toda forma de diferencia arbitraria entre chilenos y extranjeros.

### **c) Seguridad nacional**

Una política migratoria eficiente no puede desatender la necesidad del Estado de tomar medidas frente a ciertas externalidades negativas que generan los flujos migratorios, referido en particular a la proliferación de delitos organizados: trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico de drogas, entre otros.<sup>8</sup> Estos ilícitos no solo constituyen una amenaza para los habitantes nacionales, sino que generan importantes vulneraciones de derecho a los migrantes que son capturados por grupos organizados. Es por ello que una adecuada política migratoria debe velar por el resguardo de la seguridad nacional y combatir a aquellos que en un contexto migratorio generan daños.

---

<sup>7</sup> De acuerdo a cálculos entregados por la autoridad administrativa en el año 2018, la Visa sujeta a contrato tiene una demora den su tramitación de 8,25 meses; la Visa Temporal de 6,35 meses; y la Permanencia Definitiva tiene una demora de 10,75 meses. No obstante, estos tiempos pueden reducirse a la mitad si se realiza el trámite en regiones.

<sup>8</sup> A mayor abundamiento estos delitos y su impacto en la migración se encuentran tratados de forma particular en la Convención de Palermo y sus distintos protocolos.



t13.cl

Por otro lado, se debe consagrar el derecho de admisión que tienen los Estados para decidir, establecer requisitos de ingreso y salida del territorio nacional. En este sentido, el contenido del derecho a migrar no puede estar por sobre las decisiones que el Estado, en ejercicio de su soberanía, decida establecer –siempre y cuando se respete la dignidad de las personas y los requisitos sean posibles de cumplir-. Por tanto, la política migratoria debe definir los requisitos de ingreso a territorio nacional, a fin de excluir elementos que puedan generar un potencial daño a la convivencia social.

Ahora bien, los flujos migratorios masivos que se han ido sucediendo en el último tiempo provienen de graves crisis contra el Estado de Derecho en los países de origen. Si bien los países no tienen límites a su capacidad de recepción, es evidente que los flujos migratorios masivos, los cuales consisten en verdaderos *shots* de personas, pueden generar desestabilidad interna en el interior del país. Por lo tanto, la administración debe tener herramientas que permitan tomar medidas, tanto en el orden interno como en el externo, a través del multilateralismo.

Por último, las sanciones a migrantes que cometan ilícitos en nuestro país, ya sean de naturaleza penal o administrativa-migratoria, deben ser proporcionales a los ilícitos cometidos y, con ello, la ejecución de las sanciones debe respetar la dignidad humana de las personas migrantes.

El fenómeno migratorio crea las condiciones para pensar y proyectar el país que queremos construir, y abordar las oportunidades que se generan. El proyecto de ley actual aborda los principales nudos críticos contenidos en la legislación actual. No obstante, la nueva institucionalidad deja los gobiernos de turno la responsabilidad de establecer ejes y definir las estrategias para abordar este fenómeno. Ante este escenario, se debe seguir un camino de respeto a la condición de persona de los extranjeros, en razón de ello el Estado no debe entender a este grupo humano como entes desvalidos, sino que debe facilitar su inserción en la vida social y económica a través de la eliminación de las barreras innecesarias que lo impiden. Todo lo anterior es insostenible si no se dota a la autoridad de herramientas para hacer frente a las externalidades negativas que se pueden generar fruto de la migración.



Capullo 2240, Providencia.

[www.fjguzman.cl](http://www.fjguzman.cl)

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman