

CAPÍTULO I

REGULACIÓN INMIGRATORIA: PROPUESTAS PARA UNA MEJOR REFORMA

Isabel Aninat, Lucas Sierra**

RESUMEN

Este capítulo aborda el marco regulatorio de la inmigración en Chile. Ese marco fue establecido en 1975 mediante el Decreto Ley N° 1.094. Después de más de 40 años de vigencia, existe consenso en que él ha devenido insuficiente para regular las características y complejidades contemporáneas que exhibe la inmigración. Por ejemplo, el contexto normativo internacional, al que el Estado de Chile se ha integrado, es más exigente en materia de derechos humanos. Pero existen también otras insuficiencias del Decreto Ley N° 1.094. Aquí se analizan dos en especial. La primera es la escasa envergadura institucional del órgano encargado de la inmigración, el Departamento de Extranjería y Migración, lo que le impide llevar adelante la coordinación intersectorial que esta regulación exige. La otra es la excesiva discrecionalidad que dicho órgano tiene en materias sensibles desde el punto de vista de los derechos de las personas. Actualmente hay una reforma legislativa en curso para cambiar este marco regulatorio. El proyecto de ley que se discute aborda ambas deficiencias. Este capítulo sostiene que dicho proceso está bien encaminado para resolverlas, pero agrega que todavía quedan espacios para mejoras. Por ejemplo, alerta respecto de la necesidad de mejorar la coordinación no sólo interministerial, sino, también, entre el Gobierno central y las autoridades subnacionales, autoridades estas últimas que son muy importantes para la integración de los inmigrantes. Se concluye con propuestas para ello.

N. de los A.: Los autores agradecen la ayuda de Patricio Trincado en la investigación que precedió a este capítulo, y a Reginaldo Flores, encargado de "Territorio" del Departamento de Extranjería y Migración, por la útil información que nos entregó sobre el funcionamiento práctico de la sección a su cargo.

* Centro de Estudios Públicos (CEP).

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo trata sobre la regulación de la inmigración en Chile y, especialmente, de la institucionalidad que la opera. Se refiere a la regulación en general y no a las sectoriales que, como la de educación o salud, son abordadas en los respectivos capítulos de este libro.

El capítulo enfrenta un desafío especial: su objeto es una realidad que está en proceso de reforma. Al momento de escribirlo, en el Congreso avanza un proyecto de ley, en segundo trámite constitucional en el Senado, para reformar la legislación vigente, establecida por el DL 1.094 en 1975. Se trata de un proceso de reforma que empezó en 2013 y que se encuentra, al momento de escribir estas líneas, en segundo trámite constitucional en el Senado. Para reducir el riesgo de obsolescencia, este capítulo se concentra en dos puntos de la legislación respecto de los cuales se ha venido generando consenso, lo que autoriza suponer que se convertirán en ley. Estos puntos son la reducida envergadura institucional de la estructura que hoy se encarga de la inmigración y la excesiva discrecionalidad administrativa que en algunas materias tiene esa estructura.

Se sostiene aquí que esta reforma legislativa en curso está encaminada a corregir ambas cuestiones, lo cual es positivo, aunque podría hacerse mejor mediante una corrección más profunda. Sugerencias en tal sentido se entregan en la conclusión.

El argumento se desarrolla así: En la sección que sigue (sección 2), y a objeto de entender cómo se llegó a la regulación vigente, se da cuenta de la evolución regulatoria sobre la inmigración desde los inicios de la República. Luego en la sección 3 se describe la regulación vigente y su escasa envergadura institucional, que le impide procesar la complejidad de la inmigración como fenómeno y le dificulta la coordinación intersectorial que esta complejidad requiere. En la sección 4 se estudia la crítica que la literatura y la jurisprudencia han hecho del otro defecto de la regulación: la excesiva discrecionalidad que permite. Luego en la sección 5 se examina el modo en que la reforma legislativa se viene haciendo cargo de ambos defectos y un aspecto en que podría mejorarse: la capacidad de coordinación interinstitucional de la futura institucionalidad. En la sección 6 se desarrolla esta sugerencia de mejora a la luz de la literatura comparada y de los desafíos que para la coordinación plantea en Chile la reforma ya aprobada sobre gobiernos regionales y provinciales, además de la situación municipal. Por fin, en la sección 7 se concluye con recomendaciones de política pública.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La inmigración ha sido objeto del Derecho chileno desde los tempranos tiempos de la República. Durante el siglo XIX las normas reflejaron el esfuerzo estatal por atraer inmigrantes europeos a fin de poblar el territorio y, principalmente, para que desarrollaran ciertas industrias (para mayores antecedentes históricos ver Mascareño en este volumen).

Esta manera de enfocar la inmigración, como esfuerzos específicos del Estado por lograr el ingreso al país de capital humano con ciertas características, continuó en el cambio de siglo. A mediados del siglo XX, sin embargo, la inmigración empezó a adquirir un lugar en la administración pública. Dicho proceso de institucionalización alcanzó su cima en 1975, con el DL N° 1.094, que estableció normas sobre extranjeros en Chile y que aún se encuentra vigente. Antes de detenerse en esta norma y en la institucionalidad que creó, se dará una rápida mirada a las políticas y normas que la precedieron.¹

Las primeras decisiones públicas sobre inmigración se tomaron poco después de la independencia de Chile. Una ley de 10 de abril de 1824, por ejemplo, ofrecía garantías a los extranjeros que se instalaran en el país y se dedicasen a la agricultura o fundaran industrias. El foco de esa regulación estuvo, como se explicaba, en la atracción de inmigrantes europeos mediante una búsqueda activa por parte del Estado. Esto se hizo a través de oficinas que el Estado abrió en el extranjero, las que ofrecían incentivos y beneficios a quienes cumplieran con el perfil requerido. Otra ley importante fue la de fecha 18/11/1845, llamada “Ley de colonización”, que dispuso:

autoriza al Presidente de la República para que en seis mil cuadras de los terrenos baldíos que hai en el Estado, pueda establecer colonias de naturales i extranjeros que vengan al pais con ánimo de avecindarse en él i ejerzan alguna industria útil; les asigne el número de cuadras que requiera el establecimiento de cada uno (...) para que les ausilie con los útiles, semillas i demas efectos necesarios para cultivar la tierra i mantenerse el primer año (...).

El Censo de 1854 da cuenta que la población inmigrante en Chile era de 1,36 por ciento. En el contexto de una escasa población, principalmente rural, además, y frente a la necesidad de potenciar la industria y agricultura, se creó en 1872 la Oficina General de Inmigración en la Sociedad Nacional

¹ Además de las normas jurídicas pertinentes, se consultaron: Schewcik (2016), Gutiérrez (1989), Dellacasa y Hurtado (2015, 11-41), además de los informes y memorias de los Censos históricos disponibles en <https://www.ine.cl/estadisticas/censos/censos-de-poblacion-y-vivienda>

de Agricultura.² Entre sus funciones estaban las de desarrollar y fomentar las “colonias”, preparar la instalación de los colonos y proponer la instalación de Agencias de Inmigración dentro y fuera del país. Es así como, a partir de 1880, se empezaron a abrir esas oficinas: en 1888 se creó el cargo de Agente General de Colonización Europea, primero en España, luego en Suiza; en 1889 se estableció la Oficina de Inmigración en Santiago para destinar a los inmigrantes en el territorio nacional; y en 1895 el “Reglamento de inmigración” refundió todas las disposiciones vigentes en la materia y le entregó a la Sociedad de Fomento Fabril la facultad de coordinar la inmigración industrial. Este último hecho es especialmente revelador del objetivo que el Estado perseguía con la inmigración.

El cambio de siglo trajo algunos problemas. En 1905 la escasez de presupuesto significó el cierre del programa de atracción de inmigración europea creado en torno al mencionado “Reglamento de inmigración” de 1895, el que sería entonces reemplazado por el “Reglamento de inmigración libre”. En 1907 se estableció la Agencia General de Inmigración en Italia, para coordinar la inmigración europea y publicitar la migración hacia Chile. También en 1907, la Inspección General de Tierras y Colonización pasó a depender del Ministerio de Colonización fundado el mismo año, junto con una Oficina de Mensura de Tierras, creada simultáneamente. En cualquier caso, los esfuerzos desplegados por el Estado hasta ese momento parecen haber sido efectivos: el Censo de 1907 dio cuenta de que los inmigrantes alcanzaban un 4,14 por ciento de la población en Chile, cifra que fue la máxima histórica por más de un siglo, hasta la ola migratoria reciente.

Pasaron los años y, en mayo de 1945, se creó una nueva institución migratoria: la Comisión Coordinadora de la Inmigración. Una vez más, ella nació a partir de un diagnóstico que acusaba un déficit demográfico y, en especial, la falta de inmigrantes con capital cultural, pues —se pensaba— las naciones latinoamericanas con mayor desarrollo económico tenían una mayor cantidad de personas de origen europeo. Además, parecía necesario preparar la llegada de los inmigrantes que se alejarían de Europa tras la Segunda Guerra Mundial. Siete años después, los resultados no eran muy auspiciosos: el Censo de 1952 mostraba que la población inmigrante en Chile era solo de 1,6 por ciento.

En 1953, con Carlos Ibáñez nuevamente en el poder, se dictó el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 69 que, por primera vez, reguló la inmigración de forma más sistémica, aunque todavía con un fuerte acento en una inmigración dirigida.³ Este DFL dio origen a un órgano encargado de la materia al

² Mediante el Decreto N° 04/1872 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Minrel).

³ Los considerandos de esta norma son especialmente elocuentes: “Que una inmigración seleccionada producirá el aumento de la población, el mejoramiento técnico de la misma y una racionalización en el consumo que elevará el estándar de vida del país; Que la inmigración con elementos de selección contribuirá a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza”.

interior de la administración pública: el Departamento de Inmigración, bajo la dependencia del Ministerio de Relaciones Exteriores. La perspectiva más sistémica que adoptó la norma se ve en el ámbito de competencia asignado al nuevo departamento: proponer las iniciativas para una política de inmigración, ejercer la supervigilancia y control de la entrada y permanencia de los inmigrantes, conocer y resolver las solicitudes de contratación de inmigrantes que no se hubieren formulado en los consulados, y resolver la reconsideración de peticiones de visas ante el rechazo en los consulados.

Dichas atribuciones no distan demasiado de las que hoy tiene el Departamento de Extranjería y Migración (en adelante, DEM), ni de las que hoy se debaten en los proyectos de ley que buscan reformarlo para mejorar las condiciones institucionales para el diseño de una política migratoria adecuada, contar con un mejor acceso a la información que los diversos órganos del Estado tienen sobre los inmigrantes, y lograr una mejor coordinación entre ellos. Por ejemplo, el Art. 4° del DFL N° 69 de 1953 establecía que el Departamento de Inmigración tenía la facultad “para recabar ayuda y colaboración de cualquier repartición pública o servicio estatal, autónomo o semifiscal, en materia de su competencia”, pudiendo solicitar, en caso de negativa o negligencia, una investigación sumaria a la Contraloría General de la República.

Algunos años después, la Ley N° 13.353 de 1959 dispuso que los extranjeros podían ingresar a Chile en calidad de inmigrantes, turistas, residentes y residentes oficiales; y en 1960 el Decreto Supremo N° 5.142 fijó las disposiciones sobre la nacionalización de extranjeros.

El paso siguiente en esta historia fue dado en 1975 con la dictación del DL N° 1.094, que estableció normas para los extranjeros en Chile. Su reglamento fue fijado por el Decreto Supremo N° 597 de 1984. A estas normas—que configuran la regulación vigente— se dedica la sección que sigue.

3. LA REGULACIÓN VIGENTE

Si bien se han dictado algunas normas relativas a la inmigración durante los últimos años, entre ellas la reforma constitucional de 2005 que modificó las materias de nacionalidad, como también la Ley N° 20.430 de 2010 sobre protección de refugiados y la Ley N° 20.507 de 2011 sobre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, la regulación de la inmigración sigue siendo, en lo fundamental, la contenida en el mencionado DL N° 1.094 de 1975.

Esta regulación, diseñada en dictadura y en un contexto de Guerra Fría, cuando el interés de las autoridades era el control más estricto y desconfiado del flujo de personas por la frontera (Doña-Reveco y Levinson 2013, 72), ha devenido defectuosa con el retorno de la democracia, la apertura de Chile al mundo y el renovado interés que el país viene generando a la inmigración.

En tales condiciones urge revisar una normativa diseñada para otro contexto. De ahí que hoy se encuentre en tramitación legislativa un cambio integral a la regulación de 1975.

Esto es parte de una tendencia mundial, en la que ha aumentado la preocupación por la llamada “gobernanza migratoria”.⁴ Por ejemplo, en 2016 las Naciones Unidas puso en marcha los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), buscando poner a la pobreza, proteger el planeta y garantizar la paz y prosperidad para todas las personas.⁵ La meta 10 de los ODS, que apunta a la reducción de las desigualdades, incluye: “facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas” (Meta 10.7).⁶ A partir de esta meta la Organización Internacional para la Migración (IOM, por sus siglas en inglés) estableció un marco de referencia para la gobernanza migratoria (106th Session, C/106/40 *Migration Governance Framework* 2015). Uno de sus principios básicos es el diseño de una política pública basada en evidencia y usando un enfoque de coordinación interinstitucional (*whole-of-government approach*).

Conforme a dicho principio, una regulación correcta de la inmigración en un país que, como Chile, está en principio abierto a ella, debería perseguir tres objetivos simultáneamente: lograr una asimilación económica adecuada de los inmigrantes,⁷ velar por una migración ordenada y regular, y tratar a los inmigrantes como los sujetos de derechos humanos que son.

Para cumplir con esos objetivos, la regulación debe, por una parte, contar con una institucionalidad que sea capaz de procesar la inmigración como el fenómeno complejo que es y, por la otra, estar dotada de competencias y procedimientos administrativos suficientes, pero lo menos discrecionales que sea posible.

Son, por cierto, objetivos valiosos. Si se les usa para evaluar la regulación establecida en 1975, dos defectos asoman de inmediato. Primero, ella no tiene la envergadura institucional para tratar la inmigración en su complejidad contemporánea, por lo que carece de las condiciones para alcanzar el objetivo de asimilación económica y el de garantizar derechos fundamentales. Segundo, es una regulación que apunta al objetivo de orden y seguridad, pero que adolece de una gran discrecionalidad administrativa, lo que, por lo

⁴ No existe una definición única de “gobernanza migratoria”, pero una opción posible es: “La combinación de normas, legales y regulatorias, políticas públicas y costumbres, así como la estructura organizacional (subnacional, nacional e internacional) y los procesos relevantes que moldean y regulan la manera como el Estado se aproxima a la migración en sus distintas formas, abordando los derechos y obligaciones y la promoción de la cooperación internacional”. (IOM Glossary on Migration 2018) (traducción propia).

⁵ <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>

⁶ <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>

⁷ Ver, al respecto, Fuentes y Vergara en este volumen.

pronto, pone en riesgo el objetivo de garantizar los derechos humanos de los inmigrantes.

La regulación está radicada en el Ministerio del Interior y Seguridad Pública (el Ministerio del Interior), es decir, en el centro político de la administración del Estado, a cargo del orden y la seguridad.⁸ Sin embargo, el núcleo operativo de ella es el dem. Se trata de un órgano dependiente de la Subsecretaría del Interior, de quinto rango jerárquico, sin un presupuesto aparte definido en la Ley de Presupuestos ni jefaturas con atribuciones directivas. Así, se ubica en el mismo rango que los Departamentos de Acción Social, de Estadío Seguro, de Diario Oficial o la Unidad de Relaciones Internacionales y la Oficina de Exonerados del Ministerio del Interior.⁹

El DEM no tiene el calado necesario para regular el fenómeno migratorio en toda su complejidad. Para hacerlo, se necesita una mirada sistémica y, por lo mismo, interinstitucional. Esta mirada supone capacidades de coordinación al interior de la vasta administración del Estado, una coordinación que tiene dos sentidos: horizontal y vertical. El primero, con otros ministerios; el segundo, con los niveles subnacionales del Gobierno y la administración (regiones, provincias y comunas). Un órgano, como se ha dicho,

⁸ El Art. 91° del DL N° 1.094 establece el ámbito de competencia del Ministerio del Interior de esta manera:

- 1.- Proponer la política nacional migratoria o de extranjeros con informe de los organismos que tengan injerencia en cada caso;
- 2.- Supervigilar el cumplimiento de la legislación de extranjería y proponer su modificación o complementación y aplicar, a través del Departamento de Extranjería y Migración, las disposiciones del presente decreto ley y su reglamento;
- 3.- Conocer e informar al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre los tratados o Convenios internacionales que contengan disposiciones sobre materias de carácter migratorio o de extranjería;
- 4.- Habilitar (...) los lugares de ingreso y egreso de extranjeros;
- 5.- Establecer, organizar y mantener el Registro Nacional de Extranjeros;
- 6.- Prevenir y reprimir la inmigración o emigración clandestinas;
- 7.- Aplicar las sanciones administrativas que correspondan a los infractores de las normas establecidas en este decreto ley;
- 8.- Disponer la regularización de la permanencia de los extranjeros que hubieren ingresado o residan en Chile irregularmente u ordenar su salida o expulsión;
- 9.- Impartir instrucciones para la mejor aplicación de este decreto ley;
- 10.- Delegar en las autoridades de Gobierno Interior las facultades que sean procedentes;
- 11.- Declarar, en caso de duda, si una persona tiene la calidad de extranjera.

Por su parte, el Art. 93° dispone: Al Departamento de Extranjería y Migración le corresponderá ejecutar los decretos, resoluciones, órdenes e instrucciones que dicte el Ministerio del Interior en conformidad a este decreto ley y a su reglamento.

⁹ Además del Ministerio del Interior, el DL N° 1.094 entrega atribuciones o deberes sustantivos en materia migratoria a algunos de sus organismos relacionados: la Policía de Investigaciones (a cargo del control de ingreso y salida del país), los intendentes regionales y gobernadores provinciales (aplicación de sanciones, incluyendo la expulsión, en ciertos casos). A ellos se suma el Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, para la tramitación y/o el otorgamiento de aquellas visas que se solicitan en el extranjero (en consulados) o ciertos tipos de visas, y la negociación de convenios y tratados internacionales en la materia.

ubicado en el quinto nivel de la pirámide administrativa, sin presupuesto aparte definido legalmente y carente de atribuciones de dirección, no tiene el músculo que semejante coordinación requiere.

La propia práctica regulatoria durante los últimos años ha venido demostrando esta deficiencia. Por ello, ha habido un esfuerzo de la administración del Estado por generar instancias que buscan, precisamente, promover coordinación interinstitucional. A pesar de que el Ministerio del Interior debiera proponer una política nacional migratoria con informes de los organismos que tienen injerencia (Art. 91 N° 1 del DL N° 1.094), ello no ha ocurrido como se hubiese esperado. Si bien los primeros intentos por elaborar políticas migratorias se dieron en la década de 1950, no se repitieron sino hasta el regreso a la democracia¹⁰ y, con mayor énfasis, a partir de los 2000 con publicaciones del DEM y del Ministerio del Interior (Doña-Reveco y Mullan 2014, 4). Fue, finalmente, a través de dos instructivos presidenciales, uno en cada administración, que la Presidenta Bachelet estableció políticas nacionales más formales en materias migratorias.¹¹

Ambos instructivos dan cuenta de la necesidad de una mayor coordinación interinstitucional que responda a la multidimensionalidad característica de la inmigración. Para esto los instructivos crearon el Consejo de

¹⁰ En 1993, el gobierno de Patricio Aylwin envió un proyecto de ley para una nueva ley migratoria Boletín N° 1.114-06 (archivado). Para mayores detalles sobre las políticas de los noventa ver Mascareño en este volumen.

¹¹ En su primer gobierno, mediante el Instructivo Presidencial N° 09/2008 estableció las instrucciones para una política nacional migratoria con los siguientes ejes: (a) Chile, país de acogida, (b) integración de los inmigrantes, (c) tratamiento internacional de la temática migratoria y (d) capacidad de regulación y administración. Se fijaron como principios de la política nacional migratoria: (i) residencia y libertad de circulación, (ii) libertad de pensamiento y de conciencia, (iii) acceso a la residencia en condiciones igualitarias y debidamente informadas, (iv) acceso a la justicia, (v) integración y protección social de los inmigrantes, (vi) respeto a los derechos laborales de los trabajadores extranjeros en Chile, (vii) no discriminación, (viii) regularidad de los flujos migratorios, (ix) reunificación familiar, (x) participación ciudadana en la gestión migratoria.

En su segundo gobierno, mediante el Instructivo Presidencial N° 05/2015 estableció como ejes de la política nacional migratoria: (1) enfoque transversal de derechos humanos, (2) enfoque transversal de género, (3) principio de no discriminación y de consideración de los grupos vulnerables, (4) acceso a la justicia en condiciones de igualdad, (5) Chile país intercultural, (6) regularidad migratoria, (7) el empleo como mecanismo de inserción social, (8) facilitación de la movilidad de las personas, del conocimiento para el desarrollo y la innovación, (9) integralidad de la política y gestión migratoria, (10) vinculación y asociatividad para con los nacionales residentes en el exterior, (11) responsabilidad compartida, (12) participación en las políticas públicas migratorias, (13) Chile, país de asilo y refugio, (14) migración segura, y (15) registro e información como soporte de la política migratoria. Y se fijaron como instrucciones: (a) mantener la definición de migración internacional recogida en el Instructivo Presidencial N° 9/2008, (b) avanzar hacia el establecimiento de un Sistema Nacional de Migración, (c) fortalecer la institucionalidad en la gestión migratoria, y (d) poner en práctica un plan de acción sobre migración.

Política Migratoria y el Consejo Técnico de Política Migratoria.¹² Así, parte de las labores encargadas a dichos consejos buscaban promover la coordinación en materia migratoria entre los distintos ministerios y servicios, producir estudios sobre el tema con información de los distintos organismos involucrados y generar un registro integrado de datos.

Como demuestran los informes del Consejo Técnico de Política Inmigratoria (DEM 2017), el hecho de que el Gobierno central haya tenido que hacerse cargo de los aspectos sectoriales de la inmigración ha generado un alto nivel de dispersión e incoherencia. Por ejemplo, el informe *Fuentes de información sobre población migrante en los servicios del Estado* da cuenta de las múltiples formas en que se identifica y caracteriza a los inmigrantes dependiendo de la repartición pública de que se trate. En los 11 ministerios y 30 servicios dependientes revisados en el informe, se observan tres tipos de fuentes de información utilizadas (registros administrativos, el Censo y encuestas), pues ellos tienen distintos objetivos, variables y niveles de cumplimiento, sin un entendimiento recíproco. Hay casos ilustrativos: debido al otorgamiento de RUT provisorios para permitir la atención de los inmigrantes sin identificación en el sistema público de salud, se teme un eventual colapso del sistema informático de la Superintendencia de Salud. Asimismo —señala el informe—, hay errores de conceptualización entre migrantes irregulares e indocumentados en el Servicio Nacional de Menores; el Instituto de Previsión Social no cuenta con información detallada para identificar la población a la que atiende; y el Servicio de Impuestos Internos advierte que necesita mayor información respecto de las visas dado que desconoce el significado, creación y formulación de cada una, lo que condiciona la posibilidad de abrir un negocio que emita boleta o factura (DEM 2017).

Todo lo anterior demuestra que la falta de densidad legal y de lineamientos transversales en esta materia tiene implicancias concretas para la formulación de políticas públicas, lo que se ve acentuado por las características orgánicas ya apuntadas del DEM. Esta deficitaria situación tiene que ver con la ausencia en el mencionado DL N° 1.094 de principios orientadores y mecanismos de acceso por parte de los inmigrantes al goce de sus derechos humanos. En una diversidad de asuntos, la administración del Estado ha tenido que adaptar su actuar sobre la marcha ante el vacío legislativo y la

¹² El Consejo Técnico de Política Migratoria estableció su funcionamiento en base a seis grupos técnicos: asuntos internacionales y derechos humanos, interculturalidad, asuntos laborales e innovación, inclusión social, participación ciudadana, coordinación con emigración, e información y seguimiento. Al haber sido creados por Instructivos Presidenciales, padecen de una intensa precariedad institucional. Ver, por ejemplo, los cambios que ha sufrido el Consejo de Migraciones, disuelto en 2018, para ser reemplazado por un nuevo Consejo Consultivo Nacional en 2019 <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=544957>

obligación de dar cumplimiento a un conjunto de compromisos internacionales.¹³

Aunque esta regulación debe ser flexible para adaptarse a los cambios de la inmigración —cambios que, en muchos casos, responden a factores externos—, dicha flexibilidad no puede transformarse en una discrecionalidad excesiva o, a final de cuentas, en arbitrariedad. La actual regulación ha exhibido, precisamente, este defecto. Han sido los mencionados compromisos internacionales los que en parte lo han develado. Hay un conjunto de tratados y convenciones internacionales suscritos por Chile que, directa o indirectamente, tienen que ver con la migración e influyen en el modo en que se ha venido articulando nuestro sistema jurídico en torno a ella. Esto se ve especialmente en dos materias vinculadas entre sí: las visas y permisos de residencia, por una parte; y las prohibiciones de ingreso y la expulsión del país, por la otra.

Sobre los ya referidos defectos de la regulación de 1975, a saber, la falta de envergadura institucional y la excesiva discrecionalidad administrativa, puede afirmarse que existe conciencia, en especial sobre la segunda. En efecto, hay literatura que en el último decenio se ha preocupado de ella y también lo ha hecho varias veces, de modo elocuente, la jurisprudencia judicial y la del Tribunal Constitucional (TC). Asimismo, la discusión legislativa que, desde 2013, se viene desplegando para reformar esta regulación intenta subsanar ambos defectos. Como se argumentará más adelante, la reforma parece bien encaminada, pero es aún insuficiente especialmente en un aspecto de la coordinación interinstitucional. Antes que eso, en la sección que sigue se revisa la literatura respectiva y alguna jurisprudencia relevante.

¹³ Estos instrumentos internacionales incluyen: la Declaración universal de derechos humanos, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los derechos del niño, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención sobre el estatuto de los refugiados, la Convención de Viena sobre relaciones consulares, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará. También hay un conjunto de estándares internacionales, caracterizados por una menor fuerza normativa y que, por lo mismo, se suelen llamar “normas de soft law”: opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y observaciones de los comités especializados de la ONU.

4. LITERATURA Y JURISPRUDENCIA CRÍTICAS DE LA REGULACIÓN VIGENTE

4.1. *Literatura*

Existen diversos diagnósticos sobre los defectos del DL N° 1.094. Se la considera una regulación desactualizada, lo que ha dado lugar a llamados de atención en reiteradas oportunidades (INDH 2013; 2016; 2017; 2018; Comisión Nacional de Productividad 2016, 25).

Una de las materias que ha generado especial preocupación es el silencio del DL N° 1.094 respecto de la materia de derechos de los inmigrantes, sobre todo a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (INDH 2013, Centro Derechos Humanos UDP 2014, Díaz 2016). Este vacío ha generado discriminaciones en materia de acceso a derechos y a incoherencias en la actuación de la administración del Estado.¹⁴ En particular, se ha enfatizado la situación de los niños, niñas y adolescentes inmigrantes y su acceso a derechos, especialmente a la educación (INDH 2013, 158-159; Centro Derechos Humanos UDP 2017), como también los derechos laborales (Azócar 2016), de protección social (De las Heras 2016) y acceso a la salud (Centro de Derechos Humanos UDP 2015) de la población inmigrante en Chile.

Otra cara es la ya mencionada discrecionalidad de las autoridades administrativas en materia migratoria (INDH 2013, 153). Tal discrecionalidad se ha ejercido decretando la expulsión del país, prohibiendo el ingreso, y en materias de visas y permisos. Esto ha motivado la interposición de acciones ante el Poder Judicial y el TC (INDH 2013, 160). A continuación, se revisan algunas decisiones relevantes de la Corte Suprema (CS) y del TC sobre estas materias.

4.2. *Jurisprudencia*

Si bien ha habido decisiones que en ciertos casos confirman el ejercicio de las amplias facultades que el DL N° 1.094 da a la autoridad competente en materias de inmigración, otras han resultado críticas y las han invalidado,

¹⁴ Por ejemplo, en 2013 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas observó respecto del informe periódico de Chile “su preocupación por que los migrantes, particularmente los de origen latinoamericano, continúan enfrentándose a discriminación y obstáculos en el ejercicio de sus derechos. Además, nota con preocupación que ciertos medios de comunicación califican a los migrantes con prejuicios y estereotipos. Con respecto a los trabajadores migratorios en situación irregular en Chile, preocupa al Comité que el principio de *ius soli* no se aplique a sus hijos, lo que, en algunos casos, podría conllevar a niños y niñas apátridas (arts. 2 y 5)” y su “preocupación por las alegaciones de comentarios abusivos y discriminatorios que han sufrido migrantes y solicitantes de asilo...” CERD/C/CHL/CO/19-21, párr. 18 y 19.

configurando una jurisprudencia relevante, pues es coherente con la misma crítica que hace la literatura sobre la excesiva discrecionalidad. Y, más importante aún, es coherente con los compromisos internacionales que el Estado de Chile ha contraído a este respecto. Sin duda, la misma crítica perceptible en el puñado de fallos que se estudian más abajo subyace también en la actual discusión legislativa que pretende reformar la regulación.

Los fallos se han concentrado en la prohibición de ingreso, en la expulsión de extranjeros, en la exigencia de visas y en la negación de permisos de residencia. En varios casos, los afectados por esas medidas han entablado acciones de protección y amparo. En algunos otros se han servido del recurso de reclamación que establece el DL N° 1.094 de 1975. Y en otros, en fin, algunos parlamentarios han pedido el pronunciamiento del TC. A continuación, algunos ejemplos.

Fallando una acción de amparo en 2009 (Rol N° 8635-2009), interpuesta contra el DEM por su negativa a conceder la residencia definitiva a un ciudadano alemán, expulsándolo del país, la CS sostuvo:

Que la discrecionalidad de las facultades conferidas a la administración y específicamente al Ministerio del Interior en el artículo 13 y 64 del D.L. N° 1.094 de 1975, no inhibe la competencia jurisdiccional para examinar los motivos que sirven de fundamento a la expulsión decretada a través del Decreto Supremo N° 35.248 y que se hacen consistir, exclusivamente, en la suficiencia del antecedente representado por la existencia de una orden de captura internacional contra el amparado (...) Que tal motivación resulta ser del todo insuficiente, con solo considerar que esta misma Corte rechazó la extradición solicitada por el Estado Alemán (...) fundada tanto en la prescripción del delito imputado, cuanto en la insuficiencia de los antecedentes hechos valer para justificar la solicitud en orden a extraditar al recurrente, como ya antes se señaló (...) Que, en este contexto, la ausencia de motivación razonable equivale a la arbitrariedad, que este órgano jurisdiccional es llamado a declarar y que obsta a la validez del acto administrativo impugnado, el que debe estimarse nulo y, en tal virtud, el recurso de amparo interpuesto habrá de acogerse.

Algún tiempo después, en 2013, resolviendo en segunda instancia una acción de protección (Rol N° 17007-2013), la CS determinó que el actuar del Ministerio del Interior al multar y expulsar del país a una ciudadana argentina no fue “proporcional y/o ecuaníme a los actos desarrollados por ésta”. Tales actos tuvieron que ver con un error de buena fe en que dicha ciudadana incurrió respecto de su permiso de permanencia en Chile.

En el fallo de otro amparo dos años después (Rol N° 5163-2015), esta vez interpuesto contra la PDI por un ciudadano peruano que fue detenido en el aeropuerto Arturo Merino Benítez, prohibiéndosele ingresar al país, la CS sostuvo:

(...) resulta improcedente someter al extranjero que se presenta como turista ante la autoridad policial —y que cumple los requisitos legales demandados en tal calidad— a una indagación sobre otros motivos mediatos para su ingreso al país —que no guarden relación con una actividad criminal, desde luego—, si el propio D.L. N° 1.094 en su artículo 49 autoriza al turista a solicitar el cambio de su calidad por la de residente o residente oficial, según proceda, en los casos que la misma norma enuncia (...) a juicio de esta Corte el acto administrativo de prohibir al amparado el ingreso al país, aparece como secuela de una sucesión de actuaciones cuya racionalidad y fundamento no se logran vislumbrar, lo cual vuelve el acto impugnado ilegal y arbitrario, pues de aceptarse el procedimiento de los agentes policiales objeto de la acción de amparo importaría abandonar al mero capricho del funcionario policial la decisión y discriminación entre los turistas extranjeros a quienes se permite y prohíbe el ingreso al país.

Conociendo dos recursos de reclamación que establece el DL N° 1.094, la CS sostuvo en 2014 lo que sigue. En la sentencia Rol N° 24188-2014 se refirió al caso de un ciudadano colombiano a quien se le rechazó su solicitud de visa por el hecho de que tenía antecedentes penales en su país de origen, ordenándose su expulsión de Chile. Él había cumplido la pena a que había sido condenado en su país hacía diez años. La CS argumentó:

Que el mencionado decreto [reclamado] se ampara en lo previsto en los artículos 67 inciso final, 84, 89 y 90 del Decreto Ley N° 1094, a consecuencia de haberse rechazado la solicitud de visación presentada por el reclamante, porque no cumpliría ‘suficientemente’ los requisitos señalados por la Ley de Extranjería (...) El inciso final del precepto citado consigna como causa de rechazo de una solicitud de permanencia las razones de conveniencia o utilidad nacionales. Tales definiciones son conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica que a ellos debe otorgarse un contenido concreto por parte de la autoridad que los utiliza. Dentro de ese contexto, surge que los conceptos en examen tienen relación con la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad, por cuanto respaldan el interés, en general, de la Nación. Sin embargo, el acto irregular que motivó la decisión de rechazo de la solicitud de visación y abandono del país respecto del solicitante, no aparece como una transgresión que afecte los intereses que se pretende tutelar a través de la norma en examen, desde que se trata de un hecho que aparece como aislado en la vida de una persona y por el cual cumplió la condena que le fuera impuesta, hace más de diez años (...) Lo anterior lleva a concluir que las decisiones que se han emitido por la autoridad administrativa y que tienen como base la comisión de un hecho delictivo de antigua data, *son desproporcionadas en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida*. Ello torna en ilegal y arbitraria la decisión de rechazar el permiso de permanencia solicitado (...) y, consecuencialmente, la orden de salida y posterior decreto de expulsión (énfasis agregado).

La sentencia de la otra reclamación en el mismo año (Rol N° 17132-2014) se relaciona con el caso de un ciudadano alemán que fue condenado como cómplice del delito de sustracción de menores, concediéndosele el beneficio de la remisión condicional de la pena por el lapso de la condena. Por este motivo se decretó su expulsión del país. La CS razonó así:

Que la gravedad de los hechos imputados al ciudadano extranjero (...) está reflejada en la pena impuesta en la sentencia firme citada en el decreto cuestionado. Por tanto, tratándose de una persona que está cumpliendo en la actualidad esa pena, la cabal motivación del acto cuestionado requeriría la ponderación de otros factores, además de la condena precedente en sí misma. En el caso de la especie, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato —y por tanto un deber— constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales (...) En este entendimiento, no es posible desatender que el reclamante ha permanecido cerca de tres décadas en el país con permiso de residencia definitiva, contrajo matrimonio en Chile, tiene un hijo, y con los documentos aportados a estos antecedentes, quedó claramente establecido que el recurrente ejerce una actividad comercial desde hace larga data, lo cual debe necesariamente ponderarse por la autoridad a fin de resolver adecuadamente sobre la conveniencia o inconveniencia de la permanencia en el país del reclamante (énfasis agregado).

Estos últimos fallos son coherentes con lo que había dispuesto el TC en 2013 (Rol N° 2273-12) al conocer de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por una ciudadana haitiana en el contexto de una acción de protección en contra del Ministro del Interior y del jefe del DEM, con el objeto de impugnar la validez de un decreto que la expulsaba del país. El TC acogió el recurso señalando:

Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos

o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona.¹⁵

La disposición legislativa declarada inaplicable en este caso, y que también está relacionada con otras de las sentencias recién aludidas, es el Art. 13° del DL N° 1.094 de 1975, en especial su primer inciso:

Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visas, 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 (énfasis agregado).

La disposición cuestionada entrega una discrecionalidad a una autoridad administrativa unipersonal que se ha considerado excesiva. En parte importante, este exceso tiene que ver con la indefinición legislativa de las voces “conveniencia y utilidad que reporte al país”.

Al cerrar esta sección, vale la pena citar nuevamente al TC, en su sentencia pronunciada en julio de 2018 (Rol N° 4757-18),¹⁶ en la cual advirtió:

Que, lo dicho, no puede interpretarse en el sentido de que el Estado chileno al dictar sus leyes o decretos pueda comportarse “arbitrariamente” con los extranjeros. El que se le conceda un espacio de discrecionalidad para regular el ingreso, estada y permanencia de los extranjeros en el país, en ejercicio de la soberanía, tal como apuntan acá los diputados requirentes, no significa que las autoridades del caso queden investidas de un poder que, por libérrimo, pueda llegar al extremo de abolir principios tan caros al orden institucional como son los de racionalidad e imparcialidad, antes explicados.

¹⁵ Hay un análisis de esta sentencia desde el punto de vista de la discrecionalidad administrativa en Dellacasa y Hurtado (2015, 109-112).

¹⁶ Un grupo de diputados había interpuesto ante dicho tribunal un requerimiento de inconstitucionalidad contra el DS N° 776 del Ministerio del Interior, que estableció una visa consular de turismo a los nacionales de Haití. El TC rechazó tal requerimiento.

Como se mencionó más arriba, la discusión legislativa que comenzó en 2013 con el objeto de reformar la regulación está consciente de los dos defectos que en este texto se destacan, y se encuentra relativamente bien encaminada para resolverlos. En seguida se revisa cómo intenta hacerlo.

5. LA REFORMA LEGISLATIVA EN CURSO

Durante los últimos años se han propuesto desde el Gobierno dos proyectos de reforma sustancial a la ley de migraciones contenida en el DL N° 1.094 de 1975. El primero fue enviado por el Presidente Sebastián Piñera en 2013 (Boletín N° 8.970-06) y el segundo por la Presidenta Michelle Bachelet en 2017 (Boletín N° 11.395-06). No obstante exhibir diferencias entre sí, ambos cubren todo el espectro de la regulación: declaran principios en materia migratoria, establecen derechos y obligaciones de los extranjeros, esbozan una política nacional de migración y extranjería, listan los requisitos y prohibiciones del ingreso y egreso, las categorías migratorias, el asilo, las obligaciones de terceros, las infracciones y sanciones, la expulsión, las medidas de control administrativo y los recursos, el reconocimiento de los títulos profesionales, las comunicaciones y notificaciones, los chilenos en el exterior y la institucionalidad migratoria (incluyendo, en el proyecto de ley de la Presidenta Bachelet, la creación de un sistema nacional de política migratoria). En 2018, el Presidente Piñera envió indicaciones al proyecto presentado en su primera administración (Boletín N° 8.970-06), el cual fue aprobado en primer trámite por la Cámara de Diputados el 16 de enero de 2019.

Como se ha dicho repetidas veces, el hecho de que el proyecto de ley siga su tramitación al escribirse este libro sugiere enfocarse en sus orientaciones generales. Y, entre ellas, lo que inmediatamente sigue se concentrará en los aspectos que se hacen cargo de las dos deficiencias ya apuntadas: falta de envergadura institucional (5.1) y excesiva discrecionalidad administrativa (5.2).

5.1. *Institucionalidad robustecida*

El proyecto de ley propone la creación de un Servicio Nacional de Migraciones como servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, vinculado al Ministerio del Interior y sujeto a las reglas de la Alta Dirección Pública.

La propuesta separa las facultades de la Subsecretaría del Interior de las de este servicio, sobre el cual la Subsecretaría tiene la supervigilancia. Si bien la Subsecretaría queda con la función de coordinar a los demás organismos

públicos para la aplicación de la ley y su reglamento, el servicio también cuenta con las siguientes atribuciones para la coherencia interinstitucional: llevar a cabo la Política Nacional de Migraciones y Extranjería; recopilar, sistematizar, analizar y almacenar los antecedentes relevantes sobre las migraciones; celebrar acuerdos o convenios; elaborar y desarrollar programas para difundir y promover los derechos y obligaciones de los extranjeros, entre otras. Además, se proponen modificaciones para imponer mayores deberes de información desde otros organismos hacia el nuevo servicio.

La separación de funciones que se haga, por tanto, debe tener especial cuidado de evitar a futuro la superposición de ámbitos de competencias, especialmente entre las facultades que quedan en Gobierno Interior de la Subsecretaría, por una parte, y, por la otra, las asignadas al futuro servicio nacional que se busca crear con la reforma y al que se alude a continuación. Esto, a su vez, supone distinguir entre las facultades que tienen un carácter más político y las que tienen uno más técnico.

La propuesta, introducida como indicación por el Presidente Piñera en su segundo mandato, claramente aumenta la envergadura de la institucionalidad regulatoria.¹⁷ Y lo hace por dos vías: mediante el reemplazo del DEM por un servicio nacional y a través del aumento de las atribuciones del Ministerio del Interior y de la Subsecretaría de Interior en materias de inmigración.¹⁸

Asimismo, y en relación con lo anterior, la propuesta aumenta las capacidades institucionales para la mirada sistémica que requiere una adecuada regulación. Esta es una preocupación presente desde el inicio del proceso de cambio legislativo, y se manifiesta de, al menos, tres maneras que se complementan entre sí: expresando un mayor énfasis en la obligación de contar con una Política Nacional de Migración y Extranjería, decretada por el Presidente de la República a propuesta del Ministerio del Interior; entregando al Ministerio del Interior la facultad de colaborar con los ministerios sectoriales

¹⁷ Si bien algunas autoridades del gobierno de la Presidenta Bachelet se habrían inclinado por una nueva institucionalidad que reemplazara al DEM, el entonces subsecretario del Interior se habría opuesto por considerarla una creación innecesaria de mayor burocracia. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/12/14/930898/Debate-tras-Pacto-Migratorio-En-que-ministerio-deberia-estar-la-Direccion-de-Extranjeria.html>

¹⁸ En algunos casos, dichas atribuciones alteran la relación en materia migratoria con otros organismos públicos. Por ejemplo, la relación entre el Ministerio del Interior y el Minrel. En el proyecto de ley original del Presidente Piñera, se otorgaban mayores atribuciones a Interior en desmedro del Minrel, a diferencia del proyecto de la Presidenta Bachelet, en el que se asignaban mayores funciones al Minrel como autoridad migratoria en el exterior y como vínculo con la comunidad chilena en el exterior. La indicación de 2018 del Presidente Piñera volvió a darle preponderancia a Interior, exigiendo que, al negociar, desahuciar, revisar o enmendar un tratado o convenio internacional de carácter migratorio o de extranjería, el Minrel deba requerir la opinión del Ministerio del Interior.

en la formulación de criterios a la hora de diseñar sus planes y políticas; y creando el Consejo de Política Migratoria. Como se señaló, una política en materia de migraciones es una idea antigua, pero que no se ha materializado debidamente. El proyecto, por lo mismo, pone mayores incentivos para que sea una realidad.

La idea de un consejo multisectorial involucrado en el diseño regulatorio de la inmigración también ha estado presente desde el comienzo en la discusión legislativa, formalizando lo avanzado mediante los Instructivos Presidenciales anteriormente descritos. Aunque en los dos proyectos de ley se contemplaba un órgano de carácter colegiado, su conformación y funcionamiento han sido distintas.¹⁹

¹⁹ El primer proyecto de ley presentado por la primera administración del Presidente Piñera contemplaba un Consejo Interministerial para asesorar al Presidente de la República en la elaboración de la mencionada Política Nacional de Migración y Extranjería, la cual debía ser revisada, al menos, cada cuatro años. Dicho Consejo estaba presidido por el ministro del Interior e integrado por el ministro de Relaciones Exteriores y el de Hacienda. La Subsecretaría de Interior estaba a cargo de la secretaría ejecutiva. El Consejo tenía atribuciones en la definición de las subcategorías migratorias, propuestas por el Ministerio del Interior, las que luego serían definidas por un Decreto Supremo. También se propuso que el Consejo tuviera funciones de seguimiento de los planes sectoriales, por medio de la solicitud de informes y de efectuar recomendaciones en materia migratoria. Además, el Consejo podría, por mayoría absoluta, proponer al ministro del Interior el número y tipo de permisos migratorios que se estiman más adecuados en concordancia con la Política Nacional, por un período de tiempo o zona geográfica determinada. Luego, el proyecto de ley presentado por la segunda administración de la Presidenta Bachelet creaba también un órgano de carácter colegiado: el Comité de Política Migratoria. Su ámbito de competencia incluía la elaboración y actualización de dicha política, el otorgamiento de facultades claras a las autoridades migratorias (Ministerio del Interior y Minrel) y la fijación de la autoridad de control migratorio. Como se ve, respecto de la política migratoria esta propuesta otorgaba mayor competencia al órgano colegiado que la anterior, pues le encargaba definir dicha política y no solo asesorar al Presidente de la República en su formulación. El Comité estaba compuesto por los ministros del Interior (quien lo presidía), de Relaciones Exteriores y de Hacienda, más el ministro de Justicia y Derechos Humanos. A diferencia del proyecto de ley anterior, este permitía que los ministros fueran representados por otros funcionarios y no establecía requerimientos de funcionamiento mínimos por ley. Por último, el proyecto de ley en curso a la hora de escribir este texto sigue contemplando un Consejo de Política Migratoria "como instancia multisectorial responsable de asesorar al Presidente de la República, a través del ministro del Interior, en la elaboración de la Política Nacional de Migración y Extranjería y en la actualización de su contenido y definiciones, de acuerdo a las necesidades y requerimientos del país". Su ámbito de competencias es parecido al del primer proyecto de ley del Presidente Piñera. Llama la atención, sin embargo, que ahora, finalizado el primer trámite legislativo y a diferencia de todas las propuestas anteriores, no se definan sus integrantes. Seguramente se debe a que el punto se está negociando, pues resulta impensable que en el futuro la ley establezca este órgano sin definir su integración. Como sea, la integración propuesta por la Presidenta Bachelet parece la más completa para posibilitar la necesaria mirada interinstitucional (Ministerios del Interior, RREE, Hacienda y Justicia y Derechos Humanos).

No obstante, más allá de las diferencias entre los proyectos, todo indica que la reforma legislativa se dirige a corregir el defecto de la regulación vigente respecto de la escuálida dimensión institucional del regulador, así como su escasa capacidad para generar la perspectiva interinstitucional que la regulación exige. Y lo hace por la vía de crear un servicio nacional, de imponer la dictación de una política nacional en cuya formulación y actualización debe participar un órgano colegiado, integrado —así se espera— por distintos ministerios, y de la función que expresamente se le entrega al Ministerio del Interior en el sentido de colaborar con otros sectores en materias de inmigración.

El panorama es positivo, pero insuficiente por dos razones. En primer lugar, la experiencia comparada (por ejemplo, *The Economist Intelligence Unit* 2016, y OCDE 2018) demuestra que las estrategias migratorias —las políticas nacionales y los respectivos planes sectoriales— deben ir acompañadas de indicadores y publicaciones periódicas que permitan hacerles seguimiento y evaluar su puesta en práctica. Como enseña la historia en esta materia, y en muchas otras, la sola incorporación en la letra de la ley de la coordinación interministerial no es garantía de éxito.²⁰ Por lo tanto, la recolección y publicación periódica de información y análisis permite alertar sobre vacíos y problemas en la coordinación y puesta en práctica de la estrategia migratoria.²¹

En segundo lugar, es insuficiente porque, como se apuntó más atrás, la coordinación aquí tiene dos sentidos: uno horizontal, con los ministerios, y otro vertical, con los niveles subnacionales. Hasta ahora, según se ha visto también, la reforma apunta a robustecer la coordinación horizontal, pero guarda silencio respecto de la vertical. No debería ser tan silente en esto y al menos debería señalar un principio orientador para la regulación administrativa, pues es necesario definir ámbitos de competencia en el nuevo escenario de Gobierno y administración que generará la elección de los gobernadores regionales, junto con los cambios a nivel provincial asociados a ella. Y, también, parece conveniente mejorar la coordinación con las

²⁰ Sobre este punto conviene citar a Pliscoff (2018, 197): “La creación de comités o comisiones interministeriales puede ser un esfuerzo interesante para articular la oferta estatal pero, de acuerdo a la información entregada por los propios ministerios, todo indica que existe un número muy alto de estas instancias sin que exista claridad respecto de su verdadero efecto. A esto se suma el diseño de gestión interna de cada ministerio, el cual no está pensado para articular toda la oferta de los servicios que forman parte de su estructura, organizando todos los instrumentos de gestión en torno a una oferta pública coherente.”

²¹ Esto podría ser especialmente relevante ante un aumento de grandes magnitudes del influjo migratorio, como ha sucedido en numerosas ocasiones en distintos lugares del mundo. Una situación internacional que eleve mucho el número de solicitudes de refugio y asilo puede tensionar la gobernanza migratoria más allá de lo previsto por la regulación. Si bien los proyectos de ley contemplan mejoras al respecto, estas no parecen suficientes para enfrentar crisis como las observadas en otras latitudes.

autoridades que tienen directa y cotidiana interacción con los inmigrantes: las municipalidades. Más aún si uno de los objetivos de la regulación, como declara el proyecto de ley, es su “integración e inclusión” de los inmigrantes.²² Pero antes de abordar este asunto en detalle, algunas observaciones sobre la manera en que la reforma legislativa en curso se hace cargo del segundo defecto: la excesiva discrecionalidad administrativa.

5.2. Discrecionalidad reducida

A diferencia de la regulación vigente, que no manifiesta preocupación alguna por la arbitrariedad en que se puede ocurrir cuando hay discrecionalidad, la reforma ha expresado dicha preocupación desde el primer momento. En esto, como se señaló antes, la reforma es coherente con la crítica que la literatura y la jurisprudencia han hecho al DL N° 1.094 de 1975.

El proyecto de ley en curso sigue una tendencia iniciada con el primer proyecto de ley presentado a este respecto en 2013.²³ Entre los conceptos que el actual proyecto define, se incorpora expresamente la discriminación arbitraria, definiéndola como:

²² Señala el proyecto de ley: “El Estado, a través de la Política Nacional de Migración y Extranjería, propenderá a la integración e inclusión de los extranjeros dentro de la sociedad chilena en sus diversas expresiones culturales, fomentando la interculturalidad, con el objeto de promover la incorporación y participación armónica de los extranjeros en la realidad social, cultural, política y económica del país, para lo cual deberá reconocer y respetar sus distintas culturas, idiomas, tradiciones, creencias y religiones, con el debido respeto a la Constitución Política de la República, la ley y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

²³ El mensaje con que la primera administración del Presidente Piñera inició el proceso expresaba: “Asimismo, se reconoce la igualdad de trato y no se tolera la discriminación arbitraria”. Y una de sus disposiciones establecía: “Igualdad de derechos y obligaciones. Respecto de todo extranjero, el Estado garantizará el ejercicio de los derechos y velará por el cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Constitución Política de la República y las leyes, cualquiera sea su raza o etnia, nacionalidad, o idioma (...). Asimismo, se asegurará a todo extranjero que solicite el ingreso o un Permiso de Residencia en el país, la aplicación de procedimientos y criterios de admisión no discriminatorios. Los extranjeros que se vean afectados por una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria podrán interponer las acciones que correspondan, según la naturaleza del derecho afectado”. Luego, el proyecto de la Presidenta Bachelet, del año 2017, ahondaría en esta preocupación. El correspondiente mensaje señalaba: “(...) los desafíos y oportunidades que presenta la migración han sido objeto de preocupación tanto de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos como de las legislaciones de otros países alrededor del mundo”. Entre las disposiciones que se referían a esta materia, una establecía: “Igualdad y No Discriminación. El Estado reconoce a las y los extranjeros la igualdad ante la ley. Se prohíbe toda diferencia arbitraria fundada en el origen nacional o la situación migratoria de las y los extranjeros, y que cause privación, perturbación o amenaza del ejercicio legítimo de los derechos reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular, cuando se funden en motivos como la raza o etnia, la nacionalidad, situación migratoria, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal, la enfermedad o discapacidad, o cualquier otra condición social.

El proyecto de ley en curso agrega y define entre sus disposiciones, además, la promoción, respeto y garantía de derechos,²⁴ la igualdad de derechos y obligaciones,²⁵ y el debido proceso.²⁶

²⁴ “El Estado deberá proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria. Asimismo, el Estado promoverá, respetará y garantizará los derechos que les asisten a los extranjeros en Chile, y también los deberes y obligaciones establecidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se compromete a adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, para lo cual podrá recurrir, si ello no fuere posible, a la asistencia y cooperación internacional. (...) El Estado asegurará a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación”.

²⁵ “El Estado garantizará, respecto de todo extranjero, la igualdad en el ejercicio de los derechos, sin perjuicio de los requisitos y sanciones que esta ley, en particular, y el ordenamiento jurídico, en general, establezcan para determinados casos. Asimismo, el Estado promoverá la debida protección contra la discriminación y velará por el cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Constitución Política de la República y en las leyes, cualquiera sea su etnia, nacionalidad o idioma (...). A todo extranjero que solicite el ingreso o un permiso de residencia en el país se asegurará la aplicación de un procedimiento racional y justo para la aprobación o rechazo de su solicitud, el que se efectuará bajo criterios de admisión no discriminatoria. Los extranjeros que se vean afectados por una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria podrán interponer las acciones que correspondan, según la naturaleza del derecho afectado. (...) El Estado promoverá el respeto y protección hacia la mujer extranjera, cualquiera sea su situación migratoria, propendiendo a que en todas las etapas de su proceso migratorio no sea discriminada por su género”.

²⁶ “El Estado asegurará a los extranjeros un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en esta ley, de conformidad con los derechos y garantías que les confiere la Constitución Política de la República, con especial consideración a lo dispuesto en el número 3 de su artículo 19, y deberá arbitrar los medios necesarios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a aquellos extranjeros que no puedan procurárselos por sí mismos, y los tratados internacionales suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes”.

Estas definiciones se materializan en algunos mecanismos más concretos que reducen la discrecionalidad administrativa vigente. Por ejemplo, la obligación de contar con una Política Nacional Migratoria, formulada con la mirada de distintos sectores involucrados, facilita la creación de un contexto más definido y estable para la creación de visas y permisos. Además, el proyecto de ley es menos escueto que el DL N° 1.094 en estas y otras materias, por lo que se reduce el ámbito de interpretación de las autoridades administrativas.

Un buen ejemplo de lo anterior es la forma en que se propone regular las visas o autorizaciones previas de ingreso. Como se vio más arriba, el Art. 13° del DL N° 1.094 dice que esto es atribución “discrecional” del Ministerio del Interior, discreción que debe ser ejercida atendiéndose la “conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional”. La ley, sin embargo, no define tales términos.

El proyecto de ley, en cambio, expresa que por regla general no se exigirá visa a quienes ingresen de manera transitoria a Chile. Excepcionalmente, “por motivos calificados de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá exigir respecto de los nacionales de determinados países una autorización previa o visa otorgada por un consulado chileno en el exterior”. Pero hay mayores requisitos para esto: “El listado de países cuyos ciudadanos estarán sometidos a esta exigencia será fijada mediante decreto supremo firmado por los ministros del Interior y Seguridad Pública y de Relaciones Exteriores, previo informe del Servicio y de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores”. Y, además, se avanza un criterio a la hora de interpretar las condiciones para dicha exigencia excepcional: “Las razones de interés nacional indicadas en el inciso anterior en ningún caso autorizarán a establecer la visa consular a que hace referencia dicho inciso, de forma arbitraria o discriminatoria respecto de los nacionales de un país en particular”. Con todo, cabría considerar la posibilidad de que el listado de países a los que se les exigirá visa sea competencia del Consejo que el mismo proyecto de ley crea.

Por otra parte, el proyecto también es menos escueto que la legislación vigente a la hora de establecer los requisitos para el otorgamiento de permisos de residencia temporal y definitiva. Los rechazos a estas solicitudes y las revocaciones pasan desde el Ministerio del Interior, como ocurre hoy, al director nacional del Servicio de Migración y Extranjería, quien debe resolver fundadamente. Es decir, se pasa desde una autoridad esencialmente política a una más profesionalizada por el Sistema de Alta Dirección Pública. Algo parecido se propone para la facultad de decretar las prohibiciones de ingreso, que se traslada desde la PDI al servicio. Y, también, para las facultades de imponer las amonestaciones y multas, y de decretar la expulsión del país, las cuales, por regla general, se trasladan al servicio desde el Ministerio

y Subsecretaría de Interior e intendencias que de ellos dependen (salvo calificadas excepciones que el proyecto de ley mantiene en la mencionada Subsecretaría). En el caso de las expulsiones del país, el director nacional puede delegar la atribución en los respectivos directores regionales del servicio. Hoy esta responsabilidad recae en los intendentes, que están condenados a desaparecer. Asimismo, los procedimientos que dan lugar a estas resoluciones aparecen con un mayor grado de detalle en el proyecto de ley que en la actualidad, y además contemplan disposiciones especiales en caso de que los afectados fueren niños, niñas y adolescentes.

En síntesis, la reforma legislativa parece estar bien encaminada para hacerse cargo del segundo defecto imputado aquí a la regulación vigente: su excesiva discrecionalidad administrativa. En la sección siguiente se aborda la cuestión que quedó planteada anteriormente: qué pasa con la coordinación vertical.

6. EL DESAFÍO DE LA COORDINACIÓN VERTICAL

Como se apuntó, una correcta regulación de la inmigración debe responder a tres objetivos: lograr una asimilación económica adecuada de los inmigrantes, velar por una migración ordenada y regular y tratar a los inmigrantes como los sujetos de derechos humanos que son. La coordinación horizontal y vertical es necesaria para lograrlos, especialmente respecto de la asimilación económica y a la garantía de derechos. A mayor coordinación interinstitucional, mayor posibilidad de logro.

Según se ha sostenido hasta ahora, la reforma legislativa parece encaminada a mejorar la coordinación horizontal. Pero está pendiente la vertical, esto es, la que conecta el nivel central con los niveles subnacionales. Y está pendiente en dos aspectos. El primero es la conexión entre la institucionalidad que el proyecto de ley sugiere y las reformas aprobadas recientemente sobre los gobiernos regionales y provinciales (Leyes N° 20.990, 21.073 y 21.074). El segundo es la conexión con las municipalidades. Ambos aspectos se desarrollan más adelante. Antes se revisa la importancia de la coordinación vertical desde un punto de vista comparado.

Es importante reiterar que en este análisis no solo subyace la convicción de que una institucionalidad bien coordinada es un objetivo valioso en sí mismo, sino también el hecho de que el proyecto de ley en curso establece como uno de los objetivos de la legislación la “integración e inclusión” de los inmigrantes en la sociedad chilena.

Precisamente, bajo el principio de integración, la Organización Económica para la Cooperación y Desarrollo (OCDE) ha analizado en los últimos años el fenómeno migratorio en 72 ciudades europeas, demostrando que

uno de los aspectos claves para que el principio se convierta en realidad es la coordinación vertical entre gobiernos centrales y locales.²⁷ Además de emitir un informe por ciudad, la OCDE (2018) llevó a cabo un análisis de las lecciones compartidas y los desafíos transversales a partir de las 72 experiencias.

Algunos resultados son reveladores (OCDE 2018, 84-99). Un 80 por ciento de esas ciudades reportaron que la coordinación vertical es deficiente a la hora de integrar a los inmigrantes. Casi todas lo atribuyeron a falta de información compartida, desde arriba hacia abajo y viceversa. A ello se suman problemas de financiamiento. Se detectó que eran comunes las brechas presupuestarias y la superposición de gastos, al existir casos en que una misma actividad es financiada y realizada en la misma zona geográfica por distintos actores. Por ejemplo, cursos del idioma local ofrecidos por el municipio, por el Gobierno nacional, por el servicio nacional especializado y por ONGs con fondos públicos.

Para reforzar la coordinación vertical, del informe se desprenden las siguientes recomendaciones: un buen mapa institucional (saber quién hace qué, cómo y con quién, y la relación entre ellos); generación de información, completa y relevante (para que el nivel central conozca la diversidad de realidades locales, y para que estas permanezcan bien informadas de la política nacional); mecanismos formales de diálogo multinivel (para compartir información, criterios de evaluación, experiencias, identificar roles y responsabilidades e incorporar a todos los actores, públicos y privados); y alianzas entre municipalidades a propósito de la inmigración (OCDE 2018, 85).

A ello se añaden otras buenas prácticas: contar con una oficina municipal especializada, consultas a la población inmigrante local, un órgano a nivel central (que, si bien no la garantiza, sí apunta a contar con mecanismos flexibles para la coordinación); diseñar estrategias locales de integración, el principio de “ventanilla única” (*one-stop-shops*), y campañas comunicacionales efectivas (que consideren, por ejemplo, el idioma de los inmigrantes) (OCDE 2018, 93).

Para reducir los riesgos presupuestarios, el informe propone: disponer de evaluaciones locales de costos, precisar el ámbito de competencias de las autoridades presupuestarias, abrir la posibilidad de acceder a fondos centrales por parte de las municipalidades, diseñar mecanismos de cofinanciamiento y delegar actividades de integración al sector privado.

Un último aspecto tiene que ver con los funcionarios públicos en los distintos niveles del Estado (OCDE 2018, 134). Ellos deben ser capacitados

²⁷ El análisis territorial de la integración de los inmigrantes se hace en base a cuatro indicadores: (i) gobernanza multinivel (el marco institucional y financiero), (ii) tiempo y espacio (claves para que los inmigrantes y locales puedan vivir juntos), (iii) capacidad local para la formulación e implementación de políticas públicas, (iv) políticas sectoriales para la integración (empleo, vivienda, seguridad social, educación).

y “sensibilizados”, pues, de otra manera, pueden erigirse en formidables barreras de acceso para los inmigrantes. El objeto es contar con estos funcionarios en toda la línea y no solo en el primer paso (el “mesón”). La OCDE también recomienda el reclutamiento de funcionarios entre la población inmigrante local y la construcción de instancias para compartir experiencias entre organismos (incluso a nivel internacional).

A la luz de esta literatura comparada, el texto se dirige ahora a los desafíos que existen en materia de coordinación vertical en Chile. Se parte por el nivel regional/provincial y, luego, se desciende al municipal. Cabe señalar aquí que el DEM cuenta con un área de Convivencia y Territorio. Tradicionalmente, el DEM se ha enfocado en la coordinación con los intendentes regionales, especialmente por sus atribuciones sancionatorias (decretos de expulsión), y con las gobernaciones provinciales, ante las cuales se realizan trámites migratorios. Tal coordinación, sin embargo, ha carecido de un régimen formalizado. Así, por ejemplo, las instrucciones emitidas por el DEM han sido ejecutadas dependiendo del impulso e interés de la respectiva autoridad regional.

Como muestra de una mayor conciencia de la importancia de la integración, en 2016 empezó a funcionar el Sello Migrante,²⁸ un reconocimiento otorgado por el DEM a aquellas municipalidades que llevan a cabo medidas positivas para la inclusión de los inmigrantes, cumpliendo con ciertos criterios mínimos establecidos. Al obtener el Sello, el municipio recibe de parte del DEM asesoría en materia de inclusión e interculturalidad, respaldo de las buenas prácticas, patrocinio para ciertas actividades e instancias para compartir sus experiencias.²⁹ Dicho reconocimiento ha servido para crear un vínculo formal entre el DEM y las municipalidades en materia migratoria, vínculo que antes era informal y casuístico. Además, ha servido para avanzar en la entrega de información y orientación uniforme a la población inmigrante.

6.1. Gobiernos regionales

La pregunta aquí es cómo se coordinará la estrategia migratoria —el Plan Nacional, diseñado desde el Gobierno central— con las autoridades subnacionales, de las cuales, en parte importante, depende su puesta en práctica. Es probable que para las cuestiones asociadas al orden y seguridad (visas, sanciones, expulsión, etc.), la coordinación sea menos problemática, por las

²⁸ Resolución Exenta N° 10.331 del Ministerio del Interior (11/12/2015).

²⁹ A marzo 2019, las municipalidades que tienen formalizado este reconocimiento son Quilicura (2015), Estación Central (2016), Peñalolén (2017), Maipú (2018), Santiago (2018), Independencia (2018) y La Reina (2018). Existen otros 26 municipios que han iniciado el trámite mediante la firma de una carta de compromiso.

atribuciones que en el proyecto de ley se les asignan a los directores regionales del Servicio Nacional de Migraciones y a los nuevos delegados presidenciales. Las primeras serán autoridades de un servicio relacionado con el Ministerio del Interior, el mismo ministerio del que dependerán los delegados presidenciales en las regiones.

Pero, para los objetivos de asimilación económica e integración, ¿cómo se coordina el Gobierno central con los gobiernos regionales, ahora electos? ¿Qué pasará si este gobierno es de distinto signo político que el nacional? ¿De quién serán las competencias vinculadas con la integración a nivel regional? ¿Cómo se asignarán y ejecutarán los fondos que permitan poner en práctica las estrategias nacionales? Si el director regional del servicio está llamado a ser una autoridad técnica y el delegado presidencial debe enfocarse en materias de orden y seguridad, ¿quién será, entonces, la cara política en materias de integración e inclusión a nivel regional? Por supuesto, estas mismas preguntas pueden hacerse respecto de muchas otras materias, pero lo que aquí interesa en primer lugar es la inmigración, sobre todo si se consideran las dificultades que a tal respecto presenta la experiencia comparada.

Teniendo en cuenta, además, la concentración de los inmigrantes en ciertas regiones y municipios (ver Razmilic en este volumen), lo territorial es aún más importante. Así, por ejemplo, la coordinación con ciertos gobiernos regionales —actualmente Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y la Región Metropolitana— será muy relevante para que la política nacional no quede únicamente a nivel central. Por lo mismo, el Consejo de Política Migratoria debiese tener en cuenta no solo la realidad interministerial, sino también la mirada de los gobiernos regionales sobre la inmigración en sus respectivos territorios. Ello podría, por ejemplo, materializarse a través de que dichas miradas fuesen planteadas en el Consejo durante el proceso de formulación de la política nacional.³⁰

6.2. *Municipios*

La pregunta que sigue a los gobiernos regionales es cómo se promueve la coordinación para la integración de los inmigrantes a nivel local. Esto es aún más difícil, pues los municipios son organismos constitucionalmente autónomos y, además, tienen realidades muy distintas entre sí.

A continuación, se presenta una muestra de dicha diversidad. Esta muestra se ha construido en base a las respuestas a solicitudes de transparencia

³⁰ Algo similar se ha planteado durante la discusión legislativa respecto de los municipios. Se ha discutido la posibilidad de que las asociaciones de municipios puedan participar con derecho a voz en el Consejo, lo que parece una buena idea.

efectuadas por los autores del presente capítulo a los doce municipios que actualmente concentran casi la mitad de la población inmigrante (ver Razmilic en este volumen). Durante el mes de diciembre de 2018, se les preguntó si contaban con una oficina de atención especial para los inmigrantes de la comuna (virtual o presencial), si destinaban funcionarios y recursos, si prestaban servicios a los inmigrantes (incluyendo difusión de información), si mantenían instancias de coordinación sobre estas materias con el Estado central, otras municipalidades y la sociedad civil, y si habían realizado proyectos especiales al respecto durante 2018. Las respuestas que se recibieron se sistematizan resumidamente en el Cuadro I.1.

Como se puede apreciar en dicho cuadro, la realidad comunal respecto de la inmigración es variada, incluso entre aquellas comunas que tienen hoy una mayor presencia de inmigrantes. Si bien la mayoría cuenta con oficinas presenciales, solo algunas han avanzado hacia plataformas virtuales de entrega de información. Y aun cuando la entrega de información y orientación está bastante extendida, no todos los municipios han ampliado su oferta de servicios hacia programas que dicen relación con la integración (apresto laboral, inserción educacional, cursos de idioma, etc.). Sobre la coordinación, el DEM es el principal organismo del Estado central con el que mantienen contacto, incluso en el caso de aquellos municipios que no cuentan con el Sello Migrante. Es interesante apuntar que dicho Sello ha permitido, según lo reportado, mayor coordinación con otros municipios, lo que ha posibilitado, a su vez, un intercambio de buenas prácticas. Finalmente, la coordinación con la sociedad civil parece, salvo excepciones, no existir formalmente, lo que puede deberse a que es —todavía— muy variable según el caso.

¿Cómo aterrizar la Política Nacional en el nivel de los municipios, probablemente las entidades públicas con las que tienen mayor contacto cotidiano los inmigrantes? La respuesta condicionará en buena parte el futuro éxito de dicha política. Dada la autonomía constitucional de los municipios, una manera de promover dicha coordinación puede darse a través de los fondos públicos, por ejemplo, mediante la creación de fondos que se transfieran condicionadamente a los municipios para la ejecución de ciertas líneas específicas de acción.³¹ Además, si a los futuros gobiernos regionales se les confieren competencias sobre materias migratorias que no digan relación con el orden y seguridad, podrían impulsar y coordinar programas a nivel regional, extendiendo los convenios de programación contemplados en la Ley N° 21.074 sobre regionalización.

³¹ Las municipalidades de Santiago e Independencia reportan haber accedido a fondos del Departamento de Acción Social del Ministerio del Interior, que cuenta con el Fondo Organización Regional de Acción Social, Refugio e Inmigrantes (Orasmi). Dichos fondos se han centrado principalmente en apoyo a los refugiados, más que en integración general.

CUADRO I.1.1. Municipios e inmigración

<i>Municipio</i>	<i>Oficina para atención de inmigrantes</i>	<i>Servicios entregados</i>	<i>Coordinación con Gobierno central</i>	<i>Coordinación con otras municipalidades</i>	<i>Coordinación con sociedad civil</i>
Santiago	Oficina presencial	Información y orientación. Actividades interculturales. Chile Te Recibe.	DEM	Estación Central, Recoleta, Maipú, Independencia, entre otras.	ONG, consulados, otros.
Antofagasta	Oficina presencial	Información y orientación. Atención psicológica y social. Asesoría legal y administrativa. Regularización.	DEM y Gobernación	No reporta	No reporta
Las Condes	No tiene	Traductor lengua creole en OMIL	No reporta	No reporta	No reporta
Independencia	Oficina presencial (2015)	Servicios de información y orientación, apoyo a la inserción laboral y educacional, asistencia ante problemas y conflictos, actividades interculturales, ayuda social, apoyo a organizaciones. Chile Te Recibe. Regularización.	DEM, Mineduc, Minsal, Onemi, Intendencia, INDH.	No reporta	Consulados. Instancias formales de coordinación con redes externas, universidades, organizaciones de migrantes y otras ONG.
Iquique	No reporta	Información y derivación	Gobernación y otras	No reporta	No reporta
Recoleta	Programa presencial (2013) y plataforma en Facebook	Información y orientación. Cursos de español. Chile Te Recibe. Regularización.	DEM	No reporta	Mesa con la comunidad inmigrante
Estación Central	Oficina presencial (2015), Página web en creole.	Información y orientación. Cursos de español y de capacitación. Albergues y catastro de viviendas. Chile Te Recibe. Regularización. Ayuda social.	Interior, DEM, MDS, RR.EE., Intendencia, Delegación Provincial de Santiago.	Otras municipalidades con Sello Migrante, en especial Quilicura, Maipú, Peñalolén y Santiago.	Mesas de trabajo con iglesias y juntas de vecinos
Calama	Oficina presencial (2009)	Asesoría, información y orientación, apoyo a actividades, talleres, apoyo logístico.	DEM	Según necesidad	No reporta

Continuación Cuadro 1.1

<i>Municipio</i>	<i>Oficina para atención de inmigrantes</i>	<i>Servicios entregados</i>	<i>Coordinación con Gobierno central</i>	<i>Coordinación con otras municipalidades</i>	<i>Coordinación con sociedad civil</i>
Arica	Oficina presencial	No reporta	No reporta	No reporta	No reporta
Providencia	Oficina presencial (2013)	Sensibilización y formación, información y orientación, cursos de español y taller: Regularización.	DEM, PDI, Carabineros, Intendencia, Chile Atiende, Registro Civil, Servicio de Salud Metropolitano Oriente, Mineduc, Sename, Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, MDS, Seremi del Ministerio de Justicia y DD.HH., Dirección del Trabajo, Corporación de Asistencia Judicial, Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio y RR.EE.	Municipalidades con Sello Migrante	Contactos con fundaciones, ONG, asociaciones.
	No tiene	No reporta	No reporta	No reporta	No reporta
Ñuñoa	Oficina presencial (2010).	Información y orientación, regularización, atención psicosocial, cursos de español, atención jurídica, apresto laboral y otros cursos, apoyo a proyectos, derivación.	DEM, Seremi de Justicia y DD.HH.	Mediante red nacional de municipios	Reuniones periódicas con líderes y organizaciones de migrantes
Quilicura	Facebook, Instagram y correo electrónico.				

Nota: Los municipios han sido ordenados según la población inmigrante relativa residente en cada comuna, de mayor a menor.

Fuente: Elaboración propia.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE POLÍTICA PÚBLICA

A diferencia de otras materias, la regulación del fenómeno migratorio y de la institucionalidad que la acompaña requiere de una especial técnica legislativa. La migración no es un fenómeno estático. Por el contrario, como lo muestra el caso chileno, en pocos años puede aumentar la población inmigrante y, además, variar fuertemente su composición. Y ello ocurre no solo por factores propios de la regulación chilena, sino también por factores externos, incluyendo por supuesto las condiciones económicas o políticas de otros países. La regulación debe ser consciente de ello, permitiendo la necesaria flexibilidad para adaptarse a los cambios observados. Una regulación que sea demasiado rígida, o cuyo foco esté únicamente en la realidad actual, corre el riesgo de quedar obsoleta a corto andar.

Ahora bien, cabe recalcar que la flexibilidad no puede traducirse en una discrecionalidad excesiva o arbitrariedad. En ese sentido, este artículo es una mezcla de esperanza y precaución. Esperanza, porque la reforma legislativa en curso parece encaminada, básicamente, a mejorar una regulación que se estableció hace décadas —para un contexto muy distinto— y que ha devenido insuficiente. Hay dos dimensiones importantes de esa insuficiencia: la debilidad institucional del órgano competente sobre la inmigración y la excesiva discrecionalidad con que opera en materias relacionadas con los derechos humanos de los inmigrantes. La jurisprudencia y la literatura así lo han venido acusando, y la reforma en marcha parece consciente a este respecto.

La nota de precaución tiene que ver con un aspecto todavía escasamente considerado por la reforma: la coordinación vertical. La reciente y aún incompleta modificación de los gobiernos regionales y la variopinta y autónoma realidad municipal deben ser incorporadas más expresamente en la futura ley sobre inmigración.

En suma, la coordinación, sobre todo la vertical, es un aspecto que debe ser considerado prioritariamente en la discusión legislativa encaminada a reformar el DL N° 1.094, con mayor atención que la que —pareciera— se le ha prestado hasta ahora. La experiencia comparada es inequívoca en el sentido de enseñar que la coordinación —en sus dos dimensiones— resulta necesaria para el éxito de la política migratoria, todavía más si con ella se pretende integrar e incluir a los inmigrantes en la sociedad que los recibe.

En Chile, la coordinación vertical plantea desafíos especialmente difíciles. Por la incertidumbre que rodea al nuevo esquema de autoridades a nivel regional, de un lado, y por el carácter autónomo y la diversa realidad de los municipios, del otro. Por lo mismo, quizás no sea conveniente en esta reforma pretender una regulación excesivamente detallada en la ley. Más

bien, convendría avanzar directrices expresas en el sentido de que la política nacional que se diseñe contemple aspectos de la coordinación vertical. Hasta ahora, lamentablemente, el proyecto de ley en discusión no lo hace. Todavía es tiempo de corregirlo por la vía de explicitar entre los elementos de la política nacional, por ejemplo, la conveniencia de establecer acuerdos o convenios con los municipios, como también la de promover un flujo y reflujo robusto de información y evaluación en el nivel nacional y en todos los niveles que operan bajo él. Ello acompañado de la publicación de informes periódicos que den cuenta de los avances en la puesta en práctica de la política. Asimismo, una referencia a los mecanismos de financiamiento regionales y comunales podría ayudar a dar la flexibilidad regulatoria que el dinamismo propio de la coordinación vertical exige.

Y aquí nuevamente volvemos a la flexibilidad. La incierta y variada realidad subnacional aconseja que la ley aluda a directrices y mecanismos, para que luego, sin salir de los límites legislativos, la política nacional y el órgano competente sean capaces de desarrollar una práctica regulatoria efectivamente coordinada con los territorios en que los inmigrantes habitan. En esto, la reforma legislativa en curso puede —y debe— mejorar.

REFERENCIAS

- Azócar, R. (2016). “Desafíos y propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile”. *Temas de la Agenda Pública* 11 (90), 1-18. Centro de Políticas Públicas UC. <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2016/12/N%C2%B0-90-Derechos-laborales-de-los-migrantes.pdf>
- Centro de Derechos Humanos UDP (2014). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*.
- (2017). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*.
- (2015). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*.
- Comisión Nacional de Productividad (2016). “Revisión de las agendas de productividad. CNP. <http://www.comisiondeproductividad.cl/wp-content/uploads/2016/09/Revision-de-las-agendas-de-productividad.pdf>
- De las Heras, M. J. (2016). “Los migrantes como sujetos del sistema de protección social en Chile”. *Temas de la Agenda Pública* 11 (91), 1-11. Centro de Políticas Públicas UC. <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2016/12/N%C2%B0-91-Migrantes-como-sujeto-de-protecci%C3%B3n-social.pdf>
- Dellacasa, F. J. & J. M. Hurtado (2015). *Derecho migratorio chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Departamento de Extranjería y Migración (2016). *DEM Investiga: Fuentes de información sobre población migrante en los servicios del Estado*. DEM, Ministerio del Interior. https://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/09/DEM_Investigav1.pdf
- Díaz, R. (2016). "A new Chilean Migration Act: an approach to international standards". *International Migration* 54 (6), 106-121.
- Doña-Reveco, C. & A. Levinson (2013). "The Chilean State and the search for a new migration policy". *Discusiones Públicas* 4 (1), 67-89.
- Doña-Reveco, C. & B. Mullan (2014). "Migration policy and development in Chile". *International Migration* 52 (5), 1-13.
- Gutiérrez R., H. (1989). "La inmigración española, italiana y portuguesa: Chile 1860-1930, en: *Notas de población, Revista Latinoamericana de Demografía*, Vol. 17 N° 48, pp. 61-79. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/38150>
- IOM(2018). *Glossary on Migration*. 3rd Edition, forthcoming. <https://publications.iom.int/>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH (2018). *Informe Anual: situación de los Derechos Humanos en Chile*.
- ____ (2017). *Informe Anual: situación de los Derechos Humanos en Chile*.
- ____ (2016). *Informe Anual: situación de los Derechos Humanos en Chile*.
- ____ (2013). *Informe Anual: situación de los Derechos Humanos en Chile*.
- Pliscoff, C. (2018). "La estructura del Poder Ejecutivo en Chile: historia, presente y reflexiones para el futuro", en: I. Aninat & S. Razmilic. *Un Estado para la ciudadanía. Estudios para su modernización*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 153-211.
- OCDE (2018). *Working together for local integration of migrants and refugees*. OECD Publishing, Paris.
- Schewcik T., S. (2016). *Problemas y desafíos en la implementación de una nueva ley de migración y extranjería en Chile: estudio de derecho comparado sobre la migración en EE. UU. y Canadá*, Memoria para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago: Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142556/Problemas-y-desaf%C3%ADos-en-la-implementaci%C3%B3n-de-una-nueva-ley-de-migraci%C3%B3n-y-extranjer%C3%ADa-en-Chile.pdf?sequence=1>
- The Economist Intelligence Unit (2016). *Measuring well-governed migration. The 2016 Migration Governance Index*. Londres.

Jurisprudencia

- Corte Suprema, Rol N° 8635-2009, recurso de apelación para ante la Corte Suprema en una acción de amparo, caratulado "Heinrich Hack, Gabriela del Rosario Chapilliquen".

- Corte Suprema, Rol N° 17007-2013, recurso de apelación para ante la Corte Suprema en una acción de protección, caratulado “Norma Weindichansky De Fischkin / Ministerio del Interior y Subsecretaría del Interior”.
- Corte Suprema, Rol N° 5163-2015, recurso de apelación para ante la Corte Suprema en una acción de amparo, caratulado “David Lino Rivera contra Policía de Investigaciones de Chile”.
- Corte Suprema, Rol N° 24188-2014, recurso especial de reclamación en contra de la medida de expulsión del territorio nacional dispuesta por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, caratulado “Samuel Rojas Agudelo”.
- Corte Suprema, Rol N° 17132-2014, recurso especial de reclamación en contra de la medida de expulsión del territorio nacional dispuesta por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, caratulado “Wolfgang Scheuber Hildebrandt”.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2273-12, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 21.751-2012.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 4757-18, Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputados, respecto del Decreto Supremo N° 776, de 9 de abril de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que establece visto consular de turismo a nacionales de Haití, publicado en el Diario Oficial el 17 de abril de 2018.