



► “Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, los estados tienen la facultad de determinar libremente sus regulaciones y políticas migratorias, pero con un límite: la compatibilidad de dichas regulaciones con sus obligaciones internacionales de derechos humanos”.



Actual normativa, la Ley N° 21.325, entró en vigencia en febrero de este año

LA NUEVA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA Y CÓMO SE INSERTA EN EL CONTEXTO REGIONAL

► Por **Nicole Lacrampette Polanco**,
jefa de la Unidad de Derechos Humanos,
Defensoría Penal Pública.

► En el caso de Chile y siguiendo la tendencia de la región, la legislación migratoria de hoy buscó superar el enfoque de la seguridad nacional, modernizar la regulación e institucionalidad migratoria y adecuarlas a los estándares internacionales.

Recientemente, en febrero de 2022, entró en vigencia la Ley N° 21.325, de migración y extranjería, que instaura una transformación profunda en el abordaje estatal de la migración en Chile. La legislación anterior -el Decreto Ley N° 1.094, de 1975, y su reglamento, de 1984- se basaba en un “enfoque de seguridad”, orientado al control de las fronteras y la expulsión o no admisión de personas extranjeras fundada en razones de seguridad nacional, para lo cual otorgaba un amplio margen de discrecionalidad administrativa.

Entre las críticas que se formularon a dicha regulación durante su vigencia, “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 [...] Este vacío ha generado discriminaciones en materia de acceso a derechos y a incoherencias en la actuación de la administración del Estado”¹.

1 Aninat, Isabel y Sierra, Lucas. “Regulación inmigratoria: propuestas para una mejor reforma”. En: Aninat, Isabel y Vergara, Rodrigo (Eds.). Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2019, p. 41.

EL CONTEXTO REGIONAL

El enfoque basado en la seguridad nacional fue común en los países latinoamericanos hasta la década del 2000, cuando varios países de la región comenzaron procesos de reforma orientados a modernizar y armonizar sus legislaciones migratorias con los desarrollos y tendencias internacionales respecto de la migración, transitando desde un enfoque de seguridad a uno de derechos.

Al respecto, cabe recordar que, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, los estados tienen la facultad de determinar libremente sus regulaciones y políticas migratorias, pero con un límite: la compatibilidad de dichas regulaciones con sus obligaciones internacionales de derechos humanos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que, “si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”².

2 Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97.

Entre los muchos antecedentes que pueden reconocerse como factores que han influenciado las modernas regulaciones migratorias, cabe mencionar, por una parte, los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS) impulsados por las Naciones Unidas (ONU) desde 2015. Dentro del Objetivo 10 (reducción de las desigualdades), los ODS establecen como meta 10.7: “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”.

Por otra parte, en 2018, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el *Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular*³, que presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente, cuyo propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración. Entre sus principios rectores se encuentra la protección y el cumplimiento efectivos de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio.

En este contexto, en América Latina, “primero Argentina y luego otros países, como Bolivia, Perú, Ecuador y Brasil, fueron derogando sus leyes nacidas en el marco de dictaduras y promulgando nuevas legislaciones que fortalecieron el paradigma liberal, es decir, incluyendo un catálogo amplio de derechos a favor de los migrantes, la prohibición de la criminalización de la migración, y, sobre todo, un emergente reconocimiento al derecho a migrar”⁴. En particular, las legislaciones de Argentina, Bolivia y Uruguay reconocen, con diversos matices y alcances, el derecho a migrar, lo que es una especificidad de la región⁵.

La legislación argentina es un claro ejemplo del cambio de paradigma señalado. Entre los objetivos de su ley de migraciones se contempla expresamente “dar cumplimiento a los

3 Resolución 73/195, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195). El Estado de Chile se abstuvo en la votación del Pacto, argumentando que este instrumento no salvaguarda de forma completa los legítimos intereses del Estado y dificulta la protección de las fronteras (A/73/PV.60).

4 Feddersen, Mayra. “La persistencia del paradigma de seguridad en la regulación de los impedimentos de ingreso en la legislación migratoria chilena”. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 12, N° 2, 2002, p. 294.

5 Veiga, M. J. “Revisión de los Marcos Normativos de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Chile, Perú y Uruguay. Contexto del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular”. *Cuadernos Migratorios* N° 11. Buenos Aires, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2021, p. 46.

► “En América Latina, primero Argentina y luego otros países, como Bolivia, Perú, Ecuador y Brasil, fueron derogando sus leyes nacidas en el marco de dictaduras y promulgando nuevas legislaciones que fortalecieron el paradigma liberal, es decir, incluyendo un catálogo amplio de derechos a favor de los migrantes, la prohibición de la criminalización de la migración, y, sobre todo, un emergente reconocimiento al derecho a migrar”.

compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes” y su Título I regula los “derechos y libertades de los extranjeros”, reconociendo el derecho a la migración, la igualdad de acceso de las personas extranjeras a los servicios sociales y el derecho a la reunificación familiar, entre otros.

Del mismo modo, en Perú la legislación migratoria actualmente vigente “se inscribe claramente en estas reformas de cambio de paradigma de un enfoque de seguridad a otro de derechos humanos. Con ello, se busca colocar en el centro a la persona migrante y sus derechos en las políticas migratorias. Es así que la ley plantea como principios el respeto a los derechos humanos, la no criminalización de la migración y el principio de no discriminación. El principio de no criminalización de la migración está muy arraigado en las normativas migratorias suramericanas apoyadas por la vanguardista jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁶.

Sin perjuicio de los cambios legislativos en el sentido señalado, en los últimos años “se han desarrollado estudios que han dado cuenta de la persistencia las políticas restrictivas y de dificultades para el efectivo acceso a los derechos por parte de la población migrante”⁷.

6 Blouin, Cécile. Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú. *Colombia Internacional*, N° 106, 2021, pp. 141-164.

7 Veiga, M. J. “Revisión de los Marcos Normativos de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Chile, Perú y Uruguay. Contexto del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular”. *Cuadernos Migratorios* N° 11. Buenos Aires, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2021, p. 39.



Asimismo, tras las reformas que instalaron un enfoque de derechos en las legislaciones migratorias, algunos autores observan “un cierto movimiento de contrarreforma, donde mediante los decretos que reglamentan la aplicación de las leyes, o bien de normativas reformativas, se ha establecido una aplicación restrictiva de estas leyes”⁸, bajo argumentos de resguardo de la seguridad interior y el orden público.

LA NUEVA NORMATIVA NACIONAL

En el caso de Chile, y siguiendo la tendencia regional, la nueva normativa migratoria buscó superar el enfoque de la seguridad nacional, modernizar la regulación e institucionalidad migratoria y adecuarlas a los estándares internacionales. De este modo, la Ley N° 21.325 consagra expresamente el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, así como la no criminalización de la migración irregular.

Asimismo, la ley contiene un catálogo de derechos de las personas extranjeras, entre los cuales consagra el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la reunificación familiar y el acceso a la salud y a la educación en igualdad

8 Aris, M., Mesa, M.J. y Valenzuela, P. “Estudio de análisis comparativo regional de las regulaciones migratorias en América Latina. Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador y Perú”. Documento de referencia N° 39. Santiago, Espacio Público, 2018, pp. 11-12.

de condiciones que los nacionales, con independencia de la condición migratoria regular o irregular, mientras que condiciona el acceso a ciertas prestaciones de seguridad social, beneficios de cargo fiscal y a la vivienda propia a la calidad de residente u otros requisitos.

En particular, cabe destacar dos disposiciones de la nueva ley que apuntan directamente a normar situaciones no reguladas en la legislación anterior y que dieron lugar a prácticas frecuentemente objetadas como vulneratorias de los derechos de las personas migrantes: por una parte, la prohibición expresa de las expulsiones colectivas (artículo 130) y, por otra, la obligación de la autoridad migratoria de considerar, previamente a la dictación de una medida de expulsión administrativa, antecedentes como la situación familiar de la persona afectada y el interés superior del niño (artículo 129).

De este modo, puede observarse que la nueva legislación nacional se inserta dentro de la tendencia regional y avanza en la protección de los derechos de las personas migrantes. Sin perjuicio de ello, será la interpretación y aplicación práctica de la ley por las autoridades públicas lo que determinará el nivel de cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales de derechos humanos respecto de las personas migrantes. 

