

Legislación y políticas públicas en materia de Migración en México, Colombia, Perú, Chile y Ecuador

Serie Informe Nº 20-20, 06/7/2020

Felipe Rivera Polo

Resumen

El presente informe analiza las principales tendencias en materia migratoria en términos normativos a nivel global, como es la pérdida de fuerza de la regulación basada en el derecho internacional de los derechos humanos; como también, de los factores que actualmente presionan a las legislaciones latinoamericanas en materia migratoria, como son las crisis de los migrantes venezolanos, centroamericanos y caribeños.

Finalmente, se analizan de manera comparada, las legislaciones migratorias de cinco países de la Alianza del Pacífico, tomando en consideración su enfoque, sus fórmulas para la regularización migratoria y el reconocimiento de derechos por parte del estado a la población migrante.

Disclaimer: Este trabajo ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, sus contenidos están delimitados por los plazos de entrega que se establezcan y por los parámetros de análisis acordados. No es un documento académico y se enmarca en criterios de neutralidad e imparcialidad política.

1. Contexto General

La migración internacional y el refugio se han movido en las últimas décadas, entre diferentes concepciones de gobernabilidad migratoria, las que han oscilado entre aquellas que se sustentan en la noción de *seguridad nacional* basada en el carácter soberano del Estado-nación; otras sustentadas en criterios de *rentabilidad económica* en tanto crecimiento económico o productividad mediante ganancias en capital humano (países receptores) en una lógica de mercado y, finalmente; aquellas concepciones centradas en el respeto de los *Derechos Humanos* y el carácter universal de éstos que se orientan a la gobernabilidad de la migración basado en el derecho internacional. De esta forma, uno puede encontrar, siempre con matices, el predominio de estas tres lógicas en las legislaciones y políticas públicas de los diferentes países, todas las cuales tienen múltiples implicancias en términos de sus beneficios y riesgos.

De esta forma, pueden reconocerse determinados énfasis sectoriales de cada una de estos paradigmas de políticas migratorias. En el caso de las lógicas soberanistas, se tiende a centrar sus políticas en la *seguridad nacional* expresada en restricciones de ingreso, limitaciones al desenvolvimiento social de los extranjeros y mecanismos de expulsión expeditos que dificultan la operación de mafias transnacionales de tráfico y trata de personas, pues busca el control férreo del ingreso, por ello se le critica que tiende a la criminalización de la migración. Para aquellas lógicas centradas en la rentabilidad económica, las políticas se orientan a la selectividad migratoria, es decir, facilitan la entrada de capital humano avanzado, trabajadores calificados, a migración laboral y de negocios, entre otras definidas como estratégicas para el crecimiento económico y la productividad, lo que ayuda a facilitar la integración de los migrantes en las sociedades de arribo (ciudadanía), pero por el contrario, tienden a rigidizar el ingreso de migrantes menos calificados, lo que promueve la migración irregular y las organizaciones criminales de tráfico y trata de personas. Finalmente, las lógicas centradas en los derechos humanos facilitan la regularización del estatus migratorio y la protección social de los migrantes (educación, salud, protección social, etc.), pero se le critica que la pérdida de soberanía por parte del Estado para determinar quienes ingresan y se establecen en el país.

Un elemento importante a tener en cuenta, son las últimas tendencias a nivel global que atraviesa el fenómeno migratorio, las cuales han estado en el centro de la controversia desde hace un par de décadas, y que se ha visto incrementada con las crisis humanitarias siria, venezolana, centroamericana, entre otras. Dentro de las tendencias generales que podemos observar en materia de migración, pueden mencionarse:

1. Quizás el elemento más significativo, sea el estancamiento que ha experimentado la agenda internacional de derechos humanos de los migrantes, el que incluso es anterior a la crisis de la pandemia de Covid-19, que se ha visto exacerbada con posterioridad a esta con el cierre de fronteras. Este fenómeno se explica por la creciente.
2. La creciente percepción negativa de los inmigrantes y refugiados en muchos países, asociando la migración a riesgos como el terrorismo, criminalidad, aumento del gasto público, descenso de las remuneraciones y aumento del desempleo de los nacionales, entre otros, que incluso han dado forma a postura anti inmigrantes y un debilitamiento de la agenda internacional de Derechos Humanos a nivel global.

3. Un endurecimiento de las políticas de ingreso y permanencia en diversos países, que ha llevado al aumento de mafias u organizaciones criminales transnacionales dedicadas al tráfico y trata de personas.
4. El aumento de la desigualdad entre los países desarrollados y los en vías de desarrollo en el contexto de la actual fase de la globalización, que genera profundas presiones e incentivos a la movilidad para buscar mayores oportunidades de bienestar en otros países.
5. Finalmente, la creciente radicalidad, frecuencia e incremento de factores externos de alto impacto que obligan al desplazamiento de población, como son los eventos climáticos y geológicos catastróficos, el aumento de los conflictos armados (tanto entre países como al interior de estos), y el accionar violento de grupos criminales (narcotraficantes, paramilitares, maras), entre otros, han elevado sistemáticamente la cantidad de personas desplazadas y refugiadas, que en el año 2015, según cifras de ACNUR, superó por primera vez los 65 millones de personas anuales.

Este escenario poco halagüeño para la migración y la protección de los derechos humanos, contrasta con la necesidad imperiosa de la cooperación internacional para aprovechar sus aspectos beneficiosos y reducir los riesgos asociados a ésta. Para ello, Naciones Unidas ha buscado reactivar una agenda de gobernabilidad internacional de la migración y el refugio. Este nuevo impulso se materializó en el llamado del año 2013 a un Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, que ha cuajado en la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes del año 2016, que decantó en el documento del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular en 2018 (Pacto de Marrakech), que no obstante no ser un instrumento vinculante, apunta a desarrollar buenas prácticas y recomendaciones para el tratamiento internacional por medio de la cooperación internacional de la migración. Este impulso institucional, sumado a los cambios que ha experimentado el organismo fruto del proceso de conformación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) o Agenda 2030, ha significado un renovado esfuerzo en abordar el fenómeno por parte de la ONU. Respecto del Pacto de Marrakech, Chile ha decidido no firmarlo, uniéndose a países como Estados Unidos, Australia, Austria, Bulgaria, Croacia, Hungría, Israel, entre otros 17 países y el desistimiento de Brasil en enero de 2019. Las razones aducidas por el gobierno de Chile, es que este Pacto abriría las puertas a la migración irregular hacia Chile, y que el país estaría adquiriendo un compromiso vinculante a recibir más extranjeros.

Esta debilidad en la aceptación del Derecho Internacional en materia de migración, ha ido de la mano de una mayor rigidez de las políticas de ingreso y permanencia en los países, que está demostrado en múltiple evidencia internacional provista por el Sistema de Naciones Unidas, que más que desincentivar la propensión a migrar, propician a que ésta se realice por vías irregulares, con el consecuente impacto en la precariedad y vulnerabilidad de los derechos humanos de los y las inmigrantes. Es por ello que el tema de la migración y el refugio ha venido acaparando una progresiva atención y creciente preocupación internacional, la que se ha visto acrecentada por un contexto global que ha tendido a la precarización de la movilidad humana, la cual se da en un contexto general de debilitamiento de las normas internacionales que buscan dar gobernabilidad a la migración, y un incremento de los factores catalizadores del desplazamiento humano.

2. Tendencias Regionales

Al centrarse este informe en cinco países del continente, como son: México de Norteamérica y Perú, Ecuador, Colombia y Chile de Sudamérica, es importante hacer mención a las principales tendencias regionales, y cómo estas han afectado la manera como política y legalmente se ha tratado el tema migratorio en la región.

Un primer elemento central, es la tendencia que diversos autores han identificado entre los años 2003 y 2017 de "*humanización de la migración*"¹, que remite a la integración progresiva de la doctrina de los derechos humanos y del derecho internacional en los cuerpos legales nacionales. Esto se ha visto reforzado en diversos instrumentos de integración regional, como son el Consenso de Montevideo, la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, el Acuerdo de Residencia del Mercosur, los acuerdos dentro de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), los acuerdos dentro de la Alianza del Pacífico y la Comunidad Andina de Naciones de movilidad, que han ido generando "*instrumentos regionales que han tratado de establecer estándares y avanzar en la modernización de las leyes, políticas y prácticas latinoamericanas en migración, como también facilitar las posibilidades de regularización y residencia para los nacionales de los Estados parte de esos acuerdos*"². Esta tendencia, como se verá, inspiró las legislaciones de Perú, Ecuador y México, pero tanto Colombia como Chile quedaron fuera de esta tendencia, concentrándose Colombia en una perspectiva económica de la migración, y Chile, no logrando consenso respecto al enfoque que debe primar, quedándose anclada a una ley de 1975, promulgada durante la dictadura, con un enfoque de seguridad nacional.

No obstante, esta tendencia regional de alinearse al derecho internacional y los derechos humanos, ha comenzado a sufrir visiones críticas en los últimos años, en especial desde el 2015 con la explosión migratoria venezolana y haitiana, como también, el endurecimiento de las políticas migratorias de Estados Unidos con el triunfo presidencial de Donald Trump. Se observa, de esta forma, una serie de reformas, decretos e instructivos que han ido restringiendo la aplicación de las leyes (mayores controles fronterizos, endurecimiento de las políticas de ingreso o regularización, solicitud de visas, expulsiones, etc.) o, abiertamente, relajando las garantías de protección de los derechos humanos de los migrantes. Lo antes descrito, como es sabido, ha generado mayores movimientos de migración irregulares, de mafias de tráfico y trata y, de manera general, mayor desprotección social de los migrantes, lo que se ha visto amplificado con la pandemia de Covid-19, donde los migrantes representan la población más vulnerable y frágil, por la falta de redes familiares, de apoyo estatales y condición irregular.

La migración intrarregional en América Latina y El Caribe es un fenómeno creciente los últimos 50 años, donde ha pasado de un 24% del total de los migrantes en 1970 al 63% en 2010³. En la última década, ha mostrado una

¹ Lila, G. (2016). Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina? *Colombia Internacional*, 107-133.

² Espacio Público (2018). Estudio de análisis comparativo regional de las regulaciones migratorias en América Latina: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Espacio Público, Documento de Referencia n° 39.

³ Martínez Pizarro, J. y C. Orrego Rivera (2016). Nuevas tendencias y dinámicas migratorias en América Latina y el Caribe. En *Población y Desarrollo*, N° 114. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile.

enorme vitalidad y crecimiento. En contraste, se aprecia una reducción de los destinos extra regionales, como son los movimientos a Europa y, para el caso de los países de América del Sur, de Estado Unidos: *"la migración hacia países de América Latina y el Caribe mantuvo el dinamismo de la década previa, con una tasa de aumento del 2,3% por año"*⁴. En esta coyuntura, Chile fue el país de la región donde más creció la inmigración en el período 2010-2015, con una tasa del 4,9% anual, seguido de México (4,2%) y Brasil (3,8%).

Esta intensificación de la migración intrarregional, como señala Cepal, ha quedado de manifiesto en la información censal disponible, *"cuya expansión está asociada a la sostenida emigración desde algunos países tradicionalmente emisores, pero con nuevos destinos, como la llegada de haitianos a América del Sur y la emigración venezolana reciente, que representan una situación nueva para los países"*⁵. Esto ha significado que muchos países que históricamente se habían visto como focos de emigración o de tránsito (como es el caso de México), y que pensaron sus legislaciones sin mayores presiones migratorias, en un período corto de tiempo, experimentaron una fuerte presión de grandes volúmenes de migrantes, solicitudes de regularización o refugio, y de presión a sus sistemas de seguridad y protección social.

Justamente este trayecto es el que analizaremos en una serie de países seleccionados, que conforman los países miembros y asociados a la Alianza del Pacífico.

3. Países Seleccionados

Un elemento que resulta relevante destacar en los países seleccionados, es que existen dos tendencias diferentes y con sus particularidades. La primera tendencia es que el fenómeno de la migración de los países del pacífico sudamericanos, han experimentado un crecimiento exponencial de la población inmigrante desde Venezuela⁶ y territorios insulares caribeños, respecto de una trayectoria histórica de país de emigración, como es el caso de Perú (principal destino de emigración hacia Chile), Colombia (emigración a Venezuela) y Ecuador (emigración a España). El caso de Chile es diferente, pues desde la década de los noventa viene experimentando el transformarse en un país de destino de migración, lo novedoso del último lustro, es que el crecimiento de esta fue muy acelerado en un período corto de tiempo.

Finalmente, la migración centroamericana y mexicana hacia Estados Unidos ha experimentado un cambio que se manifiesta en el endurecimiento de las políticas migratorias de este último, lo que ha obligado a México, bajo amenazas de sanciones económicas, pasar de ser un país de tránsito a ser un país de destino de población centroamericana, fenómeno que se ha acelerado con la pandemia de Covid-19, donde Estados Unidos deporta de manera *exprés* a los migrantes irregulares a México, quien debe procesar las solicitudes de asilo o de ingreso a Estados Unidos.

⁴ CEPAL / OIT (2017). "Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. La inmigración laboral en América Latina". Naciones Unidas: Santiago de Chile, p. 15.

⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2018). Observatorio Demográfico. Naciones Unidas, Santiago de Chile.

⁶ Bermúdez, S. y Mazuera, R. (2018). Informe sobre la movilidad humana venezolana: Realidades y perspectivas de quienes emigran. OIM y Banco Mundial: Colombia.

3.1. Perú

El Poder Ejecutivo publicó el 7 de enero de 2017 el Decreto Legislativo N° 1350, que consagró la nueva ley de migraciones de Perú, buscando actualizar su marco legal y superar algunas trabas e inconsistencia del anterior Decreto Legislativo N° 1236 (Ley de Migraciones) y el Decreto Legislativo N° 703 (Ley de Extranjería). Esta ley obtuvo un amplio consenso político en Perú, pero en ese momento, todavía no se había visto sometida a una situación de migración masiva la sociedad peruana, como comenzó a ser evidente a partir del año 2018. Esto ha traído críticas a la actual legislación, ya sea porque no estaría siendo efectiva en la protección de los derechos humanos de los migrantes⁷ o, en sentido contrario, ser demasiado permisiva para el ingreso. Esto ha llevado a una serie de medidas que han ido endureciendo las condiciones de ingreso para grupos nacionales específicos, como son los venezolanos.

Enfoque:

Desde su artículo I hasta el artículo XII, la legislación peruana plantea una serie de principios sobre los que se organiza, los que se centran en la protección del migrante y su *No criminalización*, pero reservando también fortaleciendo el carácter soberano del Perú y el aporte al desarrollo (criterio económico) de los migrantes. Así en su primer artículo señala:

"Principio de respeto a los derechos fundamentales En atención al respeto de la dignidad de toda persona humana conforme a la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza al extranjero el respeto por sus derechos fundamentales conforme a lo previsto en el marco normativo vigente".

Y en su segundo artículo plantea, respecto de la soberanía:

"Principio de soberanía El Estado ejerce soberanía sobre la integridad de su territorio y sobre los nacionales y extranjeros que en él se encuentren".

Finalmente, señala respecto al efecto económico de la migración:

"Principio de reconocimiento del aporte de los migrantes en el desarrollo del país y del principio de libre tránsito El Estado reconoce el aporte de los migrantes internacionales a la cultura, economía, ciencia y diversas facetas del desarrollo de las naciones. Promueve una migración segura y defiende la libertad de tránsito internacional".

Regularización:

- La impronta del enfoque de derechos humanos que incorporó del Decreto Legislativo N° 1.350, se puede apreciar en el principio de regularización, el que presenta gran amplitud y es tanto operativo en el país como en el extranjero, integra además una serie de medidas de **formalización** de los migrantes, como también, de acciones de protección a las personas, las que buscan prevenir los riesgos asociados a la migración (tráfico y trata) y asistirlos para resguardar sus derechos humanos.
- Dentro de estas acciones, está la posibilidad de solicitar **refugio**, acogerse a una amplia variedad de visados reglamentados por ley (que son transparentes y accesibles) y dentro del país se puede cambiar el estatus migratorio.

⁷ Mendiola, M. (2017). Movilidad humana en tiempos de inseguridad ciudadana. Un análisis crítico sobre los procedimientos actuales de expulsión de personas en situación de movilidad en el Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, Perú.

- Cabe señalar, además, que no se criminaliza la **migración irregular**, como señala su artículo VII de principios, siendo claro en el tratamiento de estos casos y el conducto institucional. No obstante, el desarrollo de los procedimientos de formalización de los migrantes, no resulta explícito respecto a conminar a los funcionarios públicos a implementar dicha formalización.
- Las causales de **expulsión** están señaladas claramente, lo que impide la expulsión arbitraria y garantiza el debido proceso tanto administrativo como judicial para apelar.
- En materia de **reunificación familiar** los migrantes con residencia por más de 90 días pueden solicitarla, accediendo los familiares a la misma categoría migratoria del solicitante, incluso es extensiva para las uniones de hecho y los hijos o hijas de ésta.
- No obstante todas estas garantías, la obtención de la **residencia definitiva** se obtiene sólo a los tres años de residencia temporal, lo que constituye un período largo de vulnerabilidad hasta lograr dicha condición.

Derechos:

- La ley de migración peruana establece en su artículo VIII el principio de **No discriminación** o de igualdad que sirve como orientación para la interpretación y aplicación de las normas.
- Respecto de la **protección social de grupos vulnerables**, la ley reconoce especial preocupación por la situación de los migrantes menores de edad, donde hace hincapié en el bien superior del niño o niña, como en la protección de las mujeres, a quienes garantiza el acceso a programas específicos de protección y asistencia.
- En lo relativo a los **derechos sociales** de los migrantes, se reconocen una serie de éstos, como el derecho al trabajo (permite obtener trabajo con la solicitud de visa), a la educación y la salud, no implicando la situación migratoria una diferencia en su acceso. Donde sí existe un vacío, es en lo relativo al acceso a la vivienda como derecho o la promoción de la interculturalidad.

3.2. Ecuador

Ley Orgánica de Movilidad Humana fue aprobada por la Asamblea, con el voto unánime de todos los legisladores, el 6 de febrero del año 2017. En su cuerpo normativo se establecieron derechos y obligaciones para emigrantes, inmigrantes, personas en tránsito, grupos vulnerables que necesiten asistencia internacional víctimas de mafias transnacionales de tráfico y trata de personas. Todo ello dentro de un marco general, incluso constitucional, de que la libre movilidad constituye un derecho humano universal.

Enfoque:

El enfoque de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, es la que en mayor medida concentra el espíritu de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. Esto queda establecido en los objetivos que la orientan en su primer artículo:

“La presente Ley tiene por objeto regular el ejercicio de derechos, obligaciones, institucionalidad y mecanismos vinculados a las personas en

movilidad humana, que comprende emigrantes, inmigrantes, personas en tránsito, personas ecuatorianas retornadas, quienes requieran de protección internacional, víctimas de los delitos de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes; y, sus familiares.

Para el caso de las víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, esta Ley tiene por objeto establecer el marco de prevención, protección, atención y reinserción que el Estado desarrollará a través de las distintas políticas públicas, de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

Además de esta declaración, en su artículo 2, señala la serie de principios que la inspiran, todos los cuales son concordantes con un enfoque de derechos humanos, como son: ciudadanía universal, libre circulación, No criminalización, igualdad ante la ley y no discriminación, entre otros principios.

Regularización:

- El carácter amplio y centrado en los derechos humanos de la Ley de Movilidad Humana de Ecuador, se expresa en su proceso de regulación en las amplias facilidades que entrega a los migrantes para acceder a la **formalización** de su situación migratoria, pudiendo acceder a esta tanto dentro como fuera del país. Esto se expresa en que toda persona tiene derecho a acceder a una condición legal de permanencia y el Estado está obligado a entregarla, pues reconoce a la migración como un derecho humano consagrado en la constitución, lo que implica que las personas pueden ir accediendo a las visas que otorga el país (8 tipos distintas) en función de sus necesidades y son además extensibles. No obstante, este sentido amplio de acceso a la formalización, desde el año 2019, por efecto de presiones sociales por el alto número de inmigrantes venezolanos, se han comenzado a solicitar pasaporte y presentación de antecedentes judiciales a los migrantes de dicha nacionalidad, lo que ha llevado a la judicialización del tema.
- En lo referido al **refugio**, Ecuador en su Constitución del año 2008, en su artículo 41, reconoce los principios de movilidad humana y ciudadanía universal, dentro de los cuales están "*los derechos de asilo y refugio*". Es por ello que la ley de Movilidad Humana establece el acceso a una visa humanitaria y una diferente para refugiado, que permite el reconocimiento de distintas vulnerabilidades en su formalización.
- Como se señaló, la constitución ecuatoriana considera a la migración un derecho humano, por tal efecto, no existe por tanto la condición de **migrante irregular** dentro de la ley ecuatoriana.
- En lo que respecta a la **expulsión**, la normativa es clara en las condiciones y circunstancias, que en el caso de una persona que se encuentre en calidad de irregular y que no haya formalizado su situación migratoria, la autoridad deberá notificar para que abandone el país, y de no hacerlo, procede su expulsión, lo que podría definirse como una norma laxa.
- En lo referido a las políticas de **Reunificación familiar**, este derecho está consagrado en la ley, el cual contempla tanto a la familia directa como a la del segundo grado de consanguinidad y convivientes.
- Finalmente, en las condiciones que establece la ley para la obtención de la **residencia permanente**, esta señala que se puede solicitar a los 21 meses en calidad de residente temporal, lo que representa un tiempo corto en

comparación con otras legislaciones de la región, lo que reduce la situación de fragilidad en su condición migratoria.

Derechos:

- En lo que respecta al principio de **No discriminación**, Ecuador al reconocer la ciudadanía universal y la movilidad como un derecho humano consagrado constitucionalmente, esto implica que las personas migrantes tienen los mismos derechos y deberes que los nacionales
- Quizás el aspecto donde se aprecian mayores vacíos en su Ley de Movilidad Humana, es en lo que referido a la **protección social grupos vulnerables**, pues no obstante reconocer el derecho a una ciudadanía universal en base a los derechos humanos, no existe reconocimiento o políticas específicas dirigidas a asistir y proteger a grupos vulnerables como niños, niñas, mujeres o tercera edad.
- Dentro de los **derechos sociales** que reconoce la legislación ecuatoriana, consagra el derecho al acceso al trabajo y la seguridad social en el ámbito de la salud, tanto en la modalidad de residencia transitoria como definitiva. No obstante, esta declaración, se observan algunos puntos ciegos en la ley, por ejemplo, no hay mención al derecho a la vivienda, tampoco hay un reconocimiento explícito en la ley al derecho a la educación, lo que ha sido subsanado mediante el Plan Nacional de Movilidad Humana, que, aunque permite el acceso, legalmente, en menos vinculante que una explicitación en el cuerpo normativo, finalmente, tampoco hay mención a políticas de interculturalidad.

3.3. Colombia

En el caso de Colombia, la estructura legal que regula el tema migratorio es el Decreto 0834, promulgado el 24 de abril del año 2013, el cual establece las disposiciones en materia migratoria de la República de Colombia. Dicho instrumento normativo, a diferencia de los casos de Perú y Ecuador antes analizados, y de haber sido aprobado en fecha relativamente reciente, no hace mención alguna al marco de los derechos humano en su articulado.

El contexto social de violencia política y delictiva (narcotráfico), puede explicar el carácter eminentemente de seguridad nacional que presente este decreto, que no obstante la tendencia general hacia una mirada centrada en los derechos y la protección de los migrantes, acá persista una perspectiva criminalizadora de la migración.

Enfoque:

La presencia de un enfoque centrado en los principios de seguridad nacional en la legislación migratoria colombiana, se puede apreciar de manera clara en su segundo artículo del decreto 0834, donde señala:

“Competencia. Es competencia discrecional del Gobierno Nacional, fundado en el principio de soberanía del Estado autorizar el ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el ingreso, permanencia y salida de los extranjeros del territorio nacional se regirá por las disposiciones del presente Decreto”.

Como puede resultar evidente, esta mirada tiende a restringir las

responsabilidades y deberes por parte del Estado colombiano respecto de los migrantes.

Regularización:

- Un primer elemento que resulta evidente del análisis del decreto 0834, es que éste no representa una legislación integral para dar gobernabilidad a la migración, sino que es un marco normativo para regular el ingreso y salida de población extranjera, es por ello que no muestra un principio de regularización que se exprese en un objetivo tras la **formalización** migratoria. Se puede por tanto señalar que lo que hay son procedimientos basados en tres categorías de visas según la Resolución 6045 del año 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que modificó la clasificación, condiciones, requisitos documentales y procesos de solicitud del régimen de visas (visita –V-, residencia temporal –M- y residencia definitiva –R-), las que pueden ser solicitadas afuera como dentro del país, y también cambiar la calidad migratoria dentro del territorio nacional.
- Refugio: Existen distintos tipos de visas, incluyendo a personas que no corresponden a refugiados, pero que su situación amerita medida complementaria. Esto es discrecional, ya que no existen parámetros claros respecto a su aplicación.
- En lo referido a la **migración irregular**, esta es castigada mediante sanciones a quienes incurran en ella, no promoviendo, por tanto, la regularización sino su criminalización.
- Respecto a la **expulsión** de migrantes, el decreto 0834, por su carácter operativo y no integral para el tratamiento de la migración, está contenido en el **decreto 1067 del año 2015, el cual establece que** *"podrán expulsar a los extranjeros que a juicio de la autoridad migratoria realicen actividades que atenten contra la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la tranquilidad social, la seguridad pública o cuando existan informaciones de inteligencia que indiquen que representa un riesgo para la seguridad nacional, el orden público, la seguridad pública, o la tranquilidad social"*. Como se aprecia, una mirada centrada en la seguridad nacional.
- La **reunificación familiar** es reconocida por la legislación colombiana de forma parcial, pues contiene una serie de restricciones, no contemplando a la totalidad de la familia directa del solicitante, como, por ejemplo, sólo son sujetos de reunificación los hijos menores de 25 años o con algún tipo de discapacidad, y los cónyuges o parejas de facto dependientes económicamente de éste.
- Finalmente, la **residencia definitiva** se obtiene luego de dos años de permanencia continua e ininterrumpida en territorio colombiano, lo que se encuadra en un tiempo promedio de la región.

Derechos:

- Respecto al principio de **No discriminación**, la normativa legal colombiana no obstante reconocer los mismos derechos de los nacionales a los migrantes legales, si establece una serie de disposiciones que limitan, subordinan o niegan dicha igualdad de derechos, lo que se inscribe en la lógica de seguridad nacional.

- En lo referido a la **protección social grupos vulnerables**, no se reconocen grupos vulnerables y, por ende, no se han diseñado o establecido políticas específicas para el resguardo y protección de niño, niñas o mujeres.
- Finalmente, la legislación migratoria colombiana no hace mención a la condición migratoria para acceder a **derechos sociales**, sin embargo, establece una serie de penas y multas a quienes establezcan algún tipo de relación laboral o a quien permita el ingreso a extranjeros al sistema educativo que no cuente con su situación migratoria al día y regularizada. Como es evidente, no hay mención a políticas de salud, educación, vivienda, trabajo digno o interculturalidad.

3.4. Chile

La actual normativa vigente es el Decreto Ley N° 1.094 de 1975 —Ley de Extranjería—, que concibe al migrante como un peligro para la seguridad nacional. Ello se explica en la lógica de seguridad del Estado que la inspira en un contexto de dictadura militar y plena guerra fría, donde el migrante es visto con desconfianza pues representa un potencial criminal o subversivo. Esta concepción criminalizadora se manifiesta en su articulado en una serie de trabas que impiden el ingreso a extranjeros al territorio nacional, concretamente, se establecieron una serie de procedimientos burocráticos para entorpecer la obtención de residencia temporal y definitiva, que desincentiven la permanencia en el país. Es por ello que los migrantes en Chile se ven desprovistos de una estructura normativa general que los proteja, y como resulta del todo obvio, adolece de un enfoque que integre explícitamente la protección de los Derechos Humanos de los migrantes.

Existe consenso que este marco legal no está acorde con los desafíos que tiene el país, pero no se ha logrado acordar un acuerdo político amplio para modificarlo, lo que ha redundado en la permanencia de dicho marco legal. Para hacer frente a esta situación de desfase normativo en materia migratoria, el Estado de Chile ha introducido numerosas modificaciones parciales al Decreto N° 1.094 y leyes suplementarias, con el objetivo de hacer nuestra legislación migratoria un poco más congruente con la política exterior de Chile. Dentro de estos esfuerzos “adaptativos” cabe mencionar la Ley N° 19.476 de 1996, que modificó la Ley de Extranjería en materia de asilo y refugio; la promulgación de la Ley 20.430 de 2010 sobre refugio y la Ley 20.507 de 2011, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.

En resumen, *“la ley chilena así, más que una ley de migración es una ley propiamente de extranjería. Se preocupa de la entrada y salida, pero no de la estadía de las personas”*⁸. Expresión de este desacople, es que la principal fuente de regularización migratoria en Chile, han sido masivos procesos de regularización mediante edicto presidencial, siendo la última la aplicada en el año 2018, que esta es tercera regularización, pues ya hubo dos procesos anteriores durante los mandatos de Eduardo Frei Ruiz-Tagle y Michelle Bachelet, en 1998 y 2007 respectivamente.

Enfoque:

El texto del decreto 1.094 es transparente en su artículo 2, respecto del carácter

⁸ Espacio Público (2018), Op. Cit.

que inspira la ley, que es la seguridad nacional del Estado, donde se pone el acento en la capacidad que se reserva el Estado para expulsar o restringir los derechos de los extranjeros en Chile.

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

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

Es cierto que la radicalidad en términos de desconocimiento de los derechos humanos de los migrantes de este decreto no se aplica en Chile, pues hay una serie de instructivos y decretos presidenciales que buscan aplacar este carácter refractario al derecho internacional de esta norma, pero no deja de ser menos cierto, que, al carecer la protección de los migrantes de una ley, queda al arbitrio del gobierno de turno el matiz o enfoque que apliquen. De esta forma, al no existir una ley actualizada a las características actuales del fenómeno migratorio, persiste, potencialmente, la posibilidad legal de desconocer cualquier fórmula transitoria, como es, por ejemplo, el cambio en la aplicación de la ley de extranjería respecto a la centralidad de los derechos humanos que promovió el gobierno de Bachelet, respecto del gobierno del presidente Piñera, que ha reforzado una mirada soberanista.

Caso contrario es lo que sucede con las solicitudes de refugio (Ley 20.430) y los casos de tráfico y trata de personas (Ley 20.507), que son dos de las aristas más complejas y vulnerables de la migración, las que si cuentan con un respaldo normativo. Ello se traduce en que no queda abierta a la discrecionalidad interpretativa del gobierno de turno, y hay un adecuado marco normativo basado en el derecho internacional para la protección de los migrantes.

Regularización:

- La impronta del enfoque de seguridad nacional del Decreto Legislativo N° 1.094, se transparenta en la ausencia de un principio de regularización, donde más que facilitar las medidas de **formalización** de los migrantes, establece cauces complejos y rígidos para dificultar dicha medida. Un ejemplo de ello son los decretos que exigen las visas consulares para la obtención de una visa de residencia temporal o permiso de trabajo, no existiendo la posibilidad, fuera de las regularizaciones masivas, de cambiar el estatus de la visa de visitante a residente. Por otra parte, es muy rígido en la entrega de visados, permitiendo la movilidad laboral pero supeditada totalmente al contrato de trabajo. Por otra parte, *“la visa temporaria tiene una descripción muy general en el decreto ley, teniendo algún mayor detalle en el decreto administrativo, lo que da una certidumbre menor sobre los fundamentos para poder solicitar este visado. Tampoco se prolonga automáticamente la vigencia de la visa anterior, aun cuando se solicita una nueva. Solo existe la posibilidad de conseguir un permiso de trabajo mientras se está en trámite”*⁹.
- En lo referido al **refugio**, el decreto 1.094 no establece ninguna vía de regularización a través del proceso de visado. Esto se ha subsanado en la promulgación de la ley 20.430, que adapta los convenios internacionales suscritos por Chile en materia de refugio, encontrándose, por lo tanto, en un marco de protección de los derechos humanos.

⁹ Ibídem.

- Por su parte, en lo que respecta a la **migración irregular**, la legislación chilena tiende a la criminalización de ésta, pues dificulta la regularización migratoria y los funcionarios públicos por ley están orientados de detectar, denunciar y expulsar a quienes se encuentren de manera irregular en el país, lo que va en sentido contrario a lo que promueve el derecho internacional.
- De esta forma, la **expulsión** de migrantes está determinada en la legislación de forma abierta y amplia, lo que amplifica la discrecionalidad en las causales de expulsión. Aquello sobre quienes cae el decreto de expulsión pueden recurrir a los tribunales de justicia, pero el plazo estipulado por la ley para presentar un recurso es de 24 horas, lo que resulta extremadamente ajustado y resulta restrictivo.
- Respecto a la política de **reunificación familiar**, la legislación establece que pueden acceder a esta sólo aquellas personas que tienen una visa de residencia permanente, lo que dilata los tiempos de la reunificación.
- Finalmente, la obtención de la **residencia definitiva** se puede obtener antes de dos años, lo que es un tiempo prudencial dentro de las legislaciones latinoamericanas, incluso, ya a los 12 meses se puede solicitar, lo que facilita el arraigo efectivo del migrante.

Derechos:

- Respecto al principio de **No discriminación**, la legislación chilena no manifiesta ninguna disposición en su articulado para reconocer la igualdad ante la ley, lo que es un estándar bajo de reconocimiento de los derechos de los migrantes. Es desde la apelación a la Constitución y los tratados internacionales, que los migrantes han encontrado algún tipo de reconocimiento, pero este no está estipulado en los marcos legales migratorios.
- En lo relativo a la **protección social grupos vulnerables**, la legislación migratoria no plantea un reconocimiento o estrategias de asistencia, ni menos se contemplan derechos específicos para niños, niñas y mujeres. La excepción a esta situación de desprotección son los casos de los refugiados y víctimas de tráfico y trata de personas, donde la legislación más actual reconoce medidas específicas para estos casos.
- Finalmente, en los **derechos sociales** de los migrantes está por debajo de estándar internacional, pues no se reconoce ningún derecho o titularidad a nivel legal, con la excepción en lo referido al permiso de trabajo temporal mientras se tramita la visa de residencia temporal

3.5. México

México aprobó el 25 de mayo del año 2011 la Ley de Migración con carácter federal, que vino a reemplazar al antiguo marco normativo que había mostrado incapacidad de poder dar un conducto adecuado al tratamiento de fenómenos de creciente complejidad, como es la migración irregular y la protección de los derechos humanos de los migrantes¹⁰. Esta ley de Migración del 2011, es el primer paso en una remodelación de la arquitectura legal para el tratamiento de

¹⁰ González-Murphy, L. y Koslowski, R. (2011). Entendiendo el cambio a las leyes de inmigración de México. Woodrow Wilson International Center. Disponible en línea en: <http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/KOSLOWSKI%20SPANISH1.pdf>

la migración, que se complementa con el Reglamento de la Ley de Migración del 2012 y la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político del 2011.

El principal foco que buscaba cambiar la legislación migratoria mexicana, era los problemas asociados a la migración de tránsito que experimentaba el país, por parte de migrantes centroamericanos y caribeños con destino a Estados Unidos. Esta situación venía tensionando las relaciones de México tanto con el país del norte como con los países centroamericanos, en tanto la creciente evidencia de la *"sistemática violación de los derechos humanos de la población migrante y en tránsito (...) en torno al tema de secuestros y tráfico de personas"*¹¹, como a la responsabilidad del gobierno de garantizar los derechos de los migrantes¹², compromisos, que por otra parte, que México se había comprometido internacionalmente en materia de derechos humanos¹³.

Esta Ley de Migraciones representa un avance sustantivo, pues reconoce a los derechos humanos como principio inspirador, que reconoce, además, el carácter complejo de la migración en territorio mexicano, en tanto conforma un *"instrumento jurídico integral, en el que se asume a México como país de origen, tránsito y destino, declarándose a la unidad familiar y la protección humanitaria como ejes rectores de la política migratoria"*¹⁴.

No obstante este cambio de paradigma, México presenta dificultades en su capacidad de dar respuesta a la creciente dificultad que entraña el sistema migratorio hacia Estados Unidos, que se ha visto acrecentado con las crecientes restricciones y vulneraciones a los derechos humanos de los migrantes por parte del gigante del norte. Esto ha complejizado el cumplimiento de la misma normativa que se ha provisto México para el tratamiento de la migración, teniendo que asumir deportaciones fronterizas de nacionales de otros países bajo presión de sanciones económicas, externalizando las funciones de deportación a México por parte de Estados Unidos¹⁵.

Enfoque:

El carácter centrado en los derechos humanos de la legislación mexicana, se puede apreciar en el artículo 1 de la Ley de Migraciones, la que señala:

"Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en toda la República y tienen por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales".

Como se observa, los derechos humanos son el encuadre general y el principio primero, a los que le sigue la maximización económica del impacto de la

¹¹ Pérez, N. y Martínez, D. (2011). Los desafíos de la agenda migratoria en México. Defensor Revista de derechos humanos. Disponible en línea en:

https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_06_2011.pdf

¹² Alba, F. (2013). Mexico: The New Migration Narrative. MPI. Disponible en línea en:

<http://www.migrationinformation.org/Profiles/display.cfm?ID=947>

¹³ Pérez García, Nancy (2010). La importancia de una ley migratoria en México. Migración y Desarrollo, vol. 7, núm. 15.

¹⁴ SEGOB: Ley de Migración. 2013. Disponible en:

http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Ley_de_migracion (Febrero, 2014).

¹⁵ Washington Post, 28/04/2020. México implementa la política migratoria con la que Trump soñó. Disponible en línea en:

<https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2020/04/28/mexico-cumple-con-la-politica-migratoria-que-trump-sono/>

migración y, finalmente, el resguardo soberano de las fronteras nacionales.

Regularización:

- Los principios de regularización que plantea la Ley de Migración de México, establecen la importancia de la **formalización**, simplificando los procedimientos vigentes, reduciendo las categorías migratorias a tres condiciones de estancia migratoria (visitante, residente temporal y residente permanente), para que esta transite por conductos regulares. Dentro de la condición de estancia de visitante, sólo aquellos que hayan ingresado por razones humanitarias (refugio, asilo, apátridas) pueden solicitar dentro del país el cambio de condición, el resto debe solicitarla fuera del país. Por otra parte, están claramente establecidos los requisitos de entrada y salida que se deben satisfacer.
- En lo referido al **refugio**, la legislación mexicana se ha adaptado a los convenios internacionales suscritos por México en materia de refugio, encontrándose, por lo tanto, en un marco de protección de los derechos humanos. Así, reconoce la primacía del interés humanitario, que se expresa en la protección a toda persona migrante que se encuentre en *"riesgo a la salud o vida propia, o por su situación de vulnerabilidad no pueda ser devuelto a su país de origen, o no pueda continuar con su viaje. Y por interés público, a la persona extranjera cuya internación se requiera para apoyar en acciones de auxilio o rescate en situaciones de emergencia o desastre en el territorio nacional"*¹⁶. De esta forma, México reconoce la condición de refugiado, como la de asilado político o la condición de apátrida, para conceder la autorización de residencia permanente.
- Respecto de la **migración irregular**, la legislación reconociendo el carácter de país de tránsito de México, señalando la necesidad de protección de los migrantes que transitan por el territorio de México, para lo cual, recoge una figura controvertida, como es *"la presentación, que es como se le denomina a la detención que puede llevar a cabo la autoridad administrativa migratoria de personas que se encuentran en situación irregular, pero también incluye este título una serie de medidas y mínimos que las autoridades migratorias deben de cumplir para asistir, proteger, respetar y garantizar los derechos de las personas migrantes, principalmente cuando están en situaciones de vulnerabilidad o en situación migratoria irregular"*¹⁷.
- En lo referido a la **expulsión**, el título sexto de la ley es el más extenso, que determina las atribuciones para el control, verificación y revisión migratoria, como también, la asistencia y resguardo de extranjeros en las llamadas *estaciones migratorias*. Se señalan, por tanto, las medidas contempladas para la expulsión de migrantes irregulares y el procedimiento para tal efecto, el derecho al acceso a la justicia y el debido proceso, garantizando los derechos humanos del migrante irregular, y finalmente, detalla también los delitos en materia migratoria en los campos del tráfico y la trata de personas.
- En lo relativo a las políticas de **reunificación familiar**, la ley señala el principio de Unidad familiar e interés superior del niño y niña como criterio primordial en la facilitación del ingreso y estancia de extranjeros para acceder a la residencia temporal o permanente.

¹⁶ Diario Oficial de la Federación, 25/05/2011. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación.

¹⁷ Castilla Juárez, K. (2014). Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades. Migración y Desarrollo, vol.12 no.23.

- Finalmente, vinculado a lo anterior, las políticas para acceder a la **residencia definitiva**, señalan que el período de permanencia de 4 años, lo que es un tiempo largo en el concierto latinoamericano, además, ha establecido un sistema de puntos para que los extranjeros puedan adquirir la residencia permanente sin cumplir con los cuatro años de residencia previa. En el caso de los hijos, se le otorga la residencia permanente previa solicitud, y en el caso de los cónyuges o parejas de hecho, se solicita a los dos años de producida la reunificación familiar.

Derechos:

- En lo referido al principio de **No discriminación** e igualdad ante la ley, la legislación establece los derechos que deben respetar y ejercer las personas migrantes, estableciendo que los migrantes contarán con todos los consagrados en la constitución federal y en los tratados internacionales suscritos por México, que es independiente de su situación migratoria.
- Respecto a la **protección social grupos vulnerables**, señala las obligaciones del estado mexicano respecto a la atención y resguardo de las personas en situación de vulnerabilidad, en especial niños, niñas y mujeres. Para tal efecto, ha implementado el reconocimiento legal a los grupos de asistencia humanitaria y protección a los migrantes denominados *Grupos Beta*, que son el brazo humanitario del Instituto Nacional de Migración, los que actúan preferentemente en zonas fronterizas y lugares de tránsito, prestando auxilio y protección en situaciones de riesgo.
- Finalmente, en lo relativo a los **derechos sociales**, la ley establece en su artículo octavo los beneficios a los que pueden acceder los migrantes, dentro de los que pueden destacarse el acceso a los servicios educativos en el sector público y privado, y el acceso a la atención médica, independiente de su situación migratoria. Por otro lado, permite el acceso al trabajo en condición de legalidad, ya sea de manera temporal como permanente. Por último, promueve la integración social y el multiculturalismo.

4. Conclusiones

Una mirada general de las legislaciones migratorias, permite apreciar una clara diferencia entre aquellos países con legislaciones más recientes, que acusan la influencia del marco de los derechos humanos del derecho internacional en sus cuerpos legales de la regulación migratoria, respecto de aquellas legislaciones anteriores, donde la impronta de la seguridad nacional tiende a criminalizar la migración. Las legislaciones de Ecuador y Perú en Sudamérica y de México en Norteamérica son expresión de esta tendencia, tendencia que contrasta con las legislaciones de Chile y Colombia se alejan de la promoción y protección de los derechos humanos, que se expresa en dificultades para la regularización migratoria y el reconocimiento de derechos.

Esta constatación no es un mero antecedente, pues la región está atravesando uno de sus períodos más complejos por efecto de la migración masiva de población por conflictos sociales, crisis humanitarias, crisis climática y desigualdad económica, que ha llevado a América Latina a ser uno de los principales focos de migración y desplazamiento forzado del planeta actualmente. Esto representa un desafío enorme, pues el endurecimiento de las legislaciones más que frenar este fenómeno, agudizan las situaciones de vulnerabilidad, el aumento de la migración irregular y de los flagelos del tráfico y trata de personas.