Libro completo en https://tinyurl.com/3cwz8475
2026. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Capítulo sexto

¿EL DERECHO A MIGRAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL? LA CONSTRUCCIÓN DEL EXTRANJERO A TRAVÉS DE LA IGUALDAD DE TRATO

> La libre circulación y residencia es un derecho humano básico, y ha sido un principio tradicionalmente asumido por los países de la región a través de sus políticas de apertura y promoción de las migraciones. Este principio, históricamente constitutivo de la formación de las naciones de la región, se ha mantenido e incrementado en la actualidad, a pesar de las tendencias a la restricción a los movimientos humanos que han aumentado en los últimos años en otras regiones del mundo.[940]

I. Introducción

La enunciación del derecho a migrar, muchas veces elevado a la categoría de derecho humano y, a veces, unido al concepto de ciudadanía universal, ha sido uno de los pilares centrales del discurso sudamericano en el siglo XXI. El derecho a migrar está relacionado con los principios de no criminalización y de apertura de fronteras, tal como se discute en los capítulos quinto y séptimo, y anticipa en teoría un fuerte marco de igualdad. En el caso de que no solo los nacionales, sino también los extranjeros, tengan un derecho inalienable de entrada y residencia en el territorio de un determinado Estado, así como una serie de derechos mientras residan en él, supondría un cambio

[940] Plan Sudamericano de Desarrollo Humano de las Migraciones, Contexto y Perspectivas. Documento aprobado en la Décima Conferencia Sudamericana de Migraciones por los doce países de la región, Cochabamba, Bolivia, 25 y 26 de octubre de 2010, pp. 16 y 17.

radical en la concepción tradicional de la soberanía territorial, que se ha favorecido y estimado como válida desde finales del siglo XIX.[941]

En efecto, a partir de la DUDH, solo se han reconocido dos derechos relacionados con la movilidad humana: la libertad de circulación y de residencia dentro de las fronteras de un Estado determinado, así como el derecho a salir de cualquier país, incluido el propio, y a regresar al país del que se es nacional.[942] La mayoría de los pactos internacionales,[943] incluida la CADH,[944] suelen excluir el tercer aspecto de la movilidad: el derecho a entrar en el territorio de otro Estado. De hecho, lo contrario se considera un principio bien establecido del derecho internacional. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité DH) indicó que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) no reconoce el derecho de los extranjeros "a entrar o residir en el territorio de un Estado parte".[945] El TEDH también se ha adherido a esta doctrina, y considera que "como cuestión de derecho internacional bien establecida y con sujeción a sus obligaciones derivadas de los tratados, un Estado tiene derecho a controlar la entrada de los no nacionales en su territorio".[946] Nos encontramos, por tanto, ante una clara "separación legal entre el concepto jurídico de salida y el de admisión" en el derecho internacional.[947]

Históricamente, diversas Constituciones establecían el derecho de los extranjeros a entrar y residir en los Estados sudamericanos.[948] Por su parte, desde principios del siglo XXI, varios documentos firmados por todos los gobiernos de la región han reconocido el derecho a migrar, incluyendo sus dos elementos, es decir, la inmigración y la emigración.[949] Aún más importante, ese derecho ha sido consagrado en algunas leyes nacionales. Argentina fue el primer país en incorporar el derecho a migrar, y lo considera «esencial

[941] Capítulo cuarto, pp. 115-121.

[942] Artículo 13, DUDH.

[943] Artículo 12, PIDCyP; artículo 8, ICMW; artículo 2, Protocolo IV, TEDH; artículo 12, Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR).

[944] Artículo 22, CADH.

[945] Comité de Derechos Humanos, Observación General 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (27o. periodo de sesiones, 1986).

[946] TEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, para. 67.

[947] Chetail, Vincent, "The transnational movement of persons…", *cit.*, p. 11.

[948] Capítulo segundo, pp. 62-66.

[949] Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones, X CSM, Cochabamba 25 y 26 de octubre de 2010; Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos, VIII CSM, Montevideo 17 al 19 de septiembre de 2008.

e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad".[950] Uruguay lo reconoce como "un derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria".[951] El enfoque de Bolivia es más cauto. El Estado garantiza a todas las personas migrantes extranjeras el derecho "a la migración sobre la base de los principios de igualdad, universalidad y reciprocidad".[952] La palabra "extranjeras" no deja lugar a dudas sobre a quién se dirige la disposición. Sin embargo, el calificativo de reciprocidad crea un obstáculo casi insuperable, y apunta en la dirección de utilizarlo únicamente a nivel regional.

En Ecuador, su Constitución "reconoce a las personas el derecho a migrar" y establece que "no se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria". En cuanto a sus relaciones internacionales, la Constitución exige que Ecuador propugne "el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero".[953] Paradójicamente, la Constitución de Ecuador también establece una larga lista de obligaciones a favor de los ecuatorianos en el exterior y deja de lado cualquier discusión sobre lo que implica el derecho a migrar para los inmigrantes en el país.[954] Por su parte, su Ley de Movilidad Humana recoge como uno de sus principios rectores la ciudadanía universal, entendida como la potestad del ser humano para movilizarse libremente por todo el planeta, portando sus derechos humanos independientemente de su condición migratoria, lo que llevará al progresivo fin de la condición de extranjero.[955] En Uruguay, su Constitución reconoce la libre entrada de toda persona en el territorio de la República, su permanencia en él y su salida. Esto es así siempre y cuando se respeten las leyes y los derechos de terceros, y la persona inmigrante no adolezca de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad, además de otros requisitos que impone su legislación migratoria.[956] Por último, la Constitución argentina ordena que "el Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que

[950] Argentina, artículo 4, Ley 25.871 de 2004.

[951] Uruguay, artículo 1, Ley 18.250 de 2008.

[952] Bolivia, artículo 12(II)(1), Ley 370 de 2013.

[953] Ecuador, artículo 416, Constitución de 2008.

[954] Ecuador, artículo 40, Constitución de 2008.

[955] Ecuador, artículo 2 (modificado por artículo 3), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021.

[956] Uruguay, artículo 37, Constitución de 1967.

tengan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes".[957]

Tanto académicos como organismos internacionales han celebrado la incorporación del derecho a migrar a los distintos marcos jurídicos.[958] Considerado como inalienable, esencial y universal en Argentina, Bolivia y Uruguay, el derecho a migrar se asume como un derecho humano. Sin embargo, hasta el momento no ha existido un debate serio sobre su alcance y su significado con dos excepciones.[959] La primera sería el informe de Uruguay de 2013 al CMW, donde se expresó que

> El 'derecho a migrar' indica la independencia conceptual existente entre la situación migratoria de un extranjero y su condición de ser humano, que se encuentra diametralmente por encima de cualquier otra condición: esto significa que la dignidad del ser humano, sustentada en la garantía indiscutible del ejercicio de sus derechos fundamentales, no debe ni puede coartarse por la irregularidad de su ingreso o permanencia en el territorio uruguayo.[960]

La segunda excepción corresponde a la Corte Constitucional de Ecuador, la cual ha tratado esta materia en distintas ocasiones. El tribunal ha sostenido que el derecho a migrar implica un cambio de paradigma, donde el extranjero es un sujeto de derechos, y el Estado es su garante. Por lo tanto, ha señalado que este derecho va más allá de la libertad de circulación, abarcando la posibilidad de ingresar al territorio ecuatoriano sin restricciones ilegítimas, innecesarias o desproporcionadas. Para la Corte Constitucional, el derecho a migrar implica reconocer en todo momento los distintos factores que obligan a las personas a salir de su lugar de origen o de residencia habitual a lo largo de todo el proceso de migración —ingreso, permanencia, transito, salida o retorno— y ajustarse a estas condiciones.[961]

---

[957] Argentina, artículo 25, Constitución de 1994.

[958] Giustiniani, Rubén, *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2004. Véase Observaciones finales sobre el informe inicial de Uruguay, CMW/C/URY/CO/1, 2 de mayo de 2014; Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 2 de noviembre de 2011; Observaciones finales sobre el segundo informe de Ecuador, CMW/C/ECU/CO/2, 15 de diciembre de 2010.

[959] Hines, Bárbara, "The right to migrate as a human right: The current Argentine immigration law", *Cornell International Law Journal*, vol. 43, núm. 3, 2010, pp. 471-511; García, Lila, *op. cit.*

[960] CMW, Informe inicial de Uruguay, 30 de enero de 2013, CMW/C/URY/1.

[961] Corte Constitucional de Ecuador, Caso 14-19-IN, sentencia del 7 de junio de 2023, párr. 202-205. Véase también Caso 2120-19-JP, sentencia del 22 de septiembre de 2021;

Estas aclaraciones siguen dejando numerosos interrogantes abiertos. Por ejemplo, ¿impugna el derecho a migrar el supuesto derecho del Estado a controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los no nacionales? O, por el contrario, ¿se trata de una disposición puramente ornamental con limitadas implicaciones jurídicas? Los migrantes se interesan por tres aspectos concretos del derecho migratorio: las condiciones de entrada, los derechos durante su estadía y la seguridad de su residencia para evitar la expulsión. Se podría argumentar que para que el derecho a migrar lleve aparejado algún elemento reseñable, los derechos garantizados durante la residencia, así como los procedimientos para renovar los respectivos permisos, deberían ir acompañados de un derecho de entrada. A esto debería añadirse la necesidad de que los procesos de naturalización fueran claros para aquellos interesados en establecerse de forma permanente.

Este capítulo analiza cómo la legislación migratoria sudamericana construye el estatus legal de los extranjeros con permiso de residencia. También analiza la transición entre el extranjero y el nacional a través de la naturalización. El capítulo tiene tres secciones, divididas en entrada, estadía y expulsión. Las siguientes páginas no pretenden ofrecer un análisis detallado de todas las disposiciones relevantes para cada categoría en los diez países. Su alcance es más modesto, y lo que se busca es dilucidar algunas tendencias comunes en la región en cuanto a la regulación del estatus de los no nacionales con permiso de residencia, así como su posible acceso a la ciudadanía.

Si se comparan con los marcos migratorios existentes en Sudamérica a finales del siglo XX, los cuales estaban caracterizados por un enfoque restrictivo y utilitario, las nuevas leyes del siglo XXI representan un notable avance hacia un enfoque basado en derechos. Su estructura y contenido hacen hincapié tanto en la igualdad de trato como en la universalidad de ciertos derechos y en la protección de la dignidad humana. Aunque las nuevas leyes amplían claramente los derechos de los cuales gozan las personas extranjeras, es más difícil determinar si el derecho a migrar supone una innovación sustancial en la construcción jurídica de la persona extranjera, o si representa más bien un mero adorno. De hecho, ya hemos discutido anteriormente en este libro la preocupación que existe en la región sobre una "inflación de derechos" a nivel constitucional.[962] En las últimas páginas de este capítulo se discute cómo el resurgimiento de los debates sobre el derecho a migrar en Sudamérica están más relacionados con la emigración,

Caso 983-18-JP, sentencia del 25 de agosto de 2021; Caso 639-19-JP y acumulado, sentencia del 21 de octubre de 2020; Caso 0005-09-TI, sentencia del 8 de octubre de 2009.

[962] Véase Transición hacia…, parte segunda, pp. 151-156.

en primer lugar, y con la libre circulación de personas a nivel regional, en segundo término, a la cual se dedicará el capítulo séptimo.

II. ¿Un derecho de entrada en Sudamérica?

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la discrecionalidad respecto de la admisión y expulsión de extranjeros, la cual era entonces prevalente a nivel global, comenzó lentamente a "erosionarse".[963] En dicho momento, empezó a tomar arraigo una cierta obligación "de admitir a algunos extranjeros en determinadas circunstancias".[964] Hubo dos factores que fueron fundamentales en esta expansión del derecho internacional. En primer lugar, se liberalizó la movilidad de las personas tanto a nivel bilateral como regional. La UE constituye el ejemplo paradigmático, ya que sus ciudadanos tienen el derecho fundamental de circular y residir libremente en el territorio de todos los Estados miembros.[965] En segundo lugar, se produjo una progresiva expansión de los derechos humanos a través de principios generales y tratados internacionales.[966] Esto llevó a que se prohibieran, por ejemplo, las restricciones "basadas exclusivamente en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico".[967] Las disposiciones abiertamente racistas, como las que se habían introducido en muchos países de Sudamérica en el siglo XX, dejaron de ser legalmente aceptables.[968]

Por último, también es relevante un tercer factor. El creciente reconocimiento mundial de la doble nacionalidad ha hecho posible que muchas personas disfruten de derechos de salida y entrada en más de un Estado.[969] Esta tendencia ha sido especialmente fuerte en Sudamérica, en parte debido a los continuos esfuerzos de presión de las organizaciones de la diáspora que reclaman derechos en el extranjero.[970]

---

963 Martin, David A, *op. cit,* p. 548.

964 Nafziger, James, *op. cit.,* p. 805.

965 Artículos 20 y 21, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); artículo 45, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

966 Martin, David A, *op. cit.*, 548-550; Perruchoud, Richard, *op. cit.*, p. 125.

967 CIJ, Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad (Opinión Consultiva) [1971] CIJ Rep 16, [131]. Citado en Perruchoud, Richard, *op. cit.,* p. 126.

968 Véase capítulo cuarto, pp. 122-127.

969 Spiro, Peter J., *At home in two countries*…, *cit.*, pp. 122-127.

970 Margheritis, Ana, *Migration governance across regions*…, *cit.*

En esta sección se examina el fenómeno de la doble nacionalidad, así como el modo en que la interpretación de la vida familiar afecta a la entrada y la estadía de una categoría concreta de extranjeros. La posible ampliación del derecho de entrada a través de tratados multilaterales, tales como los Acuerdos de Residencia de Mercosur y la Decisión 878 de la CAN, se analizarán en el capítulo séptimo. Como se explica en el capítulo primero, las personas refugiadas y solicitantes de asilo quedan fuera del ámbito de esta investigación, por lo que no se incluyen aquí.[971]

1. *Reunificación familiar*

La vida familiar ha sido reconocida como un aspecto crucial para mejorar la inclusión social en el Estado de acogida.[972] El derecho a la vida familiar "incluye tanto una obligación positiva de proteger a la familia como una obligación negativa que prohíbe cualquier interferencia ilegal o arbitraria en el ejercicio" de ese derecho.[973] La vida familiar está intrínsecamente relacionada con la reunificación familiar. En este sentido, las personas migrantes tienen tres preguntas en mente: ¿existe un derecho individual a la reunificación familiar?, ¿qué miembros de la familia pueden reunirse con la persona que ya reside en el Estado de acogida?, y ¿cuáles son las condiciones de residencia y los derechos de los miembros de la familia? Un derecho fundamental a migrar anticiparía respuestas positivas y de gran alcance a estas tres preguntas.[974]

A pesar de su importancia, ningún instrumento internacional establece un derecho indiscutible a la reunificación familiar y el consiguiente derecho de entrada de los miembros de la familia. La ICMW se limita a establecer la obligación de los Estados, de tomar "las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios" con determinados miembros de la familia.[975] El CMW ha interpretado que estas disposiciones imponen a los Estados la obligación

[971] Capítulo primero, pp. 13 y 14. Véase, sin embargo, capítulo octavo para el caso de los nacionales venezolanos.

[972] Por ejemplo, Consejo de Europa, Recomendación 1686 de la Asamblea Parlamentaria, Movilidad Humana y Derecho a la Reunificación Familiar, 2004.

[973] Chetail, Vincent, "The transnational movement of persons…", *cit.*, pp. 41 y 42.

[974] Sobre la vida familiar y los migrantes en situación irregular, véase capítulo quinto, pp. 240-246.

[975] A saber: cónyuges, aquellas personas con las que se mantenga una relación que produzca efectos equivalentes al del matrimonio y los hijos solteros, menores de edad y no casados que estén a su cargo, artículo 44, ICMW.

de incorporar normas que regulen la reunificación familiar en el derecho interno y de adoptar medidas prácticas para facilitarla.[976] Otros órganos de tratados de derechos humanos se han referido al posible deber de permitir la reunificación familiar dentro de un concepto más amplio de vida familiar, derivado del PIDCyP o de la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN).[977] Según parte de la doctrina, facilitar la reunificación en el caso de niños y niñas es una norma de derecho internacional consuetudinario.[978] En los casos de menores en los que la vida familiar no es posible en ningún otro lugar, el TEDH ha reconocido en algún caso un derecho a la reunificación familiar y a la entrada.[979] Por su parte, la legislación migratoria de la UE es más generosa al establecer un derecho individual a la reunificación familiar no solo para los ciudadanos de la UE, sino también para los nacionales de terceros países con determinados miembros de su familia.[980] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha defendido claramente este derecho en varias sentencias.[981]

A nivel regional, el artículo 17 de la CADH afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida. En virtud de dicho artículo, el Estado está obligado a "favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar".[982] El apartado 2 del artículo 11 establece que toda persona tiene derecho a recibir protección contra las injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar. Sin embargo, la Corte IDH ha interpretado que el derecho a la vida familiar no supera "per se la facultad soberana de los Estados Parte de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos".[983] Por tanto, se debe realizar un balance entre la soberanía y los derechos humanos.

---

[976] CMW, Observaciones finales del segundo informe de Bolivia, CMW/C/BOL/CO/2, 15 de mayo de 2013; CMW, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CMW/C/CHL/CO/1, 19 de octubre de 2011.

[977] Chetail, Vincent, "The transnational movement of persons …", *cit.*, pp. 42, 45 y 46.

[978] *Ibidem*, pp. 43-48.

[979] TEDH, *Sen c. Países Bajos* (Sentencia) (1996) Appl. No. 31465/ 96, para. 40. Véase también el peculiar caso *Hasanbasic contra Suiza*, Appl. No. 52166/09, del 7 de octubre de 2013.

[980] Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar.

[981] TJUE, Caso C-540/03, *Parlamento c. Consejo*, 27 de junio de 2006, EU:C:2006:429; Caso C-578/08, *Chakroun*, 4 de marzo de 2010, EU:C:2010:117.

[982] Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, para. 226.

[983] Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, para. 417.

La Corte IDH ha establecido estándares importantes. Por ejemplo, existe la obligación del Estado, de facilitar la reunificación familiar cuando ha expulsado erróneamente a un miembro de la familia sobre la base de motivos procedimentales.[984] Además, en los casos en los que hay menores implicados, el concepto de "familia" se interpreta de forma amplia para incluir no solo al núcleo familiar, sino también a otros parientes, como tíos, tías, primos, primas y abuelos o abuelas, o incluso personas "que no necesariamente sean jurídicamente parientes". Por ende, en los casos de niños y niñas, "el Estado tiene la obligación de determinar en cada situación la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño".[985]

Los países sudamericanos han avanzado en la dirección de reconocer un derecho subjetivo del individuo a la reunificación familiar.[986] El concepto de familia se entiende de manera amplia, e incluye no solo a los cónyuges e hijos, sino también a los padres, madres, nietos, nietas, hermanos, hermanas u otras posibles categorías.[987] Los miembros de la familia suelen disfrutar de igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta al acceso a servicios sociales, salud, educación, empleo y seguridad social.[988] Este enfoque es destacable en al menos tres aspectos. En primer lugar, los derechos que inicialmente se concedían únicamente a los ciudadanos de la región a través de los Acuerdos de Residencia del Mercosur de 2002,[989]

---

[984] *Ibidem*, para. 418.

[985] Corte IDH, *Derechos y garantías de niños y niñas*, para. 272.

[986] Argentina, artículos 3(d) y 10, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 12(II)(8), Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 4(III), Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 19, Ley 21.325 de 2021; Paraguay, artículos 4(10), 10 y 30, Ley 6.984 de 2022; Perú, artículo V, Decreto Legislativo 1350, 6 de enero de 2017; Uruguay, artículo 8, Ley 18.250 de 2008. En Ecuador, el derecho solo está disponible para las personas extranjeras que hayan obtenido la residencia permanente. Ecuador, artículo 63 (modificado por artículo 40), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021. En Colombia, la reunificación familiar está considerada como una prerrogativa del Estado: Colombia, artículo 3(6), Ley 2.136 de 2021. En Venezuela, el tema no se discute en su Ley de Migraciones de 2004.

[987] Argentina, artículo 10, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 12(II)(8), Ley 370 de 2013; Brasil, artículos 4(III) y 37, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 19, Ley 21.325 de 2021; Ecuador, artículo 63(4) (modificado por artículo 40), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021 reconoce la reunificación familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, aunque únicamente para residentes permanentes; Perú, artículo 38, Decreto Legislativo 1350 de 2017; Paraguay, artículo 10, Ley 6.984 de 2022; Uruguay, artículo 10, Ley 18.250 de 2008.

[988] Argentina, artículo 6, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 12, Ley 370 de 2013; Brasil, artículos 3 y 4, Ley 13.445 de 2017; Perú, artículos 37 y 38, Decreto Legislativo 1350 de 2017; Uruguay, artículo 8, Ley 18.250 de 2008.

[989] Algunas Decisiones anteriores de la Comunidad Andina se habían referido a las familias de los trabajadores migrantes, pero sin incorporar claramente un reconocimiento sub-

se han ampliado a todos los no nacionales. En segundo lugar, la CSM ha desempeñado un papel importante a la hora de establecer la agenda y ser la primera organización en verbalizar y reconocer el derecho a la reunificación familiar de todas las personas migrantes en Sudamérica, no solo de los ciudadanos regionales.[990] En tercer lugar, la vida familiar sirve de escudo contra la expulsión, sobre todo cuando el individuo está indocumentado; pero también ofrece cierta protección en caso de que se haya cometido un delito.[991] Por último, en lo que respecta al matrimonio y, en línea con prácticas históricas bien arraigadas,[992] aquellos que se casan con una nacional pueden optar de manera más rápida a la naturalización.[993] En algunos países es además posible que los miembros de la familia, a menudo los cónyuges, accedan directamente a la residencia permanente, sin ningún requisito adicional.[994]

2. *Ciudadanos con doble nacionalidad*

Las personas con dos o más nacionalidades tienen un derecho inequívoco a la libre circulación y a la inmigración a nivel internacional. En efecto, su derecho a salir de su propio Estado se une a su derecho a entrar en el

---

jetivo del derecho a la reunificación familiar. Véase, por ejemplo, el Instrumento Andino de Migración Laboral, Decisión 116. artículos 1(h), 8(v) y 13.

[990] La CSM reconoció por primera vez en 2004 un derecho subjetivo a la reunificación familiar: Declaración final, La Paz, Bolivia, 26 de noviembre de 2004.

[991] Véase capítulo quinto, pp. 184-186 para el debate sobre la migración irregular. En relación con las infracciones penales, véase, por ejemplo: Brasil, artículo 55, Ley 13.445 de 2017; Paraguay, artículo 69(1)(2), Ley 6.984 de 2022.

[992] Véase capítulo segundo, pp. 66 y 67.

[993] En Argentina, el periodo se reduce de dos años a cualquier tiempo de residencia; en Bolivia de tres a dos años; en Brasil, de cuatro a uno; en Colombia, de cinco a dos; en Venezuela, de diez a cinco. Perú no reduce la residencia necesaria, manteniéndola en dos años, pero exonera del cumplimiento de alguno de los demás requisitos necesarios para la naturalización ordinaria. Por último, Ecuador discrimina entre las mujeres extranjeras que se casan con un varón ecuatoriano, que ven eximido el requisito de residencia ordinaria de tres años, y los varones extranjeros que se casan con una ciudadana ecuatoriana, que ven reducido el requisito de residencia, de tres a dos años. Véase Acosta, Diego, *Regional report on citizenship. The South American and Mexican cases*, Florencia, Instituto Universitario Europeo, EUDO Ciudadanía, 2016, p. 8.

[994] Véase, por ejemplo, Argentina, artículo 22, Ley 25.871 de 2004; Ecuador, artículo 63 (modificado por artículo 40), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Paraguay, artículos 48. 52 y 53, Ley 6.984 de 2022; Perú, artículo 93, Decreto Supremo 007 de 2017; Uruguay, artículo 33, Ley 18.250 de 2008.

territorio de al menos otro Estado, del que también son nacionales.[995] Esto ha dado lugar a acalorados debates académicos y políticos sobre si a las personas que se naturalizan se les debe permitir mantener su ciudadanía anterior, o no.[996]

El número de potenciales ciudadanos con doble nacionalidad ha crecido en las últimas décadas. La facilidad en las comunicaciones hace que más personas puedan llevar una vida transnacional. La mayor atención a los derechos individuales, la abolición del servicio militar obligatorio en muchos países, la introducción de la igualdad de género en diversos instrumentos jurídicos, que incluye la posibilidad de que las madres transmitan la ciudadanía por nacimiento a través del *ius sanguinis*, así como las crecientes tasas de matrimonios mixtos, han contribuido a este auge. En la era posterior a la Guerra Fría, varios países han comenzado a permitir que los individuos tengan múltiples nacionalidades.[997] Esto está creando "nuevos patrones de pertenencia",[998] y "rompe con la lógica de la clásica segmentación del Estado-nación, según la cual solo se podía pertenecer a un Estado a la vez".[999] Aunque la tendencia es clara, muchos Estados siguen solicitando la renuncia a la nacionalidad anterior para quienes se naturalizan en un nuevo país.[1000]

América del Sur ha adoptado la doble nacionalidad como una elección unívoca desde la década de 1990. Con anterioridad a esa fecha, los sudamericanos perdían su nacionalidad al adquirir una diferente. Los extranjeros también tenían que renunciar a su nacionalidad antes de natura-

---

995 Bauböck, Rainer, "Temporary migrants, partial citizenship and hypermigration", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 14, núm. 5, 2011, p. 679.

996 Al respecto, véase, entre otros, Spiro, Peter J., *At home in two countries…, cit.;* Hansen, Randall y Weil, Patrick (eds.), *Dual nationality, social rights, and federal citizenship in the US and Europe. The reinvention of citizenship*, New York, Berghahn Books, 2002; Aleinikoff, Thomas Alexander y Klusmeyer, Douglas (eds.), *Citizenship policies for an age of migration*, Washington, D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 2002.

997 Howard, Marc Morjé, "Variation in dual citizenship policies in the countries of the EU", *International Migration Review*, 39, 2005, pp. 697-720; Aleinikoff, Thomas Alexander y Klusmeyer, Douglas, "Plural nationality: facing the future in a migratory world", en Aleinikoff, Thomas Alexander y Klusmeyer, Douglas (eds.), *Citizenship policies: global perspectives and practices*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2001, pp. 63-88.

998 Brøndsted Sejersen, Tania, "'I vow to thee my countries' – the expansion of dual citizenship in the 21st century", *International Migration Review*, vol. 42, núm. 3, 2008, p. 524.

999 Joppke, Christian, "Citizenship between de- and re-ethnicization", *European Journal of Sociology*, vol. 44, núm. 3, 2003, p. 441.

1000 Faist, Thomas y Gerdes, Jürgen, "Dual citizenship in an age of mobility", *Migration Policy Institute*, Washington, 2008.

lizarse. Esta regla general solo se ha visto matizada en contadas ocasiones. Por ejemplo, Venezuela admitió la doble nacionalidad para sus propios nacionales en el extranjero desde 1864, manteniendo este régimen hasta 1947.[1001] A mediados del siglo XX, mediante la firma de acuerdos bilaterales específicos, los países de la región también permitieron la doble nacionalidad, pero tan solo a otros nacionales latinoamericanos, así como a portugueses y españoles.[1002]

Hoy en día, los diez países aceptan la doble nacionalidad como política general, siendo el último Paraguay. Este cambio se remonta a la Constitución de Colombia de 1991. La razón principal fue la presión de los emigrantes, los cuales, residiendo en su mayoría en Estados Unidos, pretendían mantener su nacionalidad colombiana al naturalizarse en el extranjero.[1003] Según Escobar, la ola antiinmigratoria de los años noventa alertó a los gobiernos de que sus emigrantes se beneficiarían de naturalizarse como ciudadanos estadounidenses.[1004] Sin embargo, muchos emigrantes solo estaban dispuestos a dar este paso si podían conservar su nacionalidad de origen. No solo los emigrantes, sino también los inmigrantes se beneficiaron, ya que la Constitución de 1991 eliminó el requisito de renunciar a la ciudadanía extranjera al obtener la nacionalidad en Colombia.[1005] Posteriormente, la mayoría de los países sudamericanos adoptaron la doble nacionalidad; en concreto, Brasil en 1994, Bolivia en 2004,[1006] Chile en 2005,[1007] Ecuador en 1996,[1008]

[1001] Venezuela, artículo 7, Constitución de 1864.

[1002] Véase, por ejemplo, Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Chile, 15 de noviembre de 1958; Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Paraguay, 25 de junio de 1959; Convenio de doble nacionalidad entre España y Ecuador, firmado el 4 de marzo de 1964.

[1003] Escobar, Cristina, "Extraterritorial political rights and dual citizenship in Latin America", *Latin American Research Review*, vol. 42, núm. 3, 2007, pp. 43-75.

[1004] *Ibidem*, en p. 50.

[1005] Colombia, artículo 96, Constitución de 1991. Esto entró en vigor en 1995. Véase Colombia, artículo 14, Ley 43 de 1993, modificado por el artículo 81, Decreto Ley 2150 de 1995. Esta ley fue derogada por la nueva Ley 2331 por medio de la cual se establecen los requisitos y el procedimiento necesarios para la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana y se dictan otras disposiciones, 25 de septiembre de 2023.

[1006] Bolivia, artículo 39, Ley 2650 modificando la Constitución, 13 de abril de 2004; Bolivia, artículo 11, Decreto Supremo 27.698 de 2004.

[1007] Chile, Ley 20.050, 6 de agosto de 2005, modificando la Constitución.

[1008] Ecuador, artículo 9, Ley 000. RO/2, 13 de febrero de 1997; Constitución Política de 1978 codificada en 1997; Constitución de Ecuador de 2008, artículo 6: La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad.

Paraguay en 2023,[1009] Perú en 1993[1010] y Venezuela en 1999.[1011] Hay tres países que merecen una atención específica. En primer lugar, Uruguay ha aceptado desde su Constitución de 1934 que las personas extranjeras puedan votar en las elecciones nacionales, pero, solo pueden obtener la ciudadanía legal y no la nacionalidad.[1012] Esto fue parte de un movimiento que buscaba incluir a los trabajadores extranjeros que ya residían en el país, pero también coincidió con la introducción de varias restricciones para las personas recién llegadas.[1013] En cuanto al derecho a voto de las personas extranjeras en Uruguay, aquel tiene que ver con el hecho de que en la década de 1930 varios Estados europeos suprimían la nacionalidad a aquellos que obtenían una ciudadanía extranjera. Teniendo en cuenta que, según la Constitución uruguaya, las personas extranjeras nunca pueden naturalizarse en el sentido de adquirir la nacionalidad sino solo obtener la ciudadanía legal, estas personas corrían el riesgo de convertirse en apátridas. Esta enmienda constitucional permitió a las personas extranjeras que formaban parte de la sociedad a todos los efectos, excepto los políticos, obtener el derecho a voto en todas las elecciones con excepción de los plebiscitos constitucionales.[1014] En segundo lugar, la legislación argentina no prevé explícitamente la doble nacionalidad ni ningún requisito de renuncia. La Corte Suprema ha confirmado la doble nacionalidad a través de la interpretación judicial.[1015] Finalmente, Brasil introdujo la doble nacionalidad en 1994, pero solo para las personas brasileñas que adquirieran una nacionalidad en el extranjero.[1016] Más tarde, en 2016, Brasil suprimió el requisito para las personas extranjeras de renunciar a la ciudadanía que se ostentaba antes naturalizarse y, en 2023 se limitaron de manera explícita los casos de posible pérdida de la nacionalidad brasileña. En la actualidad, dicha pérdida solo puede ser debida a dos circunstancias: fraude y renuncia.[1017]

[1009] Paraguay, Ley 7052 de 2023, que reglamenta los artículos 146, 147 y 149 de la Constitución Nacional y de la nacionalidad paraguaya múltiple, 12 de enero de 2023.

[1010] Perú, Constitución de 1993; y Ley de Nacionalidad 26.574 de 1996, 21 de diciembre de 1995.

[1011] Venezuela, artículo 34, Constitución de 1999.

[1012] Uruguay, artículos 66 y 71, Constitución de 1934.

[1013] Véase capítulo cuarto, pp. 132-135.

[1014] Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho público*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 203.

[1015] Courtis, Corina y Penchaszadeh, Ana Paula, "El (im)posible ciudadano extranjero. Ciudadanía y nacionalidad en Argentina", *Revista SAAP*, vol. 9, núm. 2, 2015, p. 385.

[1016] Jerónimo, Patricia, *op. cit.*, p. 19.

[1017] Brasil, Decreto 8.757, 10 de mayo de 2016. Véase también Brasil, Enmienda Constitucional, núm. 131 del 3 de octubre de 2023, modifica el artículo 12 de la Constitución Fe-

La doble nacionalidad se ha convertido en una característica normal del paisaje sudamericano. En un contexto de importante emigración de sudamericanos,[1018] la ciudadanía múltiple ha servido de estrategia para superar las políticas migratorias restrictivas de los países de destino, así como una herramienta migratoria para que los países sudamericanos protejan a su diáspora y conserven los vínculos esta.[1019]

III. El derecho a migrar: ¿igualdad de trato para los residentes?

¿Qué derechos deben tener las personas migrantes que son admitidas en el territorio de otro Estado? Esta pregunta es a la vez teórica y práctica, y puede abordarse de varias maneras. Por ejemplo, se puede realizar la clásica división entre derechos civiles, políticos y sociales.[1020] Mientras que existe un acuerdo generalizado de que todos los residentes deben gozar de derechos civiles, existen discrepancias en lo que respecta a los derechos políticos y sociales.[1021] Una dificultad adicional a la hora de regular los derechos de las personas extranjeras tiene que ver con la gran variedad de permisos de residencia y categorías migratorias que existen. Los mismos se dividen con base en distintos elementos, tales como el tipo de trabajo, la duración de la residencia, los vínculos familiares y la nacionalidad. En algunas jurisdicciones es habitual conceder más derechos a los trabajadores altamente cualificados que a los migrantes estacionales.[1022]

En términos de coherencia, podría argumentarse que los países que defienden públicamente el derecho a migrar también deberían tener pocas restricciones para que cualquier no nacional pudiera disfrutar de derechos civiles, sociales y, posiblemente, políticos, independientemente de su permiso de residencia. En otras palabras, el derecho a migrar debería estar intrínsecamente relacionado con la igualdad de trato. Cualquier otro escenario

deral para suprimir la pérdida de la nacionalidad brasileña en razón de la mera adquisición de otra nacionalidad.

[1018] Véase capítulo primero, pp. 20-22.

[1019] Mateos, Pablo, "Introducción", en Mateos, Pablo (ed.), *Ciudadanía múltiple y migración. Perspectivas Latinoamericanas*, CIDE, México, 2015, pp. 11 y 12.

[1020] Marshall, Thomas Humphrey, *Citizenship and social class and other essays*, Cambridge University Press, 1950.

[1021] Carens, Joseph, *op. cit.*, capítulo quinto.

[1022] OIM, *Migración calificada y desarrollo: desafíos para América del Sur*, Cuadernos Migratorios 7, agosto de 2016.

sería contradictorio dado que privaría a ese derecho de todo efecto útil. En otras palabras, un verdadero derecho a migrar debe ir acompañado de un verdadero derecho a residir. En las siguientes páginas se aborda el acceso de las personas migrantes al mercado de trabajo, así como a los derechos económicos, sociales y políticos. Estos derechos, junto con la reunificación familiar, facilitan la inclusión legal de las personas recién arribadas al territorio.[1023]

1. *Acceso al mercado laboral y cuotas*

El acceso al mercado laboral incluye no solo el derecho a trabajar en relación de dependencia, sino también el derecho a trabajar por cuenta propia y abrir un negocio. Los Estados suelen restringir ambos a través de diversos métodos, como la vinculación de los permisos de residencia a un puesto de trabajo, a un sector laboral o a una determinada región del territorio nacional. Otras restricciones consisten en impedir las actividades por cuenta propia, exigir a las empresas que empleen un porcentaje mínimo de trabajadores nacionales, o simplemente prohibir el acceso al mercado laboral a determinadas categorías, tales como estudiantes, familiares o inversores, o solo permitirlo tras un periodo de espera. Las limitaciones suelen disminuir con el tiempo de residencia.[1024] No obstante, diversas jurisdicciones incorporan la posible expulsión de aquellos que trabajen de manera ilegal sin contar con autorización.[1025]

El marco internacional ofrece a los Estados cierto margen de maniobra. Según la ICMW, los Estados pueden restringir el acceso a ciertas categorías "de empleo, funciones, servicios o actividades". También pueden restringir la "libre elección de una actividad remunerada de conformidad con su legislación relativa a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas fuera del territorio del Estado de empleo", pero deberán

[1023] Waldrauch, Harald y Hofinger, Christoph, "An index to measure the legal obstacles to the integration of migrants", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 23, núm. 2, 1997, pp. 271-85; Huddleston, Thomas *et al., Migrant integration policy index,* Bruselas, Migration, Policy Group, 2015.

[1024] Véase, por ejemplo, artículo 11 de la Directiva de la UE 2003/109 que establece la igualdad de trato con los nacionales en una serie de ámbitos a los nacionales de terceros países que obtengan la residencia de larga duración tras haber residido durante cinco años. Véase Acosta, Diego, *The long term-residence status as a subsidiary form of EU citizenship. An analysis of Directive 2003/109*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2011.

[1025] Artículo 20, ICMW.

prever mecanismos para reconocer esas calificaciones. Además, pueden limitar el derecho del migrante a elegir libremente un empleo durante los dos primeros años de residencia. Por último, los Estados pueden priorizar a los nacionales durante los cinco primeros años de residencia.[1026] Sin embargo, una vez que el individuo consigue un empleo, la igualdad de trato es absoluta en cuanto a las condiciones laborales, las prestaciones de desempleo y la protección contra el despido.[1027]

En Sudamérica, las leyes suelen incorporar una concepción amplia del "derecho al trabajo". Por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay los migrantes gozan de igualdad de trato con los nacionales en cuanto al acceso al trabajo y al empleo.[1028] En Argentina, los migrantes pueden realizar cualquier actividad remunerada, ya sea siendo empleados o por cuenta propia, independientemente de si son residentes permanentes o no.[1029] Otros países también tienen disposiciones similares.[1030] En general, las posibilidades de empleo no se limitan a determinados sectores laborales.[1031]

El cambio hacia un nuevo paradigma más abierto es evidente. Las legislaciones anteriores eran más restrictivas, y ofrecían a los Estados la posibilidad de revocar los permisos de residencia cuando la persona titular residía fuera de una zona concreta del país o realizaba una actividad distinta de la permitida al ser admitida, por ejemplo, en Paraguay.[1032] Sin embargo, aún al día de hoy, Venezuela mantiene una cláusula por la cual se puede deportar a quienes trabajen en empleos para los que no fueron contratados originalmente, o en una jurisdicción diferente a la autorizada.[1033] Por último, algunos países, como Chile, siguen aplicando cuotas, lo cual supone un

---

[1026] Artículo 52, ICMW.

[1027] Artículos 25 y 54, ICMW.

[1028] Argentina, artículo 6, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 48, Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 3(XI), Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 14, Ley 21.325 de 2021; Paraguay, artículo 4(21), Ley 6984 de 2022; Perú, artículo 9, Decreto Legislativo 1350 de 2017; Uruguay, artículo 16, Ley 18.250 de 2008.

[1029] Argentina, artículo 51, Ley 25.871 de 2004.

[1030] Bolivia, artículos 12(II)(4) y 48, Ley 370 de 2013; Uruguay, artículo 19 Ley 18.250 de 2008.

[1031] Argentina, artículo 6, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 48, Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 3(XI), Ley 13.445 de 2017; Colombia, artículo 40, Ley 2.136 de 2021. En Uruguay, el Estado puede limitar esta posibilidad a determinados sectores laborales: Uruguay, artículo 23, Ley 18.250 de 2008.

[1032] Véase, por ejemplo, los artículos 34 y 35 de la antigua ley de Paraguay, Ley 978 de 1996.

[1033] Venezuela, artículo 38, Ley 37.944 de 2004.

remanente de la época posterior a la crisis de 1929.[1034] Otros las han eliminado, como Colombia, que lo hizo en 2010.[1035]

2. *Derechos económicos y sociales*

Numerosos instrumentos internacionales y regionales reconocen los derechos económicos y sociales, también denominados "derechos humanos socioeconómicos", como aquellos que permiten a las personas satisfacer sus necesidades fundamentales. Los diez países analizados han ratificado el instrumento internacional más relevante: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Del mismo modo, todos los países, excepto Chile y Venezuela, han ratificado el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador.[1036] Los derechos sociales y económicos no solo incluyen el derecho al trabajo, sino también el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la vivienda. La rampante desigualdad en la región hace que la realización de estos derechos en la práctica sea un desafío, no solo para las personas extranjeras sino también para las nacionales.[1037] La CIDH ha expresado su preocupación por la vulnerabilidad de las personas migrantes, sobre todo de las indocumentadas, debido a la habitual discriminación que sufren en toda la región a la hora de acceder a los servicios sociales a los que tienen derecho por ley.[1038]

[1034] De acuerdo con los artículos 19 y 20 del Código de Trabajo, al menos el 85% de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador debe ser de nacionalidad chilena. No obstante, según la información de la Dirección del Trabajo, se exceptúa de esta disposición al empleador que no emplea más de veinticinco trabajadores y el Ord. N°6307/282 de la Dirección del Trabajo aclara el concepto de "personal técnico especialista y fija las reglas para calificar los límites a la contratación de personal extranjero", disponible en: *https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-110775.html*, último acceso 2 de enero de 2025.

[1035] Sin embargo, la legislación aumentó los requisitos para los empleadores, así como su responsabilidad de informar a las autoridades cuando contratan a un no nacional. Véase Sánchez Mojica, Beatriz Eugenia, "In transit: Migration policy in Colombia", en Cantor *et al.*, *A liberal tide? Immigration and asylum law and policy in Latin America,* Londres, University of London*, 2015,* p. 97.

[1036] Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988 y en vigor desde el 16 de noviembre de 1999, OEA.

[1037] Ely Yamin, Alicia (ed.), *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, México, Plaza y Valdés, 2006.

[1038] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias, para. 64.

Las nuevas leyes de migración amplían claramente la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, al menos sobre el papel. En su mayoría, incorporan numerosos derechos, como el acceso a la educación y a la salud, incluso para los migrantes en situación irregular, como se ha comentado en el capítulo quinto,[1039] pero también a la seguridad social y a la vivienda.[1040] En Venezuela, la ley se limita a establecer la igualdad de trato con las personas nacionales, con las únicas limitaciones ya consagradas en la Constitución.[1041] Las leyes de Argentina, Brasil y Paraguay llegan a reconocer la igualdad absoluta de trato en materia de servicios sociales y bienes públicos.[1042] Chile, Perú y Ecuador son más moderados en su enfoque, y no mencionan ciertos derechos, como la vivienda, o bien exigen determinado tipo de residencia para su ejercicio.[1043] Finalmente, en otros países como Colombia, los derechos sociales están ausentes de los marcos legales específicos que regulan la migración.[1044]

Si bien estos avances son importantes, siguen existiendo dificultades en el acceso efectivo a derechos. Sin ánimo de ofrecer un análisis en profundidad, lo cual excedería el ámbito de este capítulo, basta mencionar que el CMW ha identificado numerosos problemas, incluyendo la exigencia de largos periodos de residencia continua antes de acceder a las prestaciones de seguridad social,[1045] o la simple exclusión de las personas extranjeras de las mismas.[1046] Los tribunales han desempeñado un papel relevante en algunos países. En Argentina, por ejemplo, una sentencia de la Corte Suprema de 2007 declaró inconstitucional la imposición de una residencia de veinte años como condición para obtener prestaciones por discapacidad.[1047] Diversos informes de expertos independientes también han puesto de manifiesto limitaciones similares en otros Estados.[1048]

[1039] Véase capítulo quinto, pp. 171-175.

[1040] Bolivia, artículo 12, Ley 370 de 2013; Uruguay, artículo 8, Ley 18.250 de 2008.

[1041] Venezuela, artículo 13, Ley 37.944 de 2004.

[1042] Argentina, artículo 6, Ley 25.871 de 2004; Brasil, artículos 3 y 4, Ley 13.445 de 2017; Paraguay, artículos 4(5) y 5, Ley 6984 de 2022.

[1043] Chile, artículos 13-18, Ley 21.325 de 2021, Perú, artículo 9, Decreto Legislativo 1350 de 2017; Ecuador, artículo 42–52, Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2017 enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021.

[1044] Colombia, Ley 2.136 de 2021.

[1045] Uruguay, CMW/C/URY/CO/1, 2 de mayo de 014, párrafo 32.

[1046] Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 2 de noviembre de 2011, párrafos 29-30.

[1047] Argentina, Corte Suprema, R. 350. XLI. Recurso de Hecho, R. A., D. c/ Estado Nacional, 4 de septiembre de 2007.

[1048] Véase, por ejemplo, Ceriani, Pablo y Morales, Diego, *op. cit.,* pp. 19-23; Blouin, Cécile y Enrico, Alessandra, *Informe alternativo al Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabaja-*

3. *Derechos políticos*

Los derechos políticos han estado históricamente relacionados con la ciudadanía. Con pequeñas excepciones,[1049] el derecho a voto y a ser elegido solo se ha concedido a los nacionales que cumplían los requisitos de edad, propiedad, alfabetización y género.[1050] En la actualidad, se acepta comúnmente que todos los nacionales, independientemente de su género, nivel de instrucción o riqueza, tengan derecho a votar en todas las elecciones una vez que alcancen la mayoría de edad. Aunque siguen existiendo restricciones para las personas extranjeras, se percibe una clara tendencia, tanto en Europa como en América, a extender progresivamente el derecho a voto a los no nacionales, al menos a nivel municipal.[1051] Los derechos políticos a nivel nacional también se han ampliado a los sudamericanos residiendo en el extranjero.[1052]

América del Sur se encuentra en la vanguardia de estos debates. Tres países extienden el derecho a voto a las personas extranjeras en las elecciones nacionales sin discriminar por razón de ciudadanía: Chile, Ecuador y Uruguay.[1053] Ecuador fue el último país en sumarse a la lista. Allí, las personas extranjeras pueden votar en todas las elecciones después de cinco años de residencia legal.[1054] Este periodo también es de cinco años

---

dores Migratorios y de sus Familiares, Perú, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), la Escuela de Derecho de la Universidad Ruiz de Montoya y Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad, 2017; Red Internacional de Derechos Humanos (RIDH), *Informe alternativo sobre el cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*, sesión 27 Ecuador, 2017.

[1049] Por ejemplo, en Ecuador, un Decreto de 1895, del 3 de diciembre, estableció que las personas extranjeras podían ser elegidas ministros o ministras municipales. Véase Ramírez, Jacques, "Del aperturismo segmentado al control migratorio", *cit.* La ciudad de Buenos Aires, en Argentina, así como Chile, permitieron a los extranjeros votar en las elecciones locales ya en 1917 y 1925, respectivamente. C. Escobar, Cristina, *Migration and franchise expansion in Latin America*, Florence, European University Institute, EUDO Citizenship, 2017, p. 7.

[1050] Véase capítulo segundo, pp. 57 y 58.

[1051] Arrighi, Jean-Thomas y Bauböck, Ranier, "«A multilevel puzzle: migrants» voting rights in national and local elections", *European Journal of Political Research*, vol. 56, núm. 3, 2017, pp. 619-639.

[1052] Escobar, Cristina, *Migration and franchise expansion…, cit.*

[1053] Los otros dos únicos países del mundo que lo hacen son Malawi y Nueva Zelanda.

[1054] Ecuador, artículo 63, Constitución de 2008. En relación con los derechos de candidatura, la persona necesita tanto cinco años de residencia regular como dos años en la jurisdicción concreta en la que se presenta como candidato o candidata. Ecuador, artículo 95, Ley Orgánica Electoral, 27 de abril de 2009.

en Chile,[1055] mientras que en Uruguay es de quince;[1056] pero ninguno de los dos concede a las personas migrantes derechos de candidatura a nivel nacional. En 2012, Argentina propuso una idea análoga para ampliar el derecho a voto tras dos años de residencia, pero la misma idea no prosperó.[1057]

A nivel municipal, todos los países de América del Sur han ampliado el derecho de voto a los extranjeros. Estos pueden obtenerlo después de dos años en Perú, pero únicamente después de diez o quince en Venezuela y Uruguay, respectivamente. Bolivia impone una condición de reciprocidad.[1058] Brasil es la única excepción, ya que allí solo pueden votar las personas de nacionalidad portuguesa. Un proyecto de ley para permitir el voto a nivel municipal de todas las personas extranjeras en Brasil entró en el Senado brasileño en 2012, pero no prosperó.[1059]

IV. Estatus de residencia estable, acceso a la ciudadanía y expulsión

A la hora de migrar a otro Estado, los no nacionales también tienen interés en saber si su residencia será estable, es decir, si gozarán de un permiso que no sea fácilmente revocable. Los Estados suelen tener normas que permiten la expulsión de quienes hayan entrado o residan sin permiso de residencia,[1060] de los que se hayan ausentado del territorio durante un determinado periodo de tiempo o de quienes cometan delitos de una cierta gravedad. En lo que respecta a la expulsión, existen numerosos aspectos que permiten evaluar hasta qué punto un marco jurídico puede ser restrictivo. Por ejemplo, se

[1055] Chile, artículo 14, Constitución de 1980. Véase también Chile, Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, núm. 18700 de 1988.

[1056] Uruguay, artículo 78, Constitución de 1967. Su Constitución de 1934 introdujo esta disposición.

[1057] Argentina, Propuesta Aníbal Fernández 2012, Proyecto de Ley S-26 96/12.

[1058] Para información sobre cada país, véase la base de datos EUDO Citizenship, Conditions for Electoral Rights 2019, disponible en: *http://globalcit.eu/conditions-for-electoral-*rights/. Para perfiles y estudios individuales, disponible en: *https://globalcit.eu/country-profiles/*. Sobre Chile véase Umpierrez de Reguero, Sebastián y Finn, Victoria, "Migrants' intention to vote in two countries, one country, or neither", *Journal of Elections, Public Opinion and Parties*, vol. 34, núm. 3, 2023, pp. 466-489; y Finn, Victoria, "Enfranchising migrants in Chile: A century of politics, elites, and regime changes", *Journal of Ethnic and Migration Studies,* vol. 49, núm. 10, 2023, pp. 2561-2581.

[1059] Brasil, Propuesta para enmendar los artículos 5, 12 y 14 de la Constitución para extender derechos políticos a extranjeros, núm. 25, 2012.

[1060] Véase capítulo quinto, pp. 175-177.

puede atender a elementos tales como el acceso a la justicia a nivel procesal y sustantivo, a las decisiones sobre cuándo es obligatoria la expulsión después de cometer un delito penal o analizar cómo se interpretan las circunstancias personales de que cada individuo, por ejemplo, en situaciones de vida familiar que puedan llevar a impedir la expulsión.

El acceso a la ciudadanía también se incluye en este apartado, por dos razones. Para empezar, las personas que se naturalizan alcanzan el estatus más seguro posible, uno que, en teoría, impide la expulsión de por vida. Además, la naturalización es la etapa final del proceso de transformación del extranjero en nacional. Sin embargo, en Sudamérica los naturalizados no gozan del mismo trato que los nacionales de nacimiento. Esta discriminación es profundamente reveladora de la construcción del nacional y del extranjero y de la influencia aún en el día de hoy de decisiones tomadas hace dos siglos.

1. *Expulsión y deportación*

Por lo general, los extranjeros pueden perder su residencia cuando el motivo que permitió su entrada haya cesado de existir o en caso de cometer un delito. Bajo la primera hipótesis, los Estados pueden no renovar una autorización de residencia en situaciones de desempleo, divorcio o separación, o cuando un estudiante termina sus cursos, entre otros motivos.

Empero, las nuevas leyes migratorias sudamericanas suelen incorporar la posibilidad de cambiar de estatus legal mientras se reside en el país.[1061] Esto es posible no solo para aquellas personas que entraron con un permiso de residencia, sino también para aquellos que lo hicieron como turistas. Al igual que en el caso de los migrantes en situación irregular,[1062] esto posibilita que cualquier migrante que cumpla las condiciones requeridas para optar a otra categoría de residente pueda obtener un nuevo estatus. Este derecho procesal actúa potencialmente como un "permiso de búsqueda de empleo", al que pueden acceder más fácilmente los nacionales de países exentos de

[1061] Véase, por ejemplo, los casos de Argentina, artículo 20, Decreto 616 de 2010; Bolivia, artículo 19, Decreto Supremo 1923 de 2014; Brasil, artículo 36, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 37, Ley 21.325 de 2021; Ecuador, artículo 69, (modificado por artículo 40), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Paraguay, artículos 42 y 43, Ley 6.984; Perú, artículo 30, Decreto Legislativo 1350 de 2017 y artículo 65, Decreto Supremo 007/2017- IN; Uruguay, artículo 39, Ley 18.250 de 2008. Este derecho no existe en Venezuela.

[1062] Véase capítulo quinto, pp. 178-181.

visado. Además, dicho mecanismo de cambio de categoría migratoria está abierto, en principio, a cualquier persona, lo que incluye también a los trabajadores poco calificados. Esto es importante en perspectiva comparada dado que algunos Estados solo admiten trabajadores poco calificados de manera temporal.[1063] Además, incluso en los países que posibilitan cambiar el estatus migratorio, es muy frecuente que sea necesario abandonar el territorio para solicitar un nuevo visado en el consulado en el país de origen. En muchas jurisdicciones, el procedimiento simplemente no existe.[1064]

En el segundo supuesto, en concreto en el caso de delitos penales o infracciones administrativas, hay dos aspectos cruciales. En primer lugar, se ha de ver el umbral que activa la expulsión, así como los motivos que pueden impedir la expulsión tras haber cometido un delito.[1065] Los Estados suelen distinguir entre las personas con residencia temporal y aquellas con residencia permanente, las cuales gozan de mayor protección frente a la expulsión. Sin embargo, esto no es lo habitual en Sudamérica. En comparación con otros Estados, las nuevas leyes sudamericanas no son ni muy innovadoras ni ofrecen una protección especialmente reforzada. Las mismas suelen distinguir entre la figura jurídica de la expulsión, bajo la cual se incorporan las infracciones administrativas relacionadas con la migración irregular, y la de la deportación, reservada para delitos penales, aunque la terminología difiere dependiendo del país.[1066] La deportación o expulsión es obligatoria en varios casos, incluyendo muchos relacionados con la falta de regularización[1067] o la entrada clandestina al territorio.[1068] En algunos casos, el Estado también puede aplicar multas.[1069] Los umbrales que conducen a la deportación tras haber cometido

[1063] Aleinikoff, Thomas Alexander, "International legal norms on migration: Substance without architecture", en Cholewinski, Ryszard, Perruchoud, Richard y MacDonald, Euan (eds.), *International migration law: Developing paradigms and key challenges*, TMC Asser Press, The Hague, 2007, p. 468.

[1064] Cholewinski, Ryszard, "The rights of migrant workers", en Cholewinski, Ryszard *et al., op. cit.*, p. 261.

[1065] El procedimiento administrativo para impugnar una orden de expulsión está intrínsecamente relacionado con el derecho fundamental de acceso a la justicia, que es otra cuestión clave que va más allá del alcance de este capítulo, por lo que no se analiza en profundidad aquí.

[1066] Venezuela, artículos 38 y 39, Ley 37.944 de 2004.

[1067] Perú, artículos 57–58, Decreto Legislativo 1.350 de 2017; Venezuela, artículos 38-39, Ley 37.944 de 2004.

[1068] Ecuador, artículo 143 (modificado por artículo 90), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Paraguay, artículo 67(1), Ley 6.984 de 2022.

[1069] Venezuela, artículos 36-37, Ley 37.944 de 2004.

un delito varían sustancialmente. En ocasiones, se debe proceder a la salida automática obligatoria después de cumplir cualquier tipo de condena[1070] y, en otras, solo cuando la condena haya sido de un mínimo de cinco años de prisión.[1071] Las prohibiciones de reingreso varían según cada país y pueden extenderse por veinticinco años, como es el caso de Chile, o incluso tener un carácter permanente o perpetuo, como sucede en Argentina.[1072]

En este aspecto se palpa claramente la tensión entre un enfoque basado en derechos y otro basado en la seguridad. Por ejemplo, en el caso de Ecuador, las personas que son consideradas una amenaza o un riesgo para la seguridad interna del país, según la información de la que dispone el Estado, pueden ver denegadas sus solicitudes de residencia o naturalización.[1073] Es evidente que la inclusión de disposiciones de carácter tan amplio y discrecional no son conducentes a ofrecer la seguridad jurídica necesaria en procedimientos administrativos.

Por último, existen dos excepciones principales en casos de expulsión. Por un lado, el ya mencionado derecho a la vida familiar y, por otro, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5, CADH). La Corte IDH ha interpretado esta obligación de no devolución en el caso Wong, que giraba en torno a la extradición de un ciudadano chino desde Perú, cuando la pena de muerte en China constituía un posible desenlace.[1074] La Corte hizo uso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.[1075] Por su parte, el asunto *Mortlock* tuvo un resultado similar. Un ciudadano jamaicano que padecía VIH/sida se enfrentaba a la deportación por un delito cometido en Estados Unidos. La CIDH declaró que el solicitante recibiría un tratamiento inadecuado en el país de origen, lo que constituiría "una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura", violando así el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.[1076]

[1070] Perú, artículo 58, Decreto Legislativo 1350 de 2017.

[1071] Ecuador, artículo 68 (modificado por artículo 45), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021.

[1072] Chile, artículo 136, Ley 21.325 de 2017; Argentina, artículo 63.b, Ley 25.871 de 2004.

[1073] Ecuador, artículos 61.4, 79.3 y 85.3, Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2017. artículo 64.3 (modificado por artículo 41), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021.

[1074] Corte IDH, *Caso Wong Ho Wing*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de junio del 2015, serie C, núm. 297.

[1075] *Ibidem*, para. 135.

[1076] En el mismo caso, la Comisión estableció las garantías que deben respetarse en los procedimientos de expulsión, a saber: la necesidad de respetar el debido proceso y de pro-

2. *Acceso a la ciudadanía*

En teoría, la naturalización tiene como resultado que el (antiguo) extranjero obtenga un trato completamente igualitario al de los nacionales, incluida la protección absoluta frente a la expulsión. En Sudamérica, el acceso a la ciudadanía y el estatus de nuevo nacional son peculiares. Además, siguen estando en gran medida influenciados por decisiones tomadas hace doscientos años.[1077]

Para empezar, la regla general es el *ius soli* automático para los individuos nacidos en el territorio.[1078] El *ius soli* es automático en el sentido de que, salvo dos pequeñas excepciones, no existen más requisitos que el nacimiento en el territorio.[1079] La primera excepción es que cuatro países (Argentina, Bolivia, Brasil y Chile) no conceden la nacionalidad a las personas nacidas de madres o padres diplomáticos extranjeros. En segundo lugar, Chile no aplica el *ius soli* si las madres o padres están en tránsito, a no ser que exista riesgo de apatridia.[1080] Colombia es el único país donde el *ius soli* no es automático. Las personas nacidas de ciudadanos extranjeros en el país solo pueden ser colombianos si uno de sus padres está domiciliado, lo cual se in-

---

porcionar una decisión individual, la prohibición de la expulsión colectiva, el respeto del derecho a la vida familiar, así como a la vida y a la integridad física y mental, el derecho a la protección especial de los niños y niñas, y, por último, la prohibición de la discriminación por motivos de raza, color, religión o sexo, y la prohibición de las expulsiones que den lugar a tratos crueles, inhumanos o degradantes. CIDH, Admisibilidad y Fondo, No. 63/08, Caso 12.534, *Andrea Mortlock* (Estados Unidos), 25 de julio de 2008, párrafos. 78, 94 y 102. Véase el enfoque del TEDH en Costello, Cathryn, *The human rights of migrants and refugees in European law*, Oxford University Press, 2016, pp. 180-195.

[1077] Véase capítulo segundo.

[1078] Lo mismo ocurre en EE.UU. Sin embargo, ningún Estado miembro de la UE aplica el *ius soli* automático.

[1079] Esto no significa que no haya problemas a la hora de registrar los nacimientos. De hecho, algunas poblaciones se enfrentan a numerosos obstáculos para obtener la nacionalidad. Véase Vengoechea Barrios, Juliana, *Born in the Americas. The promise and practice of nationality laws in Brazil, Chile, and Colombia,* Open Society Justice Initiative, New York, 2017.

[1080] La práctica administrativa anterior denegaba la nacionalidad a las personas nacidas de padres en situación irregular. Sin embargo, en numerosos casos el Tribunal Supremo de Chile ha confirmado que los padres y las madres que residen en el país sin un permiso regular no pueden considerarse en tránsito, por lo que sus hijos o hijas tienen derecho a la nacionalidad chilena. Véase Fuentes Maureira, Claudio *et al.,* "3.000 niños esperando su nacionalidad. La necesidad de contar con remedios colectivos para resolver vulneraciones individuales de derechos", *Anuario de Derecho Público 2016,* Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2016, pp. 549-571. Véase también Chile, artículo 173, Ley 21.325 de 2021.

terpreta como residencia legal en el momento del nacimiento.[1081] Esto tiene su origen histórico en las circunstancias que rodearon a la Constitución de 1886, que incorporó por primera vez esta restricción.[1082] Dejando de lado esta excepción, el *ius soli* automático no ha sido puesto en duda, y se observa una clara continuidad en su regulación.[1083] En este sentido, la Corte IDH ha interpretado el artículo 20 de la CADH sobre el derecho a la nacionalidad como un elemento que impide la privación de la nacionalidad por la condición migratoria. De hecho, las personas no transmiten su estatus migratorio a sus hijos o hijas.[1084]

Las peculiaridades no terminan con el *ius soli*. Los periodos de residencia para quienes desean naturalizarse son relativamente cortos, y van desde dos años en Argentina y Perú, tres en Bolivia, Ecuador y Paraguay, cuatro en Brasil y cinco en Chile, Colombia y Uruguay (en este último caso para acceder a la ciudadanía legal y no a la nacionalidad).[1085] La única excepción es Venezuela, que exige diez años.[1086] Los orígenes históricos de esta

[1081] Colombia, artículo 3.1.a), Ley 2332 de 2023. Existe una excepción para los hijos de nacionales venezolanos que si pueden obtener la nacionalidad vía ius soli. Véase Ley 1997 de 2019 por medio del cual se establece un Régimen Especial y Excepcional para Adquirir la Nacionalidad Colombiana por Nacimiento, para Hijos e Hijas de Venezolanos en Situación de Migración Regular o Irregular, o de Solicitantes de Refugio, Nacidos en Territorio Colombiano, con el fin de Prevenir la Apatridia, 16 de septiembre de 2019.

[1082] Véase capítulo segundo, p. 80. También, véase Arenilla, Shirley Llain, *op. cit.*, en especial, véase capítulo cuarto.

[1083] Entre las excepciones está la Constitución venezolana de 1947, que establecía que los padres o madres de personas extranjeras tenían que estar domiciliadas o ser residentes para que se aplicara el *ius soli*, un requisito que solo duró seis años, hasta la Constitución de 1953. En Chile, también hubo algunos intentos infructuosos durante el primer gobierno de Piñera (2010-2014) de imponer un requisito previo similar.

[1084] Corte IDH, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, para. 264. Véase también Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico*, voto razonado del juez Cançado Trindade, para. 14; Corte IDH, *Caso Habbal y otros vs. Argentina*, 31 de agosto de 2022. En este último caso, la Corte IDH consideró que Argentina no había violado el derecho a la nacionalidad, dado que no hubo riesgo de apatridia, una vez cancelada la nacionalidad otorgada por vía de naturalización a Raghda Habbal, puesto que contaba con otras nacionalidades.

[1085] Argentina, artículo 2, Ley 346 de Ciudadanía, modificada por la Ley 26.774, del 31 de octubre de 2012; Bolivia, artículo 41, Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 65, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 2, Decreto Supremo 5142 de 1960 (y modificaciones posteriores, la última de abril de 2021, Ley 21.325); Colombia, artículo 9, Ley 2331 de 2023; Ecuador, artículo 71 (modificado por artículo 48), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Paraguay, artículo 148, Constitución de 1992; Perú, artículo 3, Ley de Nacionalidad 26574 de 1995, y sus modificaciones; Uruguay, artículo 75, Constitución de 1967, y sus modificaciones.

[1086] Venezuela, artículo 33, Constitución de 1999.

tendencia se remontan a los años posteriores a la independencia, cuando los periodos de espera para la naturalización se acortaron considerablemente como forma de atraer a los colonos.[1087] En Argentina, la ley de 1869 sigue regulando la naturalización. Su Corte Suprema ha declarado que la residencia no se refiere a ninguna categoría jurídica particular, por lo que las personas migrantes en situación irregular también pueden solicitar la nacionalidad luego de acreditar dos años de residencia en el territorio.[1088] Por el contrario, en otros países de la región se exige tener residencia regular para alcanzar el número de años necesario.[1089]

Durante el siglo XIX, se demandaba para aquellos que quisieran naturalizarse el poseer una propiedad, un cierto capital, desempeñar una industria, ciencia o arte, o haber brindado servicios destacados en favor del Estado.[1090] Aunque en el día de hoy la mayoría de los países se limitan a exigir la prueba de una fuente de ingresos o de una ocupación, la antigua redacción de estas normas sigue siendo pertinente.[1091] Por ejemplo, en Argentina, quienes introducen una nueva industria o un invento útil, o quienes llegan al país para enseñar en cualquier campo de la educación pueden verse eximidos de cumplir el requisito de residencia antes de solicitar la naturalización.[1092] Asimismo, todos los países disponen de vías de naturalización para quienes prestan servicios excepcionales en favor del Estado.[1093]

Sin embargo, no hay que apurarse a concluir que la naturalización está regulada de forma totalmente abierta. De hecho, existen varios obstáculos que pueden explicar el número sorprendentemente bajo de personas que obtienen la ciudadanía en cada país. En Colombia, por ejemplo, las estadísticas muestran 108 y 109 naturalizaciones en 2010 y 2011, respectiva-

[1087] Véase capítulo segundo, pp. 65 y 66.

[1088] Argentina, Ley 346 de Ciudadanía, 1 de octubre de 1869; Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ni, I Hsing s/ carta de ciudadanía, 23 de junio de 2009. El Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 70 de 2017, derogado en marzo de 2021 mediante el Decreto 138, establecía en su artículo 27 que la residencia debía ser regular. Sin embargo, durante su vigencia distintos tribunales decretaron la inconstitucionalidad de dicha modificación. Véase Odriozola, Ignacio, "Naturalización desnaturalizada. Migrantes, ley de ciudadanía y DNU 70/2017", *Bordes. Revista de Política, Derecho y Sociedad,* vol. 4, núm. 14, 2019, pp. 111-118.

[1089] Véase, por ejemplo, artículo 142, Constitución de Bolivia de 2009.

[1090] Véase capítulo segundo, pp. 66-68.

[1091] En Paraguay, artículo 148 de la Constitución de 1992. La Constitución sigue mencionando que quienes deseen naturalizarse deben ejercer una ciencia, arte o industria en el país, pero también añade la posibilidad de que sea una profesión. Uruguay utiliza la misma redacción, artículo 75, Constitución de 1967.

[1092] Argentina, artículo 2, Ley 346 de Ciudadanía.

[1093] Acosta, Diego, *Regional report on citizenship*…, *cit.,* p. 9.

mente. En Perú, el número aumentó de 589 en 2001 a 1118 en 2012. En Chile, los solicitantes admitidos en el periodo 2005-2014 oscilaron entre un máximo de 1225 en 2012 y un mínimo de 502 en 2006. En Paraguay, solo 777 extranjeros obtuvieron la ciudadanía entre 1996 y 2013. En Argentina, la tendencia entre 2015 y 2019 refleja que un promedio de cinco mil extranjeros accedió anualmente a la ciudadanía, una proporción sumamente reducida considerando los casi dos millones de migrantes radicados en ese país.[1094]

Para explicar estas cifras tan bajas, que en cualquier caso continúan una tendencia histórica,[1095] se puede mencionar el hecho de que los Acuerdos de Residencia del Mercosur, como se verá en el capítulo séptimo, otorgan a las personas de la región derechos comparables en ciertos aspectos a los nacionales, lo que limita los incentivos para naturalizarse. La falta de información o de campañas gubernamentales y los procedimientos llenos de obstáculos y requisitos administrativos también explican el número tan bajo de naturalizaciones.[1096] Además, la naturalización no constituye un derecho, excepto en dos países: Argentina y Chile. En Uruguay también es un derecho, pero allí las personas extranjeras no pueden naturalizarse, y solo pueden obtener la ciudadanía legal en lugar de la nacionalidad plena. En todos los demás, es una facultad discrecional ejercida por diferentes autoridades, incluyendo el Poder Ejecutivo (por ejemplo, en Bolivia, Ecuador, y Perú) o el Ministerio de Relaciones Exteriores (por ejemplo, en Colombia). Además, estas leyes suelen incluir requisitos que también son comunes en otras jurisdicciones, como la ausencia de condenas penales (por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Perú), un juramento de lealtad (por ejemplo, en Argentina, Colombia), conocimientos cívicos sobre historia, geografía o derecho constitucional (por ejemplo, en Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay), el dominio del idioma (por ejemplo, en Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay), la buena conducta o la moral (por ejemplo, en Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay), no suponer un peligro para los intereses públicos o la seguridad (por ejemplo, en Chile, Ecuador), así como tener buena salud (por ejemplo, en Brasil y Ecuador).[1097]

[1094] Odriozola, Ignacio, *op. cit.*, pp. 114 y 115.

[1095] Véase capítulo segundo, p. 73.

[1096] Sobre Argentina, véase Courtis, Corina y Penchaszadeh, Ana Paula, *op. cit.*; sobre Brasil, véase Blanchette, Thaddeus Gregory "'Almost a Brazilian.' Gringos, immigration, and irregularity in Brazil", en Acosta, Diego y Wiesbrock, Anja (eds.), *Global migration. Old assumptions, new dynamics*, Praeger, Santa Barbara, 2015, pp. 167-194.

[1097] Acosta, Diego, *Regional report on citizenship*…, *op. cit.*

Por último, como se ha comentado en el capítulo segundo, los ciudadanos naturalizados han sido históricamente discriminados en comparación con los nacionales por nacimiento. El derecho constitucional ha negado a las personas naturalizadas el acceso a los principales cargos en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.[1098] Esta peculiaridad regional continúa vigente.[1099] Se pueden destacar varios tipos de discriminación. La mayoría de los Estados imponen limitaciones en el acceso a cargos en el Poder Ejecutivo, principalmente la prohibición de optar a ser presidente, pero también en los poderes Judicial y Legislativo. Venezuela representa el ejemplo más extremo de esta continuidad histórica, ya que los naturalizados están claramente excluidos de varios de los cargos más importantes de los tres poderes o, en otras ocasiones, se les exige quince años de residencia.[1100] Todos los demás países, excepto Bolivia,[1101] también excluyen el acceso la presidencia.[1102] El acceso a la representación parlamentaria y a los puestos de juez o magistrado en los tribunales de mayor rango (en el Tribunal Supremo o en las cortes constitucionales) también está restringido a los ciudadanos por nacimiento en cinco países,[1103] mientras que otros tres exigen un número de años posteriores a la naturalización antes de poder ser elegidos,[1104] o

[1098] Véase capítulo segundo, pp. 67-69.

[1099] En Europa, el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, en su artículo 5, establece que cada Estado Parte se guiará por el principio de no discriminación entre sus nacionales, tanto si lo son por nacimiento como si han adquirido su nacionalidad con posterioridad. Consejo de Europa, *Convenio Europeo sobre la Nacionalidad*, ETS 166, 6 de noviembre de 1997.

[1100] Venezuela, artículo 41, Constitución de 1999. Se excluye el acceso a los cargos de presidente, vicepresidente, presidente de la Asamblea Nacional, magistrado del Tribunal Supremo, fiscal general, Defensor del Pueblo, o cargos en determinados ministerios, entre otros. Se exige quince años de ciudadanía tras la naturalización a todos los ministros, parlamentarios, gobernadores, y alcaldes.

[1101] Por primera vez en la historia, la Constitución de Bolivia de 2009 eliminó el requisito de ser ciudadano por nacimiento para la Presidencia. Sin embargo, para desempeñar varios cargos importantes en la policía, el ejército o ser viceministro de Defensa, es necesario ser boliviano o boliviana de nacimiento. Véanse los artículos 247 y 253 de la Constitución boliviana de 2009.

[1102] Argentina, artículo 89, Constitución de 1994; Colombia, artículo 191, Constitución de 1991; Chile, artículo 25, Constitución de 1980; Ecuador, artículo 142, Constitución de 2008; Paraguay, artículo 228, Constitución de 1992; Uruguay, artículo 151, Constitución de 1967; Brasil, artículo 12, Constitución de 1988; Perú, artículo 110, Constitución de 1993.

[1103] En Brasil, artículo 12, Constitución de 1988; en Colombia, artículos 172 y 232, Constitución de 1991; en Paraguay, artículos 162, 221, 223 y 258, Constitución de 1992; en Perú, artículos 90, 124 y 147, Constitución de 1993.

[1104] Seis años para senador y ocho para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, artículos 55 y 110, Constitución de 1994; en Chile, los naturalizados tienen la opción de presentarse a cargos públicos o candidatarse en elecciones populares solo

incluso votar.[1105] Por último, a diferencia de los nacionales por nacimiento, los Estados pueden, a veces, privar de la nacionalidad a los naturalizados si residen en el extranjero durante un periodo determinado (por ejemplo, tres años en el caso de Ecuador y Paraguay) o por orden judicial en Brasil y Venezuela.[1106] También se les niega, al menos durante los primeros cinco años, el derecho de libre residencia en toda Sudamérica en virtud de los Acuerdos de Residencia del Mercosur y, en algunos casos, la posibilidad de transmitir la nacionalidad a sus hijos si residen en el extranjero.[1107]

V. Discusión

Desde el cambio de siglo, se puede apreciar el resurgir en Sudamérica de un lenguaje más robusto en torno a la dignidad humana y la igualdad de trato.[1108] Esto se ha materializado en la enunciación del derecho a migrar, a menudo elevado a la categoría de derecho humano. Mientras que los marcos jurídicos adoptados a finales del siglo XX eran restrictivos o, en el mejor de los casos, utilitarios, las nuevas leyes priorizan un enfoque basado en derechos. ¿Cuáles son las razones de este cambio y, sobre todo, qué tan significativo es?

Los derechos suelen dividirse entre los que son fundamentales y los que no lo son. La primera categoría es más selectiva, e incluye a los derechos humanos. Dado que son habitualmente las Constituciones las que consagran los derechos fundamentales, estos suelen estar mejor protegidos y tienen primacía sobre otras leyes nacionales. Algunos autores argumentan que lo que ha venido en denominarse como una "industria de los derechos humanos" ha estimulado la expansión de la categoría de los derechos humanos, con el riesgo de que nos encontremos ante una "inflación de derechos".[1109] Podría decirse que la proclamación del derecho a migrar se encuadra dentro de esta tendencia de expansión de los derechos humanos.

---

después de cinco años (artículo 10(4), Constitución de 1980); siete años se exigen para ser senador y diez para ser juez de la Corte Suprema en Uruguay, artículos 98 y 235, Constitución de 1967.

[1105] Uruguay exige tres años para ejercer los derechos de ciudadanía (artículo 75, Constitución de 1967). En Paraguay, son dos años para convertirse en ciudadano y obtener así derechos políticos (artículo 152, Constitución de 1992).

[1106] Acosta, Diego, *Regional report on citizenship*…, *cit.*, p. 15.

[1107] Ecuador, Perú y Venezuela imponen limitaciones: véase *ibidem*, p. 15.

[1108] En cuanto a la igualdad de trato, este lenguaje ya estaba presente en el siglo XIX, véase el capítulo segundo.

[1109] Greer, Steven, "Being «realistic» about human rights", *Northern Ireland Legal Quarterly*, 60, 2009, pp. 147-161.

Para explicar el modo en que la figura jurídica de la persona extranjera y sus derechos está siendo construida en América del Sur, debemos referirnos de nuevo a dos de los aspectos ya mencionados en el capítulo quinto, en concreto el marco jurídico internacional y el anhelo de reciprocidad. La ICMW, ratificada por todos los Estados, excepto Brasil, ofrece una primera fuente jurídica que los mismos han de respetar a la hora de redactar sus marcos migratorios. A su vez, el principio de interpretación *pro homine* permite a la Corte IDH concebir al migrante como "un ser humano necesitado de protección", y no como un "extranjero sometido al control del Estado soberano".[1110] De hecho, la preocupación de América Latina por los derechos de los migrantes es de larga data, primero como países de destino y, después, como países de origen. Como ya se argumentó en el capítulo cuarto, las propuestas latinoamericanas fueron centrales para la incorporación de ciertos derechos fundamentales relacionados con la movilidad humana, tales como el derecho a salir del propio país, a buscar y disfrutar del asilo y a la nacionalidad, en la DUDH (artículos del 13 al 15).[1111]

Ha de señalarse, sin embargo, que en América del Sur muchos derechos están redactados de forma más amplia que lo establecido en la ICMW, como la reunificación familiar, el acceso al mercado laboral y a los derechos socioeconómicos y políticos. Es aquí donde el deseo de reciprocidad emerge como un aspecto clave. Algunos académicos de la región han expuesto que la introducción de derechos para extranjeros tiene su origen en la preocupación por los propios emigrantes en el exterior.[1112] Por ejemplo, cuando Ecuador concedió el derecho de voto en elecciones nacionales a extranjeros en su Constitución de 2008, se pensaba principalmente en los ecuatorianos en el extranjero, y no tanto en los migrantes en el país.[1113] Del mismo modo, quienes defienden los nuevos marcos migratorios en países como Brasil argumentan que el trato que se desea para los brasileños en el extranjero ha de estar plasmado en el propio marco nacional.[1114] El bajo número de inmigrantes, al menos hasta la llegada de nacionales venezolanos, también

[1110] Dembour, Marie- Bénédicte, *op. cit.,* p. 8.

[1111] Carozza, Paolo G, "From conquest to constitutions: retrieving a Latin American tradition of the idea of human rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, pp. 281-313.

[1112] Sobre políticas de emigración, véase Pedroza, Luicy *et al.*, *Emigrant policies in Latin America and the Caribbean*, FLASCO Chile, Santiago de Chile, 2016.

[1113] Escobar, Cristina, *Migration and franchise expansion…, cit.,* p. 8; Góngora-Mera, Manuel *et al., op. cit.,* p. 3.

[1114] Acosta, Diego y Freier, Luisa Feline, "Turning the immigration policy paradox up-side down?...", *cit.*

puede haber facilitado la introducción de ciertas garantías en los textos de las leyes.

Todo esto se entrelaza con el fenómeno del lenguaje aspiracional, al que ya nos hemos referido en el contexto del derecho constitucional.[1115] Desde este punto de vista, el derecho a migrar aparece en gran medida como una aspiración. El nuevo constitucionalismo latinoamericano suele anunciar derechos sin ofrecer las condiciones materiales y el apoyo institucional para cumplirlos.[1116] Si bien el lenguaje aspiracional no es negativo *per se* y puede tener que ver con el intento de alcanzar metas futuras,[1117] también es cierto que puede dañar la legitimidad de la ley. El lenguaje aspiracional también puede verse como "puramente simbólico".[1118] Según esta interpretación, el Estado con sus leyes no está solo regulando un determinado aspecto social, sino que además se está presentando en la escena internacional de una manera determinada. Las disposiciones puramente simbólicas también pueden resultar de procesos legislativos nacionales, en los que participan actores con diversas agendas. Ante un texto que regula claramente la exigencia de visados, deniega la entrada a determinados extranjeros y permite la expulsión de otros, hay quienes ven la inclusión del derecho a migrar como una victoria, mientras que otros lo interpretan como un sueño imposible. Por supuesto, a través de la interpretación judicial, cláusulas que parecían meramente aspiracionales pueden generar efectos reales que protejan al individuo.[1119] En efecto, las cortes supremas y constitucionales de América del Sur han dictado destacadas sentencias, y los jueces pueden utilizar la constitucionalización de los derechos humanos, la doctrina sobre el control de convencionalidad y el principio de interpretación *pro homine* para promover los derechos de las personas.[1120] Sin embargo, los tribunales no pueden por si solos hacer frente a ciertos desafíos que van más allá de lo migratorio y que afectan al estado de derecho, tales como la falta de capacidad institucional para aplicar ciertas normas,[1121] sin la adecuada cooperación de otros actores institucionales.[1122]

[1115] Véase parte segunda, Consolidación, pp. 151-156.

[1116] Gargarella, Roberto y Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano, cit.,* p. 253.

[1117] Lane Scheppele, Kim, "Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models", *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, p. 299.

[1118] Mirow, Matthew, *Latin American constitutions*…, *cit.,* p. 262.

[1119] *Ibidem*, p. 162.

[1120] Véase parte segunda, pp. 151-156.

[1121] Von Bogdandy, Armin, *op. cit.,* pp. 21 y 22; Abramovich, Víctor, *op. cit.,* p. 222.

[1122] García, Lila, *op. cit.*

Podría decirse que el derecho a migrar es tanto una disposición aspiracional como una importante declaración de intenciones, así como un elemento que ha de valorarse en la interpretación legal de la estructura y los objetivos de los marcos jurídicos. Es más difícil, sin embargo, poder afirmar que se trate de un auténtico derecho fundamental. Si aceptamos que uno de los objetivos de cualquier ley o política de migración es hacer ver al Estado como "más moderno" en el contexto internacional,[1123] la introducción del derecho a la migración puede interpretarse o bien como un éxito o bien como un ejercicio de hipocresía, dado que es un derecho que solo se aplica parcialmente a las personas migrantes de Sudamérica[1124] y a las de Europa y Estados Unidos, u otros países exentos de visado, pero no a las que precisan un visado para entrar. El hecho de que en países que tienen miles de kilómetros de fronteras porosas se siga haciendo hincapié en la expulsión de personas que entran al territorio de forma clandestina demuestra la continua relevancia de una concepción estricta de la soberanía territorial.

La historia sigue también jugando un papel importante en la actual construcción jurídica del extranjero en América del Sur. El *ius soli*, los periodos cortos de residencia previos a la naturalización, así como la ampliación de los derechos de las personas extranjeras, son vestigios de prácticas legislativas anteriores que se consolidaron a lo largo de décadas en el siglo XIX. El carácter restrictivo del siglo XX se ha ido moderando y ha dado paso a un lento resurgir de antiguos enfoques, aunque con numerosas contradicciones y salvedades, como podrá verse en el capítulo ocho. La academia ha de tener un enfoque crítico sobre esta materia para garantizar que las disposiciones legales que en teoría se basan en un sólido marco de dignidad humana se materialicen en un acceso efectivo a derechos, dado que, de otro modo, estos quedarán en letra muerta.[1125]

VI. Conclusión

En lo que va del siglo XXI, la persona extranjera se ha configurado bajo una nueva luz. Las nuevas leyes migratorias en Sudamérica son sorprendentemente diferentes a las del siglo XX, tanto en su estructura como en la enume-

[1123] FitzGerald, David Scott y Cook- Martin, David, *op. cit.*, p. 21.

[1124] Véase capítulo séptimo.

[1125] Acosta, Diego y Freier, Luisa Feline, "Expanding the reflexive turn in migration studies: refugee protection, regularization, and naturalization in Latin America", *Journal of Immigrant & Refugee Studies,* vol. 21, núm. 4, 2023.

ración de derechos que incluyen. Sin embargo, el conjunto de restricciones que se adoptaron durante dicho siglo XX han dejado un profundo poso. De hecho, muchas disposiciones en los nuevos textos legales contradicen un enfoque basado en derechos.

La preocupación por la situación de la diáspora en Estados Unidos y Europa ha sido fundamental para cambiar ciertas actitudes hacia los extranjeros en América del Sur. Algunos aspectos, como la doble nacionalidad, el derecho a voto y el acceso a derechos socioeconómicos, como la salud y la educación, están relacionados, ante todo, con esta ansiedad por el estatus de los nacionales en el exterior. De hecho, las nuevas leyes incorporan numerosas disposiciones relativas a la emigración y al retorno de nacionales, por lo que se les denomina como "de movilidad humana" o "migración", y no solo de inmigración. Numerosos organismos, incluyendo la CIDH y el CMW, han identificado y denunciado las dificultades en la implementación, así como la discriminación en el acceso a los derechos que sufren los inmigrantes en diversos países de la región.[1126]

En este capítulo también se ha planteado la necesidad de examinar conjuntamente las leyes de migración y de nacionalidad, para evaluar la verdadera apertura, o no, de la regulación del estatus de la persona extranjera en un determinado país. Uruguay es paradigmático en este sentido, al tener posiblemente el marco legal migratorio más abierto de la región en numerosos aspectos, pero al mismo tiempo ser el único país en el que no es posible la naturalización, y en el que las personas extranjeras solo pueden obtener la ciudadanía legal y no pueden nunca adquirir la nacionalidad, independientemente del tiempo que hayan residido en el país.

Por tanto, nos encontramos con que siguen existiendo numerosos retos, tales como dilucidar el verdadero alcance del derecho a migrar. No obstante, Sudamérica ofrece lecciones y perspectivas distintas en la construcción del estatus de la persona extranjera, que son importantes, pero que han de ser reguladas con mayor detalle antes de poder ser consideradas verdaderamente únicas, innovadoras y pioneras en una perspectiva comparada.

[1126] Un ejemplo de esto sería el Informe del CMW de 2017 sobre Ecuador, que a pesar de reconocer el avance en la protección de derechos que supuso la Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2017 fue muy crítico con algunas de sus disposiciones, especialmente en materia de acceso a la salud, regularización y desigualdad de trato con las personas nacionales en varios aspectos. Véanse las Observaciones Finales sobre el Tercer Informe Periódico de Ecuador, CMW/C/ECU/CO/3, 5 de octubre de 2017.