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 séptimo

FRONTERAS ABIERTAS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL CIUDADANO SUDAMERICANO

> La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivos específicos: ...la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana.[1127]

I. Introducción

Con la adopción de acuerdos de libre residencia y movilidad, los nacionales de los países implicados obtienen un nuevo estatus jurídico que elimina, en teoría, la posibilidad de encontrarse en situación irregular. Al mismo tiempo, los acuerdos regionales amplían derechos individuales relativos al acceso al mercado laboral, la reunificación familiar, los derechos socioeconómicos, e incluso la participación política. La apertura progresiva de las fronteras a escala regional, sumada a la igualdad de trato, permite construir una categoría de extranjero privilegiado que se aproxima en sus derechos al nacional. Mediante este proceso, los Estados ceden parcialmente su capacidad de controlar quién tiene derecho a entrar y residir en su territorio.

La libertad de circulación y residencia no son, por supuesto, conceptos nuevos ni exclusivos de Sudamérica. Como ya se ha analizado, el sujeto regional ya era una construcción jurídica en el siglo XIX.[1128] En la actualidad, la expansión de los derechos humanos, junto con la explosión de procesos regionales de integración, son los dos fenómenos que con mayor fuerza han limitado la capacidad del Estado para restringir la entrada de personas ex-

[1127] Artículo 3 (i) Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Brasilia, 23 de mayo de 2008.

[1128] Véase capítulo tercero.

tranjeras y sus derechos.[1129] En la actualidad, hay decenas de países en todo el mundo que forman parte de algún esquema de integración económica que facilita la libre circulación, ya sea a nivel bilateral o multilateral,[1130] con distintos grados de desarrollo, alcance e implementación.[1131] De entre todos estos esquemas de libre movilidad, el régimen de la UE se suele presentar como paradigmático, dado que los ciudadanos de la UE gozan del derecho individual a circular y residir libremente en todos los Estados miembros. De hecho, en las próximas páginas se hará referencia a la UE en varios momentos, no con la intención de situar a la UE como un modelo de lo que debería hacerse en Sudamérica, sino con la de ofrecer una perspectiva comparada.

Desde el cambio de siglo, la movilidad regional y la eventual adopción de una ciudadanía sudamericana han ocupado un lugar central.[1132] Los Acuerdos de Residencia del Mercosur de 2002, así como la Decisiones 545 y 878 de la CAN de 2003 y 2021, respectivamente, han situado a Sudamérica como un actor central a escala mundial. Si bien la ciudadanía sudamericana puede presentarse como una quimera en el corto plazo, los Acuerdos de Residencia del Mercosur han facilitado el acceso a la residencia a cientos de miles de personas.[1133] Por tanto, Sudamérica podría surgir como un modelo alternativo al de la UE que pueda servir a otras regiones como África, América Central y el Caribe, o el espacio postsoviético, todas las cuales se enfrentan a retos similares, tales como un alto grado de informalidad en los mercados laborales.

Este capítulo describe en primer lugar el actual régimen de movilidad y residencia en la región e indaga sobre los debates relativos a una posible ciudadanía sudamericana que se han dado durante el siglo XXI. En con-

[1129] Iglesias Sánchez, Sara, "Free movement of persons and regional international organisations", en Plender, Richard (ed.), *Issues in international migration law,* Leiden, Brill, 2015, pp. 223-260.

[1130] Véase el proyecto Freemove disponible en Acosta, Diego y van der Baaren, Luuk, Freemove Project, Free Movement Regimes Dataset. Indicators on entry, residence, rights, and security of residence, 2024, disponible en: *www.freemovehub.com*

[1131] Pécoud, Antoine, y De Guchteneire, Paul (eds.), *Migration without borders: essays on the free movement of people*, New York, Berghahn Books, 2007; Nita, Sonja *et al., Migration, free movement and regional integration,* UNESCO, 2017.

[1132] Declaración de Brasilia: Rumbo a la Ciudadanía Sudamericana, Brasilia, 19-21 de octubre de 2011; Declaración de la reunión extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR, Quito, 4-5 de diciembre de 2014, para. 14.

[1133] Según datos de la OIM y del Foro Especializado Migratorio del Mercosur, se otorgaron 3.8 millones de permisos de residencia entre 2009 y 2022. OIM y Foro Especializado Migratorio del Mercosur y Estados Asociados (FEM), *Movimientos migratorios recientes en América del Sur. Informe anual 2023*, OIM, Buenos Aires, 2023, p. 8.

creto, se prestará especial atención a la evolución histórica en el ámbito de la CAN y del Mercosur, y se aludirá también, aunque de manera breve, a la Unasur, así como a la Alianza del Pacífico. La segunda sección se centra en las contradicciones y cuestiones abiertas que afligen a los regímenes actuales de movilidad. Los ciudadanos regionales tienen las mismas preocupaciones que cualquier otro migrante en cuanto a lo que se refiere a la entrada, los derechos durante la estadía y la seguridad de su residencia contra la expulsión. Estos tres aspectos se ven afectados por la incongruencia existente entre los distintos instrumentos jurídicos, su diverso grado de implementación y la falta de vías claras de acceso a tribunales que puedan interpretar los acuerdos. La principal preocupación en este sentido se centra en evaluar la extensión real de los derechos de movilidad y residencia en Sudamérica y en ver si se apunta en la dirección de una verdadera ciudadanía sudamericana en ciernes, o, por el contrario, estos derechos pueden calificarse más apropiadamente de meros actos ejecutivos discrecionales de regularización temporal para ciertos migrantes regionales. El capítulo concluye con algunas reflexiones, que permitirán introducir la discusión que seguirá sobre el estatuto jurídico de los nacionales de Venezuela.

II. La libre circulación de personas en Sudamérica

Con el cambio de siglo, el debate sobre la libre circulación, residencia y, eventualmente, ciudadanía regional ha tomado relevancia en diversos foros. Esta sección describe la libre circulación y residencia de personas en el marco de la CAN[1134] y del Mercosur, con una breve referencia a la Unasur y a la Alianza del Pacífico.

1. *La libre circulación de personas y la CAN*

En 1948, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creó la Comisión Económica para América Latina (CEPAL).[1135] El trabajo de

[1134] Este capítulo no pretende discutir cada uno de los instrumentos que la CAN ha adoptado. Para un análisis detallado de todas las iniciativas e instrumentos, véase Goizueta Vértiz, Juana *et al.*, *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados. Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Pamplona, Aranzadi, 2012.

[1135] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Resolución 106 (VI), 25 de febrero de 1948, establecida por resolución el 5 de marzo de 1948.

la CEPAL influyó en la adopción del Tratado de Montevideo en 1960, que puso en marcha la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).[1136] Su objetivo era crear progresivamente un mercado común de capitales, servicios y bienes, pero no de personas.[1137] En 1967, la cumbre de Jefes de Estado de las Américas concluyó que dicho mercado común debía estar en funcionamiento en 1985 y sería el resultado de la fusión de la ALALC y el Mercado Común Centroamericano.[1138] En aquel momento se consideró que la mejora de las comunicaciones terrestres facilitaría la circulación no solo de mercancías, sino también de personas.

El malestar por el papel preponderante que habían desempeñado Argentina y Brasil[1139] llevó a Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú a establecer la CAN en 1969 mediante la firma del Acuerdo de Cartagena. El acuerdo, subsidiario del mencionado Tratado de Montevideo, está abierto a la adhesión de otros Estados.[1140] Su objetivo es promover el desarrollo y conseguir un mejor nivel de vida, así como acelerar el crecimiento mediante la integración económica, con el fin último de la formación gradual de un mercado común latinoamericano. La libre circulación de personas no se incluyó en el texto final.

Los trabajadores entraron por primera vez en la agenda de la CAN en 1973. El Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral tenía como objetivo, entre otros aspectos, la protección de los trabajadores migrantes.[1141]

[1136] Tratado de Montevideo para el establecimiento de una zona de libre comercio entre los países de América Latina, 18 de febrero de 1960. El Tratado fue firmado en 1960 por Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. México también lo firmó. Los demás países sudamericanos lo hicieron más tarde: Colombia (1961), Ecuador (1962), Venezuela (1966) y Bolivia (1967).

[1137] El Tratado de Montevideo de 1960 y la ALALC fueron sustituidos por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), instituida por el Tratado de Montevideo de 1980, el 12 de agosto de 1980. Participan trece Estados: todos los de América del Sur —excepto Guyana y Surinam— y Cuba, México y Panamá. Cualquier país latinoamericano puede solicitar su adhesión. Su propósito general es reducir los obstáculos para el comercio, y su objetivo final es establecer un mercado interior común latinoamericano.

[1138] Declaración de los Presidentes de América. Reunión de Jefes de Estado Americanos, Punta del Este, Uruguay, 12-14 de abril de 1967.

[1139] Saldías, Osvaldo, "Libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina", en Goizueta Vértiz, Juana *et al., La Libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados. Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 187-206.

[1140] Artículo 109, Acuerdo de Cartagena. Venezuela se adhirió en 1973 y anunció su retirada en 2006. Chile abandonó el bloque en 1976.

[1141] Artículos 3 y 4, Convenio Simón Rodríguez de Integración Sociolaboral, firmado en Caracas el 26 de octubre de 1973.

Más tarde, el Instrumento Andino de Migración Laboral de 1976 (Decisión 116) ideó un procedimiento para contratar a trabajadores regionales a través de las oficinas nacionales de migración laboral.[1142] Tanto estos trabajadores como sus familias debían disfrutar de igualdad de trato en materia de derechos laborales, educación, vivienda, salud y seguridad social.[1143] Los Estados miembros debían adoptar medidas para regularizar a los inmigrantes indocumentados.[1144] La Decisión 113 complementó este régimen al instituir un Instrumento Andino de Seguridad Social.[1145] Por primera vez, derechos y garantías individuales derivaban directamente de la Comunidad Andina. Sin embargo, el momento de la adopción de estos instrumentos no fue propicio. En primer lugar, Chile, que había estado bajo una dictadura militar desde 1973, abandonó el bloque en 1976. En segundo lugar, la crisis financiera de los años ochenta, conocida como "la década perdida", y las consiguientes políticas de privatización y desregulación de los años noventa, mermaron la voluntad política para aplicar estos instrumentos en los siguientes años.[1146]

En 1999, y coincidiendo con el trigésimo aniversario de la Comunidad, los presidentes de los entonces cinco Estados miembros adoptaron el Acta de Cartagena, la cual reconocía la necesidad de reforzar la integración regional, incluyendo la libre circulación de personas.[1147] En este contexto, la CAN adoptó en 2003 un nuevo Instrumento Andino de Migración Laboral (Decisión 545), junto con otras medidas. Este *corpus iuris* establece el derecho de entrada para estadías cortas, ciertos derechos sociolaborales, y también la protección consular en el extranjero.[1148]

[1142] Artículo 7, Decisión 116.

[1143] *Ibidem*, artículos 12 y 13.

[1144] Véase capítulo quinto, p. 183.

[1145] Decisión 113, *Instrumento Andino de Seguridad Social*, 17 de febrero de 1977.

[1146] Di Filippo, Armando y Franco, Rolando, *Integración regional, desarrollo y equidad*, México, Siglo XXI, 2000, p. 78.

[1147] Acta de Cartagena, 27 de mayo de 1999.

[1148] Decisión 545, *Instrumento Andino de Migración Laboral*, 25 de junio de 2003. Otras medidas incluyen, en orden cronológico: Decisión 502, *Centros Binacionales de Atención en Frontera,* Valencia, Venezuela, 22 de junio de 2001; Decisión 503, *Reconocimiento de Documentos Nacionales de Identificación*, Valencia, Venezuela, 22 de junio de 2001; Decisión 504, *Creación del Pasaporte Andino,* Valencia, Venezuela, 22 de junio 2001; Resolución 527, *Modificación de Contenido y Formato de la Tarjeta Andina de Migración (TAM),* Lima, 11 de julio de 2001; Decisión 526, *Ventanillas de Entrada en Aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros*, Lima, 7 de julio de 2002; Decisión 548, *Mecanismo Andino de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios,* Quirama, Antioquia, Colombia, 25 de junio de 2003. Esto ha sido desarrollado por la Resolución 1546, Lima, 20 de febrero de 2013; Decisión 583, *Instrumento Andino de Seguridad Social*, Guayaquil, 7 de mayo de 2004; Decisión 584, *Mecanismo Andino de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios,* 25 de junio de 2003. Esta última decisión

Sin embargo, la Decisión 545 resultó insuficiente a la hora de establecer un régimen de movilidad verdaderamente completo. A diferencia de los proyectos iniciales, en los que se consagraba la libre circulación de todos los trabajadores por cuenta propia,[1149] la decisión final solo incluyó a los trabajadores que eran trasladados dentro de una misma empresa, a los fronterizos y a los de temporada, así como a los trabajadores que aceptaran un puesto de trabajo en otro Estado miembro. Estos grupos disfrutan de igualdad de trato y de una serie de derechos, incluida la reunificación familiar.[1150] Venezuela abandonó la CAN en 2006, y la incorporación de la Decisión 545 a la legislación nacional de los restantes cuatro Estados llevó unos años.[1151] Por otra parte, la CAN mencionó por primera vez el concepto de ciudadanía andina en 2008. El concepto tendría por objeto profundizar en el proceso de movilidad regional, potenciar el sentimiento de pertenencia, así como legitimar el papel de la propia organización.[1152] Además de la libertad de circulación y residencia, la ciudadanía andina incorporaría una perspectiva de derechos humanos y permitiría ejercer los derechos políticos en elecciones directas para el Parlamento Andino.

En cualquier caso, para 2012 se dio el particular escenario de que todos los Estados miembros de la CAN habían ratificado el Acuerdo de Residencia del Mercosur, Bolivia, Chile.[1153] Por tanto, cuando en 2013 se celebró el IV

está reglamentada por la Resolución 957 de la Secretaría General, Lima, 23 de septiembre de 2005. Además, la Carta Andina para la Promoción y protección de los derechos humanos (no vinculante) incluye varias cláusulas sobre los derechos de las personas migrantes, Guayaquil, 26 de julio de 2002. Anteriormente, en 1996, la Decisión 397 ya había establecido una Tarjeta Andina de Migración (TAM), Lima, 16 de septiembre de 1996. Para un análisis detallado, véase Aguilar Cardosa, Luis Enrique *et al., Guía de exigibilidad jurídica de los derechos reconocidos en las decisiones de la Comunidad Andina en materia de migraciones*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2015.

[1149] Secretaría General de la CAN, véase Lineamientos para la modificación de la Decisión 116: Instrumento Andino de Migración Laboral, Documento de Trabajo, 4 de abril de 2001.

[1150] Artículos 10-13, Decisión 545.

[1151] En Bolivia, se puede argumentar que la Decisión 545 se ha aplicado indirectamente a través del artículo 49(9) de su Ley de Migración de 2013, que reconoce explícitamente cualquier derecho de los acuerdos regionales que se conceda a las y los trabajadores migrantes. En Colombia, Decreto 46, Bogotá, 17 de enero de 2013. En Ecuador, Acuerdo Interministerial 000054, 26 de julio de 2012. En Perú, *Resolución Ministerial 279-2004-TR Lima, 28 de octubre de 2004; Resolución Ministerial 009-2006-TR, Lima, 10 de enero de 2006*; y Resolución Ministerial N° 318-2010-TR, Lima, 17 de diciembre de 2010.

[1152] Consejo Presidencial Andino, "Una Comunidad Andina para los Ciudadanos. Un Proyecto para la Integración Integral de Nuestros Pueblos", septiembre de 2008.

[1153] Tercer Foro Andino sobre Migraciones, Informe, Quito, 4-5 de octubre de 2012, SG/FAM/III/INFORME. Bolivia ya formaba parte del acuerdo desde 2009. Además, en 2012

Foro Andino de Migraciones, los Estados miembros propusieron fortalecer un espacio sudamericano de circulación y residencia y consolidar la ciudadanía andina y sudamericana, a través de la convergencia de la CAN y el Mercosur, en el marco de una nueva organización regional: la Unasur. El foro también decidió codificar todo el acervo comunitario, disperso a través de diversas decisiones y reglamentos, en un único instrumento mediante la adopción de un Estatuto Migratorio Andino.[1154] Posteriormente, en 2015, el Parlamento Andino aprobó el Estatuto Andino de Movilidad Humana. Cabe recordar que el Parlamento, a diferencia de otras instituciones de la CAN,[1155] no tiene facultades legislativas. Por esa razón, el Parlamento exhortó al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores a adoptar el estatuto a través del derecho comunitario.[1156]

Finalmente, el Consejo Andino de Ministros adoptó el 12 de mayo de 2021 la Decisión 878, que establece dicho Estatuto Migratorio Andino. Cabe destacar su alcance. Por primera vez, se hace referencia a los trabajadores migrantes regionales como ciudadanos andinos. Además, y muy especialmente, se incluye en el ámbito de aplicación a los ciudadanos extracomunitarios que residan de manera permanente en el territorio de cualquier Estado miembro. Los principios por los que se rige el Estatuto incluyen no solo la no discriminación y la igualdad de trato, sino también el reconocimiento de la no criminalización de la migración,[1157] la interpretación pro persona de la ley, la unidad familiar y el principio de coherencia.[1158]

El Estatuto reconoce una serie de derechos en un proceso de codificación y ampliación de leyes anteriores, que siguen siendo válidas y aplicables. Comprenden el derecho de entrada, salida y libre circulación en el territorio del bloque, el derecho a la reunificación familiar, los derechos a trabajar, a

---

solo Perú había implementado el acervo de la Comunidad Andina. OIM y la Secretaría General de la Comunidad Andina, *Avances y recomendaciones para la implementación de la normativa de la Comunidad Andina en materia de migraciones*, Lima, OIM-SGCAN, 2012.

[1154] Declaración de Bogotá, IV Foro Andino de Migraciones, Bogotá, 9-10 de mayo de 2013.

[1155] El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, así como la Comisión de la CAN (compuesta por un plenipotenciario de cada Estado miembro), son las dos instituciones con poderes legislativos, y pueden adoptar decisiones. La Secretaría General también puede adoptar legislación vinculante en determinadas circunstancias mediante resoluciones.

[1156] Artículo 3, Parlamento Andino, 24 de abril de 2015, Decisión 1343, por la cual se aprueba el Estatuto Andino de Movilidad Humana, Medellín, 24 de abril de 2015.

[1157] Véase capítulo quinto.

[1158] Decisión 878, Estatuto Migratorio Andino, Lima, 12 de mayo de 2021. Véase artículos 4 (no discriminación), 5 (no criminalización), 7 (unidad familiar), 24 (principio de coherencia) y 34 (cláusula más favorable).

ser autónomo y a buscar empleo, así como una breve referencia a los derechos políticos.[1159] Los ciudadanos andinos obtienen primero un permiso temporal de dos años, con la posibilidad de solicitar después la residencia permanente. Si la persona no obtiene la residencia permanente, puede caer en la irregularidad, aunque seguirá gozando de algunos derechos, con la obligación paralela para los Estados miembros de trazar acciones permanentes que faciliten la regularización.[1160] Esto abre algunos interrogantes sobre el verdadero significado de la ciudadanía andina (sudamericana), que se analizarán más adelante.

2. *La libre circulación de personas y el Mercosur*

El Mercosur[1161] nació con el Tratado de Asunción de 1991.[1162] Los Estados miembros originales (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) se fijaron un ambicioso objetivo: constituir un mercado común para finales de 1994, en el que se garantizaría la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción. La libre circulación de personas no se mencionaba, salvo en cuanto se entendiera que formaba parte del concepto de factores de producción. El Protocolo de Ouro Preto de 1994 aprobó el marco institucional y de procedimiento legislativo de la organización.[1163] Los objetivos originales se vieron influenciados, en gran medida, por la liberalización económica y las ideas de mercado abierto, dentro de los parámetros del Consenso de Washington. Esto debe entenderse en el contexto de la "Iniciativa para las Américas", presentada por el entonces presidente estadounidense George

[1159] Artículos 9 (sufragio en el ámbito local), 20 (alcance de la residencia temporaria) y 23 (alcance de la residencia permanente), Estatuto Migratorio Andino.

[1160] *Ibidem*, artículo 22.

[1161] Para un análisis detallado de todas las iniciativas e instrumentos, pueden consultarse las siguientes referencias: Novick, Susana *et al.* (eds.), *Migraciones y Mercosur: una relación inconclusa*, Buenos Aires, Catálogos, 2010; Brumat, Leiza, *Políticas migratorias y libertad de circulación en el Mercosur (1991-2012),* tesis doctoral, Flacso, Argentina, 2016.

[1162] Tratado de Asunción, 26 de marzo de 1991. Los cuatro Estados miembros originales son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Venezuela se unió al Mercosur en 2012, pero su adhesión fue suspendida en 2017. Bolivia se adhirió el 17 de julio de 2015 y el 7 de diciembre de 2023 se convirtió en miembro de pleno derecho.

[1163] Las dos instituciones más importantes son el Consejo del Mercado Común y el Grupo del Mercado Común.

Bush en 1990, con vistas a transformar todo el continente americano en la mayor zona de libre comercio del mundo.[1164]

No fue hasta el cambio de siglo cuando la agenda del Mercosur incorporó la libre circulación de personas. La profunda crisis económica y política que se dio entre 1998 y 2003 puso en tela de juicio las orientaciones neoliberales predominantes, allanando el camino para que surgieran nuevos modos de gobernanza del mercado, así como para incorporar la libre circulación de trabajadores a los debates regionales. La Declaración sociolaboral no vinculante de 1998, que contiene ciertos derechos para las personas migrantes y para los trabajadores fronterizos, conceptualizó por primera vez la libre circulación de personas como una cuestión sociopolítica, en lugar de puramente económica.[1165] Al mismo tiempo, de los cientos de miles de sudamericanos que emigraron durante la época, muchos se encontraron en situación irregular en sus destinos mientras que, por su parte, los extranjeros en la región procedían casi exclusivamente de países vecinos.[1166]

La adopción de los dos Acuerdos de Residencia del Mercosur en 2002 debe entenderse en este contexto, aunque en realidad fue el resultado de una particular conjunción histórica. Fernando Enrique Cardoso, el presidente brasileño de aquel momento, había alentado la ampliación de la agenda social.[1167] Brasil ocupó la presidencia de Mercosur desde el 1 de julio de 2002 hasta el 1 de enero de 2003, y Cardoso quiso proponer una medida que avanzara la integración regional, para así poner un sello personal al final de su segundo y último mandato como presidente de Brasil.[1168] El 30 de agosto de 2002, Brasil presentó un proyecto de amnistía migratoria para los nacionales del Mercosur, el cual hubiera otorgado un periodo de seis meses para que todos los migrantes regionales indocumentados presentes en los cuatro países se hubieran regularizado. Por su parte, Argentina, basándose en su experiencia previa de haber llevado a cabo numerosos procedimientos de regularización,[1169] propuso alternativamente establecer un mecanismo permanente, y no temporal, para que las personas nacionales del Mercosur accedieran a la residencia. En este sentido, el momento era propicio para

[1164] Bizzozero Revelez, Lincoln, "El Mercosur y el proceso sudamericano ante la segunda década del siglo XXI ¿Hacia una consolidación del nuevo regionalismo estratégico?", *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Transfronterizos*, vol. 12, 2012, pp. 215-237.

[1165] Declaración Sociolaboral del Mercosur, adoptada por los Jefes de Estado, Río de Janeiro, 10 de diciembre de 1998.

[1166] Texidó, Ezequiel y Gurrieri, Jorge, *op. cit.,* pp. 25-29.

[1167] Bizzozero Revelez, Lincoln, *op. cit.*

[1168] Alfonso, Adriana, *Integración y migraciones…, cit.*, p. 48.

[1169] Véase capítulo quinto, pp. 178-181.

Argentina, porque coincidió con la emigración de miles de nacionales a Europa y Estados Unidos, lo que facilitó las comparaciones entre inmigrantes en el país y emigrantes argentinos en el extranjero. La Dirección Nacional de Migraciones de Argentina, la cual había hecho la propuesta, fue pragmática en su planteamiento y señaló numerosos retos: la dificultad de controlar una enorme frontera con los países vecinos, la importancia de conocer mejor a las personas que ya residían en el territorio por razones de seguridad, así como la necesidad de ofrecer el mismo trato a los migrantes regionales para proteger a los trabajadores indígenas contra el *dumping* salarial y a los migrantes regionales contra la explotación.[1170]

De hecho, el principal objetivo de los dos acuerdos adoptados, como se declara inequívocamente en sus preámbulos, es resolver el problema de las personas migrantes intrarregionales en situación irregular.[1171] La razón de ser de los acuerdos fue la migración indocumentada, y no el establecimiento de un mercado interior, como en el caso de la UE. Esta diferencia es crucial para comprender la estructura de los acuerdos. De hecho, no se contempla el derecho de entrada, lo cual supone un importante inconveniente, que se analizará más adelante. El individuo puede regularizarse en el Estado de acogida si ya reside en él, o bien solicitar un permiso de residencia en el consulado del país al que desee trasladarse.

Los acuerdos establecen que cualquier nacional de un Estado parte del Mercosur, o de un Estado parte asociado en el caso del segundo acuerdo, puedan obtener un permiso de residencia temporal de dos años en otro Estado parte acreditando su nacionalidad y presentando un certificado de antecedentes penales de los últimos cinco años.[1172] Las personas con permisos de residencia temporal tienen derecho de acceso al mercado laboral y a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo, acceso a la educación de los hijos e hijas y otros derechos civiles, sociales, económicos y cul-

[1170] Alfonso, Adriana, *Integración y migraciones…*, *cit*, p. 50.

[1171] Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados partes del Mercosur, Brasilia, 6 de diciembre de 2002. Entró en vigor el 28 de julio de 2009. En la misma fecha se firmó un acuerdo paralelo con las mismas disposiciones entre los cuatro Estados miembros originales y Chile y Bolivia como miembros asociados. Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile, Brasilia, 6 de diciembre de 2002. Este instrumento también entró en vigor el 28 de julio de 2009.

[1172] El acuerdo se aplica a Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay como Estados parte. Venezuela, cuya membresía fue suspendida en 2017, aún debe incorporar el Acuerdo de Residencia a su legislación interna antes de que pueda entrar en vigor en el país. Los Estados asociados que se benefician del acuerdo son Chile, Colombia, Perú y Ecuador. Guyana y Surinam se convirtieron en Estados asociados el 11 de julio de 2013, pero al 31 de diciembre de 2023 no habían adoptado el Acuerdo de Residencia.

turales de los que gozan las personas nacionales. También se les concede el derecho a la reunificación familiar. Sin embargo, no se menciona ningún derecho político. A diferencia del régimen de la UE, en donde se exigen recursos suficientes o empleo para residir en otro Estado por un periodo superior a tres meses, los mismos no suponen una condición *sine qua non* para residir en Sudamérica. Tras dos años de residencia, la persona puede solicitar la residencia permanente, para lo cual debe acreditar medios de vida lícitos que permitan su subsistencia y la de su familia en el territorio del Estado de acogida.

En aras de profundizar el régimen de movilidad, el Consejo del Mercado Común, máximo órgano decisorio del Mercosur, adoptó en 2010 la Decisión 64/10 sobre ciudadanía.[1173] Su objetivo era establecer un plan de acción para conformar progresivamente un estatuto de ciudadanía del Mercosur, que debería haberse adoptado en 2021, coincidiendo con el trigésimo aniversario de la organización. Dicho hito no se produjo.

Todos los países de Sudamérica, excepto Guyana, Surinam y Venezuela, han ratificado alguno de los acuerdos. Sin embargo, el marco legal regional se complejiza a través de varios tratados bilaterales y regímenes domésticos. A nivel bilateral, y dado que los acuerdos solo entraron en vigor en 2009, una vez que Paraguay los ratificó,[1174] Argentina firmó tratados bilaterales con Brasil y Uruguay para poner en marcha de manera anticipada el régimen de movilidad.[1175] Además, negoció también otros convenios bilaterales de libre movilidad con Bolivia y Perú.[1176] Por otra parte, Brasil tiene pactos con Argentina y Uruguay, que permiten que los nacionales im-

---

[1173] Plan de Acción Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur, Plan de Acción, Mercosur/CMC/DEC.Nº 64/10, Foz de Iguazú, 16 de diciembre de 2010.

[1174] Del Real, Deisy, *Documenting the undocumented: The construction of legal residency as a substantive right under the Mercosur residency agreements,* Tesis doctoral, UCLA, 2019, disponible en: *https://escholarship.org/content/qt6g22k8pd/qt6g22k8pd.pdf?t=psmftl*

[1175] Acuerdo Operativo entre la Dirección Nacional de Migraciones de la República Argentina y el Departamento de Extranjeros de la República Federativa del Brasil para la Aplicación del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2005. En vigor desde el 3 de abril de 2006. Finalizó el 28 de julio de 2009 con la entrada en vigor del Acuerdo de Residencia del Mercosur; Acuerdo por Canje de Notas entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay relativo a la aplicación bilateral del "Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur" del 6 de diciembre de 2002, Córdoba, 20 de julio de 2006. En vigor desde 20 de julio de 2006. Finalizó el 28 de julio de 2009.

[1176] Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de la República Argentina y la República de Perú, Buenos Aires, 15 de junio de 2007. En vigor desde el 10 de diciembre de 2009; Acuerdo Migratorio entre la República de Bolivia y la República Argentina, Buenos Aires, 21 de abril de 2004. En vigor desde el 17 de octubre de 2006. Extinguido el 17 de octubre de 2016.

plicados obtengan directamente la residencia permanente en dichos países, sin necesidad de obtener primero una temporal.[1177] Ecuador y Venezuela también tienen un tratado bilateral de libre movilidad.[1178]

A nivel doméstico, se deben mencionar cuatro países. En primer lugar, Brasil ofrece la residencia a los nacionales de Guyana, Surinam y Venezuela.[1179] Los mismos también pueden obtenerla en Argentina y Uruguay, dado que sus respectivas leyes de migraciones establecen que la residencia se puede otorgar a nacionales de países miembros y asociados del Mercosur.[1180] Además, en el caso de Uruguay, todos los sudamericanos pueden obtener directamente la residencia permanente.[1181] Por último, la Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2017 de Ecuador permitió, hasta su reforma a inicios de 2021, que cualquier nacional de un país miembro de la Unasur, es decir, cualquiera del resto de Estados de Sudamérica, pudiera obtener la residencia en el país.[1182]

3. *La libre circulación de personas, la Unasur y la Alianza del Pacífico*

Durante el siglo XXI, han surgido otras organizaciones regionales en Sudamérica,[1183] de entre la cuales debemos destacar la Alianza del Pacífico

[1177] Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias, Puerto Iguazú, Argentina, 30 de noviembre de 2005; Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil sobre Residencia Permanente con el objetivo de alcanzar la libre circulación de personas, Brasilia, 9 de julio de 2013.

[1178] Estatuto Migratorio entre la República del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela, Caracas, 6 de julio de 2010.

[1179] Portaria Interministerial MJSP/MRE No. 19 Disposición sobre la autorización de residencia de migrantes que estén en territorio brasileño o sean nacionales de un país fronterizo en donde no esté en vigor el Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur y Países Asociados (Dispõe sobre a autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul e Países Associados), 23 de marzo de 2021.

[1180] Argentina, Ley de Migraciones 25.871 de 2004, artículo 23 (l) y Disposición 29.929 Dirección Nacional de Migraciones, 21 de septiembre de 2004; Uruguay, Ley de Migración 18.250 de 2008, artículo 34.

[1181] Ley 19.254 Residencia Permanente en la República, 4 de septiembre de 2014.

[1182] Ecuador, Ley Orgánica de Movilidad Humana, 6 de febrero de 2017, artículos 83-89, derogados por Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, 5 de febrero de 2021.

[1183] Cabe mencionar brevemente otra organización regional, la CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños). Creada en diciembre de 2011, la CELAC tiene como

y la Unasur. Respecto de la primera, uno de sus objetivos es avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.[1184] Aunque su principal interés parece ser facilitar las visitas de corta duración mediante acuerdos de exención de visados, también ha trabajado en ciertos aspectos de protección consular recíproca, e incluso en el establecimiento de embajadas comunes, como la de Ghana. También se ha debatido el posible desarrollo de la libre circulación de trabajadores.[1185]

Por su parte, la Unasur introdujo como uno de sus objetivos en su tratado constitutivo la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de los Estados miembros que residieran en el territorio de otro, con el fin de alcanzar una ciudadanía sudamericana.[1186] Varias declaraciones finales del Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno reforzaron dicho objetivo de alcanzar una verdadera ciudadanía sudamericana como eje central de un espacio regional integrado,[1187] y propusieron establecer un pasaporte único.[1188] En ese marco, se creó un grupo de trabajo sobre ciudadanía suramericana, que adoptó un

---

objetivo servir de mecanismo de diálogo y concertación política entre los treinta y tres países de América Latina y el Caribe. La Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de 2016 incluyó algunas referencias a la necesidad de no criminalizar la migración, así como de adoptar un enfoque de derechos humanos: véase la Declaración de Quito, IV Cumbre de la CELAC, 27 de enero de 2016. La CELAC también ha llevado a cabo varias cumbres dedicadas exclusivamente a la migración con el fin de establecer un diálogo entre los países de América del Sur, América Central, el Caribe y México. Por último, también podría agregarse aquí la Comunidad del Caribe. Se trata de una organización regional con quince Estados miembros, entre ellos Guyana y Surinam, en Sudamérica. Uno de sus objetivos es eliminar las restricciones a la libre circulación de mano de obra calificada.

[1184] La Alianza del Pacífico es un bloque comercial latinoamericano. Fue creada por la Declaración de Lima el 28 de abril de 2011. Sus miembros actuales son Chile, Colombia, México y Perú. Costa Rica y Panamá han manifestado su interés en adherirse.

[1185] Agencia EFE, "Analizan movilidad laboral en la Alianza del Pacífico", 8 de abril de 2016.

[1186] Unasur (Unión de Naciones Suramericanas) es una organización regional que estaba integrada por los doce países de América del Sur. Su objetivo es construir un espacio cultural, económico, social y político en la región. Su Tratado constitutivo entró en vigor el 11 de marzo de 2011. El artículo 3 (i), se refiere a la identidad sudamericana. Esto también se menciona en el Preámbulo como la determinación de construir una identidad y ciudadanía suramericana. El artículo 3 (k) también especifica que esta organización tiene como objetivo cooperar en materia de migración, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas.

[1187] Declaración de la VI reunión ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la Unasur, Lima, 30 de noviembre de 2012. Declaración de la VII reunión ordinaria del Consejo, Paramaribo, 2 de septiembre de 2013.

[1188] Declaración de la VIII reunión ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la Unasur, Quito, 4 y 5 de diciembre de 2014, párrafo 14.

informe conceptual que fue aprobado por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de Unasur en 2014.[1189] Más tarde se produjeron algunos debates sobre la posible adopción de un Acuerdo de Residencia de Unasur.[1190] Sin embargo, desde 2018, y a raíz de la denuncia por parte de varios Estados del Tratado de Unasur, la organización entró en un periodo de inactividad.[1191] En el momento de finalizar este libro (31 de diciembre de 2023) existía una gran incertidumbre sobre el futuro de la Unasur.

III. Incongruencias, aplicación y resolución de controversias

El éxito en el establecimiento, desarrollo y profundización de un régimen de movilidad, y de una eventual ciudadanía común, puede verse empañado si se valoran incorrectamente sus tres principales desafíos: incongruencia, aplicación y resolución de controversias. Los tres aspectos están intrínsecamente relacionados y forman parte de un conjunto. En el mejor de los casos, la incongruencia existente entre los diferentes instrumentos puede afectar a la seguridad jurídica del individuo, lo que a su vez conduce a una deficiente aplicación por parte de la administración y, por tanto, limita el acceso a la justicia. En el peor de los casos, los instrumentos incongruentes entre sí pueden anular el disfrute de derechos supranacionales a través de la aplicación de normas mínimas por parte de las administraciones y un acceso casi inexistente a los tribunales, o con escasas posibilidades de reconocimiento. Ambos escenarios, así como cualquiera intermedio, afectan a los derechos, dado que estos se ven reducidos para los migrantes regionales, divergen dependiendo del país en que se encuentre la persona y dependen de poder contar con asesoramiento jurídico o no.

1. *Incongruencia*

La incongruencia se refiere a la incompatibilidad e incoherencia que pueda existir entre los instrumentos adoptados por parte de diversas organi-

[1189] Resolución UNASUR 14/2014, Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, Informe Conceptual sobre Ciudadanía Suramericana.

[1190] Ramírez, Jacques, *Hacia el sur. La construcción de la ciudadanía suramericana y la movilidad intrarregional*, Quito, CELAG, 2016.

[1191] Long, Guillaume y Suñé, Natasha, "Towards a new Unasur: pathways for the reactivation of South American integration", *Center for Economic and Policy Research* (CEPR), 2022, disponible en: *https://cepr.net/report/toward-a-new-unasur-pathways-for-the-reactivation-of-south-american-integration/*

zaciones internacionales, tales como el Mercosur o la CAN. Estas contradicciones afectan al núcleo de lo que significan la libre circulación regional y la ciudadanía, así como a los derechos fundamentales que traen aparejados. Si comparamos, por ejemplo, la Decisión 878 de la CAN con los Acuerdos de Residencia del Mercosur, sus diferencias son notables.

En primer lugar, la *ratione personae*, o ámbito de aplicación de los acuerdos, es diferente. Mientras que el Mercosur concede la movilidad a quienes hayan sido nacionales de un Estado miembro durante al menos cinco años, discriminando así a los ciudadanos recién naturalizados,[1192] la Decisión 878 de la CAN no impone tal requisito, aunque la segunda solo se aplica a los nacionales de cuatro Estados.[1193] Por otra parte, los migrantes regionales en el marco del acuerdo Mercosur gozan de igualdad de trato con los nacionales en cuanto a derechos civiles, sociales, culturales y económicos,[1194] mientras que esto solo se aplica a aquellos que obtengan la residencia permanente bajo el régimen jurídico de la CAN.[1195] Por último, para expulsar a un nacional de la región, el Mercosur hace referencia a la posibilidad de imponer restricciones excepcionales tan solo por motivos de orden público y seguridad pública.[1196] Sin embargo, el marco de la CAN parece más amplio, al permitir a los países miembros limitar los derechos en caso de que haya "necesidad de preservar la vida y la salud de las personas, el orden público y los intereses esenciales de la seguridad nacional, garantizando la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y los derechos de las personas en movilidad, conforme a la aplicación de la normativa interna de cada País Miembro".[1197]

Por tanto, las tres cuestiones más cruciales relativas a la movilidad; en concreto, quién tiene derecho a desplazarse y en qué condiciones, los derechos durante la estadía, y la seguridad de la residencia, se abordan de forma diferente en los dos marcos legales. La incongruencia es, por supuesto, superable. Tanto los Acuerdos de Residencia del Mercosur como el Estatuto de la CAN ofrecen la solución, a saber: la aplicación de normas más favorables recogidas en otros instrumentos.[1198]

En su nivel más básico, la aplicación de normas más favorables permite a los países, desarrollar de manera unilateral el marco regional. Por

[1192] Artículo 2, Acuerdos de Residencia del Mercosur.
[1193] Artículo 1 (ix), Decisión 878 CAN.
[1194] Artículo 9, Acuerdos de Residencia del Mercosur.
[1195] Artículo 23, Decisión 878 CAN.
[1196] Artículo 8, Acuerdos de Residencia del Mercosur.
[1197] Artículo 26, Decisión 878 CAN.
[1198] Artículo 11, Acuerdos de Residencia del Mercosur y artículo 34, Decisión 878 CAN.

ejemplo, Uruguay modificó su Ley de Migración en agosto de 2014 para conceder directamente la residencia permanente, en lugar de la temporal, a los nacionales del Mercosur y Estados asociados.[1199] Sin embargo, en casos más complejos, los actores jurídicos, tanto abogados como autoridades administrativas, se enfrentan a la difícil tarea de analizar y comparar dichas disposiciones más favorables. Es indudable que el riesgo de aplicación errónea se multiplica cuando este ejercicio implica examinar fuentes nacionales, regionales e internacionales. En dichas situaciones, el principio *pro homine* puede servir de instrumento de interpretación judicial capaz de reparar una actuación administrativa errónea. Este principio, desarrollado principalmente por la jurisprudencia de la Corte IDH, establece que en caso de contradicción "debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana".[1200] Aunque a primera vista esto pueda parecer sencillo, la realidad es que conlleva decisiones extremadamente complejas, a través de las cuales la acción judicial debe asignar recursos estatales, dado que los Estados no han detallado los límites precisos respecto de los derechos garantizados a nivel regional. Por ejemplo, cuando un tribunal nacional se enfrenta a un reclamo de acceso a la salud, debería dejar de lado el Estatuto más restrictivo de la CAN, y aplicar en su lugar el Acuerdo del Mercosur, que establece la igualdad de trato en cuanto a los derechos sociales. Sin embargo, el tribunal tendría que interpretar el significado de "derechos sociales" teniendo en cuenta tanto la legislación nacional como la normatividad internacional, y decidir en consecuencia.[1201]

2. *Aplicación*

La aplicación de los instrumentos supranacionales es el segundo reto para garantizar el funcionamiento de un régimen de movilidad. Existen diversas circunstancias que pueden conducir a una aplicación incorrecta. Por ejemplo, hay aspectos que no están regulados de manera detallada, y que se remiten a la legislación nacional. Los Acuerdos del Mercosur permiten a las autoridades nacionales exigir el pago de una tasa retributiva para conceder un permiso de residencia de conformidad con la legislación

[1199] Uruguay, Ley 19.254, 4 de septiembre de 2014.

[1200] Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1985) Opinión Consultiva OC-5/85, serie A, núm. 5, para. 52.

[1201] Artículo 12, PIDESC.

nacional, algo que da lugar a enormes discrepancias en la aplicación.[1202] Esto puede conducir a una espiral de aumento de tasas, afectando así a la eficacia de la ley, ya que determinados países podrían hacer imposible en la práctica para muchas personas el acceder a un permiso. En este contexto, el caso de la UE ofrece un ejemplo interesante de igualdad de trato, ya que los Estados miembros no pueden cobrar a los ciudadanos de la UE más de lo que cobran a sus propios nacionales por documentos de identificación similares.[1203]

Además, la redacción imprecisa de la norma puede dar lugar a diversas interpretaciones. Por ejemplo, los Acuerdos de Residencia del Mercosur establecen que los Estados pueden conceder una residencia temporal de hasta dos años a quien lo solicite. Esto podría interpretarse como que todas las residencias temporales han de durar dos años, pero no más, o que los permisos de residencia temporal pueden ser de menos de dos años. Todos los Estados han adoptado la primera interpretación, excepto Chile, que concede un permiso de residencia renovable de un año.[1204]

Por último, a veces los países agregan requisitos que no están incluidos en el instrumento supranacional. Por ejemplo, en Argentina, para obtener la residencia temporal, la persona necesita presentar un certificado de domicilio o un recibo de un servicio público, como agua, electricidad o gas, a su nombre, algo que no está consagrado en el Acuerdo del Mercosur.[1205] Una solución sencilla sería introducir cláusulas que prohíban la imposición de requisitos adicionales.[1206]

3. *Resolución de controversias*

A menudo se ha afirmado que el fuerte carácter intergubernamental de la integración regional, así como la falta de órganos judiciales suprana-

[1202] Artículo 4(1)(g), Acuerdos de Residencia del Mercosur. A partir de 2017, Argentina solicitó 67 USD, frente a los 250 USD que pedía Ecuador, por ejemplo, en esa fecha para obtener un permiso de residencia temporal del Mercosur.

[1203] Por ejemplo, el artículo 25(2) de la Directiva 2004/38 de la UE dispone lo siguiente: "Los documentos mencionados en el apartado 1 se expedirán con carácter gratuito o previo abono de una cantidad que no rebasará la impuesta a los nacionales para la expedición de documentos similares".

[1204] Oficio Circular 26465, Ministerio del Interior, Chile, 4 de diciembre de 2009.

[1205] Argentina, Ministerio del Interior, Tramitar residencia temporaria-radicaciones Mercosur, disponible en: *https://www.argentina.gob.ar/radicacion-residencia-mercosur-temporaria*

[1206] Esto se encuentra en el artículo 41 del Estatuto Andino de Movilidad Humana, pero no se han incluido en la Decisión 878 de la CAN.

cionales que garanticen la aplicación del derecho comunitario e impongan sanciones en caso de incumplimiento, frenan el avance de la libre circulación de personas en Sudamérica.[1207] De hecho, las personas migrantes siguen dependiendo en gran medida de las leyes y procedimientos nacionales para acceder a sus derechos. El decidir qué institución ha de ejercer la función judicial es uno de los aspectos centrales a la hora de construir un régimen de libre circulación y residencia que funcione, así como una eventual ciudadanía común. Existen varias opciones que van desde la más intergubernamental hasta la más supranacional.

A. *Resolución de controversias e interpretación mediante el diálogo entre gobiernos*

Hasta el momento actual, la interpretación de los Acuerdos de Residencia del Mercosur se ha desarrollado gracias al diálogo entre funcionarios de gobierno reunidos en el Foro de Migración del Mercosur.[1208] De conformidad con sus respectivas legislaciones migratorias domésticas, cada Estado ha aplicado de forma divergente los aspectos que los Acuerdos dejan abiertos, tales como la definición de quién entra en la categoría de familiar a los efectos de la reunificación. Los propios Acuerdos de Residencia del Mercosur establecen que las discrepancias sobre su alcance, interpretación y aplicación deben resolverse a través del mecanismo que esté en vigor en el momento en que surja la controversia, siempre que las partes lleguen a un acuerdo al respecto.[1209] El Protocolo de Olivos de 2002, en vigor desde el 1 de enero de 2004, es el sistema actual que regula la forma de resolver las controversias en el Mercosur. En pocas palabras, el Protocolo establece un procedimiento de dos niveles, en el que un tribunal de arbitraje *ad hoc* decide en primera instancia, mientras que el Tribunal Permanente de Revisión se encarga de la segunda.[1210] Este último Tribunal adopta decisiones

[1207] Santestevan, Ana María, "Free movement regimes in South America: The experience of the Mercosur and the Andean Community", en Cholewinski, Ryszard *et al.* (eds.), *International migration law: developing paradigms and key challenges*, La Haya, Asser Press, 2007, pp. 363-386, en p. 384.

[1208] Véase, por ejemplo, las actas de la XLVIII Reunión, en las que se expresó cierta preocupación por la falta de aplicación efectiva en algunos países. Acta 01/13, Montevideo, Uruguay, 19-21 de marzo de 2013.

[1209] Artículo 13, Acuerdos de Residencia del Mercosur.

[1210] Protocolo de Olivos, 18 de febrero de 2002; Protocolo Modificatorio del Protocolo de Olivos, Río de Janeiro, 19 de enero de 2007.

con carácter de cosa juzgada, y los Estados parte deben aceptar los resultados. Tanto los Estados como las personas físicas o jurídicas cuyos derechos hayan sido vulnerados pueden iniciar el procedimiento. Sin embargo, las probabilidades de que un recurso presentado por estos últimos pueda llegar al Tribunal Permanente de Revisión son escasas, y dependen de un procedimiento complejo y engorroso, así como de la participación de un Estado miembro.[1211] Además, este sistema solo funciona para los Estados miembros de pleno derecho, no para los Estados asociados. Este y otros factores explican que hasta 2023 solo se hubieran adoptado menos de diez decisiones. Además, todos los casos han sido iniciados por Estados, y ninguno ha tratado sobre migración.

Por su parte, la Unasur adoptó un enfoque intergubernamental similar, ya que la propuesta brasileña de establecer un tribunal regional nunca fue adoptada.[1212]

B. *Interpretación a través de un comité externo*

Los órganos de tratados de derechos humanos de la ONU utilizan un comité externo de expertos independientes para interpretar el derecho supranacional.[1213] Esto incluye al CMW, que supervisa la aplicación y correcta interpretación de la Convención. Los Estados parte tienen la obligación de presentar informes al CMW un año después de ratificar o adherirse al tratado y, posteriormente, cada cinco años. El Comité propone recomendaciones y observaciones sobre la correcta aplicación de la Convención a nivel nacional, que luego se incorporan a los marcos legislativos nacionales y con-

[1211] Artículos 39-44, Protocolo de Olivos.

[1212] En este caso, las discrepancias sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones del Tratado Constitutivo deben resolverse mediante negociaciones directas entre los Estados involucrados. En caso de que no lleguen a un acuerdo, el Consejo de Delegados, el cual es una institución con un representante de cada Estado miembro, conocerá la discrepancia y formulará recomendaciones no vinculantes. En última instancia, y de manera excepcional, se elevará el asunto al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores para su consideración. El Tratado no dice nada respecto a cómo interpretar el resultado y las consecuencias de tal consideración. Las personas físicas o jurídicas no tienen derecho a formular demandas en virtud de este sistema (artículo 21, Tratado Constitutivo Unasur).

[1213] Para una evaluación, véase Alston, Phillip y Crawford, James (eds.), *The future of UN Human Rights treaty monitoring*, Cambridge University Press, 2000. Véase también Evans, Malcom, "Adjudicating Human Rights in the preventive sphere", en Green, James A. y Waters, Christopher P. M. (eds.), *Adjudicating international Human Rights. Essays in honour of Sandy Ghandhi*, Leiden, Brill, 2015, pp. 212-234.

ducen a su modificación.[1214] Estas observaciones finales tienen, en palabras de Evans, "un cierto sabor de cosa juzgada".[1215]

Sin embargo, los informes del CMW demuestran que a menudo existe una brecha considerable entre la ratificación formal de la Convención y su implementación a nivel nacional. En algunos casos, las recomendaciones han dado lugar a mejoras como en el ejemplo de Perú, que ya estaba debatiendo una nueva legislación cuando el CMW publicó su informe final en 2015, lo que desempeñó un papel constructivo en su adopción final.[1216]

Existe la posibilidad de crear comités similares para supervisar la aplicación de los acuerdos regionales de libre circulación. En el caso de que se optara por esta posibilidad, la región debería aprender de las carencias que sufren los comités internacionales. Teniendo esto en mente, podría ser más productivo establecer comités basados en un diálogo constante con las autoridades nacionales y otras partes interesadas para trabajar en la prevención de violaciones de derechos, en lugar de concentrarse en el cumplimiento del acuerdo al pie de la letra. Esto podría incluir la incorporación de un mecanismo nacional de aplicación y supervisión similar al que se encuentra en algunos tratados internacionales.[1217] Con respecto al trabajo del Comité contra la Tortura, Evans ha explicado que la atención debe centrarse "en las medidas prácticas que puedan adoptarse para mejorar el disfrute del derecho... [y] la búsqueda de la mejora de la situación concreta como un paso intermedio hacia un fin que podría ser aún inalcanzable en su totalidad".[1218] Esto favorecería la prevención a través de enfoques innovadores en lugar de reproducir las fallas actuales de los comités internacionales. Si el objetivo es lograr regímenes migratorios regionales funcionales, estos medios menos utilizados de supervisión e implementación, con la inclusión de mecanismos nacionales independientes, podrían ser más factibles e igualmente eficaces. Los mecanismos nacionales independientes también permitirían una comprensión más completa y holística de la regulación de la migración, ya que podrían involucrar a varios ministerios y burocracias en cualquier país, superando así el diálogo que a menudo tan solo se produce entre los ministerios de relaciones exteriores y el CMW.

[1214] ICMW, artículos 72 y 73.

[1215] Evans, Malcolm, 'Adjudicating Human Rights…", *cit.,* p. 216.

[1216] Perú CMW/C/PER/CO/1, 13 de mayo de 2015.

[1217] Artículo 33, CRPD.

[1218] Evans, Malcom, "Challenging conventional assumptions. The case for a preventive approach to the protection of the freedom of religion or belief", en Evans, Malcom *et al.* (eds.), *The changing nature of religious rights under international law*, Oxford University Press, 2015, p. 46.

C. *Interpretación por parte de los tribunales nacionales*

Como se expone en la introducción a la parte segunda de este libro, los tribunales nacionales, principalmente los tribunales constitucionales y cortes supremas, son primordiales a la hora de interpretar el verdadero alcance de normas amplias basadas en principios y consagradas en diversas fuentes jurídicas.[1219] El derecho internacional, en particular la CADH, así como la jurisprudencia de la Corte IDH, han reforzado la capacidad de protección de los tribunales nacionales. La "constitucionalización de los tratados de derechos humanos" ha permitido incorporar el derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH al bloque de constitucionalidad.[1220] A su vez, la doctrina de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad obliga a los tribunales y a las burocracias administrativas de los Estados a interpretar el derecho interno, incluida la Constitución, de conformidad con la CADH. Esta obligación también se extiende a la interpretación consistente con otros tratados interamericanos de derechos humanos, así como con la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH, lo que se ha denominado como el *corpus juris* interamericano, o el verdadero "bloque de convencionalidad".[1221] Así, se le otorga a los jueces nacionales el rol de "tribunales de primera instancia" en la aplicación de los tratados interamericanos.[1222] Por último, ante un problema jurídico, el principio de interpretación *pro homine* exige que el intérprete otorgue "preferencia a la norma que proporcione la protección más amplia y extensa de los derechos humanos, independientemente de la fuente (internacional/interamericana o nacional) y de su rango en el orden normativo".[1223]

Estos tres principios (constitucionalización de los derechos humanos, doctrina sobre el control de convencionalidad y principio de interpretación *pro homine*) ofrecen a los tribunales nacionales un terreno jurídico fértil para interpretar las normas regionales de libre circulación y residencia con un fuerte enfoque basado en los derechos. El principio *pro homine* está claramente consagrado en el Acuerdo de Residencia del Mercosur.[1224] Varios de

[1219] Parte segunda, pp. 151-156.

[1220] *Idem.*

[1221] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "The constitutionalization of international law in Latin America. Conventionality control. The new doctrine of the Inter-American Court of Human Rights", *American Journal of International Law Unbound*, 2015, p. 98.

[1222] Góngora Mera, *op. cit.*, p. 54.

[1223] *Ibidem*, p. 58.

[1224] Artículo 11, Acuerdos de Residencia del Mercosur. Véase también el artículo 34 Decisión 878 de la CAN, Estatuto Migratorio Andino.

los derechos que reconoce el acuerdo, como la vida familiar, los derechos laborales y los socioeconómicos y civiles, remiten a derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales de derechos humanos. Como tales, deben considerarse parte del bloque de constitucionalidad y sujetos al control de convencionalidad. Es aquí donde los actores jurídicos, en particular los abogados y grupos de incidencia, podrían desempeñar un papel en la ampliación del proceso de incorporación de las normas internacionales y regionales a las interpretaciones jurídicas nacionales, en consonancia con las disposiciones constitucionales de la mayoría de los países y, posiblemente, a través del litigio estratégico.

Sin embargo, hasta la fecha los tribunales nacionales han prestado muy poca atención a la interpretación de los Acuerdos de Residencia del Mercosur. Entre los motivos que explican esta situación puede intuirse la escasa publicidad del contenido de estos instrumentos, el consecuente desconocimiento de su aplicabilidad por parte de los operadores judiciales, así como el reducido número de casos judiciales que arriba a conocimiento de los tribunales. Lo cierto es que los Acuerdos de Residencia del Mercosur cuentan con jerarquía superior a las leyes prácticamente en todos los estados parte, conforme con sus respectivas Constituciones políticas.[1225] A modo de ejemplo, en Argentina, el artículo 75, inciso 24, establece que todos los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, así como también "[l]as normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes". Además, la aprobación de dichas normas requiere "la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara". Dado que los Acuerdos del Mercosur fueron aprobados por el Congreso argentino el 9 de junio de 2004, mediante las leyes 25.902 y 25.903 con la mayoría absoluta constitucionalmente exigida, ambas tienen jerarquía superior a cualquier otra ley en materia migratoria.[1226]

D. *La interpretación a través de un tribunal supranacional: el caso de la CAN*

El derecho comunitario andino es directamente aplicable, es susceptible de efecto directo, y tiene supremacía sobre la legislación nacional.[1227] En

[1225] Odriozola, Ignacio, "Veinte años del Acuerdo de Residencia del Mercosur: la llave hacia la regularidad migratoria en la región", *Papeles de Migración* No. 5, CAREF/CELS, 2023, pp. 9-12.

[1226] Acosta, Diego y Odriozola, Ignacio, *op. cit.*; Miguel, Carmen y Acosta, Diego, *op. cit.*

[1227] Caso 3-AI-96 (8 de febrero de 2012), y Caso 34-AI-2001 (21 de agosto de 2002) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

otras palabras, las decisiones de la CAN no necesitan ser implementadas o aprobadas a nivel nacional para poder ser usadas. Por el contrario, los individuos pueden reclamar los derechos derivados de los instrumentos de la CAN ante las autoridades administrativas y los tribunales nacionales, y estos han de hacer prevalecer el derecho comunitario sobre cualquier norma interna en conflicto.[1228] Todas las decisiones, incluso las que exigen la necesidad de adoptar un reglamento para ser plenamente aplicables, son susceptibles de efecto directo.[1229] Los jueces nacionales pueden, o en el caso de los tribunales de última instancia deben, solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la interpretación del derecho comunitario andino.[1230] Todas las autoridades nacionales deben respetar el acervo comunitario. Así, si una administración vulnera los derechos de un individuo, este puede interponer un recurso ante un tribunal nacional para anular el acto en cuestión que afecte a derechos derivados del derecho comunitario. El juez nacional está obligado a garantizar el cumplimiento de la legislación de la CAN. Sin embargo, y esto es crucial, el procedimiento administrativo debe haberse agotado antes de que el individuo pueda exigirlo ante un tribunal nacional.[1231] En este sentido, el sistema de la CAN se basa en el modelo de la UE y, sobre el papel, ofrece una protección similar.

Sin embargo, el Tribunal de la CAN únicamente ha resuelto dos casos sobre trabajadores migrantes desde que empezó a funcionar en 1984. De los dos, el más importante afectó a un ciudadano colombiano que exigió que se tuviera en cuenta su periodo de trabajo en Venezuela para calcular su pensión en Colombia. La Decisión 583, que estableció el Instrumento Andino de Seguridad Social y Salud en el Trabajo, garantizaba este derecho, pero requería una norma de aplicación a nivel comunitario, que en el momento de los hechos no había sido adoptada. El Tribunal decidió que la ausencia de tal regulación, debido a la inactividad de la Secretaría de la CAN para aprobarla, no podía afectar la efectividad de los derechos consagrados por el marco comunitario.[1232]

[1228] Aguilar, Anaya y Blouin, Céline, *Guía de exigibilidad jurídica de los derechos reconocidos en las decisiones de la Comunidad Andina en materia de migraciones*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2015, en p. 15. Véase Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, caso 3-AI-96.

[1229] La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 100-IP-011, 8 de febrero de 2012.

[1230] Aguilar Cardoso, Luis Enrique *et al., op. cit.*, pp. 18-20.

[1231] *Ibidem*, p. 88.

[1232] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, caso 100-IP-2011, p. 10.

En consecuencia, la arquitectura de la CAN ofrece el nivel más fuerte de resolución de controversias supranacional. Empero, se pueden mencionar tres motivos que explican el limitado número de casos sobre la materia. En primer lugar, la legislación sobre libre circulación es relativamente reciente, y ha padecido una falta de desarrollo mediante reglamentos de aplicación. Esto puede cambiar ahora gracias a la codificación del derecho comunitario a través de la Decisión 878 sobre el Estatuto Migratorio Andino. En segundo lugar, el Tribunal tiene fama de interesarse exclusivamente por cuestiones económicas, principalmente la propiedad intelectual, que ocupan el 90% de sus fallos. En tercer lugar, el derecho comunitario andino no ha sido objeto de mucha investigación académica o enseñanza a nivel universitario, y no representa un módulo de derecho que sea obligatorio en la región. Además, solo recientemente el Parlamento Andino y actores de la sociedad civil, como la Comisión Andina de Juristas, han centrado su atención en la libre circulación y la migración.[1233] Del mismo modo, la Secretaría General de la CAN, en su función de supervisora del cumplimiento del derecho comunitario, adoptó en 2012 las directrices sobre cómo los Estados miembros deben implementar, interpretar y aplicar el acervo comunitario.[1234]

IV. Discusión

¿Ofrece Sudamérica un nuevo modelo coherente de movilidad humana a nivel regional? Más allá de los desafíos ya mencionados, referentes a la incongruencia entre instrumentos, su aplicación en la práctica y la resolución de controversias, el diseño real de los instrumentos, así como la cacofonía institucional, dan cuenta de que una posible ciudadanía sudamericana supranacional sigue siendo un desafío a largo plazo. Existen cuatro elementos centrales que requieren nuestra atención; en concreto, la distinción entre el derecho a circular y el derecho a residir, la situación de las personas que no trabajan, el estatus de las personas migrantes extrarregionales y la plena inclusión de los ciudadanos regionales en el Estado de acogida. Estos elementos afectan a las tres preocupaciones principales, a saber: quién puede entrar, sus derechos du-

[1233] Durante sus sesiones en Bogotá, del 26 al 29 de septiembre de 2011, el Parlamento Andino aprobó la Adhesión de la CAN al Acuerdo de Residencia del Mercosur, Bolivia, Chile. A su vez, el trabajo de la Comisión Andina de Juristas ha sido central en la difusión y comprensión del derecho comunitario en la región. Véase Aguilar Cardoso, Luis Enrique (ed.), *El derecho a la libre circulación de personas en la migración internacional intracomunitaria,* Lima, Comisión Andina de Juristas, 2010.

[1234] Véase, por ejemplo, OIM y la Secretaría General de la Comunidad Andina, *Avances y recomendaciones para la implementación de la normativa de la Comunidad Andina en materia de migraciones*.

rante la estadía y la seguridad de su residencia. Las respuestas a estas preguntas definirán si la región transformará la movilidad en una amplia ciudadanía regional para todas las personas residentes en Sudamérica, o si será, por el contrario, un modesto intento de abordar ciertos aspectos relacionados con la migración regional, con importantes implicaciones para los derechos de algunas personas, pero sin llegar a ser un modelo verdaderamente innovador.

1. *¿Un derecho de entrada para las personas sudamericanas?*

La libre circulación de personas tiene dos dimensiones: el derecho a entrar en otro Estado y el derecho a residir en él. En Europa, ambas dimensiones están estrechamente vinculadas, ya que los nacionales de la UE tienen "derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros".[1235] Paradójicamente, los Acuerdos de Residencia del Mercosur no conceden el derecho a entrar en otro territorio a todos los nacionales de los Estados parte, sino solo a los que ya son titulares de permisos en virtud del acuerdo. Estos pueden obtenerse en el país de origen, en el consulado del país al que el individuo desea trasladarse, o en el extranjero, a través de las autoridades de migración del segundo Estado en el que la persona ya se encuentra. Así, el derecho a circular se disocia del derecho a residir. En pocas palabras, esto significa que las personas migrantes de la región tienen que convencer a las autoridades de control fronterizo de su condición de turistas y, solo después pueden transformar su entrada como turistas en un permiso de residencia temporal. Esta contradicción deriva posiblemente del continuo papel que desempeñan los agentes de seguridad en los debates sobre migración regional y del énfasis que se pone en el control de las fronteras.[1236] De este modo, mientras que la legislación del Mercosur concede a los nacionales de la región el derecho a residir en el país de acogida basándose en el criterio de la nacionalidad, las autoridades de control fronterizo pueden denegar la entrada a una persona migrante si no están seguras de que disponga de recursos suficientes para una estadía corta ("turística"), alojamiento en un hotel o pasaje de regreso.[1237] La residencia puede materializarse para quienes logran cruzar la frontera, pero no para quienes no lo consiguen.

[1235] Artículo 21, TFUE; Kochenov, Dimitry, "On tiles and pillars: EU citizenship as a federal denominator", en Kochenov, Dimitry (ed.), *EU Citizenship*, 2017, pp. 1-66.

[1236] Brumat, Leiza, *op. cit.*, p. 397.

[1237] *Ibidem*, p. 250.

Este asunto ha sido objeto de atención desde 2014.[1238] Se ha propuesto establecer una categoría de entrada para las personas migrantes de la región, aunque las personas tendrían que registrarse en la frontera.[1239] Además, algunas legislaciones, como la argentina, violan lo establecido en los Acuerdos de Residencia del Mercosur, al impedir obtener un permiso a aquellos que hayan entrado al país de manera irregular.[1240]

2. *¿Hacia una nueva ciudadanía de mercado en Sudamérica?*

La ciudadanía de mercado ha sido objeto de debate en el contexto europeo. El concepto expresa la idea de que las personas solo tienen derecho a residir durante más de tres meses en otro Estado miembro cuando son económicamente activas como trabajadoras, autónomas o proveedoras de servicios. Aquellas que no son económicamente activas solo pueden residir después de demostrar que disponen de recursos suficientes para mantenerse, así como de un seguro de enfermedad.[1241] Desde la adopción de la ciudadanía de la UE en 1993, el debate se ha centrado en dilucidar si dicha ciudadanía, la cual incorpora un derecho fundamental a circular y residir en cualquier lugar de la UE, podría disociarse de la libre circulación de las personas económicamente activas en el marco de un mercado interior.[1242] La cuestión ha sido objeto de numerosas sentencias del TJUE.[1243]

A primera vista, Sudamérica ha creado un marco mucho más sólido para la residencia de todas las personas, sean o no económicamente activas. Basta con acreditar la nacionalidad y no tener antecedentes penales para obtener un permiso temporal de dos años. Solo cuando la persona solicita la residencia permanente es necesario acreditar medios de vida lícitos que permitan su subsistencia y la de su grupo familiar. Esta opción legislativa

[1238] OIM, *Informe sobre el estado de situación de la facilitación del tránsito fronterizo en Suramérica*, XVI Conferencia Suramericana sobre Migraciones, Documento de Referencia, Asunción, 3 al 4 de noviembre de 2016.

[1239] OIM, *Evaluación del Acuerdo de Residencia del MERCOSUR y su incidencia en el acceso a derechos de los migrantes,* Cuadernos Migratorios, núm. 9, OIM, 2018.

[1240] Acosta, Diego y Odriozola, Ignacio, *op. cit.*

[1241] Artículo 7, 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. Las personas que buscan empleo también tienen derecho a desplazarse a otro Estado miembro para buscar trabajo, siempre que puedan demostrar que tienen posibilidades reales de obtenerlo. Artículo 14, Directiva 2004/38.

[1242] Kochenov, Dimitry, *op. cit.*, pp. 1-66.

[1243] *Idem.* y otros capítulos en el mismo libro.

obedece a una postura pragmática, teniendo en cuenta la idiosincrasia del mercado laboral sudamericano. Según la OIT, el 47% de todos los trabajadores no agrícolas se encuentran en el sector informal en América Latina y el Caribe. Este ascendía a unos 130 millones de personas en 2013, afectando no solo a los sectores de bajos ingresos, sino también a los jóvenes con títulos universitarios, así como a quienes trabajan en pequeñas y medianas empresas.[1244] De este modo, el requisito de ejercer una actividad formal (por cuenta propia) haría ineficaz cualquier régimen de movilidad. Sin embargo, aquellas personas que no pueden cambiar su residencia temporaria por una permanente al cabo de dos años pueden caer en la irregularidad. En consecuencia, la interpretación de la cláusula "medios de vida lícitos que permitan su subsistencia" adquiere una importancia primordial. Este concepto, no obstante, no está desarrollado ni interpretado en los Acuerdos del Mercosur ni en la Decisión 878 de la CAN. Por tanto, el concepto cambia de un país a otro, y da lugar a diferentes estatus jurídicos en la región.

3. *¿Hacia un* apartheid *sudamericano?*

Balibar utlizó el famoso término "*apartheid* europeo" para referirse al estatus de las personas nacionales de terceros países (NTP) que no podían acceder a la movilidad y los derechos asociados derivados de tener la ciudadanía de la UE.[1245] El desinterés de la UE por un gran número de residentes dentro de sus fronteras impulsó a muchos autores a criticar su carácter excluyente.[1246] De hecho, varias ONG, diputados del Parlamento Europeo y académicos propusieron ampliar la ciudadanía de la UE a los NTP residentes de larga duración, idea que fue rechazada por los Estados miembros.[1247]

[1244] OIT, *Panorama laboral 2013. América Latina y el Caribe*, Lima, Organización Internacional del Trabajo, 2013. Véase reporte más reciente: OIT, Panorama laboral 2023 de América Latina y el Caribe, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2023, disponible en: *https://www.ilo.org/es/publications/flagship-reports/panorama-laboral-2023-de-america-latina-y-el-caribe*

[1245] Balibar, Étienne, *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'état, le peuple,* Paris, La Découverte, 2001, pp. 190 y 191.

[1246] Groenendijk, Kees, "Security of residence and access to free movement for settled third country nationals under community law", en Guild, Elspeth y Harlow, Carol (eds.), *Implementing Amsterdam,* Oxford, Hart, 2001, pp. 225-240.

[1247] Kostakopoulou, Dora, "European citizenship and immigration after Amsterdam: silences, openings, paradoxes", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 24, núm. 4, 1998, pp. 639-656.

Diversos académicos y otros actores sudamericanos también señalaron este punto de manera crítica.[1248]

Sin embargo, hasta ahora, la reglamentación del tema en Sudamérica es contradictoria. De hecho, los Acuerdos de Residencia del Mercosur excluyen de su ámbito de aplicación a los ciudadanos naturalizados durante los primeros cinco años tras la obtención de la nacionalidad. Las exclusiones son aún mayores en lo que respecta al derecho a voto en los parlamentos regionales, tanto en el Mercosur como en la CAN. En efecto, solo las personas colombianas, ecuatorianas y peruanas de nacimiento pueden votar en las elecciones al Parlamento Andino.[1249] Del mismo modo, para el Parlamento del Mercosur, Paraguay solo permite votar a las personas nacionales por nacimiento y Argentina exige un mínimo de cuatro años como nacional. Como corolario de lo anterior, la mayoría de los países no permiten que los naturalizados se presenten como candidatos ni que los congresos nacionales ofrezcan a estas personas la posibilidad de formar parte de los parlamentos regionales.[1250]

Siguiendo la terminología de Balibar, esto podría considerarse como un "*apartheid* sudamericano". Como se analizó en el capítulo segundo, el concepto resulta de una larga tradición histórica en la que las elites han desconfiado de los migrantes recién arribados, incluso después de la naturalización, por miedo a la intervención extranjera. En el capítulo sexto, por otro lado, mencionamos que las leyes y Constituciones nacionales siguen consagrando este estatus discriminatorio para las personas naturalizadas. Paradójicamente, también hay avances que apuntan en la dirección de ampliar el alcance de los acuerdos de libre circulación para incluir a los residentes extrarregionales. Siguiendo un mandato de los Ministros del Interior,[1251] el Foro de Migración del Mercosur debatió en 2016 la posibilidad de consolidar todo el acervo migratorio en un único instrumento.[1252] El borrador que surgió de

[1248] Ceriani, Pablo, "Ciudadanía, migraciones y libre circulación en el Mercosur: ¿hacia un paradigma basado en los derechos humanos o la réplica del modelo excluyente de la Unión Europea?", *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, núm. 30, 2012, pp. 259-287.

[1249] Bolivia no utiliza elecciones directas para elegir a sus miembros del Parlamento Andino.

[1250] Es el caso, por ejemplo, de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay. En Venezuela, existe un periodo de espera de quince años para los ciudadanos naturalizados, mientras que en Uruguay es de cinco años: véase el artículo 188, Constitución venezolana de 1999; Uruguay, artículo 90, Constitución de 1967.

[1251] Reunión de Ministros del Interior, "Declaración de Brasilia sobre la entrada en vigencia de las normas migratorias emanadas de las Reuniones de Ministros del interior del Mercosur y Estados Asociados", 12 de noviembre de 2010.

[1252] Borrador de Propuesta de Acuerdo Migratorio Consolidado del Mercosur, Documento de Trabajo, Foro Migratorio del Mercosur, Montevideo, 17 de marzo de 2016.

dichas discusiones ofreció un panorama poco coherente. Para empezar, se mantenía la exclusión de cinco años para los nacionalizados. Sin embargo, el proyecto de acuerdo proponía regular la admisión, la entrada, el tránsito, la estadía y la salida no solo de los nacionales, sino también de los migrantes extrarregionales que residieran regularmente en el territorio de uno de los Estados firmantes.[1253] Desde una perspectiva comparativa, esto supondría un enfoque innovador, ya que situaría a las personas migrantes extrarregionales en pie de igualdad con las personas regionales. Sin embargo, podría dar lugar a todo tipo de problemas relacionados con la discriminación inversa durante los primeros cinco años contra quienes se naturalizan.

En el ámbito de la CAN, el Estatuto Migratorio Andino incluye en su ámbito de aplicación a los extracomunitarios que residan de manera permanente en un país miembro.[1254] Además, no se distingue entre naturales y naturalizados, evitando así casos de discriminación.[1255] Sin embargo, el Estatuto es poco claro a la hora de definir si los extracomunitarios con residencia permanente se benefician de igualdad de trato con los ciudadanos andinos en todos los aspectos tratados en la Decisión 878, o solo en cuanto se refiere a la circulación, pero no a la residencia.[1256]

4. *¿Migrantes irregulares o ciudadanos sudamericanos? ¿Hacia un régimen regional de movilidad temporal?*

Una última tensión se observa entre un posible enfoque amplio en el que los nacionales de la región se convierten en ciudadanos sudamericanos, y un enfoque más limitado que los consideraría como huéspedes temporales por dos años. Cuando se adoptaron los Acuerdos de Residencia del Mercosur en 2002, se optó por una aproximación cautelosa a la materia. Al ser una propuesta argentina, el texto final de los Acuerdos tomó como modelo dos convenios migratorios que se habían firmado en 1998, uno con Perú y otro con Bolivia.[1257] Estos acuerdos ofrecían la regularización a personas migrantes mediante un permiso de residencia temporal de seis meses, que debía renovarse. Los Acuerdos de Residencia del Mercosur

[1253] *Ibidem*, artículo 3.

[1254] Artículo 2, Decisión 878 de la CAN.

[1255] *Ibidem*, artículo 1 (ix).

[1256] Véanse y compárense los artículos 2, 3 y 17, *ibidem*.

[1257] Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Perú, 1998; Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, Buenos Aires, 16 de febrero de 1998.

agregaron la residencia permanente a esta regulación y ampliaron la duración del permiso temporal. Sin embargo, aquellas personas que no solicitan la residencia permanente después de dos años pueden volver a caer en la irregularidad, y su situación jurídica se convierte en una cuestión de derecho nacional. Esto afecta ya a un número importante de personas que no pueden renovar sus permisos, se convierten en indocumentadas y son expulsadas.[1258]

Otro aspecto es el de los migrantes que no pueden obtener un permiso de residencia. Por ejemplo, los requisitos burocráticos, tales como la prueba de antecedentes penales, pueden imposibilitar el acceso a la residencia cuando los consulados de los países de origen se niegan a facilitar la documentación.[1259] Dado que las leyes de migración originales de todos los países exigían el requisito de no tener antecedentes penales, los Estados consideraron que los ciudadanos regionales no debían recibir un trato excepcional.[1260] Por el contrario, en el caso europeo, la carga de la prueba de que el individuo pueda constituir una amenaza recae en el Estado de acogida, y no en la persona que se desplaza.[1261]

El Estatuto Migratorio Andino sigue la misma línea. La persona que no obtenga la residencia permanente después de dos años queda sometida a las leyes nacionales.[1262]

[1258] Los datos exactos son difíciles de conseguir, pero sabemos que cerca de 5,000 migrantes fueron expulsados de Argentina entre 2009 y 2015. Melde estima que alrededor del 75 por ciento de estas personas provenían del Mercosur y Estados Asociados. Véase Melde, Susanne, *Ahead of the game? The human rights origins and potential of Argentina's 2004 migration policy*, tesis doctoral, Universidad de Sussex, 2017, p. 43.

[1259] En Ecuador, ha habido casos de ciudadanos venezolanos que han tenido dificultades para acceder a los antecedentes penales de su Consulado. Ramírez, Jacques *et al.* "(Geo) políticas migratorias, inserción laboral y xenofobia: migrantes venezolanos en Ecuador", en Blouin, Cécile (ed.), *Después de la llegada. Realidades de la migración venezolana*, Lima, Themis-PUCP, 2019.

[1260] Brumat, Leiza, *op. cit.*, pp. 383 y 384.

[1261] Véase el artículo 27(3), Directiva 2004/38, que dice lo siguiente: "Para comprobar si el interesado constituye un peligro para el orden público o la seguridad pública, en el momento de expedirse el certificado de registro o, a falta de un sistema de registro, a más tardar tres meses después de su entrada en el territorio o a partir de la fecha de la notificación de su presencia en el territorio, tal como se establece en el apartado 5 del artículo 5, o en el momento de expedirse la tarjeta de residencia, el Estado miembro de acogida podrá, cuando lo juzgue indispensable, pedir al Estado miembro de origen y, en su caso, a otros Estados miembros información sobre los eventuales antecedentes penales de un interesado. Esta consulta no podrá tener carácter sistemático. El Estado miembro consultado deberá hacer llegar su respuesta en el plazo de dos meses".

[1262] Artículo 23, Estatuto Migratorio Andino, Decisión 878, CAN.

Ante esta disyuntiva, se dan dos posibles soluciones. La primera sería permitir la renovación de la residencia temporal una o varias veces más.[1263] La segunda concedería directamente la residencia permanente con solo demostrar la nacionalidad y la ausencia de antecedentes penales.[1264] Como se ha mencionado, Uruguay ya ha optado por esta última opción.

La pregunta siguiente sería ver cuándo sería posible la expulsión de aquellos que obtuvieran la residencia permanente. El proyecto de propuesta de recapitulación de los Acuerdos de Residencia del Mercosur especificaba más claramente que solo las motivaciones de orden o seguridad públicos, siempre que estuvieran consagradas en la legislación nacional, podrían justificar la expulsión. Esto excluiría la expulsión de personas que los Estados miembros consideren una carga para su sistema de asistencia social, como ocurre en el marco de la UE.[1265] En este sentido, la propuesta de Estatuto Andino de Migración incluía una cláusula que permitía a los Estados miembros limitar la igualdad de trato para las prestaciones y los programas relacionados con la asistencia social y la mitigación de la pobreza, y que no fue incluida en la Decisión 878.[1266] De hecho, tanto el marco Mercosur como el de la CAN ofrecen igualdad de trato con los nacionales en cuanto a derechos sociales, culturales y económicos, con lo cual, en principio, una vez obtenida la residencia permanente no se puede perder por falta de recursos económicos.

V. Conclusión

Numerosos autores han debatido si el régimen de libre circulación de América del Sur constituye un ejemplo de éxito o de fracaso. Quienes celebran sus logros mencionan que cuando se adoptaron los Acuerdos de Residencia del Mercosur existían serias dudas de que llegaran a aplicarse.[1267] También señalan que se han concedido millones de permisos de residencia bajo el marco del Mercosur. Los puntos de vista más críticos podrían hacer hincapié en que, históricamente, la adopción de numerosas normas y pronunciamientos han tenido poco impacto real en la vida de las personas migrantes regionales, que los compromisos no se han aplicado y que la simple adopción de nuevas

[1263] Esto se debatió en 2016 en el ámbito del Mercosur. Véase Borrador de Propuesta de Acuerdo Migratorio Consolidado del Mercosur.

[1264] Ramírez, *Hacia el Sur…*, *cit.*, p. 128.

[1265] Véase Directiva 2004/38.

[1266] Artículo 15, Propuesta de Estatuto Migratorio Andino.

[1267] Alfonso, Adriana, *Integración y migraciones…*, *cit.*, p. 51.

normas administrativas; por ejemplo, en Argentina bajo el gobierno de Macri, puede dar lugar a retrocesos importantes. A esto se suma el acceso limitado a los tribunales nacionales, el conocimiento insuficiente de estos nuevos acuerdos por parte de todos los actores relevantes, incluidos abogados y jueces y, por último, la lentitud con la que los tribunales nacionales aplican la legislación comunitaria de la CAN o del Mercosur en sus sentencias a nivel nacional.[1268]

Sin duda, América del Sur ha realizado avances decisivos en la dirección de un derecho a residir y a recibir un trato igualitario en el territorio de un segundo Estado. Sin embargo, si comparamos el modelo emergente con una visión de fronteras abiertas, los retos pendientes son enormes y afectan a todos los aspectos fundamentales, incluyendo la entrada, los derechos durante la estadía y la seguridad de la residencia. El derecho a circular, a disfrutar de igualdad de trato y a no ser expulsado son los tres elementos centrales para avanzar en la dirección de un derecho real a la movilidad y a la no discriminación, así como de una eventual ciudadanía sudamericana.[1269] Algunas voces en la región sostienen que éste sería también un primer paso hacia una ciudadanía universal.[1270] Se deben además tomar decisiones sobre la forma que adoptaría una ciudadanía regional. Los Estados deben considerar si la ciudadanía se parecería a una ciudadanía social, a una de mercado o a otra cosa. También deben decidir si se asemejaría a la ciudadanía nacional o si sería más comparable a una especie de ciudadanía sin prestaciones ni derechos políticos, pero con derecho al trabajo y a la igualdad ante la ley.

Algunos autores han argumentado que el régimen de movilidad laboral de la región es simplemente característico de la fragmentación del derecho internacional público.[1271] En otras palabras, no habría que preocuparse por la existencia de varios instrumentos, a menudo incoherentes, sino más bien "ver el régimen de movilidad laboral como un régimen esencialmente pluralista, cuya principal demanda de regulación no estaría en un único régimen autónomo, por ejemplo, el Mercosur o la Comunidad Andina,

[1268] Véase, por ejemplo, la sentencia 35097 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, del 6 de marzo de 2012, que hace referencia a la Decisión 584 de 2004 sobre un Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo.

[1269] OIM, *Estudio sobre experiencias en la implementación del acuerdo de residencia…*, *cit.*, p. 34.

[1270] Declaración de la Conferencia Mundial de los Pueblos por un Mundo sin Muros hacia la Ciudadanía Universal, Tiquipaya, Bolivia, 21 de junio de 2017.

[1271] Bernal, Natalia *et al.*, "Intra-regional mobility in South America: The Andean Community and Mercosur", en Panizzon, Marion *et al.* (eds.), *The Palgrave Handbook of international labour migration*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2015, p. 522.

sino más bien en la interacción entre esos regímenes".[1272] Siguiendo esta línea, la tradición latinoamericana de resolver los conflictos a través de la diplomacia y de forma concertada, hace difícil pensar en la aparición de nuevos tribunales supranacionales en Sudamérica.[1273] Desde un punto de vista optimista, los acuerdos están siendo implementados a nivel nacional en las nuevas legislaciones migratorias. Esto debería permitir un acceso más fácil a los tribunales nacionales para garantizar que las personas migrantes puedan disfrutar realmente de los derechos que otorgan los instrumentos supranacionales.[1274] Para avanzar y sacar provecho de un marco con múltiples fuentes jurídicas derivadas del ámbito internacional, regional y doméstico son necesarias la capacitación de abogados y jueces a nivel doméstico, la interacción de dichos actores jurídicos con la Comisión y la Corte IDH, así como con las instancias regionales ya existentes a nivel del Mercosur y de la CAN, incluyendo el Tribunal de Justicia de este último. Millones de sudamericanos han mejorado su situación jurídica y sus derechos gracias a los Acuerdos de Residencia del Mercosur y el marco de la CAN. A pesar de estos logros, el camino hacia una verdadera ciudadanía sudamericana seguirá siendo largo y accidentado.

[1272] *Ibidem*, p. 523.
[1273] Saldías, Osvaldo, *op. cit.*, p. 192.
[1274] Bernal, Natalia *et al.*, *op. cit.*, p. 524.