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 quinto

LA CONSTRUCCIÓN DEL MIGRANTE IRREGULAR: EL PRINCIPIO DE NO CRIMINALIZACIÓN DE LA MIGRACIÓN INDOCUMENTADA

> En primer lugar, quiero agradecer en nombre del pueblo brasileño a todos los inmigrantes que ayudaron y siguen ayudando a construir nuestro país... Somos verdaderamente una nación de inmigrantes... No solo somos una nación mixta, sino que nos gusta ser una nación mixta. Esto constituye una gran parte de nuestra identidad, nuestra fuerza, nuestra alegría, nuestra creatividad y nuestro talento... Consideramos injustas algunas de las políticas migratorias adoptadas recientemente en algunos países ricos que tienen como uno de sus rasgos la repatriación de inmigrantes… No queremos ningún privilegio para ningún brasileño en ninguna parte del mundo. Solo queremos que traten a los brasileños en el extranjero como nosotros tratamos a los extranjeros aquí en Brasil; como hermanos, como compañeros y como brasileños.[746]

[746] Discurso del presidente brasileño Lula da Silva durante la ceremonia de sanción de la Ley de Amnistía para Extranjeros en Situación Irregular en Brasil. Brasilia, 2 de julio de 2009 (traducción del autor). [Primeiramente, gostaria de agradecer, em nome do povo brasileiro, a todos os imigrantes que ajudaram e continuam a ajudar a construir o nosso país… Somos, na Verdade, uma nação formada por imigrantes. Não só somos um povo misturado, como gostamos de ser um povo misturado. Daí vem grande parte de nossa identidade, de nossa força, de nossa alegria, de nossa criatividade e do nosso talento… consideramos injustas as políticas migratórias adotadas recentemente em alguns países ricos, que têm como um dos pontos a repatriação dos imigrantes. Nós não queremos nenhum privilégio a nenhum brasileiro, em nenhuma parte do mundo. Nós queremos apenas que vocês tratem os brasileiros no exterior como nós tratamos os estrangeiros aqui no Brasil: como irmãos, como parceiros e como brasileiros], disponible en: *http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/luiz-inacio-lula-da-silva/discursos/2o-mandato/2009/copy_of_02-07-2009-discurso-do-presidente-da-republica-luiz-inacio-lula-da-silva-durante-cerimonia-de-sancao-da-lei-que-anistia-estrangeiros-em-situacao-irregular*

I. Introducción

La migración irregular es uno de los aspectos más controvertidos a escala global en las discusiones sobre movilidad humana. Desde los llamamientos del presidente de Estados Unidos para deportar a once millones de personas,[747] hasta la política de "lucha contra la inmigración ilegal" de la UE,[748] los debates se desenvuelven de forma incoherente, y, en ocasiones, un tanto histérica. Si bien es cierto que la retórica de criminalización parece ir en aumento,[749] también lo es que el mismo gobierno que hoy criminaliza a los migrantes en situación irregular y los tilda de delincuentes puede decidir regularizar a esos mismos migrantes al día siguiente dadas las necesidades de mano de obra del país en cuestión.[750]

De hecho, los intentos de clasificar a los migrantes regulares como "buenos" y a los irregulares como "malos" son muy comunes. Sin embargo, estas diferenciaciones son engañosas desde el punto de vista jurídico, porque la mayoría de los migrantes sin permiso de residencia tuvieron en algún momento un estatus regular y lo perdieron por superar el tiempo de duración del visado, por no renovarlo o por trabajar sin autorización.[751] El definir a los migrantes como "irregulares" o "ilegales" permite a los Estados entrar en un juego de simbolismos en el que se presenta a la regulación de la inmigración y a la gestión de las fronteras como el último "bastión de la soberanía".[752] Dado que los migrantes en situación irregular suponen un desafío al "paradigma de control sobre los movimientos de

---

747 "Donald Trump wants to deport 11 million migrants: Is that even possible?", *The Guardian*, 27 de agosto de 2015, disponible en: *https://www.theguardian.com/us-news/2015/aug/27/donald-trump-deport-11-million-migrants-is-that-even-possible*. Nótese que dicha declaración fue realizada cuando Donald Trump era aún candidato presidencial.

748 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Política Comunitaria de Migración, COM (2000) 757 final, Bruselas, 22 de noviembre.

749 Anderson, Bridget *et al.*, "Citizenship, deportation and the boundaries of belonging", *Citizenship Studies*, vol. 15, núm. 5, 2011, pp. 547-563; Huysmans, Jeff, *The politics of insecurity: Fear, migration and asylum in the EU*, Abingdon, Routledge, 2006.

750 Véase el ejemplo italiano bajo los distintos gobiernos de Berlusconi, donde la criminalización siempre iba acompañada de grandes procedimientos de regularización. Sobre esto, véase Acosta, Diego y Geddes, Andrew, "The development, application and implications of an eu rule of law in the area of migration policy", *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, núm. 2, 2013, pp. 179-193.

751 Baldwin Edwards, Martin y Kraler, Albert, *REGINE regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the member states of the EU*, Vienna, ICMPD, 2009, p. 129.

752 Dauvergne, Catherine, *Making people illegal…, cit.,* p. 2.

personas",[753] se acusa a los mismos de contradecir no solo a los "poderes soberanos de exclusión" del Estado, sino también al "contrato social que une a la nación".[754] Como consecuencia de esto, la criminalización y la privación de derechos se indican a menudo como soluciones para conseguir que estas personas salgan del país o para disuadir a otros de que vengan.[755]

Los migrantes irregulares son raramente reconocidos como residentes o como transeúntes a medio camino entre los conceptos jurídicos de extranjero y de nacional. Y ello a pesar de que, como ha subrayado Motomura en el caso de Estados Unidos, "el estatus migratorio es difícil de determinar y está sujeto a cambios. E incluso cuando una contravención de un requisito migratorio es clara, sus consecuencias no lo son".[756] El paso de la irregularidad a la regularidad, o incluso a la nacionalidad, puede verse facilitado o dificultado por un sinfín de medidas legislativas y administrativas adoptadas en varios niveles, así como por el hacer de diferentes burocracias que ejercen poderes discrecionales. En última instancia, definir quién es exactamente una persona en situación irregular representa un ejercicio propenso a errores, dado que el estatus del individuo cambia constantemente en función de numerosas variables, como son la familia, el tiempo de residencia, la participación en el mercado laboral, el arraigo social, o la habilidad diplomática del país de origen para negociar acuerdos que de la noche a la mañana regularicen el estatus de sus nacionales en el extranjero.

En Sudamérica, los derechos y residencia de los migrantes en situación irregular han supuesto una materia de discusión desde el siglo XX. El concepto de inmigración irregular surgió por primera vez en las décadas de 1930 y 1940 en países como Argentina, Brasil y Venezuela. Esto coincidió con el fin de las fronteras abiertas, el aumento de las categorías de extranjeros excluidos y las crecientes restricciones de acceso al mercado laboral. Históricamente, las medidas que se han tomado para responder a la migración irregular han sido dos: la expulsión y la regularización.

---

753 Kostakopoulou, Dora, "Irregular migration and migration theory: Making state authorisation less relevant", en Bogusz, Barbara *et al.* (eds.), *Irregular migration and human rights: Theoretical, European and international perspectives*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 41 y 43.

754 Bosniak, Linda, "Human rights, state sovereignty and the protection of undocumented migrants under the international migrant workers' convention", en Bogusz, Barbara *et al.* (eds.), *Irregular migration and human rights: Theoretical, European and international perspectives*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 331.

755 Aliverti, Ana, "Making people criminal: The role of the criminal law in immigration enforcement", *Theoretical Criminology*, vol. 16, núm. 4, 2012, pp. 417-434; Kostakopoulou, Dora, "Irregular migration and migration theory…", *cit.*, p. 55.

756 Motomura, Hiroshi, *Immigration outside the law…, cit.*, p. 21.

Este capítulo dedica más atención a la regularización, ya que se trata de un reto global apremiante al que todos los Estados se enfrentan. En Sudamérica se están produciendo debates legislativos pioneros que desafían los presupuestos globales establecidos respecto de cómo controlar la residencia de personas en situación administrativa irregular. Se puede observar un claro progreso que va desde una vaga preocupación por los derechos fundamentales y por la gestión de la migración como soluciones a los flujos irregulares,[757] hasta una respuesta mucho más enfática, precisa y delineada, que tiene tres pilares centrales: la no criminalización, la protección de los derechos y la regularización.[758]

En diversos grados, estas tres aspiraciones se han convertido en bandera y se han reafirmado en numerosos foros regionales[759] e internacionales.[760] Además, se han adoptado instrumentos jurídicos que prohíben la criminalización e incorporan principios que favorecen la regularización.[761] De hecho, durante el siglo XXI se han llevado a cabo más de sesenta procesos de regularización en los diez países objeto de análisis en este libro.[762] Por lo tanto,

[757] Declaración, Conferencia Suramericana sobre Migraciones, 19 de mayo de 2000. Declaración de Buenos Aires.

[758] Posicionamiento de la Conferencia Suramericana sobre Migraciones ante el II Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo de las Naciones Unidas, 28 de agosto de 2013.

[759] XXIII Reunión de Ministros del Interior del Mercosur, Postura Regional sobre Política Migratoria con vistas al Foro Mundial de Migración y Desarrollo (XXV Foro Migratorio Especializado) (MERCOSUR/ RMI/ DI Nº 01/08) Buenos Aires, 10 de junio de 2008; 4ta Reunión del Foro Andino de Migraciones, Declaración de Bogotá, 10 de mayo del 2013; Conferencia Suramericana sobre Migraciones, Declaración de Asunción, 5 de mayo de 2006.

[760] Declaración de Los Ángeles, Novena Cumbre de las Américas, 10 de junio de 2022. La Declaración de los Ángeles representó un compromiso político para fortalecer los esfuerzos nacionales, regionales y hemisféricos para crear las condiciones de una migración "segura, ordenada, humana y regular", y para consolidar los marcos para la protección y la cooperación internacional. Fue firmada por los jefes de Estado y de gobierno de Argentina, Barbados, Belice, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay, e incluye la firma de Estados Unidos.

[761] Argentina, artículo 17, Ley 25.871 de 2004; Brasil, artículo 3, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 9, Ley 21.325 de 2021; Ecuador, artículo 2 (modificado por artículo 3), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Paraguay, artículo 4, Ley 6.984 de 2022; Perú, artículos VII y XII, título preliminar, Decreto Legislativo 1350 de 2017; Uruguay, artículo 52, Ley 18.250 de 2008.

[762] Acosta, Diego y Harris, Jeremy, *Regímenes de política migratoria en América latina y el Caribe. Inmigración, libre movilidad regional, refugio y nacionalidad,* Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2022. Los procesos extraordinarios de regularización no son exclusivos de Sudamérica. Los países europeos regularizaron a más de cinco millones de extracomunitarios

existe algo único en la forma en que un grupo de países sudamericanos están intentando regular la migración indocumentada. A nivel comparado, esta aproximación a la materia los distingue de Europa en ciertos aspectos, y de Estados Unidos en otros. Es importante entender estas diferencias. Las cuestiones que se plantean son las siguientes: ¿qué implica el principio de no criminalización?, ¿cómo afecta dicho principio a la interpretación de la ley?, y ¿cómo se materializa el mismo en el acceso a derechos individuales?

Este capítulo evalúa en primer lugar la no criminalización, entendida en sentido amplio como la incorporación de los principios de protección de los derechos y la regularización migratoria. A continuación, se proponen dos tesis, una descriptiva y otra interpretativa. La tesis descriptiva es que algunos de los aspectos que forman parte de la criminalización de la inmigración irregular en Europa y Estados Unidos también están presentes en el caso sudamericano, en versiones a veces más suaves y a veces más duras. Esto queda claro, como se verá de manera más detallada en el capítulo octavo, en la regulación jurídica de la llegada de ciudadanos venezolanos. El enfoque es diferente, sin embargo, cuando se trata de la regularización. En Estados Unidos y en Europa, la primera respuesta ante la situación de irregularidad de una persona es, en términos generales, la de limitar sus derechos y recurrir a la expulsión. Esto no significa que la mayoría de los migrantes sean expulsados o que no haya posibilidades de regularización. De hecho, la inmensa mayoría de migrantes irregulares que son aprehendidos en Estados Unidos o en Europa no son expulsados.[763] Tampoco quiere decir que los migrantes irregulares no disfruten de derechos en estas dos jurisdicciones. Lo que se pone de manifiesto, en cambio, es que la regulación jurídica de la irregularidad en Europa y Estados Unidos está dirigida hacia la exclusión. Por el contrario, América del Sur invierte este paradigma al priorizar la protección de los derechos y la regularización en su arquitectura legal.

En cuanto a la tesis interpretativa, el capítulo tiene dos objetivos. En primer lugar, se busca deliberar sobre el significado real de la protección de los derechos y la regularización, prestando especial atención al nivel nacional, regional e internacional, incluida la jurisprudencia de la Corte IDH. En segundo lugar, el capítulo se centra en las razones político-ideológicas, jurídicas y sociales que subyacen a este enfoque sobre la irregularidad, así

---

mediante procesos similares entre 1996 y 2007. Véase Baldwin Edwards, Martin y Kraler, Albert, *op. cit.*, p. 31.

763 Motomura, Hiroshi, *Immigration outside the law…, cit.* Véase también Ginés Martín, Diego, *When deportation fails: non-removable migrants in the European Union,* tesis doctoral, European University Institute, 2022.

como sus límites y defectos, analizando principalmente cómo se yuxtaponen la regularización y la amenaza de expulsión.[764]

El capítulo se divide en tres secciones. La primera examina aspectos jurídicos que se suelen asociar con la criminalización, distinguiendo entre las medidas que afectan a la entrada, la permanencia y la expulsión, así como la protección de los derechos en cada etapa. El objeto de esta indagación es dilucidar si el principio que prohíbe la criminalización se materializa en una regulación excepcional del estatus jurídico del migrante indocumentado. La segunda sección discute el protagonismo de la regularización en Sudamérica y se analizan sus diferentes configuraciones a nivel nacional, bilateral y regional. La tercera parte se sumerge en la interpretación de las razones que subyacen a estos patrones de regulación migratoria y sus límites. Una breve conclusión da paso al capítulo sexto, el cual analizará el derecho a migrar como derecho fundamental y la regulación del estatus jurídico de los no nacionales con permiso de residencia.

II. La criminalización de la migración irregular

En los últimos treinta años, la criminalización de la migración irregular se ha extendido en la UE y en Estados Unidos. Parte de esta criminalización tiene que ver con la transformación del derecho migratorio, que ha pasado de tener un carácter de derecho civil administrativo a uno de derecho penal. En ocasiones, esta evolución ha coexistido con regularizaciones, ampliación de derechos y tolerancia de la irregularidad. Los debates de carácter ético se suelen situar en dos polos encontrados. Por una parte, se hallan quienes sostienen que es justo conceder un estatus legal seguro a aquellos que ya residen en el territorio durante un determinado número de años y forman parte de la comunidad. Por otra parte están quienes destacan la injusticia de recompensar a quienes han infringido la ley migratoria de un país determinado.[765]

[764] Los términos "expulsión", "deportación" o "repatriación" pueden llevar a confusión dado que se usan de manera distinta dependiendo del ordenamiento jurídico en cuestión. Por ejemplo, el artículo 50 de la Ley de Migraciones de Brasil usa el término *deportação* para referirse al procedimiento administrativo, que consiste en la salida obligatoria de la persona que esté en situación irregular. En otros ordenamientos, como el argentino, en el artículo 61 de su Ley de Migraciones, esto se denomina "expulsión". Este capítulo se interesa por los procedimientos administrativos que exigen la salida obligatoria del extranjero que esté en situación irregular, cualquiera que sea el nombre de dicho procedimiento. El capítulo no analiza, sin embargo, las consecuencias para la residencia de aquellos que cometen un delito o crimen. Se privilegiará el término "expulsión" a lo largo de este capítulo.

[765] Sobre estos debates véase Carens, Joseph, *The ethics of immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 129-157.

La criminalización de la migración, o *crimmigration,*[766] ha atraído la atención de académicos tanto en Estados Unidos como en Europa. Por ejemplo, Legomsky ha investigado el creciente uso del derecho penal en Estados Unidos para castigar las infracciones en materia de inmigración, junto con la práctica de incluir en las condenas penales consecuencias migratorias, tales como la expulsión como pena adicional tras cumplir condena.[767] En su opinión, es problemático que la importación de elementos del derecho penal no haya llevado aparejado también el conjunto de derechos procesales penales.[768] En el caso de la UE, Mitsilegas se ha referido a la criminalización como un proceso constituido por tres actos, que incluye medidas adoptadas antes de la entrada, durante la estadía y, finalmente, con miras a la expulsión del no nacional.[769]

En este sentido, es necesario hacer una advertencia. A veces, el lenguaje alrededor de la criminalización dificulta a los abogados el pensar cuidadosamente sobre los dispositivos que regulan las migraciones y, por ende, resulta útil detenerse un momento en dichos dispositivos. Por ejemplo, la tipificación como delito de la entrada en un país sin autorización es un claro ejemplo del uso de sanciones penales para regular la política migratoria. En estos casos, el derecho penal se utiliza para criminalizar el comportamiento de la persona cuando toma una decisión migratoria sobre dónde vivir. Sin embargo, las políticas de visados, o incluso las sanciones a los transportistas, son normas reguladoras civiles y no políticas penales. No obstante lo dicho, estas medidas tienen importantes implicaciones simbólicas referentes a la forma en que los migrantes son construidos como sujetos y, por tanto, se incluyen también en el análisis que sigue.

1. *La criminalización antes de la entrada en el territorio*

El control de la inmigración ya no tiene lugar en la frontera, sino más allá de ella, mediante estrategias que se han calificado de externalización, entre las que se incluyen los regímenes de visados y las sanciones a transpor-

---

[766] Stumpf, Juliete, "The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power", *American University Law Review*, vol. 56, núm. 2, 2006, pp. 367-419.

[767] Legomsky, Stephen, "The new path of immigration law: Asymmetric incorporation of criminal justice norms", *Washington and Lee Law Review*, vol. 64, 2007, pp. 469-528.

[768] *Ibidem*, pp. 472 y 473.

[769] Mitsilegas, Valsamis, *The criminalisation of migration in Europe. Challenges for human rights and the rule of law*, London, Springer, 2015, pp. 2 y 3.

tistas.[770] Los requisitos de visado constituyen el primer obstáculo previo a la entrada. Al exigir un visado, el Estado de recepción manifiesta su sospecha *a priori* hacia los nacionales de países que puedan tener menor renta per cápita, estar en guerra o ser inestables.[771] Aquellos países que se incluyen en una lista de visados pueden entender este hecho como una experiencia humillante y una ofensa a su posición o valoración en el ámbito internacional. En consecuencia, cuando un Estado consigue que otro país le retire el requisito del visado, la nueva exención se celebra como un acto de recuperación de la dignidad.[772]

A. *Política de visados*

Salvo en Ecuador, la política de visados en Sudamérica no difiere de la de Europa u otros países de inmigración como Estados Unidos, Canadá o Australia. En general, los nacionales de países de África y Asia (salvo Japón y Corea del Sur) necesitan un visado para entrar en un país sudamericano. Las únicas diferencias notables son las exenciones para sudafricanos, rusos y turcos en la mayoría de los países y para los nacionales de Filipinas,[773] Tailandia e Indonesia en algunos otros.[774] Además, los nacionales de Cuba, República Dominicana y Haití necesitan un visado para ingresar a la mayoría de los países de América del Sur. Asimismo, como se verá en el capítulo octavo, los venezolanos requieren visado para entrar a Chile, Ecuador, y Perú.[775]

---

[770] Ryan, Bernard, "Extraterritorial immigration control: What role for legal guarantees?", en Ryan, Bernard y Mitsilegas, Valsamis (eds.), *Extraterritorial immigration control. Legal challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 3. Cantor, David *et al.*, "Externalisation, access to territorial asylum, and international law", *International Journal of Refugee Law*, vol. 34, núm. 1, 2022, pp. 120-156. Legomsky, Stephen, *op. cit.,* pp. 469-528.

[771] Bigo, Didier y Guild, Elspeth, "Policing at a distance: Schengen visa policies", en Bigo, Didier y Guild, Elspeth (eds.), *Controlling frontiers. Free movement into and within Europe*, Farnham, Ashgate, 2005, pp. 233-263.

[772] Gobierno de Colombia, "«Hoy Colombia está de fiesta»: Presidente Santos durante la ceremonia de la firma del Acuerdo de Exención de visado con la Unión Europea", 2 de diciembre de 2015, disponible en: *https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/hoy-colombia-fiesta-presidente-santos-ceremonia-firma-acuerdo-exencion-visado-union.* El expresidente Santos destacó en la ceremonia de la firma del Acuerdo, que esto representaba un "paso importante en las relaciones de Colombia y la Unión Europea" que permite "recobrar la dignidad que los colombianos teníamos maltratada por el proceso de pedir visa".

[773] Por ejemplo, Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay y Perú.

[774] Los nacionales de Tailandia no necesitan visa en, por ejemplo, Argentina, Brasil, Chile y Colombia. Por su parte, los nacionales de Indonesia no necesitan visa en, por ejemplo, Chile, Colombia, Paraguay y Perú.

[775] Acosta, Diego y Harris, Jeremy, *op. cit.*

Ecuador es en parte una excepción, dado que retiró la exigencia de visado a los nacionales de todos los países del mundo el 20 de junio de 2008. Esta política sin precedentes, implementada por un decreto presidencial, permitía a cualquier extranjero entrar en el territorio ecuatoriano sin visado y permanecer hasta noventa días. De manera oficial, los principales objetivos de dicha política fueron fomentar el turismo y aplicar el principio de ciudadanía universal, consagrado en su Constitución de 2008.[776] Sin embargo, la exención universal de visado tuvo un recorrido muy corto. Tan solo seis meses después de su introducción, se restableció la obligación de visado para los ciudadanos chinos. Dieciocho meses más tarde, el requisito se extendió para los afganos, bangladesíes, eritreos, etíopes, kenianos, nepalíes, nigerianos, pakistaníes y somalíes. El entonces secretario de Estado de Migraciones, Leonardo Carrión, explicó cómo la mayoría de los visitantes de estos países habían permanecido más allá del tiempo permitido y, por tanto, habían caído en situación irregular.[777] Aunque la inmigración procedente de estos países solo aumentó de forma marginal,[778] la policía desempeñó un importante papel como institución que se oponía a la política de exención de visados.[779] En 2015, se añadieron a la lista Senegal y Cuba. La medida fue presentada por el gobierno como una forma de evitar las violaciones de los derechos humanos en el viaje de los senegaleses hacia Argentina y de los cubanos hacia Estados Unidos. Este argumento es obviamente contradictorio con el hecho de que decenas de cubanos fueron expulsados de Ecuador en 2016.[780] Para finales de 2022, Ecuador requería visa a 37 países, incluido Venezuela.[781]

---

[776] Freier, Luisa Feline, "Open doors (for almost all): visa policies and ethnic selectivity in Ecuador", *CCIS Working Paper 188*, mayo de 2013.

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

[778] Con la notable excepción de la inmigración neta de 2.838 nacionales chinos, las tasas anuales de inmigración neta de otros ciudadanos de países africanos y asiáticos para los que se reintrodujeron los visados se situaron en una media de poco más de trescientos por año y por país entre 2008 y 2010. *Ibidem*, pp. 683 y 684.

[779] Góngora-Mera, Manuel *et al.*, *op. cit.*, p. 22.

[780] Véase críticas realizadas por el CMW: Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Ecuador, CMW/C/ECU/CO/3.

[781] *El Universo*, "Estos son los 37 países cuyos ciudadanos deben presentar visa para ingresar a Ecuador", 17 de noviembre de 2022, disponible en: *https://www.eluniverso.com/noticias/ecuador/estos-son-los-37-paises-cuyos-ciudadanos-deben-presentar-visa-para-ingresar-a-ecuador-nota/*

B. *Sanciones a los transportistas*

Las sanciones a los transportistas están relacionadas con la privatización del control de la inmigración. Esto se refiere al proceso por el cual se les atribuyen a agentes privados, responsabilidades que, por su propia naturaleza, corresponden a las autoridades públicas. Dicha atribución hace más difícil responsabilizar a los agentes no estatales por la violación de los derechos individuales, al tiempo que introduce más niveles de control.[782] Esta "criminalización como prevención"[783] tiene consecuencias para los derechos humanos, especialmente para el derecho a solicitar asilo. Los transportistas se ven obligados, en caso de duda, a "no permitir el viaje de los pasajeros considerados como un riesgo para el control de la inmigración" o, de lo contrario, a asumir el coste de su regreso.[784] En lugar de tomar una decisión en la frontera, la aplicación de la normativa migratoria se hace palpable antes de la llegada al territorio.[785]

América del Sur sigue esta tendencia global. Las legislaciones de todos los países han consagrado claramente las obligaciones tanto de control como de devolución.[786] Si bien es cierto que algunos países no establecen ninguna sanción en el caso de los solicitantes de asilo,[787] es muy difícil que

[782] Mitsilegas, Valsamis, "Extraterritorial immigration control in the 21st century: The individual and the state transformed", en Ryan, Bernard y Mitsilegas, Valsamis (eds.), *Extraterritorial immigration control. Legal challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 58.

[783] Mitsilegas, Valsamis, *The criminalisation of migration in Europe…cit,* p. 43.

[784] *Idem.*

[785] Ryan, Bernard, *op. cit.,* p. 3.

[786] Argentina, artículo 38-50, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículos 44, Ley 370 de 2013; Brasil, artículos 45-60, Ley 13.445 de 2017; Colombia, artículo 2.2.1.11.5.12, Decreto 1067 de 2015; Chile, artículos 98-101, Ley 21.325 de 2021; Ecuador, artículo 170 (6)(8) (modificado por artículo 103), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Paraguay, artículo 88, Ley 6984 de 2022; Perú, artículo 59, Decreto legislativo 1350 de 2017; Uruguay, Arts. 60-63, Ley 18.250 de 2008; Venezuela, artículo 26, Ley de Migraciones de 2004. Todos los países excepto Bolivia y Colombia, han ratificado el Protocolo de la ONU contra el tráfico ilícito de migrantes de 1990 que prevé "la obligación de los transportistas comerciales (...) de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor", artículo 11(3), Protocolo contra el tráfico Ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, Nueva York, 15 de noviembre de 2000. Colección de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2241, p. 507; Doc. A/55/383.

[787] Existe la obligación de no sancionar a solicitantes de refugio por su ingreso ilegal al territorio, conforme con el artículo 31.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Véase también Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho*

un transportista permita embarcar a alguien que no esté debidamente documentado.[788] Además, las sanciones a los transportistas tienen una larga tradición histórica en la región desde principios del siglo XX.[789]

2. *Criminalización durante la estadía*

La criminalización de inmigrantes durante su estadía se ha calificado como la "aplicación de la ley de inmigración por desgaste" y busca "crear un contexto hostil de recepción para todos los inmigrantes, independientemente de su estatus migratorio".[790] Cabe destacar dos puntos. En primer lugar, determinadas normas buscan limitar el acceso a derechos cruciales, tales como la asistencia sanitaria. En segundo lugar, en algunos Estados las infracciones en materia de inmigración no solo tienen consecuencias administrativas, sino también penales. Esto incluye el incorporar sanciones a empleadores y propietarios de vivienda que no realicen un control de los permisos de residencia de la persona, el criminalizar el uso de documentos falsos para tramitar un matrimonio, así como la re-entrada ilegal en el territorio. Del mismo modo, en algunos ordenamientos jurídicos la persona extranjera a la cual se le impone una condena penal también va a enfrentar consecuencias adicionales en materia de inmigración, las cuales van a afectar, por ejemplo, a su acceso a un permiso de residencia o a la ciudadanía.[791]

La criminalización durante la estadía también está presente en Sudamérica. Por ejemplo, las sanciones a un empleador, a un propietario o a un hotel son herramientas comunes consagradas en diversas leyes.[792] La expulsión como consecuencia de una condena penal también es habitual.[793]

---

humano en el sistema interamericano de protección, Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo de 2018, párr. 99.

788 Ryan, Bernard, *op. cit.,* p. 22. Véase, por ejemplo, Brasil, artículo 49, Ley 13.445 de 2017.

789 Véase capítulo cuarto, p. 128.

790 Banks, Angela M., "The curious relationship between self-deportation policies and naturalization rates", *Lewis & Clark Law Review 16, William & Mary Law School Research Paper No. 09-209*, 2012, p. 1151.

791 Legomsky, Stephen, *op. cit.,* pp. 469-528.

792 Argentina, artículos 55 y 59, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículos 38, 43 y 46, Decreto 1.923 de 2014; Chile, artículo 117, Ley 21.325 de 2021; Paraguay, artículos 79(20), Ley 6984 de 2022; Uruguay, artículo 46, Decreto 394 de 2009; Venezuela, artículos 25, 26 y 36, Ley 37.944 de 2004.

793 Bolivia, artículo 38, Ley 370 de 2013 impone un umbral elevado; Brasil, artículo 54, Ley 13.445 de 2017; Paraguay, artículo 66 y 67, Ley 6984 de 2022; Perú, artículo 58, Decreto legislativo 1350 de 2017; Uruguay, artículo 47, Ley 18.250 de 2008; Venezuela, artículo 39, Ley 37.944 de 2004.

Al mismo tiempo, el respeto de los derechos de todos los migrantes, independientemente de su estatus legal, es uno de los tres pilares básicos del discurso regional sobre la migración indocumentada, junto con la no criminalización y la regularización. Teniendo en cuenta lo anterior, este paradigma plantea la cuestión de qué derechos se incluyen, así como sus fuentes: la CMW solo reconoce la educación, el tratamiento médico de emergencia y las obligaciones contractuales de los empleadores, pero omite muchos otros, como la unidad familiar o el derecho a formar sindicatos.[794] Sin embargo, la Corte IDH emerge en este caso como un actor de suma importancia al interpretar dos derechos centrales de la CADH, como son el debido proceso y el principio de igualdad y no discriminación. A pesar de su aplicación, a menudo "oscura" o "abstracta",[795] la Corte IDH invierte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en la que se da prevalencia al derecho del Estado a "controlar la entrada de no nacionales en su territorio".[796] En Europa, sostiene Dembour, el control viene primero, y los derechos humanos solo después.[797]

La Corte IDH solo ha respaldado la autoridad del Estado para controlar la entrada y salida de migrantes irregulares, tras declarar que "los Estados no pueden discriminar ni tolerar situaciones discriminatorias que perjudiquen a los migrantes". Además, este control debe realizarse "con estricta observancia de las garantías del debido proceso y del respeto a la dignidad humana".[798] Se debe garantizar el debido proceso legal, independientemente de su condición migratoria, para que todas las personas puedan defender sus derechos en cualquier ámbito, ya sea civil, penal, laboral, fiscal o de cualquier otra naturaleza.[799] Las garantías procesales se reconocen como esenciales para la dignidad humana[800] y se convierten en una preocupación central en virtud de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la CADH. Esto es más notorio en los casos de privación de libertad, expulsión o asilo.[801]

---

[794] CMW, artículos 25, 28, 30 y 36-56.

[795] Dembour, Marie-Bénédicte, *op. cit.*, p. 489.

[796] TEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido de la Gran Bretaña*, párrafo 67.

[797] Dembour, Marie-Bénédicte, *op. cit.*, p. 304.

[798] Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC–18/03, series A, núm. 18, del 17 de septiembre de 2003. para. 119.

[799] *Ibidem*, paras 121-126.

[800] *Ibidem*, para. 73.

[801] Véase Corte IDH: *Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, para. 100; Caso *Nadege Dorzema et al. vs. República Dominicana*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251, para. 154; Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones

Aunque la Corte IDH ha reconocido la prerrogativa del Estado de tratar a los inmigrantes irregulares de forma diferente respecto de los nacionales o de los que tienen un permiso de residencia, el trato debe ser razonable, objetivo y proporcionado, y no puede dañar los derechos humanos.[802] El Estado tiene la obligación de "garantizar el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación", independientemente de la situación migratoria.[803] Este principio afecta especialmente a los trabajadores inmigrantes indocumentados. En la Opinión consultiva 18/03, la Corte IDH indica que todos los trabajadores migrantes, no solo los indocumentados, son vulnerables en comparación con los trabajadores nacionales.[804] Así, los gobiernos pueden prohibir que los inmigrantes no autorizados trabajen, pero, una vez establecida una relación laboral, gozan de los mismos derechos laborales que los trabajadores nacionales, independientemente de su estatus migratorio.[805] La Opinión consultiva 18/03 de la Corte IDH representa la "declaración de derecho internacional vinculante más progresista" sobre la cuestión de los derechos laborales, y es obligatoria para todos los países sudamericanos.[806]

La UE y Estados Unidos adoptan enfoques diferentes. En la primera, el pago por el trabajo ya realizado constituye un derecho para evitar que los empleadores se aprovechen de los inmigrantes irregulares que trabajan para ellos.[807] Esto no se extiende a todos los derechos laborales. En el segundo,

---

preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2013, serie C, núm. 272, para. 129. El derecho a la información sobre la asistencia consular, en tanto que derivado del debido proceso, también se considera un derecho fundamental*: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC–16/99, serie A, núm. 16, del 1 de octubre de 1999.

802 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, para. 119; *Nadege Dorzema et al. vs. República Dominicana*, para. 233; *Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC–21/14 del 19 de agosto de 2014, serie A, núm. 21, nota al pie 74.

803 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, para. 118; Caso de *niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C, núm. 155, para. 155; Caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de agosto de 2014, serie C, núm. 282, para. 402.

804 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, paras. 112, 131 y 160.

805 *Ibidem*, paras. 133, 134, 136, 153, 155 y 156.

806 Lyon, Beth, "The Inter-American court of human rights defines unauthorized migrant workers rights for the hemisphere: A comment on Advisory Opinion 18", *NYU Review Law and Social Change*, vol. 28, núm. 3 & 4, 2003-2004, p. 552.

807 Unión Europea, artículo 6, Directiva 2009/52 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Véase también Caso C-311/13 *Tümer* EU: C: 2014: 2337.

la Corte Suprema, en *Hoffman Plastic*, argumentó que el pago retroactivo fomentaría la migración irregular, mientras que el voto contrario de cuatro jueces sostuvo que la implementación plena tendría el resultado opuesto al disuadir a los empleadores de contratar a trabajadores no autorizados.[808] Es importante destacar que la Corte IDH no se suma a estos debates políticos. En efecto, su argumentación parte del entendimiento de la no discriminación como una norma de *ius cogens* que protege a todos los trabajadores, incluidos los indocumentados.[809] La Corte detalla los derechos de los que deben gozar los trabajadores no autorizados, los cuales comprenden, por ejemplo, la atención especial a las mujeres trabajadoras, la libertad de asociación y de organizarse y afiliarse a sindicatos, la negociación colectiva, los salarios justos, la seguridad social y el derecho al descanso y a la indemnización.[810] A esto se suma el derecho al debido proceso legal para garantizar que el acceso a la justicia sea real.[811] La Corte IDH reconoce que estos derechos son necesarios para garantizar la dignidad del trabajador,[812] yendo mucho más allá de los derechos otorgados por la CMW.[813]

Dentro de este sólido marco, varios países de Sudamérica prevén explícitamente en sus legislaciones el acceso a los pagos retroactivos,[814] así como, con diferentes grados de intensidad, a otros derechos laborales para los migrantes indocumentados.[815] Aquellos Estados que no incluyen estas cláusulas en su legislación están obligados, obligación que también se extiende a sus tribunales, a regirse siguiendo lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH.[816] Varias leyes también establecen el derecho a la asistencia sanitaria y a la educación en igualdad de condiciones con los nacionales.[817] El

---

808 *Hoffman Plastic Compounds, Inc. vs. NLRB*, 535 U.S. 137, 140

809 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, para. 101.

810 *Ibidem*, para. 157.

811 *Ibidem*, paras 121-126.

812 *Ibidem*, paras 157 y 158.

813 Lyon, Beth, *op. cit.*, p. 591.

814 Por ejemplo: Argentina, artículo 56, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 48(2), Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 50(4), Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 117, Ley 21.325 de 2021; Paraguay, artículo 7, Ley 6.984 de 2022; Uruguay, artículo 55, Ley 18.250 de 2008; Venezuela, artículo 49, Ley 37.944 de 2004.

815 Argentina, artículos 16 y 56, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículos 48(2) y 49, Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 4, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 14, Ley 21.325 de 2021; Paraguay, artículo 7, Ley 6.984 de 2022; Uruguay, artículo 17, Ley 18.250 de 2008.

816 Véase parte II, Consolidación, pp. 151-159.

817 Sobre la educación, véase, por ejemplo: Argentina, artículo 8, Ley 25.871 de 2004; Brasil, artículo 4, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 17, Ley 21.325 de 2021; Paraguay, artículo 6, Ley 6.984 de 2022; Perú, artículo 9, Decreto Legislativo 1350 de 2017; Uruguay, artículo 9, Ley 18.250 de 2008. Sobre asistencia sanitaria, véase, por ejemplo: Argentina,

primero va más allá del enfoque de la Corte IDH, la cual solo ha reconocido la obligación de proporcionar tratamiento de emergencia.[818] Por su parte, el segundo sigue la opinión de la Corte IDH sobre el acceso obligatorio a la educación.[819] En otra inversión del paradigma de la expulsión, los proveedores de servicios sanitarios y educativos están ahora obligados por ley a ofrecer información a las personas sobre cómo regularizar su situación.[820] Anteriormente, el enfoque exigía que estas instituciones denunciaran la situación de los migrantes a las autoridades, un enfoque que sigue siendo preponderante en muchas jurisdicciones de todo el mundo.[821]

3. *Criminalización dirigida hacia la expulsión*

La criminalización dirigida hacia la expulsión se centra en la deportación de los migrantes en situación irregular, a menudo acompañada de la detención de los mismos y de la imposición de una prohibición de entrada posterior al territorio del Estado durante un número de años. Estas medidas tienen una larga historia en Sudamérica.[822] Hoy en día, la deportación de quienes infringen las normas migratorias sigue siendo la regla cuando se trata de entrada irregular, de la superación del tiempo de residencia permitido por el visado, del uso de documentos falsos o del trabajo sin autorización.[823]

---

artículo 7, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 47(3), Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 4, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 15, "conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca", Ley 21.325 de 2021; Paraguay, artículo 8, Ley 6.984 de 2022; Perú, artículo 9, Decreto Legislativo 1.350 de 2017; Uruguay, artículo 11, Ley 18.250 de 2008. Ecuador solo cubre tratamientos de emergencia, artículo 52 (modificado por artículo 3), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021.

[818] Caso de *Nadege Dorzema et al. vs. República Dominicana*, para. 108. Sin embargo, este es el alcance del derecho en países como Ecuador, artículo 52 (modificado por artículo 3), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021.

[819] Corte IDH, Caso de *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, para. 185; Opinión Consultiva, *Derechos y Garantías de niñas y niños*, para. 164.

[820] Argentina, artículos 7 y 8, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 47(3), Ley 370 de 2013; Paraguay, artículo 9, Ley 6.984 de 2022; Uruguay, artículos 36 y 48, Decreto 394 de 2009.

[821] Por el contrario, véanse, por ejemplo, Colombia y Venezuela, que imponen a los proveedores de servicios de salud u otras autoridades la obligación de informar sobre los migrantes irregulares. Colombia, artículo 2.2.1.11.5.9, Decreto Único Reglamentario 1067 de 2015; Venezuela, artículo 40, Ley 37.944 de 2004.

[822] Véase capítulo cuarto.

[823] Argentina, artículos 29(i), 35, 37, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículos 22(3), 32, 38, Ley 370 de 2013; Chile, artículos 32, 33, 126, 127 y 128, Ley 21.325 de 2021; Colombia, artículo 2.2.1.11.2.12, Decreto 1067 de 2015; Ecuador, artículos 137 y 143 (modificados

Las prohibiciones de entrada también están muy extendidas, y a menudo se imponen por periodos largos, o incluso indefinidos.[824]

La jurisprudencia de la Corte IDH también tiene importantes consecuencias en este ámbito. La Corte IDH ha prohibido el uso de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para controlar los flujos migratorios, especialmente los de carácter irregular.[825] La detención con carácter no punitivo, aunque no está prohibida, está sujeta a varios requisitos: no puede ser automática, debe ser examinada individualmente por una autoridad judicial, y la persona debe tener acceso a representación legal y asistencia consular.[826] La detención debe ser siempre una medida excepcional, impuesta por el menor tiempo posible y solo si no se pueden adoptar medidas alternativas adecuadas.[827] Aunque estas garantías también existen en gran medida, por ejemplo, en la legislación de la UE, una distinción importante es que las medidas punitivas tras la reentrada de un inmigrante indocumentado son ilegales en Sudamérica.[828]

De hecho, en comparación con otras regiones, la detención apenas se utiliza en Sudamérica. Algunos países prevén la posibilidad de detener a los inmigrantes indocumentados antes de su expulsión, pero, en general, esta

---

por artículos 87 y 90 respectivamente), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Paraguay, artículos 66 y 67, Ley 6.984 de 2022; Perú, artículo 57, Decreto Legislativo 1350 de 2017; Uruguay, artículos 38, 47, 51, Ley 18.250 de 2008; Venezuela, artículo 38, Ley 37.944 de 2004.

[824] En Argentina, es un mínimo de cinco años, artículos 29(a), 35, 63(b), Ley 25.871 de 2004. En Chile, la prohibición de reingreso mínima es de tres años y puede alcanzar hasta veinticinco años, artículo 136, Ley 21.325 de 2021. En Perú, pueden ser quince años, artículo 54, Decreto Legislativo 1350 de 2017. Véase también Ecuador, artículo 140 (modificado por artículo 17), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Venezuela, artículo 8, Ley 37.944 de 2004. Para las prohibiciones de entrada indefinidas, véase Bolivia, artículos 39, Ley 370 de 2013 y artículo 37(III), Reglamento a la Ley 370, Decreto Supremo 1923 de 2014; Paraguay, artículo 66, Ley 6.984 de 2022.

[825] Caso *Vélez Loor vs. Panamá,* paras. 163 a 172; Opinión Consultiva, *Derechos y Garantías de niñas y niños*, para. 151.

[826] Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, para. 171, y Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, para. 131.

[827] CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15 31 de diciembre de 2015, p. 188. Véase también CIDH, *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 de diciembre de 2010, para. 34.

[828] Corte IDH, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, paras 166-169. Compárese con el contexto de la UE en el caso C- 290/14, *Skerdjan Celaj*, EU: C: 2015: 640.

opción no se implementa con regularidad.[829] Algunos de los países incluso prohíben dicha opción e incorporan medidas alternativas por ley.[830]

III. Regularización de migrantes en Sudamérica

El acceso a un permiso de residencia es una de las opciones disponibles cuando se trata de poblaciones en situación irregular. A menudo se distinguen dos tipos de procesos de regularización. En primer lugar, están los procedimientos extraordinarios de regularización, que se caracterizan por ser procesos puntuales que solo están disponibles durante un periodo determinado.[831] En segundo lugar, existen también los llamados mecanismos de regularización, que son instrumentos permanentes, los cuales a menudo están consagrados en algún artículo de la ley de migraciones correspondiente, y que permiten que la persona pueda en cualquier momento solicitar un permiso de residencia si cumple ciertos requisitos.[832]

En América del Sur, la regularización ha sido un elemento central en las agendas de migración durante mucho tiempo y se han adoptado nume-

---

[829] Coria Márquez, Elba *et al*, *¿Qué esperamos del futuro? Detención migratoria y alternativas a la detención en las Américas*, Melbourne, International Detention Coalition, 2017, p. 10. En Argentina, el plazo máximo es de quince días, y puede extenderse por treinta días más, en ambos casos por una autoridad judicial; artículo 70, Decreto 616 de 2010. En Argentina, las personas detenidas deben ser separadas de los presos comunes por causas penales (artículo 72, Decreto 616 de 2010). En Chile, la detención puede practicarse en el domicilio de la persona migrante o en una dependencia policial habilitada a tal efecto. El plazo máximo de detención es de cinco días corridos (artículo 134, Ley 21.325 de 2021).

[830] Ecuador, artículo 145 (modificado por artículo 22), Ley Orgánica de Movilidad Humana enmendada por Ley Orgánica Reformatoria de 2021; Venezuela, artículo 46, Ley 37.944 de 2004.

[831] Un ejemplo conocido es la Ley de Reforma y Control de la Inmigración (IRCA) de 1986, por la que se concedió la residencia permanente a distintas categorías de migrantes no autorizados. Véase Bean, Frank D. *et al.*, *Undocumented migration to the United States. IRCA and the experience of the 1980s*, Washington, D. C., The Urban Institute Press, 1990. La escasez de mecanismos permanentes en Estados Unidos había culminado con unos 11,2 millones de migrantes no autorizados que residían en el país en 2021. Véase Van Hook, Jennifer *et al.*, *A turning point for the unauthorized immigrant population in the United States*, Migration Policy Institute, septiembre de 2023, disponible en: *https://www.migrationpolicy.org/news/turning-point-us-unauthorized-immigrant-population*

[832] El procedimiento de arraigo español es un ejemplo de ello. Los inmigrantes pueden obtener un permiso de residencia y trabajo después de haber residido irregularmente en España si se demuestra el arraigo a través de una relación laboral y después de un periodo de residencia de dos o tres años. Véase Acosta, Diego, "The returns directive: Possible limits and interpretation", en Zwaan, Karin (ed.), *The returns directive: Central themes, problem issues, and implementation in selected Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, p. 22.

rosos instrumentos unilaterales y bilaterales. A su vez, existe un mecanismo de regularización permanente para los migrantes regionales a través de los Acuerdos de Residencia del Mercosur de 2002.[833] Además, es importante señalar que varios Estados han legislado para conceder un periodo de tiempo en el que la persona pueda intentar regularizarse. De este modo, se prioriza el acceso a la residencia en lugar de la deportación. Esto constituye un avance de gran calado y una verdadera revolución desde una perspectiva comparada, porque, además, el marco internacional no prevé ningún derecho de regularización.[834]

1. *La regularización como preocupación unilateral*

Las regularizaciones como política unilateral han formado parte del repertorio legal desde al menos 1949, comenzando en Argentina.[835] A finales de los años setenta y principios de los ochenta se adoptaron medidas similares en Brasil,[836] Chile[837] y Venezuela.[838] Todos los demás países apro-

[833] Véase capítulo séptimo, pp. 242-246.

[834] ICMW, artículo 35; artículo 9, Convenio 143 de la OIT sobre trabajadores migrantes, 1975.

[835] Argentina, Decreto 15.972, 8 de julio de 1949. Este primer procedimiento de regularización tuvo la particularidad de dirigirse principalmente a los residentes judíos. Le siguieron varios otros. Véase Decreto 3.364, 4 de agosto de 1958; Decreto 49, 3 de enero de 1964; Decreto 87, 11 de enero de 1974; Decreto 780, 12 de enero de 1984; Decreto 1.033, 24 de junio de 1992. Entre 1958 y 1992 más de 1.140.000 de migrantes regionales obtuvieron un permiso de residencia en Argentina a través de estos procesos. Véase Sassone, Susana, "Migraciones ilegales y amnistías en la Argentina", *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, vol. 6 y 7, 1987, pp. 249-290.

[836] Brasil, Ley 6.964, 9 de diciembre de 1981. A ésta le siguieron otras tres regularizaciones en 1988 (Ley 7.685, 2 de diciembre), 1998 (Ley 9.675, 29 de junio) y 2009 (Ley 11.961, 2 de julio). En cada procedimiento se regularizaron, respectivamente, unos 27.000, luego 36.990, 40.909 y 45.000 ciudadanos, principalmente regionales.

[837] Chile estableció un procedimiento de regularización en su Ley de Migraciones de 1975, Decreto Ley 1094, 19 de julio de 1975. En 1998 se llevó a cabo otro procedimiento, que regularizó a unas 23.000 personas (Resolución 2071, 1998). La regularización de 2007 benefició a 47.580 migrantes, de los cuales la mayoría eran peruanos (35,071), seguidos por bolivianos (6,145), colombianos (2,003) y ecuatorianos (1,958). Véase Resolución Exenta otorgada por la Subsecretaría del Interior, RE Nº 36339, 22 de octubre de 2007. En el contexto de la inmigración venezolana se llevaron a cabo otras dos regularizaciones en 2018 y 2021. Véase capítulo octavo.

[838] Venezuela, Decreto 616, 22 de mayo de 1980, que regularizó a unas 267,000 personas, de las cuales el 92% eran colombianas. Véase también Alfonso, Adriana, *La experiencia de los países suramericanos en materia de regularización migratoria*, Buenos Aires, OIM, 2013, p. 80. En 2004, Venezuela puso en marcha otro controvertido procedimiento de regularización, ya

baron procedimientos de regularización a principios del siglo XXI.[839] Estos procesos no tuvieron ninguna característica que pueda ser señalada como excepcional, y la mayoría de los beneficiarios fueron migrantes regionales. Sin embargo, merece la pena mencionar el caso del programa *Patria Grande* de 2006, mediante el cual Argentina se anticipó a la entrada en vigor de los Acuerdos de Residencia del Mercosur que solo aconteció en 2009. *Patria Grande* se desarrolló en varias etapas. El artículo 23(l) de la Ley de Migraciones de 2004 establecía que los nacionales de Mercosur, Bolivia y Chile podían obtener una residencia temporal basada en criterios de nacionalidad. Más tarde se amplió a los nacionales de todos los demás países sudamericanos que eran o se convirtieron en Estados asociados del Mercosur.[840] Los nacionales del Mercosur o de los países asociados que hubieran entrado en Argentina antes del 17 de abril de 2006 podían regularizar su situación, mientras que los que hubieran entrado después de esa fecha podían beneficiarse directamente de los criterios de nacionalidad para obtener un permiso de residencia temporal.[841]

Durante los primeros años del siglo XXI, también se han producido regularizaciones de migrantes extrarregionales. Un buen ejemplo de ello son los procesos para dominicanos, senegaleses, coreanos y haitianos en Argentina,[842]

---

que los migrantes en situación irregular también podían obtener la ciudadanía y el derecho de voto. Su carácter controvertido estuvo relacionado con el hecho de que se adoptó antes de un referéndum revocatorio contra el entonces presidente Chávez. Alrededor de 358,000 personas obtuvieron la ciudadanía, otras 127,000 se limitaron a regularizarse y otras 312,000 entraron en otras categorías. Decreto 2823, 3 de febrero de 2004. Véase Alfonso, *ibidem*, pp. 57 y 58. Venezuela también estableció un procedimiento de regularización para los peruanos en 2013, Resolución 109/13, 30 de abril de 2013.

[839] Bolivia, Decreto 1800, 20 de noviembre de 2013; Colombia, Decreto 3970, 14 de octubre de 2008; Ecuador, Decreto Ejecutivo 248, 9 de febrero de 2010, que era aplicable a los nacionales de Haití; Paraguay, Ley 4429, 4 de octubre de 2011, implementado por Decreto 8373, 3 de febrero de 2012; Perú, Ley 30103, 8 de noviembre de 2013 y Decreto Supremo No. 002-2017-IN, 2 de enero de 2017, aplicable solo a venezolanos; Uruguay, artículo 6 Decreto 394/009 y Ley de Migraciones 18.250/2008, artículo 82.

[840] Argentina, Decreto 1169, 13 de septiembre de 2004 y Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones 29.929, 17 de septiembre de 2004.

[841] Argentina, Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones 53.253 de 2005 y Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones núm. 14949 de 2006. En cualquier caso, hay que destacar que, aunque alrededor de 225,000 no nacionales regularizaron su estadía, casi 200,000 no pudieron completar el procedimiento. Sobre esto, véase Ceriani, Pablo y Morales, Diego, *op. cit.*, p. 31.

[842] Argentina, Disposición 001 y 002, Dirección Nacional de Migraciones, 4 de enero de 2013: alrededor de 1,700 senegaleses y 6,000 dominicanos fueron regularizados mediante este procedimiento. Para las personas coreanas, en 2014 se estableció un procedimiento de regularización por Disposición Dirección Nacional de Migraciones núm. 979 de 2014. Para

haitianos y cubanos en Ecuador,[843] y, sobre todo, los haitianos en Brasil. De hecho, Brasil es un ejemplo de cómo la discreción administrativa puede facilitar a veces la inclusión. Los haitianos llegaron a Sudamérica principalmente a través de Ecuador, en donde podían entrar sin visado, y luego viajaron por tierra vía Perú o Bolivia hasta Brasil. Ante la llegada de unos 60,000 haitianos en 2013, Brasil, en lugar de concederles el estatus de refugiado o cualquier otra protección subsidiaria, les ofreció la residencia permanente por razones humanitarias.[844] Alrededor de 44,000 haitianos se beneficiaron de este permiso en 2015.[845] Los nacionales de otros países, como nigerianos, senegaleses y bangladesíes, tuvieron menos suerte. Esto se solucionó en parte con la regularización de unos 4,500 solicitantes de asilo fallidos en 2013 y unos 300 ghaneses en 2016.[846]

Como ya ha sido señalado, los diez países han llevado a cabo más de sesenta regularizaciones desde inicios del siglo XXI.[847] No obstante, pese a que estos procedimientos han proporcionado alivio a miles de migrantes, su característica común es la discreción. Además, como se verá en el capítulo octavo, en el que se discutirá el marco jurídico implementado respecto de los nacionales venezolanos, muchas de estas regularizaciones se

---

las personas haitianas, Disposición Dirección Nacional de Migraciones 1143 de 2017. Sobre los senegaleses en Argentina y Brasil véase Tedesco, João Carlos y Kleidermacher, Gisele (eds.), *A imigração senegalesa no Brasil e na Argentina: Múltiplos olhares*, Porto Alegre, EST Edições, 2017.

843 Arcentales Illescas, Javier y Garbay, Susy, *Informe sobre movilidad humana, Ecuador 2011*, Coalición por las Migraciones y el Refugio, 2012, pp. 47-49.

844 Fernandes, Duval *et al.*, "Migração dos haitianos para o Brasil. A RN n. 97/12: Uma avaliação preliminar", *Caderno de Debates*, 8, 2013, pp. 55-70; Tinker, Catherine y Madrid, Laura, "New trends in migratory and refugee law in Brazil: The expanded refugee definition", *Panorama of Brazilian Law*, vol. 3, núm. 3-4, 2015, pp. 143-169.

845 Portal Brasil, "Brasil autoriza residência permanente a 43,8 mil haitianos", 11 de octubre de 2015. Los nacionales haitianos siguen contando con un trato preferencial para acceder a la residencia em Brasil a través de la siguiente norma: Portaria Interministerial MJSP/MRE núm. 29, Dispõe sobre a concessão do visto temporário e a autorização de residência, para fins de acolhida humanitária, a nacionais haitianos e apátridas afetados por calamidade de grande proporção ou situação de desastre ambiental na República do Haiti (Prevé la concesión de visados temporales y permisos de residencia, con fines humanitarios, a los nacionales haitianos y apátridas afectados por una catástrofe grave o medioambiental en la República de Haití), 25 de abril de 2022.

846 Portal Brasil, "Brasil regulariza situação de 4.482 trabalhadores estrangeiros" ("Brasil regulariza situación de 4.482 trabajadores extranjeros"), 19 de diciembre de 2013; Estrangeiros no Brasil, "Governo concede residência para estrangeiros ganeses" ("Gobierno concede residencia para extranjeros ganéses"), 3 de marzo de 2016.

847 Acosta, Diego y Harris, Jeremy, *op. cit.*

han llevado a cabo tras no haber utilizado otros instrumentos disponibles, como otorgar refugio bajo la definición ampliada de Cartagena.[848]

2. *La regularización como preocupación bilateral*

Desde principios de la década de 1980, la regularización se ha convertido en una preocupación bilateral en la región. De hecho, los diez países han ratificado en algún momento tratados bilaterales sobre este particular. Se pueden identificar al menos una treintena de dichos acuerdos en el periodo comprendido entre 1982, cuando se firmó el Acta de Quito entre Colombia y Ecuador, y 2014, cuando se ratificó un nuevo estatuto migratorio permanente entre los mismos dos países.

Estos acuerdos manifiestan la aceptación de la movilidad como algo normal en la región, y, en perspectiva comparada, presentan rasgos que los hacen interesantes y distintos. En primer lugar, se enfatizan los lazos de fraternidad y amistad, así como los vínculos históricos, culturales y geográficos.[849] En segundo lugar, la integración regional también desempeña un papel fundamental. De hecho, en algunos casos se ha anticipado la entrada en vigor de instrumentos multilaterales entre dos países a través de un acuerdo bilateral.[850] En tercer lugar, estos tratados suelen ofrecer rutas claras hacia la residencia permanente. En cuarto lugar, son únicos porque, al regularizar a la cabeza de la familia, en la mayoría de los casos se ex-

[848] Véase capítulo octavo.

[849] Véase, por ejemplo, Acuerdo de Regularización Migratoria entre la República del Perú y la República de Bolivia, firmado en Huatajata el 26 de enero de 2002; Acuerdo sobre Regularización Migratoria entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República de Bolivia, firmado en Asunción el 20 de octubre 2006; Acuerdo Marco de Asistencia y Cooperación en Materia Migratoria entre Colombia y Perú del 6 de marzo de 2012.

[850] Por ejemplo, Argentina se anticipó bilateralmente a la entrada en vigor de los Acuerdos de Residencia del Mercosur con Brasil, Uruguay, Bolivia y Perú. Véase Acuerdo Operativo entre la Dirección Nacional de Migraciones de Argentina y el Departamento de Extranjería de la República Federativa de Brasil para la implementación del Acuerdo de Residencia para Nacionales de Estados miembros del Mercosur, firmado el 29 de noviembre de 2005 y en vigor desde el 3 de abril de 2006; Acuerdo por canje de notas entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay referido a la Aplicación Bilateral del Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Miembros del Mercosur, firmado en Córdoba el 20 de julio de 2006 y en vigor desde ese mismo día; Acuerdo Migratorio entre Argentina y Bolivia, firmado el 21 de abril de 2004 y en vigor desde el 17 de octubre de 2006; Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de la República Argentina y la República del Perú, firmado en Buenos Aires el 15 de junio de 2007 y en vigor desde el 10 de diciembre de 2009.

tiende el permiso de residencia a los restantes miembros del grupo familiar, incluyendo al cónyuge y a los hijos, pero también a otros integrantes del mismo grupo.[851] Por último, se puede ver cómo se da un desarrollo gradual de expansión de derechos y cómo se buscan soluciones permanentes para abordar la movilidad. Por ejemplo, Argentina firmó diferentes pactos con Bolivia y Perú, posteriormente renovados varias veces, en los que se fueron incorporando cada vez más derechos.[852] Finalmente, a través de la entrada en vigor de los Acuerdos de Residencia Mercosur se obtuvo una solución permanente. Ejemplos similares incluyen a Brasil y Bolivia, así como a

[851] Véase, por ejemplo, el Acuerdo sobre Indocumentados [entre Ecuador y Chile], firmado en Quito el 26 de septiembre de 1990; Acuerdo sobre Indocumentados [entre Ecuador y Bolivia], firmado en Quito el 17 de mayo de 1991; Convenio de Migración entre Argentina y Bolivia, firmado en Buenos Aires el 16 de febrero de 1998; Estatuto Migratorio entre Ecuador y Venezuela, firmado en Caracas el 6 de julio de 2010.

[852] Con Bolivia, los siguientes: Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, firmado en Buenos Aires, 16 de febrero de 1998. Ratificado el 23 de junio de 1999 y extinguido cuando el Acuerdo Migratorio de 2004 entró en vigor, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=laSj*; Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia (del 16/02/98), firmado en Buenos Aires el 16 de diciembre de 1999, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=mJ2omA==;* Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia (del 16/02/98)), firmado en La Paz el 6 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 2 de agosto de 2002, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=mKGjnQ==;* Segundo Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia, firmado en Buenos Aires el 12 de diciembre 2003, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=lp2j;* Acuerdo Migratorio entre la República de Bolivia y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 21 de abril de 2004. Entró en vigor el 17 de octubre de 2006 y se extinguió el 17 de octubre de 2016, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=mKCinQ==; Con* Perú, los siguientes: Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú, firmado en Lima el 12 de agosto de 1998. Entró en vigor el 24 de junio de 1999 y se extinguió el 24 de junio de 2009, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=mJ+onA==;* Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú del 12 de agosto de 1998, firmado en Buenos Aires el 21 de diciembre de 1999. Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República del Perú, firmado en Buenos Aires el 16 de diciembre de 2002. Extinguido el 24 de junio de 2009, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=mJ2rmw==*; Acuerdo por Canje de Notas entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú, Interpretativo del Convenio de Migración suscrito el 12 de agosto de 1998 y del Protocolo Adicional suscripto el 16 de diciembre de 2002, firmado en Buenos Aires el 11 de junio de 2004. Entró en vigor en la misma fecha, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=mKKpng==;* Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de la República Argentina y la República de Perú, firmado en Buenos Aires el 15 de junio de 2007, en vigor desde el 10 de diciembre de 2009, disponible en: *https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=maakmQ==*

Ecuador y Colombia. Es a este multilateralismo al que dedicamos ahora nuestra atención.

3. *La regularización como preocupación multilateral*

La agenda multilateral lleva ocupándose de la regularización desde al menos los años setenta. La CAN abordó por primera vez la cuestión en 1977 al adoptar una norma que solicitaba a los Estados miembros que regularizaran a los migrantes que ya estaban trabajando en el país de acogida.[853]

En el ámbito del Mercosur, los dos Acuerdos de Residencia de 2002 tienen como principal objetivo solucionar la situación de los migrantes intrarregionales en situación irregular. Los acuerdos se originaron a partir de una propuesta brasileña de adoptar una amnistía regional. En su lugar, el gobierno argentino presentó un mecanismo permanente que proporcionara vías legales a los migrantes irregulares. En este sentido, los acuerdos confirmaron de forma permanente prácticas unilaterales y bilaterales que ya existían desde hacía años. No obstante, los acuerdos presentan un importante inconveniente: los migrantes regionales que no obtienen un permiso de residencia permanente después de dos años pueden volver a caer en la irregularidad. Esto será objeto de debate en el capítulo séptimo.[854]

4. *La regularización como derecho subjetivo individual*

La regulación del derecho de acceso a un estatus migratorio regular adopta diversas formas desde la obligación del Estado, de regularizar en determinadas circunstancias en que exista vida familiar, hasta el derecho individual a obtener la residencia o a intentar la regularización por diversas vías. De manera notable, la regla general es la regularización y no la expulsión. Dicho de otro modo, solo cuando la regularización no es posible se puede llegar a producir la expulsión. En algunos casos, la regularización es automática, en otros funciona como una primera opción para el individuo. Todo esto es innovador y merece un cuidadoso análisis.

---

853 Artículos 27 y 28, Decisión 116, *Instrumento Andino de Migración Laboral,* Lima, 14-17 de febrero de 1977. Véase capítulo 7, pp. 237-242.

854 Véase capítulo séptimo, pp. 263-265.

A. *Vida familiar*

En primer lugar, en Sudamérica la regularización constituye un derecho individual cuando hay niños involucrados. Esto se deriva de la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha establecido claramente que

> la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.[855]

Esta jurisprudencia conduce a varias reflexiones. Para empezar, existe un derecho individual a la regularización para el miembro de la familia en cuestión cuando los hijos poseen la nacionalidad del Estado de acogida (es decir, han nacido allí, ya que todos los países, excepto Colombia, aplican el *ius soli*) o cuando tienen residencia permanente.[856] La expulsión es ilegal, ya que atenta contra el interés superior del niño. Este derecho subjetivo a la regularización es contrario a las prácticas de Estados Unidos y Europa. En el primero, alrededor de medio millón de padres de nacionales estadounidenses fueron deportados entre 2009 y 2013.[857] En el segundo, los hijos que ostentan una nacionalidad de la UE (una minoría, ya que la norma es el *ius sanguinis*) tienen derecho, en la medida en que son ciudadanos de la UE, a que sus padres no sean deportados, pero solo cuando ello suponga la necesidad para dichos niños de abandonar todo el territorio de la UE y siempre que dichos hijos estén a cargo de los padres.[858] A su vez, según el TEDH, la vida familiar no implica el derecho a vivir en un país determinado. Por

---

[855] Corte IDH, Opinión Consultiva, *Derechos y garantías de niñas y niños*, para. 280.

[856] *Ibidem*, para. 277.

[857] Capps, Randy *et al.*, "Implications of immigration enforcement activities for the well-being of children in immigrant families. A review of the literature", *Migration Policy Institute and Urban Institute*, 2015.

[858] Este sería el caso cuando ambos padres van a ser expulsados, pero no necesariamente cuando es solo uno el que es expulsado. Véase TJUE, Casos C-34/09, Ruiz Zambrano, 8 de marzo de 2011; C-256/11, Dereci, 15 de noviembre de 2011, para. 68. Véase también: Kroeze, Hester y Van Elsuwege, Peter, "Revisiting Ruiz Zambrano: A never ending story?", *European Journal of Migration and Law*, vol. 23, núm. 1, 2021, pp. 1-12.

ejemplo, en el caso *Omoregie*, el TEDH estableció que la esposa noruega de un ciudadano nigeriano y su hijo, también noruego, no debían tener la expectativa de que, al marido y padre, que estaba en situación irregular, se le permitiera permanecer en Noruega aunque no hubiera cometido ningún delito. El tribunal consideró que no había obstáculos para llevar a cabo la vida familiar fuera en Nigeria o a distancia. Los derechos del niño no merecieron ninguna discusión particular.[859]

En segundo lugar, la Corte IDH entiende el derecho a la vida familiar en un sentido amplio, ya que "no existe un modelo único de familia". Puede interpretarse que otros parientes, o incluso personas que no son realmente miembros de la familia, entren en la definición de familia. De hecho, el Estado está obligado a realizar un análisis caso por caso de la configuración de la unidad familiar del niño.[860]

En tercer lugar, la Corte IDH no discute la situación de los migrantes que puedan haber cometido un delito.[861] Esto significa que los países tienen más margen de maniobra en estos casos, aunque siguen teniendo que sopesar los intereses en conflicto, a saber: la vida familiar y "la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos".[862] En estos casos, el Estado tiene que considerar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida.[863] En algunos países, los delitos graves, como puedan ser los crímenes contra la humanidad, el genocidio o el terrorismo, cierran la puerta a esta opción,[864] aunque otros prohíben la expulsión, incluso en estas circunstancias.[865]

Varios países de América del Sur tienen una legislación que contempla este derecho individual a obtener una residencia cuando la vida familiar y el interés superior del niño están en juego.[866] El resto de los países tendrían

---

[859] TEDH, *Darren Omoregie and Others vs. Norway*, No. 265/07, 31 de julio de 2008. Véase también la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Sorabjee vs. the United Kingdom* (dec.), No. 23938/94, 23 de octubre de 1995 y *Jaramillo vs. the United Kingdom* (dec.), No. 24865/94, 23 de octubre de 1995.

[860] Corte IDH, Opinión Consultiva, *Derechos y Garantías de niñas y niños*, para. 272.

[861] *Ibidem*, para. 271.

[862] *Ibidem*, para. 274.

[863] *Ibidem*, para. 275.

[864] Bolivia, artículo 38, Ley 370 de 2013.

[865] Brasil, artículo 55, Ley 13.445 de 2017.

[866] Argentina, artículos 22 y 61, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 38, Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 55, Ley 13.445 de 2017; Paraguay, artículo 69, Ley 6.984 de 2022; Uruguay, artículo 48, Ley 18.250 de 2008. En Perú, el derecho a regularizarse fue limitado temporalmente durante un periodo determinado en 2017. Véase Perú, Decreto Supremo, núm. 001-2017-IN, 2 de enero de 2017.

que adaptar sus leyes internas para acomodar estos casos,[867] pero, mientras tanto, los tribunales y las administraciones nacionales están obligados a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH para evitar caer en responsabilidad internacional.[868] Por supuesto, los países sudamericanos pueden ampliar el derecho subjetivo a la regularización en casos de vida familiar a los cónyuges, parejas y descendientes.[869]

B. *Un derecho individual a intentar la regularización*

Más allá de la vida familiar, la posibilidad de intentar la regularización se ha materializado como un derecho individual, que ha de verse en paralelo con la obligación correspondiente para el Estado en concreto. Argentina ejemplifica esta dinámica individuo-Estado. El artículo 17 de su Ley de Migraciones establece que el gobierno proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los no nacionales. Una vez constatada la situación irregular de un migrante, la Dirección Nacional de Migraciones está obligada a solicitarle que se regularice y a otorgarle un plazo de entre treinta y sesenta días para hacerlo.[870] Durante este periodo, los inmigrantes pueden invocar una de las categorías del artículo 23 de la ley; por ejemplo, tener una oferta de trabajo. Con su Ley de Migraciones de 2004, Argentina optó por una nueva estrategia, pasando de la lógica de la criminalización y expulsión a la de la legalización e inclusión. Sin embargo, la ley tiene un defecto central: el artículo 29(i) establece que los que entraron clandestinamente en Argentina no tienen derecho a permanecer. En cambio, para acceder al procedimiento de regularización, los migrantes, y no el Estado, deben probar ante la Dirección Nacional de Migraciones que ingresaron al país de manera regular por un control fronterizo habilitado. De no hacerlo, la ley habilita su expulsión. Esto es contrario a los Acuerdos de Residencia del Mercosur, ya que entre los requisitos para obtener una residencia no se exige a los nacionales sudamericanos acreditar el ingreso regular al territorio en que deseen radicar-

867 Artículo 2, CADH, Pacto de San José.

868 Corte IDH, Opinión Consultiva, *Derechos y Garantías de niñas y niños*, para. 31. Véase decisión de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T- 956/13, 19 de diciembre de 2013, para. 27) en donde la Corte obliga a las autoridades a regularizar a un migrante indocumentado con una hija en el país debido al interés superior del niño.

869 Véase, por ejemplo: Argentina, artículos 22 y 61, Ley 25.871 de 2004; Bolivia, artículo 38, Ley 370 de 2013; Brasil artículo 55, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 69, Ley 21.325 de 2021; Paraguay, artículo 69, Ley 6.984 de 2022.

870 Argentina, artículo 61, Ley 25.871 de 2004 y Decreto 616 de 2010.

se.[871] Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha avalado estas expulsiones pese a que las personas cumplían con los requisitos para acceder a una de las categorías previstas en el artículo 23 y, además, eran nacionales del Mercosur.[872]

Un mecanismo similar, que representa claramente un trasplante legal, puede encontrarse en el caso brasileño, con la diferencia de que el periodo para regularizarse es más largo, y la entrada clandestina no impide *per se* la regularización.[873] Otros países prevén el derecho a intentar la regularización como primera opción.[874] La expulsión es posible, como en Argentina, cuando dicho intento no tiene éxito. En otros, no existe un verdadero derecho, pero se habilita la discrecionalidad gubernamental para regularizar a alguien por razones de conveniencia,[875] o simplemente no se menciona.[876] Por último, en algunos Estados, las personas que han sido objeto de tráfico ilícito o de trata pueden también obtener un permiso de residencia.[877]

IV. Discusión

Durante décadas, la aproximación de Sudamérica hacia la migración irregular fue en gran medida restrictiva. Esto alcanzó su punto álgido durante

---

[871] Acosta, Diego y Miguel, Carmen, *Protocolo de Actuación para facilitar el acceso a la justicia a personas en contexto de movilidad humana para defensoras y defensores públicos en Argentina. Diagnóstico final.* Programa EUROsocial, 2021, p. 25.

[872] Acosta, Diego y Odriozola, Ignacio, "Acuerdo de Residencia Mercosur y regularización en Argentina: La ilegalidad de la aplicación del artículo 29 de la ley de migraciones a los nacionales de países de América del Sur", *Revista Anual del Ministerio Público de la Defensa,* núm. 17, 2022, pp. 23-36. Véase también Ceriani, Pablo y Odriozola, Ignacio, "Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas. Educación. CSJN, 'Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM' y 'Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM', 7 de diciembre de 2021", *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, núm. 6, 2022, pp. 37-52.

[873] Brasil, artículo 50, Ley 13.445 de 2017: aquí es de sesenta días, que pueden ser prorrogados por otros sesenta.

[874] Bolivia, artículo 33, Ley 370 de 2013; Ecuador, artículo 118, Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana, Guayaquil, 18 de febrero de 2022; Paraguay, artículos 9, 17 y 65, Ley 6.984 de 2022; Perú, artículo 36, Decreto legislativo 1350 de 2017; Uruguay, artículo 52, Ley 18.250 de 2008.

[875] Colombia, artículo 2.2.1.11.7.10., Decreto 1067 de 2015.

[876] La Ley de Migraciones de 2004 en Venezuela no trata la regularización.

[877] Bolivia, artículo 26(III), Ley 370 de 2013; Brasil, artículo 30, Ley 13.445 de 2017; Chile, artículo 60, Decreto 296 de 2022; Ecuador, artículo 94, Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2022. En Argentina, el artículo 23 (m) del Decreto 616 de 2010 permite la obtención de radicación temporaria por razones humanitarias por ser víctima de trata.

los años setenta y ochenta del siglo XX, cuando varias leyes criminalizaron al extranjero en el contexto de regímenes dictatoriales.[878] La criminalización también permeó (y aún lo hace en algunos aspectos) muchas prácticas administrativas. En cambio, el nuevo siglo ha traído un panorama más complejo, con un acento mucho más fuerte en los derechos de los migrantes indocumentados y en la regularización, aunque con un énfasis continuo y aparentemente contradictorio en la expulsión. Esto suscita algunas preguntas, como, por ejemplo: ¿hasta qué punto es América del Sur única en perspectiva comparada? ¿Cuáles son los factores que explican el cambio de discurso y de políticas en el siglo XXI? A continuación, se ofrecen algunas respuestas a estos interrogantes a través de explicaciones legales, políticas y sociales. En concreto, se discuten el marco jurídico internacional y la discrecionalidad, las políticas de la humillación y la reciprocidad, así como los factores sociales sobre el terreno.

1. *Explicaciones legales*

A. *El marco jurídico internacional*

La jurisprudencia de la Corte IDH ha desempeñado un papel importante. En efecto, la Corte ha establecido un sólido marco normativo sobre el estatus y los derechos de los migrantes indocumentados, que brinda mayor protección que la CMW.[879] El principio de interpretación *pro homine* ha contribuido a situar a los migrantes en el centro del razonamiento de la Corte, con una consideración primordial de ellos como seres humanos y no como extranjeros.[880] Tanto la Comisión como la Corte se han referido a la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes indocumentados.[881] La CIDH también ha subrayado que cualquier infracción del estatus migratorio no debe ser castigada como un delito, ya que "no lesiona bien jurídico fundamental alguno que requiera ser protegido a través

[878] Véase capítulo cuarto, pp. 135-139.

[879] Las opiniones consultivas tienen carácter vinculante. Corte IDH, Opinión Consultiva, *Derechos y Garantías de niñas y niños*, para. 31. Véase también Ferrer Mac-Gregor coincidiendo con esta opinión en "The conventionality control as a core…", *cit.*, p. 329.

[880] Dembour, Marie-Bénédicte, *op. cit.*, p. 302.

[881] Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentado*s; CIDH, Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, para. 64.

del poder punitivo del Estado".[882] La constitucionalización de los derechos humanos mediante la incorporación del derecho internacional público y la jurisprudencia de la Corte IDH en el "bloque de constitucionalidad" a nivel nacional ha permitido a los tribunales nacionales referirse y aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH, contenida tanto en las opiniones consultivas como en las sentencias.[883]

El histórico enfoque de la Corte ha sido criticado por estar alejado de la realidad. Por ejemplo, México, el mismo país que solicitó la Opinión Consultiva 18/03, no contaba en su momento con un régimen jurídico adecuado capaz de aplicar las conclusiones de la Corte.[884] La respuesta de otros países ha sido desigual. De manera ilustrativa se puede señalar que la República Dominicana ha rechazado claramente la interpretación de la Corte, mientras que, por el contrario, Panamá modificó inmediatamente su marco migratorio para adaptarse a algunas de las conclusiones en el caso Vélez Loor.[885]

Sin embargo, el centrarse solo en el cumplimiento de las sentencias al pie de la letra no permite ofrecer una explicación convincente de las formas en que la jurisprudencia de la Corte IDH y, en menor medida, la CMW, afectan al derecho y las prácticas nacionales. Numerosos autores sugieren la necesidad de ir más allá del cumplimiento para entender los efectos normativos del derecho internacional.[886] Simmons, por ejemplo, ha argumentado que el derecho internacional influye en la agenda política, en las decisiones legales y en la propensión de los grupos a movilizarse a nivel nacional.[887] Otros autores se han referido a la importancia de la socialización, entendida

[882] CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, p. 191.

[883] Véase, por ejemplo, el uso por la Corte Constitucional de Colombia de la Opinión Consultiva de la Corte IDH, OC-18/03 en sentencia T-956/13, 19 de diciembre de 2013, para. 18.

[884] Cavallaro, James y Brewer, Stephanie Erin, *op. cit.*

[885] CIDH, comunicado de prensa, "CIDH condena sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana", 6 de noviembre de 2014. El gobierno panameño adoptó el Decreto 3 de 2008, que eliminó el encarcelamiento tras la entrada irregular después de una prohibición de entrada, algo que se imponía desde 1960 mediante el Decreto Ley 16 de 1960.

[886] Howse, Robert y Teitel, Ruti, "Beyond compliance: Rethinking why international law really matters", *Global Policy,* vol. 1, núm. 2, 2010, pp. 127-136; Kingsbury, Benedict, "The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law", *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, 1998, pp. 345-372.

[887] Simmons, Beth A, *Mobilizing for human rights international law in domestic politics*, Cambridge University Press, 2009, p. 114. Véase también Martin, David A, *op. cit.*, p. 554.

como un "proceso general por el que los actores adoptan las creencias y los patrones de comportamiento de la cultura que los rodea".[888] Ambos aspectos están presentes aquí. En primer lugar, el cumplimiento en la región está relacionado con un "conjunto complejo de comportamientos en un plazo más largo",[889] y no con la adopción inmediata al pie de la letra de los instrumentos internacionales. Más bien, estos instrumentos, incluidas las declaraciones no jurídicamente vinculantes de la CSM, son parte de un repertorio jurídico que restringe las opciones legislativas a nivel nacional. De hecho, la mera existencia de una norma, sea o no la misma vinculante, aumenta "los costos políticos de actuar en contra de la norma" y "cierra gran parte del espacio político" para introducir excepciones.[890]

En segundo lugar, esto abre una vía para que diversos actores se dirijan al ámbito internacional con el fin de potenciar la movilización en favor de cambios legislativos a nivel doméstico. Por ejemplo, el informe del CMW de 2015 sobre Perú, el cual incluyó conclusiones y sugerencias bastante críticas, influyó en algunos artículos de la ley que dicho país adoptó en 2015.[891] La comunidad de actores regionales, que incluye a funcionarios gubernamentales, organizaciones internacionales, ONG y académicos,[892] utiliza la socialización de normas como un vehículo que permite presionar en favor de cambios favorables a los derechos de las personas. Algunos de estos actores han participado activamente en los debates de los proyectos legislativos en países como Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú. Por ejemplo, cuando Chile presentó una propuesta restrictiva para una nueva ley de migraciones en 2013,[893] los esfuerzos de varios actores regionales contribuyeron a su no adopción. Por supuesto, el marco jurídico internacional es insuficiente

[888] Goodman, Ryan y Jinks, Derek, "Incomplete internationalization and compliance with human rights law", *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 4, 2008, p. 726. En inglés los autores usan la palabra *acculturation*. Aquí la traducimos como socialización.

[889] Howse, Robert y Teitel, Ruti, *op. cit.*, p. 131.

[890] Martin, David A, *op. cit.*, p. 555.

[891] CMW, observaciones finales sobre el informe inicial del Perú, CMW/C/PER/CO/1, 13 de mayo de 2015, p. 9; Izaguirre *et al.*, "La nueva ley de migraciones en Perú". Se trata del Decreto Legislativo 1236 de 2015 sobre Migraciones, que luego fue sustituido en 2017 por el Decreto Legislativo 1350.

[892] Margheritis, Ana, "Piecemeal regional integration"…, *cit.*; Margheritis, Ana, "Mercosur's post-neoliberal approach to migration: from workers' mobility to regional citizenship", en Cantor, David *et al.* (eds.), *A liberal tide? immigration and asylum law and policy in Latin America*, Londres, University of London, 2015, pp. 57-80.

[893] Chile, proyecto de ley de migraciones, 20 de mayo de 2013.

para explicar el cambio legislativo. La adopción de varias medidas restrictivas por parte del gobierno argentino a finales de 2016 y principios de 2017, a pesar del clamor contra ellas de la CIDH y el Comité contra la Tortura de la ONU, son los mejores ejemplos de estos límites.[894]

B. *Discrecionalidad*

Cuando las normas están establecidas de antemano, son promulgadas públicamente y aplicadas a todos mediante procedimientos formales, se contribuye a la seguridad jurídica y al Estado de derecho. La discrecionalidad, por el contrario, conduce a resultados imprevisibles, desiguales, y, a menudo, injustos. En el caso sudamericano, la discrecionalidad afecta a los ciudadanos regionales,[895] pero, de manera más clara, a los no regionales. Esto es en parte el resultado de procesos históricos, ya analizados en el capítulo cuarto, en los que las burocracias encargadas de la seguridad siguen desempeñando un papel menos entusiasta en su apertura hacia el extranjero. La discrecionalidad también está relacionada con retos más profundos para el Estado de derecho en la región, tales como la ausencia de leyes detalladas, las fallas en su implementación general y en las relaciones jurídicas entre los individuos y las agencias estatales.[896] La amplia discrecionalidad del Ejecutivo no es en absoluto única en Sudamérica,[897] y cuando se combina con la deferencia judicial, asegura "que la toma de decisiones migratorias esté estrechamente asociada al ejercicio del poder soberano".[898]

En lo que respecta a la migración indocumentada, la discrecionalidad ha dado lugar a resultados imprevisibles en la región, aunque no siempre negativos. El ejemplo de las personas haitianas que obtuvieron la residencia permanente en Brasil es un caso paradigmático. Otro ejemplo de que la

[894] Comité contra la Tortura, CAT/C/ARG/CO/5-6, 24 de mayo de 2017; CMW, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina, CMW/C/ARG/CO/2, 11 de septiembre de 2019; Buenos Aires Herald, "IACHR criticises government's 'regressive' immigration policy", 24 de marzo de 2017. El DNU 70/2017 finalmente fue derogado a través del Decreto 138/21 del 4 de marzo de 2021, a través del cual se hizo alusión a las observaciones de los órganos de supervisión referidos.

[895] Véase capítulo séptimo, pp. 248-258.

[896] O'Donnell, Guillermo, "Why the rule of law matters", *Journal of Democracy*, 15, 2004, pp. 32-46.

[897] Dauvergne, por ejemplo, analiza la expansión de la discreción en Canadá, Reino Unido, Australia y Estados Unidos. Dauvergne, Catherine, *The new politics of immigration…, cit.*

[898] Dauvergne, Catherine, "Sovereignty, migration and the rule of law in global times", *Modern Law Review*, vol. 67, núm. 4, 2004, p. 592.

discrecionalidad ha supuesto un beneficio para el individuo fue la decisión de Argentina, de regularizar a dominicanos y senegaleses en 2013, así como a coreanos en 2014, mediante la reinterpretación de algunas de las disposiciones presentes en su ley. Sin embargo, la discrecionalidad también ha tenido consecuencias discutibles. En 2004, Venezuela regularizó y concedió la ciudadanía a unos 450,000 migrantes indocumentados[899] (aunque la cifra no es precisa) en un proceso de dudosa legalidad.[900] En 2015, sin embargo, miles de ciudadanos colombianos fueron expulsados de Venezuela.[901] Esto violó las normas de procedimiento establecidas en el derecho migratorio y constitucional de Venezuela, que fueron totalmente ignoradas. La pregunta clave es si el resultado hubiera sido diferente si Venezuela ya hubiera ratificado la Convención de la ONU de 1990, cosa que solo hizo el 25 de octubre de 2016, así como los Acuerdos de Residencia del Mercosur, o si todavía hubiera estado bajo la jurisdicción de la Corte IDH.[902] Por lo demás, como se verá en el capítulo octavo, la discrecionalidad también ha jugado un papel importante en la regulación del estatuto jurídico de los ciudadanos venezolanos en la región.

2. *Explicaciones políticas*

A. *La política de la humillación*

Las políticas denominadas "de la humillación" han sido expuestas de forma convincente por FitzGerald y Cook-Martin. En su opinión, "cuan-

---

[899] Las cifras exactas nunca se han hecho públicas. Esta estimación está basada en el análisis del propio presidente de entonces y proporcionada por Tobías Schwarz, quien también menciona que alrededor del 85% eran ciudadanos colombianos: véase Schwarz, Tobías, "Regímenes de pertenencia nacional en Venezuela y la República Dominicana contemporáneas", *Tabula Rasa*, núm. 20, 2014, p. 234.

[900] Brewer-Carías, Allan R., *Régimen legal de nacionalidad, ciudadanía y extranjería*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2005.

[901] Esta expulsión masiva se produjo tras un ataque a dos soldados venezolanos en la región fronteriza por parte de miembros de grupos paramilitares ilegales de Colombia. Según entrevistas realizadas por el autor en Bogotá en 2015 con autoridades colombianas, organizaciones internacionales y diferentes ONGs, el número de personas deportadas o que salieron del país se estimó en unas 20.000, incluyendo también a algunos venezolanos naturalizados y miles de residentes regulares. Véase Esthimer, Marissa, "Protecting the forcibly displaced: Latin America's evolving refugee and asylum Framework", *Migration Policy Network*, 2016.

[902] La denuncia de Venezuela de la CADH se hizo efectiva el 10 de septiembre de 2013.

do se prohíbe a los individuos migrar basándose en la forma en que son categorizadas, la reputación colectiva de otros que comparten esa misma categoría se ve afectada".[903] Como se analizó en el capítulo cuarto, los gobiernos latinoamericanos utilizaron el antirracismo y la no discriminación como herramienta de política exterior en la década de 1940, debido a la preocupación de que Estados Unidos pudiera aplicar también políticas de exclusión contra sus nacionales.[904] Una situación similar está vivamente representada por las reacciones a la Directiva de Retorno de la UE, que es la norma que establece el procedimiento para expulsar a los migrantes indocumentados en Europa. De hecho, todos los Estados sudamericanos se apresuraron a acentuar enfáticamente la contribución positiva de sus compatriotas en Europa, a exigir un trato justo y a subrayar la histórica hospitalidad con la que había acogido a los europeos en el pasado.[905] El creciente número de sudamericanos en Europa hizo que los gobiernos prestaran mucha atención a sus necesidades, no solo como compatriotas, sino también como potenciales votantes.[906] Los medios de comunicación de Sudamérica también se hicieron eco de las expulsiones y el maltrato de sus nacionales en el extranjero.[907] En este contexto, el presidente Lula da Silva criticó a Europa y a Estados Unidos cuando adoptó un procedimiento de regularización de migrantes en Brasil en 2009.[908] Esto puede interpretarse no solo como una queja legítima, sino también como una exigencia de reciprocidad.[909] De este modo, los Estados han utilizado una legislación más abierta para expresar sus demandas externas de forma más creíble, así como una forma de estrategia para aparecer internacionalmente como respetuosos de los derechos fundamentales y como parte de una política migratoria moralmente superior y vanguardista.[910]

---

[903] Cook-Martin, David y FitzGerald, David Scott, *op. cit.*, p. 27.

[904] *Ibiem.*, pp. 29 y 30. Véase también 4, pp. 143-146.

[905] Mercosur, Declaración de los Estados del Mercosur ante la Directiva de Retorno de la Unión Europea, Tucumán 1 de julio de 2008; Declaración de la UNASUR sobre la Directiva de Retorno de la Unión Europea, Santiago de Chile, 4 de julio de 2008; Acosta, Diego, "*Latin American reactions to the adoption of the returns directive…", op. cit.*

[906] Margheritis, Ana, *Migration governance across regions…*, *op. cit.*

[907] Braga Martes, Ana Cristina y Goncalves, Oswaldo, "Gestão multicultural dos deslocamentos populacionais", *Política Externa*, vol. 17, núm. 2, 2008, pp. 105-120.

[908] Acosta, Diego y Freier, Luisa Feline, "Turning the immigration policy paradox up- side down?..." *cit,* pp. 668 y 669.

[909] Esto fue reconocido oficialmente por Romeu Tima Junior, Secretario Nacional de Justicia de Brasil en aquel momento. Véase Alfonso, Adriana, *op. cit.,* pp. 43 y 44.

[910] Véase Declaración final IX CSM, Quito, 21-22 de septiembre de 2009, párrafo cinco: "Nuestra voluntad de garantizar a las personas migrantes a lo interno de nuestra región el

Esta crítica hacia las políticas europeas ha tenido consecuencias desiguales. Por ejemplo, España y Portugal, pero no, por ejemplo, Italia, optaron por una aplicación menos estricta de la Directiva de Retorno, así como por la aprobación paralela de ciertas medidas de enfoque de derechos para apaciguar las preocupaciones de los Estados latinoamericanos.[911]

B. *La política de la reciprocidad*

La reciprocidad es otro elemento importante. Este puede considerarse como un principio básico del derecho internacional y como un importante "aspecto del bilateralismo".[912] En algunas ocasiones, ciertas "normas jurídicas tienen la reciprocidad como su premisa normativa y/o funcional fundamental".[913] La reciprocidad bilateral ha contribuido a ampliar la membresía de los nacionales de la región en un proceso que demuestra el fracaso de las políticas restrictivas anteriores.[914] La reciprocidad también ha facilitado la aceptación de los nacionales de países limítrofes y de los miembros de sus familias como parte de la comunidad. Así pues, aceptación y reciprocidad van de la mano. Sin embargo, se puede argumentar que la aceptación suele ir en primer término, y la reciprocidad, en segundo lugar. Esto se ve claramente en el paso del bilateralismo al multilateralismo. Por ejemplo, en 2004 Argentina aceptó la entrada, la residencia y el trabajo de nacionales sudamericanos mucho antes de que ese derecho se extendiera recíprocamente a los argentinos. Del mismo modo, Uruguay concedió la residencia permanente inmediata a todos los nacionales sudamericanos en 2014,[915] sin tener en cuenta que los uruguayos solo disfrutaban de ese be-

disfrute de los mismos derechos que perseguimos para nuestros ciudadanos en los países de tránsito y destino a lo externo de la región en aras del principio de coherencia, igualdad y no discriminación". Véase también Acosta, Diego y Freier, Luisa Feline, "Turning the immigration policy paradox up-side down?...", *cit.*

[911] Acosta, Diego, "Migration and borders in the European Union: The implementation of the returns directive on irregular migrants in Spain and Italy", en Zapata, Ricard (ed.), *Shaping the normative contours of the European Union: A migration-border framework*, Barcelona, CIDOB Foundation Edition, 2010, pp. 81-95.

[912] Parisit, Francesco y Ghei, Nita, "The role of reciprocity in international law", *Cornell International Law Journal*, vol. 36, núm. 1, 2003, p. 120.

[913] Howse, Robert y Teitel, Ruti, *op. cit.*, p. 129.

[914] Véase capítulo tercero.

[915] Argentina, artículo 23, Ley 25.871 de 2004; Uruguay, Ley 19.254, 4 de septiembre de 2014. El procedimiento está establecido en el Decreto 312 de 2015 de Uruguay.

neficio en Brasil.[916] Por su parte, Brasil amplió el Acuerdo de Residencia del Mercosur a los venezolanos en 2017, a pesar de que los brasileños no gozan de ese trato privilegiado en Venezuela.[917] Además, con la excepción del acuerdo de 2003 entre Brasil y Portugal, la reciprocidad solo ha tenido éxito entre los países de la región.[918]

Con los acuerdos de residencia del Mercosur la reciprocidad se traslada del ámbito bilateral al multilateral. Con dichos acuerdos se busca facilitar el acceso a la residencia y terminar con la irregularidad en la región mediante un esfuerzo multilateral. La reciprocidad también se relaciona con prácticas históricas de larga data en materia de libre circulación e igualdad de trato a lo largo de los siglos XIX y XX.[919] Sin embargo, como se verá en el capítulo octavo, la reciprocidad no siempre sirve para resolver desafíos jurídicos como ha sido la llegada de ciudadanos venezolanos.

C. *Política interna*

Los poderes ejecutivos de varios países han desempeñado un papel crucial en el nuevo abordaje de la irregularidad migratoria. La concentración de poder en esta rama del gobierno ha limitado el papel de los parlamentos.[920] Muchas de las medidas que amplían derechos a migrantes indocumentados han sido el resultado de la acción ejecutiva, y no de legislación adoptada por el congreso, como claramente se verá en los procesos de regularización adoptados en favor de nacionales venezolanos.[921] Con distintos niveles de énfasis

[916] Acuerdo entre la República Federal de Brasil y la República Oriental del Uruguay sobre Residencia Permanente con el objetivo de lograr la Libre Circulación de Personas, Brasilia, 9 de julio de 2013.

[917] Brasil, Consejo Nacional de Inmigración, Resolución Normativa 126, 2 de marzo de 2017. Por la cual se extiende el Acuerdo de Residencia del Mercosur no solo a los nacionales de Venezuela, sino también a los de Surinam y Guyana por un periodo de un año, renovable, a partir del 2 de marzo de 2017; Portaria Interministerial MJSP/MRE núm. 19, del 23 de marzo de 2021, *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* (Disposición sobre autorización de residencia a inmigrantes que estén en el territorio brasileño y sea nacional de un país fronterizo donde no esté en vigor el Acuerdo de Residencia para Nacionales de Estados Partes del Mercosur y Países Asociados).

[918] Acuerdo entre la República Federal de Brasil y la República Portuguesa sobre la contratación recíproca de nacionales, 11 de julio de 2003.

[919] Véanse capítulos tercero y cuarto.

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

[921] Véase capítulo octavo.

y compromiso, ha habido una destacada voluntad de situar los derechos humanos, incluidos los derechos de los migrantes, en el centro de la agenda. En Argentina, por ejemplo, esto debe entenderse en el contexto de una mayor cooperación entre organizaciones de la sociedad civil históricamente fuertes, para las que la reforma migratoria era una cuestión prioritaria desde hacía mucho tiempo, y el primer gobierno de Kirchner.[922] Como se ha analizado en el capítulo primero, estos discursos liberales se desarrollaron en el contexto de políticas de emigración y diáspora en fuerte contraposición a la retórica restrictiva prevalente en Estados Unidos y la UE. Si bien el contexto político en el que se han dado estos discursos más liberales coincide con un momento de importante emigración al exterior, sus proclamados valores de universalidad de los derechos de los migrantes y la necesidad de medidas de regularización han retroalimentado los discursos sobre la *inmigración* hacia Sudamérica, por una mera cuestión de coherencia política.[923]

3. *Factores sociales sobre el terreno*

Otro aspecto importante se relaciona con los flujos migratorios en la región, que se componen principalmente de ciudadanos regionales. Los flujos que son bilaterales presentan más opciones de cooperación y coordinación, porque es más fácil imaginar el tipo de incentivos bidireccionales para ambas partes. Esto afecta tanto a la política como a la adopción de tratados. La mayoría de los programas de regularización han afectado en gran medida a migrantes regionales. Por ejemplo, en Argentina, 225,000 nacionales sudamericanos habían regularizado su estadía en 2010 a través del programa *Patria Grande*, mientras que solo 11,000 migrantes extrarregionales se beneficiaron de un procedimiento similar en 2004.[924] En su regularización de 2008, Chile otorgó residencia a 50,000 personas, de los cuales el 90% procedía de cuatro países de Sudamérica (Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia).[925] Incluso en Brasil, que sigue siendo el país con menos migrantes regionales como porcentaje del número total de extranjeros en su

[922] Acosta, Diego y Freier, Luisa Feline, "Turning the immigration policy paradox up-side down?...", *cit,* pp. 667-669; Ceriani, Pablo y Morales, Diego, *op. cit.*

[923] Véase capítulo primero, p. 36.

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

[925] Martínez Pizarro *et al.*, "Políticas públicas sobre migraciones…", *op. cit.*, p. 183.

población,[926] el procedimiento de regularización de 2009 concedió el estatus regular a unos 42,000 residentes, de los cuales alrededor del 65% eran ciudadanos de países limítrofes.[927] Cuando los países han adoptado programas dirigidos a migrantes extrarregionales, el número de beneficiarios ha sido muy reducido (excepto en el caso de nacionales haitianos en Brasil) y, por tanto, más fácil de llevar a cabo y legitimar.[928]

V. Conclusión

En algunos aspectos, los países sudamericanos comparten un enfoque diferente en cuanto a la regulación de la migración irregular. Este enfoque regional ha contribuido a que podamos observar numerosos ejemplos de trasplantes legales entre los diferentes Estados. El acceso a determinados derechos, tales como la asistencia sanitaria, o el papel limitado que desempeña la detención, son ejemplos notables de una tendencia más liberal. No obstante, el aspecto más importante que está surgiendo es el énfasis en la regularización.

Hay una distinción conceptual que prevalece en el contexto europeo y estadounidense, y que a menudo pasa desapercibida. Cuando evaluamos la regularización, podemos pensar en ella de dos maneras. En primer lugar, puede considerarse como un derecho procesal. Según esta interpretación, el individuo que se encuentra físicamente en el país y que es aprehendido por encontrarse en situación irregular debe tener, antes de ser expulsado, una oportunidad de regularizar su situación con arreglo a las normas sustantivas de migración existentes. Esto es habitual en varios países, como queda claro si analizamos las leyes que regulan el procedimiento de asilo. La persona entra sin autorización, pero luego adquiere un derecho procesal a regularizarse en Estados Unidos o en la UE si puede demostrar un temor fundado a regresar a su país de origen. La ley no permite al gobierno expulsar a la persona antes de que se tramite dicha solicitud.[929] Como observa Dauverg-

---

[926] En Brasil, las cifras disponibles, que abarcan el periodo comprendido entre 2011 y 2022, revelan que el 49,45% de los migrantes provienen de la región. Los datos fueron obtenidos a partir de la información disponible en el Sistema de Registro Nacional Migratório (SISMIGRA), disponible en: *https://servicos.dpf.gov.br/sismigra-internet/home.seam*

[927] Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC), *Brasil informe sobre a legislação migratória e a realidade dos imigrantes,* San Paulo, CDHIC, 2011.

[928] Por ejemplo, 400 haitianos y 650 cubanos en 2010 en Ecuador, 1,500 senegaleses y 6,000 dominicanos en Argentina en 2014, y 300 ganeses en Brasil en 2016.

[929] Véase, por ejemplo, en el contexto de la UE: Caso C-534/11, Arslan, 30 de mayo de 2013.

ne, "la disposición de no devolución se traduce en un derecho efectivo a permanecer en el Estado de acogida".[930]

Las nuevas políticas de algunos Estados sudamericanos reflejan, en general, esta idea. Cualquier persona detenida por las autoridades migratorias debe tener un derecho procesal a solicitar la regularización con arreglo a las leyes sustantivas antes de su expulsión. En Estados Unidos y en la UE, el hecho de que el individuo tenga un derecho procesal tiende a depender en gran medida de la forma en que se lleve a cabo la aplicación de la ley. Por ejemplo, si la persona se encuentra ante un tribunal, este puede suspender su expulsión si está casado con un nacional.[931] El problema es que, *de facto*, el resultado de este proceso depende en gran medida del contexto de aplicación. De hecho, no es inhabitual que los extranjeros sean expulsados sin ningún proceso previo. Por tanto, las nuevas leyes en algunos Estados sudamericanos buscan extender a los migrantes irregulares una práctica que ya existe *de iure* en el contexto de los refugiados.

La segunda forma de conceptualizar la regularización es considerarla como un derecho sustantivo. Esto supondría modificar las categorías migratorias actuales añadiendo otras nuevas. Esto va más allá de un derecho procesal. Los acuerdos de residencia del Mercosur puede considerarse un caso intermedio entre un derecho sustantivo y uno de procedimiento. Bajo el enfoque procedimental, el Estado no realiza ningún cambio en los criterios sustantivos para residir en el país. Cualquier individuo dentro de cualquier categoría tiene la oportunidad de solicitar la regularización en cualquier momento, independientemente de su situación irregular. En cambio, con el enfoque sustantivo, el Estado toma a un grupo de personas que no encajan en ninguna categoría y las regulariza de todos modos. Estos criterios no existían antes en la ley, sino que se introducen precisamente con el fin de la regularización. Esto fue precisamente lo que ocurrió con los acuerdos de residencia del Mercosur, que crearon nuevas categorías con derecho de estadía en los países firmantes.

Sin embargo, el mejor ejemplo de las contradicciones aún presentes en el contexto sudamericano es el hecho de que, en virtud de los propios Acuerdos Mercosur, los migrantes regionales pueden volver a caer en la irregularidad.[932] Es decir, prácticas y cláusulas restrictivas coexisten con en-

[930] Dauvergne, Catherine, "Sovereignty, migration…", *op. cit.,* p. 596.

[931] Esto no está garantizado en el contexto europeo, donde el TEDH ha dictaminado en varias ocasiones que la vida familiar en caso de matrimonio también puede llevarse a cabo en el país de origen del no nacional. Véase, por ejemplo, Caso *Antwi contra Noruega*, Demanda no. 26940/10, 14 de febrero de 2012.

[932] Véase capítulo séptimo, pp. 265-267.

foques innovadores.[933] El discurso liberal aún no se ha abierto paso en la legislación de todos los países, lo que ha llevado a algunos autores a discutir la *crimmigration* en contextos sudamericanos.[934] En 2016, tanto Colombia como Ecuador expulsaron a personas cubanas sin ninguna discusión sobre su posible regularización. En el primero, según algunos datos, el número de migrantes no autorizados deportados fue de 34,000 solo en 2016.[935] Mención aparte merece el caso de los nacionales venezolanos, como se verá en el capítulo octavo.

Los procesos de regularización rememoran los debates que tuvieron lugar durante los siglos XIX y XX. Se favorece claramente al ciudadano regional a través de mecanismos de reciprocidad basados en experiencias históricas compartidas, pero también en las expectativas de un mayor control de quienes residen en el territorio.[936] Al mismo tiempo, al igual que durante los siglos XIX y XX, se aplica un enfoque de apertura segmentada privilegiándose a algunos migrantes extracontinentales.[937] Los que proceden de países occidentales ricos, es decir, los que no necesitan visado, son claramente favorecidos. En cambio, los africanos, asiáticos y caribeños, aunque se han beneficiado de procesos de regularización generales o *ad hoc*, siguen siendo considerados extranjeros de segunda clase. Las respuestas restrictivas selectivas a la reciente inmigración sur-sur extracontinental pueden explicarse en parte por la esquizofrénica opinión pública, que en teoría acoge con satisfacción la liberalización de la política migratoria, pero rechaza a los migrantes considerados pobres y étnicamente "no deseados". El enfoque de América del Sur trastoca los pilares de la regulación de la inmigración indocumentada al dar prioridad a la regularización en detrimento de la

933 Véase, por ejemplo, los problemas en la implementación del programa *Patria Grande* en Argentina en Ceriani, Pablo y Morales, Diego, *op. cit.*

934 Zago de Moraes, Ana Luisa, *op. cit.*

935 Carvajal, Dayra, "As Colombia emerges from decades of war, migration challenges mount", *Migration Policy Institute*, abril 2017.

936 Véase capítulo séptimo. Véanse, por ejemplo, los argumentos del Documento Marco de Política Migratoria de Uruguay de 2016, en particular en la p. 27, donde se argumenta que la regularización es preferible para ordenar los flujos migratorios, mejorar el control y la seguridad del Estado, y debido a la vulnerabilidad y el acceso limitado a los derechos en que pueden encontrarse los migrantes en situación irregular. Este tipo de razonamiento ha resultado útil para convencer a los Ministerios del Interior de Sudamérica sobre la conveniencia de llevar a cabo procedimientos de regularización.

937 Organización de los Estados Americanos, *Irregular migration flows to the Americas from Africa, Asia, and the Caribbean*, Washington, D. C., OAS, 2017. Tomo prestada la expresión "enfoque de apertura segmentada" de Ramírez, Jacques, "Del aperturismo segmentado al control migratorio", *cit.*

expulsión. Sin embargo, para que dicho enfoque sea verdaderamente revolucionario, un derecho procesal y sustantivo a la regularización tendría que aplicarse de forma no discriminatoria, sin distinguir entre los que siempre entran regularmente gracias a la exención de visado, y los que necesitan visado.[938] También se deberían resolver los problemas de implementación que siguen existiendo en la aplicación de un derecho procesal a la regularización en aquellos países que lo contemplan en sus legislaciones.[939]

[938] Brasil ha adoptado un procedimiento que no impide la regularización por entrada irregular, por lo que no discrimina entre los que necesitan visado y los que están exentos de él: véase Brasil, artículo 50, Ley 13.445 de 2017 y artículo 176, Decreto 9.199, Reglamento de la Ley 13.445, 20 de noviembre de 2017.

[939] Véase, por ejemplo, los desafíos de regularizar a migrantes haitianos en Argentina y otros países: OIM e IPPDH, *Diagnóstico regional sobre Migración Haitiana*, Buenos Aires, OIM e IPPDH, 2017, p. 119.