

## Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana

En los últimos años se han escuchado en América Latina fuertes críticas hacia las políticas migratorias restrictivas de los países del Norte, especialmente en ocasión de la aprobación de la Directiva de Retorno de la Unión Europea o de los abusos cometidos en los estados fronterizos del sur de Estados Unidos. Sin embargo, el análisis de la legislación migratoria latinoamericana y caribeña muestra un escenario en el que las iniciativas reformistas conviven con normas que criminalizan la migración irregular. Los cambios más alentadores se han producido en Argentina, Uruguay y Ecuador, mientras que el caso chileno, entre otros, deja en evidencia la herencia del periodo dictatorial y la Doctrina de Seguridad Nacional.

**PABLO CERIANI CERNADAS**

### ■ Críticas al Norte y políticas migratorias: ¿hacia una mayor coherencia?

En agosto de 2010, 72 migrantes de diversos países latinoamericanos fueron asesinados en Tamaulipas, México, presuntamente por sicarios del crimen organizado. Como la amplia mayoría de los más de 200 millones de migrantes que existen en todo el mundo, esas personas abandonaron sus hogares en

---

**Pablo Ceriani Cernadas:** abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y doctorando en Derechos Humanos y Políticas Migratorias en la Universidad de Valencia. Es profesor de Migración y Derechos Humanos en la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA), en la Facultad de Derecho y en la Maestría en Políticas Migratorias de la UBA. Coordina el Programa Migración y Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la UNLA.

**Palabras claves:** migración, legislación migratoria, ciudadanía, criminalización, América Latina y el Caribe.

busca de trabajo, educación, mejores condiciones socioeconómicas o reunificación familiar, o bien huían de situaciones de violencia, abusos y políticas excluyentes. Tal vez pocos casos como la historia individual y el final común de esas personas reflejen con tanta nitidez la complejidad de los factores asociados a la migración, especialmente la irregular<sup>1</sup>. Al mismo tiempo, quizás pocos ejemplos ilustren con tanta brutalidad la alarmante situación que pueden vivir los migrantes en los países de América Latina y el Caribe, víctimas de unos niveles de violencia que difícilmente puedan hallarse en otras partes del mundo.

El incremento de las migraciones de latinoamericanos y caribeños hacia Estados Unidos y la Unión Europea fue generado, entre otros factores, por el impacto de planes de ajuste estructural y otras medidas políticas implementadas en la región en las dos últimas décadas del siglo xx. Esa migración se produjo mayoritariamente por vías informales e irregulares, debido a los escasos mecanismos que permiten migrar de manera regular, como los previstos en casos de reunificación familiar o cuando existe un contrato de trabajo.

En forma contemporánea a este fenómeno, y más aún en los años posteriores, la respuesta de los países de destino ha sido crecientemente restrictiva y caracterizada por el aumento de los dispositivos de control y sanción, así como por el recorte de derechos humanos con base en la nacionalidad o la condición migratoria de las personas. Precisamente en este contexto los países de América Latina y el Caribe comenzaron a cuestionar esas políticas con mayor énfasis y continuidad, tanto por iniciativa propia como en virtud de la creciente demanda de sus nacionales en el exterior y de las organizaciones de la sociedad civil. En esta disputa, la Directiva de Retorno de la UE fue la que recibió mayores críticas desde este lado del Atlántico: se destacaban los derechos que vulneraba y la falta de voluntad para abordar las causas de la migración<sup>2</sup>.

En esta misma dirección, los Estados sudamericanos advirtieron sobre la necesidad de adoptar medidas para cumplir los compromisos internacionales en materia de derechos de los migrantes<sup>3</sup>. Por su lado, en el ámbito de

---

1. Las razones que llevaron a migrar a esas 72 personas se detallan en <<http://72migrantes.com>>.

2. Sobre las reacciones contra la Directiva, v. Laura Gianelli: «Análisis de la Directiva de Retorno de la Unión Europea», VIII Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Montevideo, septiembre de 2008.

3. Declaración de la IX Conferencia Sudamericana de Migraciones, Quito, 22 de septiembre de 2009. En esta conferencia, iniciada en 2000, participan todos los Estados de Sudamérica.

la Conferencia Regional de Migración (CRM), conocida como Proceso Puebla<sup>4</sup>, el Plan de Acción adoptado en 2009 incluyó la protección de los derechos humanos como uno de los tres ejes estratégicos que deben guiar los objetivos y las acciones de los Estados.

Ahora bien, en el plano de las políticas migratorias de los países de la región pueden observarse cambios que se acercan o van en la dirección del discurso regional. Sin embargo, también es posible identificar una serie de mecanismos (normativos y operativos) que, más bien, se asimilan al enfoque restrictivo que se cuestiona en países de otras latitudes. Por ello, resulta especialmente relevante el compromiso de los gobiernos de Sudamérica de asegurar los derechos de los nacionales que residen en otras regiones, en aras de los principios de coherencia, igualdad y no discriminación<sup>5</sup>.

Es preciso destacar que América Latina y el Caribe se caracterizan por su triple condición de área de tránsito, origen y destino de migrantes. Si bien la emigración hacia EEUU desde México y Centroamérica es de larga data, en las últimas décadas se han ido incorporando flujos desde el Caribe y Sudamérica. Y más recientemente, migrantes asiáticos y africanos se han sumado a la ruta hacia el Norte. A su vez, ciertos países latinoamericanos reciben un creciente número de migrantes de países limítrofes, como es el caso de los colombianos que migran a Ecuador o los hondureños que se establecen en El Salvador. Las migraciones dentro de la región se han intensificado, como la boliviana hacia Chile, la haitiana hacia Bahamas y la nicaragüense a Costa Rica. Sin agotar la diversidad de los flujos en la región, este cuadro se complementa con contingentes de migrantes africanos, de Europa del Este y Asia hacia Argentina<sup>6</sup>.

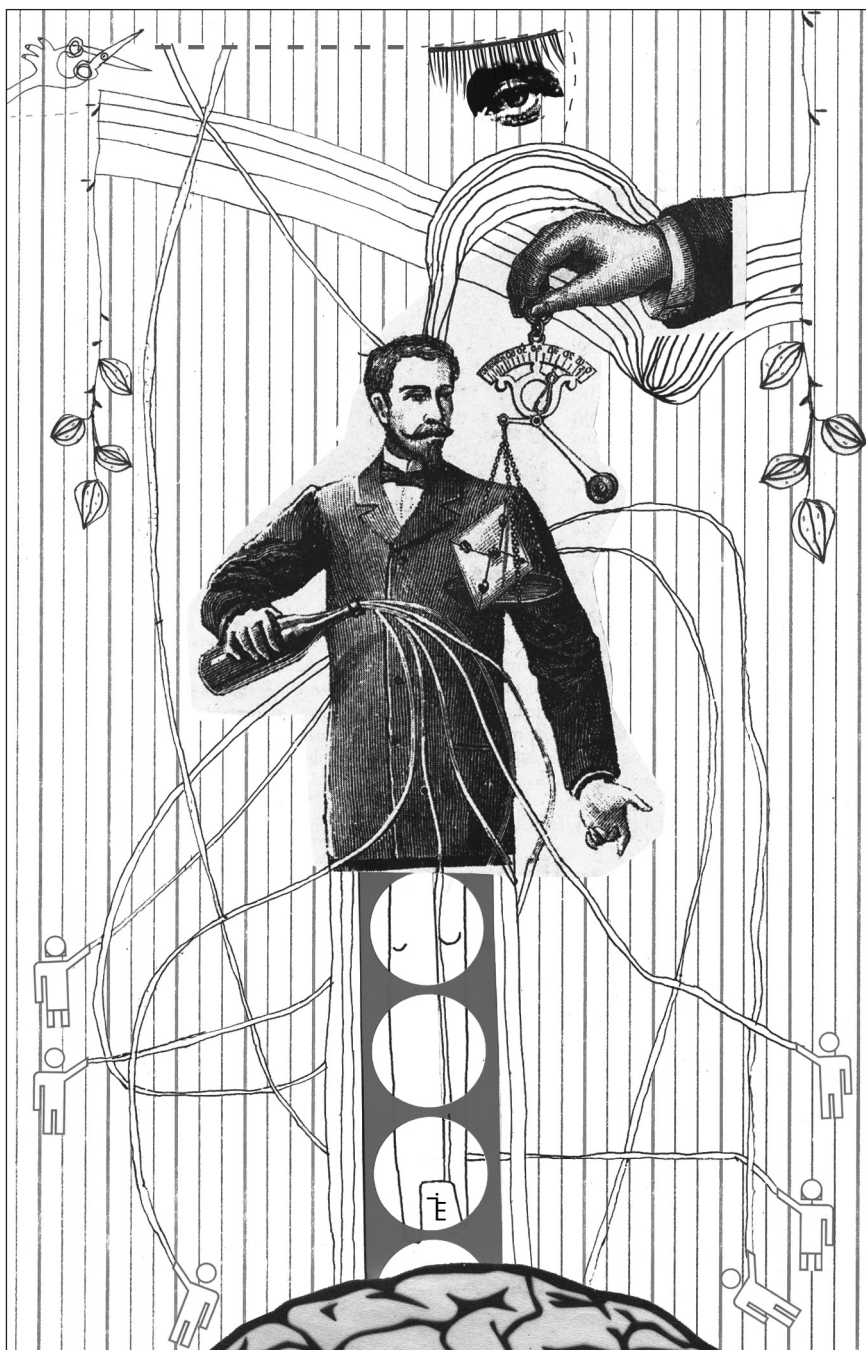
En este contexto, las líneas que siguen procuran describir en qué etapa nos encontramos en esa búsqueda de coherencia. Dicho de otro modo, en qué medida es posible afirmar que las políticas migratorias de la región difieren de las aplicadas en los países del Norte. El análisis sobre la realidad que viven día a día los migrantes, en especial mediante un estudio de las leyes migratorias en América Latina y el Caribe, nos permitirá esbozar algunas ideas y respuestas para orientar un debate que, sin duda, requiere un espacio, un

---

4. La CRM, creada en 1996, está integrada por Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

5. Declaración de la IX Conferencia Sudamericana de Migraciones, Quito, 2009.

6. Para una descripción más exhaustiva, v. Cepal: *América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Cepal, Santiago de Chile, 2008, disponible en < [www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/34889/P34889.xml&xsl=/celade/tpl/p9f.xsl&base=/celade/tpl/top-bottom.xsl](http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/9/34889/P34889.xml&xsl=/celade/tpl/p9f.xsl&base=/celade/tpl/top-bottom.xsl)>.



tiempo y una multiplicidad de actores y perspectivas que exceden largamente lo expuesto en estas páginas.

■ **Migrantes y derechos: realidades complejas, desafíos de corto y largo plazo**

En paralelo a los múltiples desafíos en términos de derechos y condiciones de vida de los migrantes que transitan por Centroamérica y México hacia EEUU, la migración intrarregional también enfrenta riesgos, dificultades y atropellos, provenientes tanto de los Estados como de actores no estatales. Sin pretender agotar la diversidad de los fenómenos de movilidad en la región y sus complejidades, existen situaciones específicas que representan importantes retos, en especial para los derechos de las personas, como la migración haitiana a República Dominicana y otros países del Caribe o el desplazamiento de colombianos hacia el sur como consecuencia del conflicto armado.

**Las políticas migratorias de la mayoría de los países de la región siguen guiándose por la llamada «visión instrumental», que define la inmigración «deseada» de acuerdo con intereses y necesidades del país de destino ■**

En cuanto a las políticas y la realidad concreta que experimentan los migrantes, el panorama es muy complejo, aunque lentamente se han ido diseñando marcos normativos y políticas que intentan modificar este escenario. No obstante, las políticas migratorias de la mayoría de los países de la región siguen guiándose por la llamada «visión instrumental». Como señala Javier

De Lucas, la política es definida por un criterio esencialmente utilitarista, que define la inmigración «deseada» de acuerdo con intereses y necesidades del país de destino (más bien, de ciertos actores económicos). Al ser diseñada de manera unilateral y desde una lógica nacional –no regional ni global– resulta no solo ineficaz, en virtud de su negación de la complejidad del fenómeno migratorio y de los factores que moldean los flujos migratorios (regulares e irregulares), sino también ilegítima, al generar la violación de derechos fundamentales<sup>7</sup>.

Esta lógica instrumental se complementa –e intenta asegurar– mediante los mecanismos de control migratorio, que permiten seleccionar quiénes ingresan y permanecen en el país así como expulsar a quienes no se ajusten a esos

Esta lógica instrumental se complementa –e intenta asegurar– mediante los mecanismos de control migratorio, que permiten seleccionar quiénes ingresan y permanecen en el país así como expulsar a quienes no se ajusten a esos

7. «Globalización, migraciones y derechos humanos. La inmigración, como res política», Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho N<sup>o</sup> 10, Universidad de Valencia, 2004.

criterios. En este aspecto, las políticas vigentes en diversos países de la región evidencian prácticas como privación de libertad y deportaciones arbitrarias, contrarias a tratados internacionales de derechos humanos e incluso –en algunos casos– a la propia legislación migratoria vigente<sup>8</sup>. En ocasiones es el marco normativo el que legitima esas actuaciones ilegítimas, pero informes nacionales y regionales describen cómo, aun cuando el marco normativo no lo prevea, los migrantes se ven excluidos o sometidos a restricciones arbitrarias para acceder a derechos fundamentales como la salud y la educación, tanto en razón de su nacionalidad como de su condición migratoria. En este aspecto, numerosos informes elaborados por organismos públicos, organizaciones sociales e investigaciones académicas dejan ver los problemas que las personas migrantes deben enfrentar para acceder a los derechos sociales<sup>9</sup>. La afectación de derechos sociales como alimentación y salud también se produce con especial intensidad en el contexto de detención por infracciones migratorias<sup>10</sup>.

En cualquier caso, la descripción integral y detallada de los principales aspectos y desafíos que configuran la realidad de los migrantes y las políticas migratorias excedería largamente la extensión de este trabajo e impediría la evaluación del marco normativo, uno de los temas centrales a abordar. Pese a esas limitaciones, resulta oportuno mencionar algunos problemas que se identifican con diversa intensidad en varios países de la región:

- enfoques y discursos excluyentes que se apoyan en una idea de soberanía nacional desfasada, que es incluso contradictoria con aperturas efectuadas en el plano económico y comercial que han generado mayor pobreza y emigración<sup>11</sup>;
- invisibilización de la niñez y la perspectiva de género en las políticas migratorias;

---

8. Al respecto, v. los informes de organizaciones de la sociedad civil de Argentina, Chile, Ecuador, Guatemala y México, presentados durante 2010 y 2011 ante el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familiares, en <[www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/sessions.htm)>; v. tb. Catholic Relief Services: *Niñez migrante: Detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados*, CRS, Baltimore, enero de 2010, disponible en <[www.crsprogramquality.org/storage/peacebuilding/LACRO%20Migration-SPANISH.pdf](http://www.crsprogramquality.org/storage/peacebuilding/LACRO%20Migration-SPANISH.pdf)>.

9. Ver Defensoría de los Habitantes de Costa Rica: *Informe anual de labores 2009-2010*, San José de Costa Rica, junio de 2010, pp. 21-23, 155, 191-192; Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales: *Informes Anuales sobre Derechos Humanos en Chile*, capítulo sobre migrantes, Santiago de Chile, 2006-2010.

10. Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova et al.: *La crisis de derechos humanos en la frontera sur de México*, Tapachula, 2008, disponible en <[www.dplf.org/uploads/1221486169.pdf](http://www.dplf.org/uploads/1221486169.pdf)>; Amnistía Internacional: *The Bahamas: Forgotten Detainees? Human Rights in Detention in the Bahamas*, AMR Index 14/005/2003, 30/9/2003; Costa Rica, Sala Constitucional de la Corte Suprema, N<sup>o</sup> 14023-04 y 12930-03.

11. V. al respecto Juan Manuel Sandoval: «La migración laboral mexicana frente al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)» en *Gaceta Laboral* vol. 6 N<sup>o</sup> 1, 4/2000.

- uso de eufemismos para aludir a ciertos mecanismos de control migratorio, lo cual usualmente intenta legitimar el desconocimiento de garantías básicas de debido proceso<sup>12</sup>;
- enfoque «securitario» de la política migratoria, entendiendo la migración como un problema antes que como la consecuencia de procesos estructurales de exclusión y como una oportunidad y un factor de desarrollo económico, social y cultural para los países de destino;
- conflictos bilaterales que complejizan el abordaje del fenómeno migratorio y refuerzan discursos y posiciones xenófobas que se amparan en supuestas nociones de patriotismo;
- ausencia de políticas de integración social de la migración en los países de destino;
- mecanismos débiles de protección y asistencia consular, en particular desde un enfoque de derechos<sup>13</sup>;
- uso electoral o político de la inmigración, mediante posiciones xenófobas apoyadas en mitos y prejuicios difundidos por actores políticos, medios de comunicación y otros formadores de opinión<sup>14</sup>.

Ahora bien, en este mismo contexto puede identificarse cada vez con mayor nitidez, particularmente en la última década, una tendencia que procura colocar

**En este mismo contexto  
puede identificarse  
cada vez con mayor  
nitidez, particularmente  
en la última década, una  
tendencia que procura  
colocar a la persona  
migrante y sus derechos  
en el centro de las  
políticas migratorias ■**

a la persona migrante y sus derechos en el centro de las políticas migratorias. Algunos de estos cambios se han procesado en los marcos normativos. Otros se reflejan en los posicionamientos y compromisos asumidos por los países latinoamericanos y caribeños en cumbres regionales y subregionales así como a escala mundial, por ejemplo en el Foro Global de Migración y Desarrollo.

Por su parte, los programas de regularización migratoria que implementaron numerosos países en los últimos años y con

---

12. Por ejemplo, denominar «alojamiento», «retención» o «aseguramiento» a medidas privativas de la libertad; o referirse a la «repatriación» cuando se trata de mecanismos de expulsión o deportación.

13. Al respecto, es interesante destacar que Honduras, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana acordaron recientemente la creación de una red de protección de los derechos humanos de los migrantes, durante un encuentro regional celebrado en Tegucigalpa en febrero de 2011.

14. Abundan los ejemplos de esta situación en países como Argentina, Chile, Costa Rica o República Dominicana, entre otros.

diferente alcance han significado, por un lado, un mejoramiento en las condiciones de permanencia de las personas migrantes, y por el otro, un cambio relativo respecto de un enfoque basado en criterios de residencia restrictivos y en la existencia de mecanismos de deportación<sup>15</sup>. A su vez, es importante resaltar la progresiva inclusión de la temática migratoria en diferentes organismos públicos de derechos humanos, como las defensorías del pueblo o las secretarías de derechos humanos.

Finalmente, en la misma dirección, cabe mencionar la progresiva participación de las entidades de la sociedad civil por los derechos de los migrantes. Ante esta creciente demanda social, los Estados han abierto diferentes canales de diálogo y debates políticos con el objetivo de implementar modificaciones en la política migratoria. Aunque el alcance de estos procesos de diálogo varía entre los diferentes países, al igual que la voluntad de los gobiernos, estas iniciativas son una oportunidad para la incidencia en la adopción de políticas públicas legítimas, eficaces y, sobre todo, apoyadas en los derechos de las personas. Algunos cambios normativos impulsados recientemente en la región reflejan los efectos positivos derivados de una interlocución genuina, amplia y democrática con la sociedad civil.

### ■ **Leyes migratorias: avances, problemas y cuestiones pendientes**

En otra oportunidad señalábamos que era posible realizar una tipología de la legislación migratoria de la región desde la perspectiva del grado de reconocimiento de derechos humanos de las personas migrantes<sup>16</sup>. En este sentido se identifica, por un lado, la vigencia de marcos normativos que fueron diseñados por dictaduras militares décadas atrás, cuando la Doctrina de Seguridad Nacional se vio reflejada, también, en la regulación de la inmigración. Y por el otro, se encuentran los países que han modificado la ley migratoria recientemente, aunque estos representan un conjunto heterogéneo en cuanto al contenido, la orientación y el alcance de las reformas. A esta clasificación cabría agregarle un grupo de países que actualmente se encuentran en un proceso político dirigido a redactar y aprobar una nueva ley sobre migración.

---

15. Desde 2004 en adelante, al menos en Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México, Panamá y Venezuela se implementaron planes de regularización migratoria.

16. Pablo Asa y P. Ceriani Cernadas: «Migrantes, derechos sociales y políticas públicas en América Latina y el Caribe: la universalidad en juego» en AAVV: *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010.



Entre los países que impulsaron reformas progresistas de su marco legal está Argentina, que derogó en 2004 una norma impuesta por la dictadura militar en 1981 y sancionó una nueva ley que introduce el enfoque de derechos humanos como una de sus líneas directrices medulares<sup>17</sup>. En 2008, Uruguay efectuó una reforma que sigue lineamientos similares a la aprobada en Argentina<sup>18</sup>. En ambos casos, el cambio legislativo fue, en buena medida, una respuesta a demandas permanentes de una red heterogénea de organizaciones de la sociedad civil, integrada por organismos de derechos humanos, instituciones vinculadas a iglesias cristianas (católica y protestantes), académicos, organizaciones de migrantes y sindicatos, entre otros<sup>19</sup>. Ecuador, por su parte, y bajo la coordinación de la Secretaría Nacional del Migrante (Senami), está formulando un proyecto destinado a adecuar el marco normativo migratorio a la nueva Constitución.

Costa Rica, Panamá y recientemente Nicaragua también han aprobado nuevas leyes migratorias. Estas reformas presentan aspectos positivos y negativos, como se examinará luego. Por su parte, en 2008 México aprobó una reforma parcial de su Ley General de Población, reclamada insistentemente por organizaciones sociales y organismos internacionales, que puso fin a la criminalización de la migración irregular, hasta entonces considerada un delito. Y a fines de 2010 fue presentada una propuesta de ley inmigratoria ante el Congreso que derogaría la ley vigente, manifiestamente desfasada y gravemente restrictiva<sup>20</sup>. El proyecto, aún en debate en el seno del Poder Legislativo, presenta algunas modificaciones positivas respecto de la ley actual aunque también ha recibido diversas críticas por parte de las organizaciones de la sociedad civil<sup>21</sup>.

En algunos países se modificó, incluso, el marco constitucional referido a la inmigración. Aquí se presentan dos cambios claramente opuestos. Por un lado, la nueva Constitución de Ecuador (2008) introduce la temática de la movilidad humana y reconoce de manera expresa los derechos de las personas migrantes, con independencia de su condición migratoria. En tanto

---

17. Ley 25.871, promulgada el 20 de enero de 2004.

18. Ley 18.250, publicada el 17 de enero de 2008.

19. Para un análisis de la participación de la sociedad civil en este proceso, v. Violeta Correa: «La nueva Ley de Migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil» en Rubén Giustiniani (comp.): *Migración: un derecho humano*, Prometeo, Buenos Aires, 2004; y Eduardo Domenech: «La ciudadanía de la política migratoria en la región sudamericana: vicisitudes de la agenda global» en Susana Novick (ed.): *Las migraciones en América Latina. Políticas, culturas y estrategias*, Clacso, Buenos Aires, 2008.

20. Ley General de Población, del 7 de enero de 1974.

21. «Opiniones preliminares del Grupo de Trabajo sobre Legislación y Política Migratoria en torno a la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Migración», boletín de prensa, México, DF, 27 de enero de 2011.

que la República Dominicana reformó su Constitución, incluyendo una restricción que afecta negativamente a los migrantes en situación irregular y, en particular, a sus hijos nacidos allí<sup>22</sup>.

En otra situación están los países que se encuentran desarrollando procesos de diálogo y discusión con el objetivo de aprobar una nueva ley de migraciones. En este sentido, Bolivia creó en 2010 una mesa interinstitucional, coordinada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, con la finalidad de diseñar una política migratoria (emigración e inmigración) que se adecue a la realidad del país y a los compromisos de derechos humanos. Esto incluye la elaboración de un nuevo marco legal.

Finalmente, como ya se adelantó, una serie de países aún mantiene en vigor «leyes» migratorias impuestas por gobiernos dictatoriales. El caso más significativo es el de Chile, donde aún rige un decreto de Pinochet del año 1975<sup>23</sup>. La

legislación de Brasil<sup>24</sup> también corresponde a periodos dictatoriales, sin perjuicio de parciales reformas efectuadas con posterioridad. Hasta hace poco tiempo, en Argentina y Panamá<sup>25</sup> las personas migrantes estaban sujetas a normas impregnadas de la Doctrina de Seguridad Nacional. Por último, en la misma situación se encuentran marcos legales desfasados en el tiempo y de la realidad migratoria del país y la región, así como fuertemente restrictivos y discriminatorios, como sucede en varios países del Caribe<sup>26</sup>.

**Una serie de países aún mantiene en vigor «leyes» migratorias impuestas por gobiernos dictatoriales. El caso más significativo es el de Chile, donde aún rige un decreto de Pinochet del año 1975 ■**

### ■ Condiciones de ingreso y acceso a la residencia

Examinar los criterios y requisitos que las leyes sobre inmigración establecen para conceder un permiso de ingreso, residencia o trabajo a personas

22. La reforma, promulgada el 26 de enero de 2010, incluyó una excepción al reconocimiento de la nacionalidad vía *ius soli* (por nacimiento en el territorio), en el caso «de los hijos e hijas de extranjeros que (...) residen ilegalmente en territorio dominicano» (art. 18).

23. Decreto 1094, Normas sobre Extranjeros en Chile, del 14 de julio de 1975.

24. Ley Migratoria 6.815, del 19 de agosto de 1980.

25. En Argentina, la ley 22.439 rigió desde 1981 hasta 2003 (es decir, durante dos décadas de democracia estuvo vigente la lógica impuesta por la dictadura militar). En Panamá, la legislación anterior estuvo vigente desde 1960 hasta 2008.

26. V., por ejemplo: Antigua y Barbuda, Immigration and Passport Act (1946); Bahamas, Immigration Act (1967); Barbados, Immigration Act (1976); Jamaica, The Aliens Act (1946); Trinidad y Tobago, Immigration Act (1949).

de nacionalidad extranjera es particularmente relevante para identificar los objetivos y las prioridades de una política migratoria. Así, tanto las categorías de residencia (trabajo, familia, estudios, etc.) como los requisitos exigidos para cada una de ellas y la implementación de la normativa por el organismo competente son trascendentales para observar los niveles de regularidad migratoria, y por ende, de protección de derechos, integración social y estabilidad en la vida de las personas migrantes.

**Una política instrumental  
por lo general conduce a  
un aumento de la migración  
irregular y a mayores  
riesgos y prácticas  
excluyentes para los  
migrantes y sus familias ■**

regularidad migratoria, y por ende, de protección de derechos, integración social y estabilidad en la vida de las personas migrantes.

Ante ello, una política instrumental que, como ya se señaló, solo intenta responder a intereses sectoriales, por lo general conduce a un aumento de la migración irregular y a mayores

riesgos y prácticas excluyentes para los migrantes y sus familias. Los ejemplos sobre esta regulación instrumental son abundantes en las leyes de los países de la región: entre los casos más explícitos están los artículos 34 y 38 de las leyes de México y Nicaragua, respectivamente, que establecen que los inmigrantes deben ser «elementos» o «personas» útiles para el país y contar con los ingresos necesarios para su subsistencia.

En dirección opuesta, algunos cambios recientes como la ley migratoria de Argentina y la implementación progresiva del Acuerdo de Residencia del Mercosur significan un paso hacia criterios menos instrumentales. Al facilitar el acceso a la residencia y la regularización migratoria de quienes componen la amplia mayoría de la migración dentro de la región (es decir, nacionales de países sudamericanos), se eliminan los condicionantes más importantes, que son aquellos ligados a la exigencia de un permiso de trabajo. Sin embargo, esos avances no han incluido en igualdad de condiciones a migrantes provenientes de otras regiones.

Por otra parte, otro problema generalizado en las leyes de la región sobre residencia es la existencia de cláusulas que conducen a una selectividad (basada en criterios de supuesta «utilidad») que redundan en criterios incuestionablemente discriminatorios. En este sentido, se pueden hallar impedimentos (para ingresar o residir en un país) que van desde la discapacidad física o psíquica, enfermedades infecciosas, el ejercicio de la prostitución, la carencia de recursos económicos, oficio o profesión, hasta ser considerados charlatanes, vagos, inútiles o brujos (sic).

Finalmente, sin agotar los temas vinculados a las normas sobre acceso a residencia, es importante mencionar las restricciones irrazonables que –sea por ley o en la práctica– se imponen a radicaciones basadas en vínculos familiares, en particular el matrimonio. Al respecto, el control de los supuestos «matrimonios por conveniencia» (¿mecanismos administrativos en busca del «amor verdadero»?) conlleva en la mayoría de los casos, si no en todos, criterios arbitrarios que invaden la intimidad de las personas, suponen la intromisión de autoridades migratorias en ámbitos que no son de su competencia (validez o nulidad de un matrimonio) e implican a menudo la vulneración del derecho a la vida familiar<sup>27</sup>.

### ■ **Criminalización, detención y deportación: muchas deudas y algunos avances**

El aspecto que tal vez refleje con mayor precisión los cambios que están pendientes en las leyes de la región en materia de control migratorio es el de la criminalización de la migración irregular. Nos referimos a la criminalización en su sentido más estricto o acotado (derecho positivo): el considerar como delito ciertas infracciones a la normativa migratoria, como ingresar o permanecer de manera irregular en un territorio.

El caso de Chile es el ejemplo más claro de esta situación, ya que llega a contemplar penas de hasta diez años de prisión. Sanciones más leves, que van del arresto de 30 días hasta penas de tres años, se encuentran en las leyes de Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, El Salvador, Nicaragua, Jamaica y Paraguay. A diferencia de estos casos, en el plano positivo es preciso mencionar que en 2008 algunos países han reformado (parcial o totalmente) su legislación, incluyendo la derogación de cláusulas que imponían penas de prisión por infracciones de carácter migratorio. Nos referimos a los casos de México (con penas que llegaban a diez años) y Panamá (tres años).

Otra cuestión medular en materia de control migratorio es la privación de libertad de migrantes ya no como pena, sino como medida cautelar en el marco de procedimientos de expulsión del país. En este sentido, son numerosos los países que prevén la detención de migrantes durante la tramitación de dichos procesos. Al respecto, se evidencian diversos problemas que pueden conducir a detenciones arbitrarias. Así, en la mayoría de

---

27. A modo de ejemplo, v. la regulación de la residencia por matrimonio efectuada por el reglamento de la ley migratoria de Panamá (decreto ejecutivo 26/2009, art. 222).

los casos no se estipula ninguna causa adicional a la falta de residencia para justificar una privación de libertad (lo cual sí es exigido en el ámbito de la justicia penal), no se prevé un plazo máximo ni se regulan las condiciones y el lugar de detención. Consecuentemente, en ocasiones se producen detenciones prolongadas y en establecimientos penitenciarios pese a que se trata de privaciones de libertad por infracciones de índole administrativa.

En Argentina se establece, por un lado, que la detención solo puede ser dictada por el Poder Judicial –es decir, no por la autoridad migratoria–, con las debidas garantías procesales. Y por el otro, se instituye un principio de no detención durante la tramitación de todo el procedimiento de expulsión (tanto administrativo como judicial), aunque habilita de manera excepcional a disponer la detención con anterioridad a que la decisión quede firme –es decir, que ya no sea apelable ante ninguna otra instancia<sup>28</sup>–. A su vez, al igual que en Nicaragua, se establece que la detención, en caso de que proceda, será solo en lugares especialmente habilitados para ello y no en centros penitenciarios o similares<sup>29</sup>. Venezuela, a su vez, establece una serie de disposiciones alternativas –a modo de medidas cautelares a adoptar durante un proceso de expulsión– y prohíbe de manera expresa la privación de la libertad. Otros países, por su parte, no hacen alusión alguna a la detención, de lo cual se debería inferir la imposibilidad de aplicarla. Estos son los casos de, entre otros, Bolivia, Perú y Uruguay<sup>30</sup>.

Por su parte, la deportación, expulsión o repatriación –según la terminología utilizada por cada país– representa la sanción principal que las leyes migratorias prevén ante infracciones a sus disposiciones sobre ingreso y residencia. En numerosas leyes no se establecen sanciones o respuestas alternativas que permitan la estancia en el país de destino, ya sea por razones familiares, empleo, arraigo o por el simple hecho de priorizar una medida que no implique la salida del territorio. Esta ausencia da cuenta de la prevalencia de una respuesta simple, limitada y usualmente ineficaz –la expulsión– ante un fenómeno complejo y multidimensional como la inmigración

---

28. V. artículo 70, ley 25.871. Al respecto, v. los trabajos reunidos en R. Giustiniani (comp.): ob. cit.

29. Argentina, art. 72 del Reglamento de Migraciones, decreto 616/2010; Nicaragua, Ley de Migración y Extranjería, art. 134.

30. Para un mayor análisis, v. UNLA y Oficina Regional de Unicef para América Latina y el Caribe: *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe*, UNLA / Unicef, Lanús, 2009, disponible en <[www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/index.php?cual=6](http://www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/index.php?cual=6)>.

irregular. Al contrario, algunas leyes más recientes, como la argentina, señalan que ante la irregularidad migratoria se debe, de manera prioritaria, facilitar la regularización.

Por último, más allá de los problemas ligados a la fundamentación de medidas de detención y deportación de migrantes en la legislación de numerosos países de la región, una cuestión particularmente grave es la ausencia

casi generalizada de garantías de debido proceso. Así, acceder a la justicia, gozar de asistencia jurídica gratuita y disponer de un recurso efectivo para cuestionar tales decisiones son garantías por lo general ignoradas en las normas migratorias. En un sentido opuesto, las leyes aprobadas en Argentina, Costa Rica, Panamá y Uruguay contemplan una serie de garantías fundamentales aunque el alcance de dicho reconocimiento (o al contrario, de las restricciones a esas garantías) varía significativamente en cada una de ellas, siendo pocas –Argentina y Uruguay– las que aseguran el acceso a la justicia y el carácter suspensivo de los recursos: es decir, que no se pueda ejecutar la expulsión hasta que no se agoten todos los recursos administrativos y judiciales disponibles.

#### ■ **Derechos sociales: cambios alentadores y continuidad del control**

Otro aspecto central de las reformas de Argentina y Uruguay refiere a los derechos sociales. Ambas leyes reconocen a los migrantes, en igualdad con los nacionales, derechos como la salud, la seguridad social, la vivienda y la educación. Además estipulan que la irregularidad migratoria en ningún caso impedirá el efectivo acceso a esos derechos. En la misma línea, la Constitución ecuatoriana reconoce la igualdad de los derechos (sociales, entre ellos) para nacionales y extranjeros, subrayando que nadie puede ser considerado «ilegal», ni ser privado de derechos con base en su condición migratoria.

Si bien en el resto de las leyes migratorias de la región es inusual que se nieguen explícitamente estos derechos a los inmigrantes, el reconocimiento expreso de la igualdad representa un avance significativo, ya que existen

**Una cuestión particularmente grave es la ausencia casi generalizada de garantías de debido proceso. Así, acceder a la justicia y gozar de una asistencia jurídica gratuita son garantías por lo general ignoradas en las normas migratorias ■**

diversos obstáculos y restricciones según la nacionalidad o condición migratoria de la persona para el acceso a los servicios de salud y educación.

Por su parte, en el ámbito laboral, diversas leyes (Argentina, Costa Rica, Uruguay) reconocen expresamente que deben respetarse sus derechos laborales, tal como lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva relativa a los derechos de migrantes indocumentados<sup>31</sup>. En cuanto al derecho a trabajar, sin embargo, en todas las leyes se prohíbe trabajar a migrantes sin residencia legal. En principio, detrás de esta prohibición estaría el objetivo de prevenir el trabajo informal y su impacto negativo en los trabajadores y el sistema de seguridad social (aunque positivo para las premisas neoliberales en materia de empleo). Igualmente, lo cierto es que cuando no existen mecanismos ágiles y amplios de regularización migratoria, incluso reconociendo relaciones laborales existentes, esa proscripción contribuye a la precariedad laboral, la exclusión social y la imposibilidad formal de mejorar las condiciones de vida.

En otro orden de ideas, algunas disposiciones legales afectan los derechos sociales de los migrantes mediante mecanismos de control que, a pesar de ser dispositivos propios de las dictaduras que asolaron la región en décadas pasadas, perviven en el campo de las migraciones. En particular, el control opera a través de la obligación que se impone a funcionarios y empleados públicos de controlar el estatus migratorio de las personas y denunciar las irregularidades ante la autoridad correspondiente<sup>32</sup>. Así, trabajadores de hospitales, escuelas, registro civil, programas sociales o del Poder Judicial, entre otros, actúan como agentes de control migratorio. Estas medidas pueden repercutir en la no utilización de los servicios públicos por temor a la expulsión del país, lo cual a su vez impacta negativamente tanto en las personas migrantes como en la sociedad en general. Basta pensar en las consecuencias en la salud pública y la educación, o incluso en el sistema de administración de justicia.

### ■ **Derechos políticos: necesidad de cambios**

Es preciso al menos hacer mención de dos aspectos centrales que sobresalen entre las tendencias, los cambios y los debates en la región. En primer lugar,

---

31. Opinión Consultiva oc-18/03, *Condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003.

32. Entre otros, v. artículos 76 y 28, respectivamente, de las leyes migratorias de Chile y República Dominicana. Hasta 2003, Argentina imponía esta obligación en toda la administración pública.

los derechos políticos de las personas migrantes en el país en el cual residen. En ese sentido, la legislación en los países de la región varía entre prohibir toda participación política de extranjeros (México, Nicaragua, República Dominicana), denegar la participación en procesos electorales de carácter nacional (Argentina, Costa Rica), reconocer estos derechos luego de ciertos años de residencia (Chile, Uruguay), o bien permitir la participación en elecciones de carácter local (municipal, provincial), como sucede en varias jurisdicciones de Argentina o en Bolivia.

Los obstáculos a la participación política de los inmigrantes en el país en que residen, además de significar la privación de un derecho fundamental, obstruyen los procesos de integración y cohesión social en sociedades multiculturales receptoras de migrantes. Asimismo, debilitan la democracia al excluir a un grupo social de sus mecanismos más elementales, y el Estado de derecho, en tanto un sector de la sociedad no puede participar de los dispositivos de formación de leyes y políticas que se aplican a todos los integrantes de la sociedad, nacionales y extranjeros<sup>33</sup>. En ese sentido, tanto en América Latina como en otras regiones, actualmente se están llevando adelante diversas campañas por la ampliación de estos derechos<sup>34</sup>.

En segundo lugar, cabe mencionar los procesos de reconocimiento del derecho al voto a los inmigrantes, pero para las elecciones que se realizan en su país de origen. Así, países como Colombia, Ecuador, México, Argentina, Bolivia (por el momento con limitaciones) y Perú, entre otros, reconocen este derecho a sus nacionales que residen fuera de su territorio.

**Los obstáculos a la participación política de los inmigrantes en el país en que residen debilitan la democracia, al excluir a un grupo social de sus mecanismos más elementales, y el Estado de derecho, en tanto un sector de la sociedad no puede participar de los dispositivos de formación de leyes y políticas que se aplican a todos los integrantes de la sociedad, nacionales y extranjeros ■**

---

33. Para un análisis sobre los derechos políticos de los migrantes, v. J. de Lucas y Ángeles Solanes (eds.): *La igualdad de los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Valencia, 2009.

34. Para el caso de Argentina, v. <[www.aquivivoaquivoto.blogspot.com](http://www.aquivivoaquivoto.blogspot.com)>.



## ■ Iniciativas regionales: avances y riesgos

Se ha hecho alusión a los progresos en el contenido de los posicionamientos adoptados por los países de la región en foros regionales y globales. También se ha destacado que hasta el momento, en muchos casos, este enfoque «novedoso» no se ha visto reflejado en el marco normativo. Aun así, algunos pasos positivos concretos se han venido dando desde una perspectiva regional, con particular ímpetu en el ámbito del Mercosur.

En diciembre de 2002, los países miembros y asociados al Mercosur aprobaron los acuerdos sobre libre residencia, que reconocen el derecho a los nacionales de esos Estados a residir en el territorio de los demás países del bloque<sup>35</sup>. Los acuerdos recién entraron en vigor en 2009, una vez que el último país (Paraguay) ratificó el tratado, y desde entonces los países han ido adoptando medidas para su implementación interna<sup>36</sup>, aunque cada uno a su propio ritmo<sup>37</sup>.

En el ámbito de la Conferencia Regional de Migración, en 2009 se adoptaron los Lineamientos Regionales para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes No Acompañados en Casos de Repatriación. Si bien este acuerdo supone un avance en la visibilidad de la niñez y la necesidad de su protección, la versión que fue aprobada no incluyó, como preveía el proyecto en discusión, una sección sobre garantías fundamentales del debido proceso y otros principios de derechos humanos.

En 2011, el recientemente creado Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos elaboró una propuesta de solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su presentación por los países originarios del bloque (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) que actualmente se encuentra bajo consideración de esos Estados. La iniciativa se refiere a los derechos y las garantías de la niñez en el contexto de la inmigración, en particular de la aplicación de mecanismos de control migratorio: detención, expulsión, repatriación.

---

35. Para un análisis más detallado del contenido de este acuerdo, v. P. Asa y P. Ceriani Cernadas: «Política migratoria en el Cono Sur: Los acuerdos del Mercosur y la nueva ley de migraciones en Argentina» en *Beyond Law* vol. 11 N° 28, 2005, pp. 39-65.

36. Declaración de Montevideo relativa al Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, 2 de octubre de 2009, sobre internalización del acuerdo en la legislación de cada país.

37. Por ejemplo, mientras Argentina lo había hecho unilateralmente en su nueva ley migratoria de 2004, Bolivia aún se encuentra adecuando la legislación y los trámites migratorios.

Finalmente, cabe mencionar la decisión de llevar adelante un plan de acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur, que contemplaría entre sus objetivos una política de libre circulación de personas en la región; igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados partes; igualdad de condiciones de acceso al trabajo, a la salud y a la educación, y el reconocimiento progresivo de los derechos políticos a «los ciudadanos de un Estado Parte, incluyendo la posibilidad de elegir parlamentarios del Mercosur». El plan deberá estar íntegramente aplicado en 2022<sup>38</sup>.

Esta iniciativa es indudablemente un paso fundamental en la consolidación de la integración regional y el respeto a los derechos de las personas migrantes. Ahora bien, para que este proceso signifique una verdadera y progresiva innovación es preciso que no se reproduzcan las lógicas de exclusión y desigualdad del antecedente más conocido: la UE. Al referirse a igualdad de derechos para los «nacionales de los Estados parte», se podría correr el riesgo de generar, como en el caso europeo (tan justamente criticado por los gobiernos latinoamericanos), medidas discriminatorias e ilegítimas en perjuicio de migrantes de otras regiones, incluyendo otros países latinoamericanos. Desde un enfoque de derechos, la integración regional y la libre circulación son incompatibles con una noción acotada y excluyente de ciudadanía que la confunde con nacionalidad.

**Desde un enfoque de derechos, la integración regional y la libre circulación son incompatibles con una noción acotada y excluyente de ciudadanía que la confunde con nacionalidad ■**

Por otra parte, en espacios regionales o subregionales como la Comunidad del Caribe (Caricom) o la Comunidad Andina de Nacionales (CAN)<sup>39</sup> se han ido adoptando diversos acuerdos para facilitar la circulación de sus ciudadanos en la respectiva región, aunque en esos casos se trata de circulación para estancias temporales (tres a seis meses). Por fin, es pertinente mencionar que, por el momento, en el ámbito de la Unión Suramericana de Naciones (Unasur) no se ha incorporado la migración como uno de los ejes prioritarios.

---

38. Decisión Mercosur/CMC/DEC, N° 64/10, Foz de Iguazú, 16 de diciembre de 2010.

39. Para consultar diversas disposiciones e iniciativas adoptadas en el ámbito de la CAN en materia migratoria, v. <[www.comunidadandina.org/exterior/migraciones.htm](http://www.comunidadandina.org/exterior/migraciones.htm)>.

Con todo, al examinar la legislación y las políticas migratorias en América Latina y el Caribe, podríamos hablar de un contexto significativamente más interesante y auspicioso que diez años atrás. ¿Podría considerarse que se está constituyendo un nuevo paradigma? Aún es demasiado temprano para ello. Pese a los importantes avances, las reformas pendientes representan desafíos de gran envergadura. Es que, junto con los cambios en materia de legislación y políticas migratorias, existe un reto aún más complejo, pero determinante: el diseño de políticas públicas, a escala regional y nacional, que reviertan las causas estructurales de la migración, es decir, las condiciones de pobreza, desigualdad, desempleo, discriminación y exclusión social que afectan a decenas de millones de personas a lo largo de toda la región. ☐

## **CUADERNOS** **AMERICANOS**

NUEVA ÉPOCA

Julio-Septiembre de 2010

México, DF

Nº 133

HISTORIA Y POLÍTICA EN EL CONO SUR: **Olga Echeverría**, Nación y nacionalismo en los orígenes de la derecha argentina: Leopoldo Lugones y Carlos Ibarguren. **Jorge Nállim**, Clase y género en la representación gráfica del discurso antiperonista. **José Pedro Cabrera Cabral**, El pensamiento nacionalista en la izquierda uruguaya (1950-1970). **Fernando Quesada**, Sobrevolando la tormenta: la sede chilena de la Fundación Ford. BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA: **Florencia Ferreira de Cassone**, Andrés Bello y la emancipación iberoamericana. **Carlos Pérez Zavala**, La insatisfecha Independencia. **Jorge Enrique Elías Caro**, Fidelismo o republicanismo: división de poderes en las provincias ultramarinas del Caribe neogranadino (1810-1821). AVENTURA DEL PENSAMIENTO: **Arturo Vilchis Cedillo**, Martí, anarquistas y lectura en Cuba. **José Antonio Funes**, Froylán Turcios y la campaña a favor de Sandino en la revista *Ariel* (1925-1928). **José Edgardo Cal Montoya**, *La patria del criollo* de Severo Martínez Peláez: reflexiones sobre su legado (1970-2009). RESEÑAS.

*Cuadernos Americanos, revista dedicada a la discusión de temas de y sobre América Latina. Redacción y administración: 1º piso, Torre II de Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510, México, DF. Tel.: (52 55) 5622.1902. Fax: (52 55) 616.2515. Correo electrónico: <cuadamer@servidor.unam.mx>.*