

# EL DERECHO HUMANO A MIGRAR EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS LATINOAMERICANOS

## *THE HUMAN RIGHT TO IMMIGRATE IN THE LATINAMERICAN LEGAL SYSTEM*

MAYRA FEDDERSEN<sup>1</sup>

TOMAS PASCUAL<sup>2</sup>

MACARENA RODRÍGUEZ-ATERO<sup>3</sup>

**RESUMEN:** El presente estudio pretende desentrañar el sentido jurídico del derecho humano a migrar, mediante la revisión crítica de la filosofía política, de la jurisprudencia del sistema internacional de derechos humanos y de su materialización en la normativa interna de 19 países latinoamericanos. El análisis que se efectúa permite sostener que los no-nacionales no tienen un derecho para ingresar al país de elección. Si bien 8 países lo consagran expresamente, ello no ha dado lugar a una libre movilidad. En efecto, todos los países mantienen amplias prohibiciones de ingreso, basadas en la protección de la seguridad nacional, el orden social y el cumplimiento de la normativa migratoria. Ahora bien, el derecho humano a migrar ha significado que 11 de los 19 países hayan establecido algún tipo de procedimiento para adoptar decisiones en frontera, poniendo límites a su discrecionalidad y adecuándose a los estándares internacionales de derechos humanos vigentes.

**Palabras clave:** derecho humano a migrar, condiciones de ingreso, procedimientos de admisión.

**ABSTRACT:** This study aims to unravel the legal meaning of the human right to migrate, through a critical review of the political philosophy, the jurisprudence of the international human rights system and its materialization in the internal regulations of 19 Latin American countries. The analysis carried out allows us to maintain that non-nationals do not have a right to enter the country of choice. Although 8 countries expressly enshrine it, this has not given rise to free mobility. Indeed, all countries maintain broad entry prohibitions, based on the protection of national security, social order and compliance with immigration regulations. Notwithstanding, the human right to migrate has meant that 11 of the 19 countries have established some type of procedure to make decisions at the border, limiting their discretion and adapting their actions to current international human rights standards.

**Keywords:** *human right to immigrate, conditions for entry, admissibility procedures.*

<sup>1</sup> Doctora en Filosofía con especialidad en Jurisprudencia y Políticas Públicas, Universidad de California-Berkeley. Profesora asistente, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén. Correo electrónico: mayra.feddersen@uai.cl. Código Orcid: 0000-0002-6189-1412. Parte de la investigación de este artículo fue posible gracias al Fondecyt de Iniciación N° 11200018.

<sup>2</sup> Máster en Derecho, London School of Economics and Political Science. Profesor de Derecho, Universidad Alberto Hurtado y Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Cienfuegos 39, Santiago. Correo electrónico: tpascual@uahurtado.cl. Código Orcid: 0000-0002-9384-694X.

<sup>3</sup> Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame. Directora de Carrera y Directora de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Cienfuegos 39, Santiago. Correo electrónico: mrodrigu@uahurtado.cl. Código Orcid: 0000-0003-4827-2112

## INTRODUCCIÓN

En el 2015, la emergente literatura sobre migraciones consideraba que los países Sudamericanos mostraban poseer “el discurso más abierto sobre migración y ciudadanía”<sup>4</sup>. Esta aseveración se fundaba en que varios países habían modificado sus legislaciones restrictivas, dictando nuevas leyes migratorias, en las que los principios de igualdad y no discriminación, la libertad de circulación, la no-criminalización del ingreso irregular y el respeto por los derechos humanos, se encontraban en el centro de su política migratoria<sup>5</sup>.

Según la literatura especializada, el cambio de paradigma encontraría su fundamento en el reconocimiento del derecho humano a migrar, el que habría humanizado la posición de los Estados hacia la migración internacional<sup>6</sup>. En efecto, para García, la incorporación del derecho humano a migrar reflejaría el giro humanizador de las leyes migratorias sudamericanas. Así, tanto para García como para Baluarte, los estándares de derechos humanos serían la línea de base desde la cual los países interactúan y regulan este tema<sup>7</sup>. Con todo, llama la atención que de los 19 países que conforman la región latinoamericana, solo 8 han codificado expresamente el derecho a migrar<sup>8</sup> y que 7 no lo mencionan directamente, sino que se refieren exclusivamente al respeto genérico a los tratados internacionales de derechos humanos<sup>9</sup>. Otros, como Cuba y Paraguay omitieron la referencia al derecho humano a migrar y no establecieron derechos específicos al momento de regular el ingreso y estadía de los extranjeros en el territorio nacional.

En el último tiempo, además, este extenso reconocimiento ha enfrentado múltiples desafíos, tanto para los países sudamericanos como, más ampliamente, para aquellos que conforman el continente latinoamericano<sup>10</sup>. Si bien tanto Argentina como Ecuador establecieron el derecho a migrar como un derecho humano, el acceso a este derecho se ha visto limitado o condicionado por decisiones políticas y razones económicas<sup>11</sup>. Otros países, que no consagraban dicho derecho en sus leyes internas, y que por ende podrían -sin contradicción-, cerrar sus fronteras frente al masivo desplazamiento de inmigrantes optaron, al menos formalmente, por permitir su ingreso, pero bajo permisos temporales especiales creados

<sup>4</sup> ACOSTA (2018) p. 3.

<sup>5</sup> CERIANI (2011) pp. 67-85. ACOSTA (2018) pp. 23-24. CANTOR y otros (2015) pp. 2-10. ACOSTA y FREIER (2015) pp. 659-696. FERNÁNDEZ y otros (2020) pp. 92-93.

<sup>6</sup> GARCÍA (2016) pp. 110-112. En un sentido opuesto a García se podría leer lo expresado por Acosta, quien sostiene que el derecho a migrar está asociado con los principios de no-criminalización, de fronteras abiertas y enfatiza un marco de equidad fuerte. ACOSTA (2018) p. 148.

<sup>7</sup> BALUARTE (2019) p. 309.

<sup>8</sup> LEY N° 25.871 de 2004, artículo 4. LEY N° 18.250 de 2008, artículo 1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, Ecuador, 2008, artículo 40. LEY ORGÁNICA DE MOVILIDAD HUMANA de 2017, artículo 43. LEY DE MIGRACIÓN de 2011, artículo 7. LEY N° 370 de 2013, artículo II.1. DECRETO N° 44 de 2016, artículo 1. DECRETO N° 286 de 2019, artículo 5.2. LEY N° 2.136 de 2021, artículo 4.10.

<sup>9</sup> Este es el caso de Brasil (LEY N° 13.455 de 2017, artículo 3.I), Costa Rica (LEY N° 8.764 de 2010, artículo 31.2), República Dominicana (DECRETO N° 285 de 2004, artículo 22), Honduras (DECRETO N° 208 de 2004, artículo 11), Nicaragua (LEY N° 978 de 2011, artículo 11), Perú (DECRETO LEGISLATIVO N° 1.350 de 2017 artículo 9.1) y Venezuela (LEY N° 37.944 de 2004, artículo 13).

<sup>10</sup> FREIER y CASTILLO (2020) pp. 50-65.

<sup>11</sup> JARAMILLO y SANTI (2021) pp. 63-102.

para administrar dicho flujo, como fue el caso de Brasil<sup>12</sup>, Colombia, Chile y Perú con la inmigración venezolana<sup>13</sup>.

Junto con el efecto que ha generado la migración venezolana, los cambios políticos recientes que ha experimentado la región han revivido las preocupaciones de las autoridades por la seguridad y la soberanía<sup>14</sup>. Lo anterior ha generado que en algunos países se haya retrocedido temporalmente en el reconocimiento de derechos hacia los migrantes<sup>15</sup>, o que algunos investigadores afirmen que la seguridad nunca ha dejado de estar presente, demostrando con ello la ambivalencia existente en las legislaciones migratorias de la región<sup>16</sup>.

Así, ante la disímil respuesta jurídica a la migración venezolana y a los desafíos que ha impuesto la regulación de la migración en la época actual, se pone en duda el verdadero significado de algunas de las instituciones que se encontraban al centro de la política migratoria latinoamericana, y que fueron muy rápidamente celebradas.

En concreto, cuestionan el real importe del derecho humano a migrar en la región y obligan a replantearse su significado. Así, el objetivo de este artículo es desentrañar el sentido jurídico del derecho humano a migrar, mediante la revisión crítica de la literatura que lo analiza, del derecho y de la jurisprudencia del Sistema Internacional de Derechos Humanos y de un análisis temático de tres aspectos centrales asociados a su ejercicio: los impedimentos o prohibiciones de ingreso, las facultades que se le otorgan a la autoridad para inadmitir a un extranjero en la frontera y los límites procesales que se le imponen para ejercer dichas prerrogativas.

El análisis que se propone realizar este artículo, de repensar -y en el proceso-, de redefinir el significado del derecho humano a migrar, contribuye a la literatura disponible de tres formas. En primer lugar, se hace cargo de una deficiencia teórica. A pesar del recurrente uso del concepto del derecho humano a migrar, tanto en artículos académicos, como en declaraciones oficiales, no se ha producido en la región una discusión acabada para definir su preciso significado. ¿Implica éste un derecho a ingresar al país de elección y de fijar allí su residencia? ¿Impide este derecho excluir o denegar la entrada a un extranjero que no cumple con los requisitos establecidos por la ley? Las respuestas a estas preguntas permitirán zanjar algunas confusiones y colaborarán en dar contenido a una institución central para la política migratoria Latinoamericana.

Derivado del aporte previo, otra contribución de este artículo es responder al llamado de Acosta para analizar críticamente los marcos de inmigración y ciudadanía de las democracias liberales del Sur Global<sup>17</sup>. Se logra dicho objetivo al delimitar el alcance del derecho a migrar y el consiguiente derecho de los Estados a excluir en la normativa latinoamericana.

<sup>12</sup> ZAPATA y TAPIA (2019) p. 12.

<sup>13</sup> ACOSTA y otros (2019) pp. 1-30.

<sup>14</sup> FREIER y CASTILLO (2020) pp. 1-28. STEFONI y otros (2018) pp. 137-162. GUIZARDI y otros (2021) pp. 7-8.

<sup>15</sup> CANELO y otros (2018) pp. 150-182. ZAPATA y TAPIA (2019) pp. 13-14.

<sup>16</sup> DOMENECH (2017) pp. 19-48. ACOSTA (2018) p. 17 y p. 200. FREIER y CASTILLO (2020) pp. 1-28.

<sup>17</sup> ACOSTA (2018) pp. 212-214. El autor se pregunta por la influencia que podría ejercer el modelo regulatorio sudamericano en su aproximación hacia las migraciones en relación con la forma a cómo se ha regulado este tema en Europa y en Estados Unidos.

Por último, el artículo genera conocimiento regional sobre cómo 19 países latinoamericanos definen los principales motivos para excluir a los no nacionales que buscan ingresar, y lo qué legalmente pueden hacer las autoridades de inmigración al tomar estas determinaciones. Este análisis comparado complementa la revisión doctrinaria previa, mostrando cómo en las normas se materializa el derecho antes individualizado.

Para lograr lo antes expuesto, se organiza el artículo en cinco secciones. En la primera, se define doctrinariamente el significado del derecho a migrar examinando críticamente las teorías que se han desarrollado para justificarlo o refutarlo. En la segunda, se muestra cómo este derecho se desarrolla en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuál es su forma actual y cómo se ha entendido en otros sistemas de protección. En la tercera se explica cómo se llevó a cabo el análisis normativo para examinar la concreción del derecho a migrar en las normas estudiadas. En la cuarta, se proporciona una descripción comparativa de la forma como 19 países latinoamericanos han regulado dicho derecho. A partir de las secciones previas, en la conclusión, se reconstruye la definición del derecho humano a migrar, tal como normativamente se ha concebido y materializado este derecho en América Latina.

Atendido el enfoque y extensión de este artículo, situaciones de grupos o instituciones específicas como el refugio o la especial protección de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en frontera no serán analizadas en profundidad, sino sólo mencionados como tales.

## I. EL DERECHO A MIGRAR EN LA LITERATURA

Migrante es un término genérico que se ocupa para designar a aquella persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual cruzando una frontera internacional con la intención de establecerse en otro país de forma temporal o permanente<sup>18</sup>. Dependiendo del objeto de atención, ese migrante puede ser considerado un “emigrante” cuando el énfasis se pone en su salida del país de origen o en un “inmigrante” cuando la mirada se centra, en cambio, en el país al cual se dirige. En ambos casos, es relevante la pregunta acerca de la legitimidad de los Estados, de acogida y de destino, para determinar y regular el movimiento de personas a través de sus fronteras. En otras palabras, ¿pueden los Estados consagrar un derecho de ingresar y de salir?

Por la complejidad que implica esta pregunta, los filósofos políticos se han centrado principalmente en la competencia de los Estados para determinar el ingreso de inmigrantes<sup>19</sup>. Al respecto es posible encontrar tres posiciones que responden a la pregunta antes formulada: dos respuestas opuestas y una intermedia, que es aquella seguida por este artículo.

En un extremo, se encuentran quienes sostienen el principio de las fronteras abiertas. Para sus exponentes, el Estado carece de legitimidad para discriminar entre nacionales

<sup>18</sup> Para la Organización Internacional de las Migraciones, el inmigrante es “desde la perspectiva del país de llegada, [la] persona que se traslada a un país distinto al de su nacionalidad o de residencia habitual, de manera que el país de destino se convierte efectivamente en su nuevo país de residencia habitual.” OIM (2019) p. 109.

<sup>19</sup> SONG (2018) p. 386. A propósito del control migratorio que realizan los países europeos en el continente africano, Ceriani se plantea si es posible creer en la vigencia de un derecho de salir. Ver CERIANI (2009) p. 204. Por razones de extensión, esta dimensión del derecho no será analizada en este artículo.

y extranjeros porque eso implicaría reconocer un atributo, la nacionalidad, que es fruto del azar y no del esfuerzo personal<sup>20</sup>. Para Carens, reconocer un valor a estas características sería, continuando con este argumento, ir en contra de un principio básico de equidad que sostiene que las posiciones en una sociedad se determinarían únicamente por los talentos de las personas.

Carens extendería las premisas sobre las que construye su argumento más allá de los límites de los Estados. Así, un Estado liberal que desea respetar la igual dignidad de todos los seres humanos tendría que mostrar un compromiso por una igualdad de oportunidades global. Esto significaría que las posiciones sociales deberían ser determinadas por los talentos y competencias individuales y no sobre la base de características inherentes de naturaleza arbitraria, como la nacionalidad, la clase social, la raza o el sexo<sup>21</sup>. Otros autores complementando esta visión, también han defendido una igualdad de oportunidades a nivel global<sup>22</sup>.

Existe una segunda línea de argumentos para sostener las fronteras abiertas, que se funda en el valor de la libertad. Para sus defensores, la libertad de circulación es un derecho humano y como tal es fundamental para el bienestar individual y su existencia es suficiente para imponer el costo de respetarla<sup>23</sup>. El derecho humano a migrar se fundamenta en el interés de cada persona de poder elegir y ejercer libre y autónomamente sus mejores opciones de vida<sup>24</sup>. La libertad para perseguir cualquier plan de vida requiere que el Estado asegure las condiciones para que las personas puedan investigar y adoptar nuevas ideas, lo que implicaría extender el derecho a la libre circulación más allá de las fronteras territoriales de los Estados en que dichas personas habitan<sup>25</sup>.

A mayor abundamiento, sostendrían quienes defienden la posición a favor de la libertad y del derecho humano a migrar, que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, consagró el derecho a salir de cualquier país en su catálogo de derechos humanos. De acuerdo a Cole, sería inconsistente y contradictorio reconocer el derecho a salir sin admitir al mismo tiempo el derecho a entrar<sup>26</sup>. Complementando dicho argumento, Ceriani argumentaría que un factor relevante para inclinar la balanza hacia el derecho a inmigrar sería reconocer que sin éste los principios fundamentales de no discriminación, de progresividad, pro homine, universalidad y dinamismo no podrían cumplirse<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> CARENS (1987) p. 252. En su primer trabajo, Carens construye su argumento utilizando la posición original de John Rawls. Asumiendo que quienes se encuentran definiendo los principios de justicia vivirían en un contexto global, lo racional sería que dichos principios no dependiesen del lugar de nacimiento de las personas.

<sup>21</sup> CARENS (1992) p. 26.

<sup>22</sup> SHACHAR (2009) pp. 164-180. Esta autora propone un principio de equidad social, el *ius nexi*, para acceder a la nacionalidad.

<sup>23</sup> OBERMAN (2016) pp. 35-40. CARENS (2013) p. 238. La posición de Oberman se puede leer como un refinamiento de los argumentos de Carens.

<sup>24</sup> OBERMAN (2017) p. 106. Dentro de estas opciones se encontraría el decidir dónde vivir, con quien asociarse y comunicarse, que religión practicar, que trabajo realizar y con quien casarse.

<sup>25</sup> OBERMAN (2016) p. 44.

<sup>26</sup> COLE (2000) pp. 52-53.

<sup>27</sup> CERIANI (2009) p. 205.

En la posición contraria a los argumentos a favor de la completa libertad de circulación, se encuentran quienes enfatizan que dicho derecho no existe en el vacío, sino que adquiere sentido dentro de la jurisdicción de un Estado-nación. Así, varios filósofos critican la extensión que se le puede otorgar al derecho a migrar, derivando de postulados más bien teóricos un deber para los Estados de permitir el ingreso.

Primero, argumentarían que los derechos se ejercen y tienen sentido dentro de cada Estado. Si bien Blake aceptaría que la nacionalidad es una categoría adscrita, como la raza y el sexo, en su opinión, es una categoría moralmente relevante porque definiría los límites dentro de los cuales el Estado puede ejercer legítimamente su fuerza<sup>28</sup>.

Segundo, las personas pueden tener intereses que reclaman de los Estados, pero eso no los convierte en derechos humanos. Para Miller, la forma que esos intereses adquiere dependerá de lo que sea posible de satisfacer y el Estado tiene la obligación de proveer a las personas de las condiciones básicas para desarrollar sus opciones de vida. Así, el propósito de los derechos humanos sería proteger esos intereses genéricos, pero no una forma específica de cumplirlos. En todo caso, de incumplir alguna dimensión de esos intereses, diría Miller, no se generaría un derecho humano, sino una responsabilidad de remediar una injusticia<sup>29</sup>.

Tercero, el derecho humano a migrar que Oberman justifica sobre bases instrumentales, no permite sostener un derecho a ingresar y a residir en cualquier lugar de elección. De acuerdo a James, dicho derecho depende de que se acepte la existencia de un interés universal en el movimiento, residencia y empleo en un lugar diferente a la residencia habitual, y, además, supone reconocer una conexión directa entre el ejercicio de aquel derecho y los derechos que serían consustanciales al mismo, como la libertad de asociación, de religión, de expresión, etc. Para James, el argumento de Oberman solo explicaría la existencia de un derecho a viajar y a turistar, no un derecho a residir<sup>30</sup>.

Pese a que las posiciones presentadas son divergentes, pareciera existir un reconocimiento implícito en que la libertad de circulación permite el ejercicio de otros derechos. Ahora bien, ¿significa aquello que se puede obligar a los Estados a admitir personas al interior de sus territorios? Para James, si es una versión mínima de tal derecho, como visitar y no residir, si sería factible y realizable. Sin embargo, este derecho no sería nunca absoluto, y el establecimiento de restricciones involucraría mayores o menores niveles de escrutinio<sup>31</sup>.

Una versión concordante a lo expuesto por James es la posición intermedia de Song. Para esta autora, se justificaría el establecimiento de un derecho a migrar y la consagración de restricciones en base a la autodeterminación que tiene cada uno de los Estados.

Para Song, el derecho a la autodeterminación está consagrado internacionalmente<sup>32</sup> y tiene un contenido interno y externo. A nivel interno, se asocia con la idea de soberanía

<sup>28</sup> BLAKE (2009) pp. 9-10.

<sup>29</sup> MILLER (2016) pp. 51-52.

<sup>30</sup> JAMES (2019) pp. 1-18. Según James, la defensa del derecho a inmigrar fundado en la libertad de formar y modificar sus opciones de vida (gracias a la adquisición de ideas y aprendizaje), se podría cumplir con un ingreso temporal, no siendo necesario que el Estado garantice la residencia de quien ingresa.

<sup>31</sup> JAMES (2019) p. 16.

<sup>32</sup> La autora se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También se podría extender a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. SONG (2018) p. 395.

popular. En su dimensión externa, con el derecho de los pueblos a ejercer el control sobre sus destinos sin la interferencia de personas fuera de esa unidad<sup>33</sup>. De este modo, el derecho a controlar el ingreso se enmarcaría en el ejercicio del derecho que tienen los pueblos de dictar sus propias leyes, y luego, de hacerlas ejecutar<sup>34</sup>.

No obstante, dicho derecho de autodeterminación no se puede ejercer de forma absoluta y requerirá, como indicaba James, de mayores o menores niveles de escrutinio: identificando quien se irroga la facultad de actuar a nombre del pueblo, el derecho que tiene ese pueblo sobre un territorio determinado y de qué manera el interés de ese Estado por limitar la inmigración supera el interés de los posibles afectados<sup>35</sup>.

¿Existe un derecho a ingresar al país de elección y de residir allí? Según la filosofía política, la respuesta intermedia (o de consenso entre las dos posiciones extremas) es que existe un derecho a la autodeterminación de los Estados, lo que reconoce la competencia de los habitantes de dicho país para dictar sus leyes y hacerlas ejecutar, bajo los límites morales que estos mismos se imponen.

Ahora bien, ¿se trata de un derecho humano? Según Jaramillo y Santi (concordando con lo expuesto por Song de forma teórica), no existe ninguna consagración legal en los tratados de derechos humanos que establezca expresamente un derecho humano a migrar. Sin embargo, en distintos tratados internacionales existe una cláusula que regula la libre circulación<sup>36</sup>.

Para Jaramillo y Santi, el derecho humano a migrar se ha configurado a través del derecho a la libre circulación, es decir, desde el derecho a salir, lo que no es factible de concebir sin la posibilidad de entrar a otro país, pues ello sería aceptar que una persona pueda permanecer en un limbo territorial<sup>37</sup>. Aguilar y otros complementarían sugiriendo que el derecho a la libre circulación es víctima de la “tesis de la asimetría entre la emigración y la inmigración”. Esta tesis reconoce como un derecho humano la emigración, pero sostiene que la inmigración es una cuestión de soberanía nacional; la inmigración es un derecho que está limitado a las condiciones impuestas por el Estado receptor<sup>38</sup>.

¿Es esta interpretación conforme a la jurisprudencia del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos? La próxima sección responderá a esta inquietud.

<sup>33</sup> SONG (2018) p. 395.

<sup>34</sup> SONG (2018) pp. 395-396.

<sup>35</sup> SONG (2018) pp. 397-398. Existen algunos casos en donde los Estados se encuentran moralmente obligados a admitir a extranjeros. Es el caso de las personas que huyen a consecuencia de la violencia y la persecución.

<sup>36</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, artículo 12. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, artículo 22. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, artículo 8 y 39.

<sup>37</sup> JARAMILLO y SANTI (2021) p. 171.

<sup>38</sup> AGUILAR y OTROS (2010) p. 23.

## II. EL DERECHO HUMANO A MIGRAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran un derecho humano a la libertad de circulación<sup>39</sup>. Sin embargo, como se verá a continuación, salvo algunas situaciones puntuales, ello no le otorga a los no nacionales un derecho irrestricto a ingresar. Con todo, según se demostrará, los Estados deben ejercer estas decisiones dentro de ciertos márgenes, ateniéndose a los límites que los mismos tratados imponen.

En esta sección se revisarán en primer término, los estándares fijados por el Sistema Universal de Derechos Humanos y por el Sistema Interamericano de Derecho Humanos. Se hará mención a la jurisprudencia del Sistema Europeo cuando ello permita contrastar y completar los estándares desarrollados en el Sistema Interamericano<sup>40</sup>.

### 1. EL DERECHO A MIGRAR EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a la circulación y residencia en el marco del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos se ha construido sobre las disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos relativas a la prohibición del destierro, el derecho de toda persona de regresar a su país y el derecho a elegir la residencia en el territorio de un Estado (artículos 9, 13.2 y 13.1 respectivamente).

También se ha construido sobre la base de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 12.4 consagra el derecho a no ser privado de manera arbitraria del derecho a entrar al propio país, y el artículo 12.1 que consagra el derecho de toda persona que se halle legalmente en un Estado, a escoger su residencia, lo que se repite de manera más o menos similar en el artículo 39 de la Convención sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante CTMF).

Sobre el ingreso de un extranjero al territorio de un Estado del cual no es nacional, es importante tener claridad que el Estado mantiene una amplia discrecionalidad. Sin embargo, ésta se ve limitada por el principio de igualdad y no discriminación, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles y el respeto a la vida familiar<sup>41</sup>.

Es importante consignar que el Comité de Derechos Humanos limitó las potestades del Estado, a la necesidad de contar con medidas proporcionales cuando se restringe el derecho de circulación. Así, el Comité sostuvo que, i) la restricción debe ser adecuada para alcanzar el propósito definido; ii) debe ser, además, necesaria o indispensable, en el sentido de que no debe existir una medida que logre el mismo propósito con una menor restricción

<sup>39</sup> Para una revisión de todos los tratados internacionales que lo consagran y su extensión, ver AGUILAR y OTROS (2010) pp. 15-37. Este artículo solo examina el derecho a ingresar, sin desarrollar el derecho de salir, la libertad de tránsito o el derecho de retornar.

<sup>40</sup> Cabe señalar que el derecho internacional de los derechos humanos es una disciplina dinámica e interdependiente, donde los estándares europeos son importantes dado que podrían colaborar en la labor interpretativa efectuada al interior del Sistema Interamericano. Esto es especialmente relevante en aquellos aspectos donde el Sistema Europeo tiene un desarrollo más extenso que el Sistema Interamericano.

<sup>41</sup> NACIONES UNIDAS (1986) pág. 5.

del derecho de circulación y residencia; y, iii) debe ser proporcionada en sentido estricto, esto es, que el beneficio obtenido en la satisfacción del propósito justifique la restricción del derecho de circulación y residencia<sup>42</sup>.

Por su parte, el Comité CMTF ha sostenido en su Observación General N° 2 y fundándose para ello en el art. 79 de la Convención que ésta “establece un equilibrio entre la facultad soberana de los Estados partes para controlar sus fronteras y regular la entrada y la permanencia de los trabajadores migratorios y sus familiares, por una parte, y, por otra, la protección de los derechos, enunciados en la parte III de la Convención, de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, incluidos los que se encuentran en situación irregular”<sup>43</sup>.

En suma, el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos consagró el derecho a la libre circulación, pero reconoció, al mismo tiempo, la discrecionalidad de los Estados para aplicarlo. Lo anterior, en un marco de proporcionalidad, siempre que las medidas que se adopten no vulneren el principio de igualdad y no discriminación, la prohibición de la tortura y el respeto a la vida familiar. A nivel regional, este derecho ha sido objeto de un mayor desarrollo, por lo que resulta relevante revisar su contenido y extensión.

## 2. EL DERECHO A MIGRAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano cuenta con una disposición que se refiere a las obligaciones del Estado en relación con el ingreso, permanencia y salida de las personas desde su territorio. El artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o CADH) ha sido entendido como la cláusula que “establece el alcance y contenido del derecho de circulación y de residencia, ya sea para ser ejercido dentro del territorio del cual una persona es nacional o para ser ejercido en el contexto de la migración internacional”<sup>44</sup>.

En la voz de Uprimny y Sánchez, se trata de un derecho que aparenta ser muy sencillo, pues se refiere al derecho de toda persona a circular libremente en el territorio del país donde vive y a establecer su residencia en el lugar que quiera. Sin embargo, su universalidad está parcialmente limitada por razones de soberanía nacional. Es decir, no todos los habitantes de un Estado específico gozan de este derecho de la misma manera. Menos aún quienes no son nacionales de ese Estado<sup>45</sup>. En este mismo sentido se puede leer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH), la que ha sido clara en señalar que el Estado tiene el control de sus fronteras y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante la CEDH) no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país en particular<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> NACIONES UNIDAS (1999) p. 14.

<sup>43</sup> NACIONES UNIDAS (2013) p. 13.

<sup>44</sup> DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES, REFUGIADOS, APÁTRIDAS, VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS Y DESPLAZADOS INTERNOS: NORMAS Y ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2015) p. 91. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el tratamiento de la protección de los derechos humanos de los extranjeros en contexto de migración se ha analizado a partir de los artículos 1, 3, 4 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los artículos 2 y 4 del Protocolo 4 de dicho Convenio.

<sup>45</sup> UPRIMNY Y SÁNCHEZ (2020) p. 648.

<sup>46</sup> *M.A. vs DINAMARCA* (2021) p. 131.

Así, en ambos sistemas, el alcance de este derecho en relación con el ingreso al territorio de un país supone que solo los nacionales de dicho país tienen la prerrogativa de entrar libremente a él y fijar su residencia.

Lo anterior se amplía cuando se trata del derecho a salir del país, pues no se encuentra “atado” a la nacionalidad, y se expande a todas las personas. A partir de aquí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o la Corte IDH) ha incorporado el criterio del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al señalar que, las personas que habitan en un Estado tienen derecho a trasladarse libremente de un lugar a otro y establecerse en el lugar de su elección<sup>47</sup>. Este derecho puede ser objeto de restricciones, las que deben estar expresamente fijadas por ley y cumplir con exigencias de necesidad y proporcionalidad<sup>48</sup>.

Sobre el ingreso a un determinado Estado, es posible desprender que, aunque la CADH no garantiza este derecho, se limita el amplio margen de discrecionalidad con que cuentan los Estados para impedir el ingreso. En ese sentido, es claro que con base en el principio de igualdad y no discriminación, así como en el respeto de otras situaciones particulares, como amenazas a la integridad personal, el interés superior del niño y la protección de la familia, el Estado no puede negarle el ingreso a un tipo de persona solo por el hecho de tener cierta nacionalidad o pertenecer a un determinado grupo.

A propósito de esto, la Corte IDH, a través de su Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, sostuvo que, en la definición de la política migratoria, los Estados deben establecer medidas relativas al ingreso, permanencia o salida de las personas migrantes, resguardando que ello sea “acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores”<sup>49</sup>.

A mayor abundamiento, el tribunal destacó que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”<sup>50</sup>.

En una sentencia del año 2010, la Corte IDH reiteró la idea de que el Estado está facultado para establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio para personas que no sean nacionales, así como del egreso de estas, “siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”<sup>51</sup>.

De lo anterior se sigue que el Estado puede imponer restricciones al ingreso a su territorio, pero estas deben ser compatibles con la protección de otros derechos contenidos en la Convención Americana. La Corte IDH ha señalado que las restricciones serán legítimas en la medida que sean consistentes con los criterios de legalidad; persigan un fin compatible

<sup>47</sup> *RICARDO CANESE VS. PARAGUAY* (2008) pág. 115. *NACIONES UNIDAS* (1999) pág. 4.

<sup>48</sup> *RICARDO CANESE VS. PARAGUAY* (2008) pág. 117.

<sup>49</sup> OC-18/03 (2003) pág. 169.

<sup>50</sup> OC-18/03 (2003) pág. 172.

<sup>51</sup> *VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ* (2010) pág. 97.

con la CADH (eg., la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral pública y los derechos y libertades de terceros); sean necesarias en una sociedad democrática; proporcionales; y, no afectaren el contenido esencial de los derechos convencionales<sup>52</sup>.

En relación con ciertas situaciones particulares en las que se pueden encontrar algunas personas que podrían intentar ingresar al país, la jurisprudencia de la Corte IDH, y del mismo modo el TEDH, han establecido ciertas excepciones a la regla general antes expuesta<sup>53</sup>. En particular, se ha manifestado sobre la situación de los solicitantes de refugio y las obligaciones que nacen para los Estados al momento de encontrarse en sus fronteras<sup>54</sup>, así como en el caso de niños y niñas en necesidad de protección internacional cuando se encuentran en iguales circunstancias<sup>55</sup>.

En suma, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, complementada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados pueden establecer las condiciones de ingreso de los no nacionales, pero en el marco de las restricciones legítimas permitidas por la Convención Americana. Con todo, si existen indicios que la persona es un solicitante de refugio o menor de 18 años, no procederá su rechazo inmediato en frontera, debiéndose analizar su situación en mayor profundidad.

Recapitulando y retomando la pregunta que dio origen a este artículo ¿Existe un derecho a ingresar al país de elección y fijar allí su residencia? De acuerdo a los filósofos, se puede, en ejercicio de la autodeterminación de las naciones, fijar restricciones al ejercicio del derecho a la libre circulación. El Sistema Internacional de Derechos Humanos se ha

<sup>52</sup> *RICARDO CANESE VS. PARAGUAY* (2008) pár. 124-125. En un sentido similar, ver *DÍAZ* (2016) pp. 179-220.

<sup>53</sup> Estas excepciones se identificarán únicamente en esta sección, ya que como se señaló en la introducción, analizarlas excede el objetivo de este artículo.

<sup>54</sup> *OC-25/18* (2008) pár. 99. El derecho a solicitar asilo impone sobre los Estados ciertos deberes, a saber: (i) no devolver a la persona que solicita refugio (non-refoulement); (ii) permitir la solicitud de asilo y no rechazo en frontera; (iii) no penalizar o sancionar el ingreso por paso no habilitado o permanencia irregular en el país, así como la prohibición de detención por ese hecho; (iv) brindar un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; (v) asegurar las garantías mínimas del debido proceso para determinar la condición de refugiado; (vi) adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; (vii) otorgar protección internacional si encuadra en la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento de ese estatuto; (viii) interpretar restrictivamente las cláusulas de exclusión; y, (ix) brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado. En un sentido similar, ver *TEDH, HIRSI JAMAA Y OTROS VS. ITALIA* (2012) pár. 134-137. *KEBE Y OTROS VS. UCRAANIA* (2017) pár. 101. *M.K. Y OTROS VS. POLONIA* (2020) pár. 178. *N.D. Y N.T. VS ESPAÑA* (2020) pár. 201.

<sup>55</sup> *OC-21/14* (2014) pár. 81. [e]ste derecho a buscar y recibir asilo comporta, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales incluyen: (i) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (ii) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (iii) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar. Todo lo anterior conlleva, tal como ha resaltado previamente este Tribunal, el correspondiente derecho de los solicitantes de asilo a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen. En el contexto europeo, ver *TEDH M.A. VS. DINAMARCA* (2021) pár. 131-135.

manifestado en un sentido similar. Los Estados tienen control sobre sus fronteras, no obstante, el ejercicio de dichos poderes debe ejercerse con respeto al principio de igualdad y no discriminación, así como evitar amenazas a la integridad personal, proteger el interés superior del niño y la familia. Así, la regla general no es el derecho a ingresar, salvo en el caso de los solicitantes de refugio, de los niños y niñas en necesidad de protección internacional y, en algunos casos, de situaciones de reunificación familiar.

Demostrado lo anterior ¿Cómo estas discusiones han sido recepcionadas en los contextos internos? Dicho de otra manera, ¿Cómo se reconoce este derecho a migrar en las normas de los países latinoamericanos?

### III. MIDIENDO EL DERECHO A MIGRAR EN LA NORMATIVA MIGRATORIA LATINOAMERICANA

Uno de los objetivos que se planteó en este artículo fue repensar el significado del derecho a migrar. Para ello se revisó la discusión filosófica en relación a la legitimidad de los Estados para negar el ingreso de no-nacionales. El debate anterior, sin embargo, devolvió a los Estados la determinación de su contenido. La jurisprudencia del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos llenó dicho vacío teórico. Dichos tribunales, resolviendo situaciones en donde se han visto involucrados no nacionales, señaló que, de acuerdo con los tratados internacionales, no existe un derecho absoluto a ingresar, pero que ello no significa que las atribuciones de los Estados sean irrestrictas. Dichas decisiones se ejercen dentro de ciertos límites procesales y sustantivos.

La finalidad de esta sección será revisar cómo los países latinoamericanos acogen los estándares internacionales al momento de regular el ingreso de no nacionales, determinando la extensión de las atribuciones de sus autoridades en la frontera.

#### 1. METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS TEMÁTICO DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A MIGRAR EN 19 LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

Para complementar el análisis teórico-dogmático, se realizó un análisis temático de la normativa vigente. Se revisaron las leyes de inmigración de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela<sup>56</sup> y se complementó la revisión con el análisis de los reglamentos de dichas leyes<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Ver Argentina, LEY N° 2.5871 de 2004. Bolivia, LEY N° 370 de 2013. Brasil, LEY N° 13.445 de 2017. Costa Rica, LEY N° 8.764 de 2009. Chile, LEY N° 21.325 de 2021. Colombia, LEY N° 2.136 de 2021. Cuba, LEY N° 1.312 de 2013. República Dominicana, LEY N° 285 de 2004. Ecuador, LEY N° 938 de 2017. El Salvador, DECRETO N° 286 de 2019. Guatemala, DECRETO N° 44 de 2016. Honduras, DECRETO N° 208 de 2004. México, LEY DE MIGRACIÓN de 2011. Nicaragua, LEY N° 761 de 2011. Panamá, DECRETO DE EMERGENCIA N° 3 de 2008. Paraguay, LEY N° 978 de 1996. Perú, LEY N° 1.350 de 2017. Uruguay, LEY N° 18.250 de 2008. Venezuela, LEY N° 37.994 de 2004.

<sup>57</sup> Ver Argentina, DECRETO N° 616 de 2010. Bolivia, DECRETO N° 1.923 de 2014. Brasil, DECRETO N° 9.199 de 2017. Chile, DECRETO N° 296 de 2022. Costa Rica, DECRETO N° 37.112 de 2012. Colombia, DECRETO N° 1.067 de 2015. Cuba, DECRETO N° 305 de 2012. República Dominicana, DECRETO N° 631 de 2011. Ecuador, DECRETO N° 111 de 2017. El Salvador, DECRETO N° 35 de 2019. Honduras, DECRETO N° 208 de 2004.

El análisis temático consistió en examinar si las legislaciones y sus reglamentos consideraban el derecho a migrar, y en su defecto, la forma cómo regulaban el ingreso de extranjeros al país. Primero, se identificó qué países consagraban el derecho a migrar y cómo se regulaba. Segundo, se revisaron los motivos de exclusión, codificándose 4 hipótesis de exclusión: (1) ¿El texto legal prohíbe la entrada de inmigrantes sospechosos de poner en peligro la seguridad nacional?<sup>58</sup> (2) ¿El texto legal prohíbe la entrada de inmigrantes sospechosos de atentar contra el orden social?<sup>59</sup> (3) ¿El texto legal prohíbe la entrada de inmigrantes sospechosos de haber cometido delitos menores a 61 días de cárcel? (4) ¿El texto legal prohíbe la entrada de inmigrantes que hayan cometido una violación a la ley de inmigración del país al que intentan ingresar?

Junto con los motivos de inadmisión, la extensión del derecho de migrar queda determinada por las atribuciones que se le conceden a la autoridad y por el nivel de firmeza que adquieren las decisiones en frontera. Por ello, se revisó si los textos legales establecían que la autoridad de inmigración era el órgano con competencias exclusivas sobre la admisión de los extranjeros (5) y el tiempo de vigencia de las prohibiciones de ingreso decretadas (6). En segundo lugar, se analizaron las reacciones disponibles ante una decisión de inadmisión. En otras palabras, se determinó qué derechos tenían los inmigrantes cuando se les negaba el acceso. Se incluyeron dos hipótesis: (7) ¿El texto legal otorga un derecho de apelación en la frontera? (8) ¿El texto legal otorga el derecho a una audiencia antes de que se decidan las sanciones en frontera?

Se aplicaron estas preguntas a los 36 documentos legales que conformaron la muestra. Para codificar y comparar las respuestas, se redactó cada pregunta para obtener una respuesta “sí” o “no”. En un archivo Excel, que reproducía los mismos códigos se registraron todos los artículos y disposiciones que respaldaban las respuestas “sí”, para tener una base

---

México, REGLAMENTO DE LA LEY DE MIGRACIÓN de 2012. Nicaragua, DECRETO N° 31 de 2012. Panamá, DECRETO EJECUTIVO N° 320 de 2008. Paraguay, DECRETO N° 18.295 de 1997. Perú, DECRETO N° 007-2017-IN de 2017 y Uruguay, DECRETO N° 394-009 de 2009. No se pudo encontrar los decretos de Guatemala y Venezuela. Sin embargo, se revisaron sus leyes generales a cabalidad.

<sup>58</sup> Los conceptos de seguridad nacional y orden público corresponden a las causales admisibles de restricción reconocidas en los tratados internacionales de derechos humanos (Artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22 de la CADH). De acuerdo a Ortiz y Pacecca, ni la seguridad nacional ni el orden público están definidos con precisión en dichos tratados. Dependen de la interpretación discrecional de las autoridades migratoria y policial de cada país. ORTIZ y PACECCA (2020) p. 67. Sin perjuicio de lo anterior, según Huaco, la seguridad pública está centrada en la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano en el ámbito de actuación de las fuerzas de seguridad ante acciones de violencia, calamidades, peligros, grave perturbación de la tranquilidad y el orden. Una causal de amenaza o atentado contra la seguridad pública debe verificarse cuando el peligro aparezca como probado y grave, y no en base a especulaciones, hipótesis o posibilidades pues en tal caso se convertiría en una restricción ilegítima. HUACO (2014) p. 315

<sup>59</sup> En la codificación se reemplazó orden público por orden social para enfatizar la dimensión interna de seguridad que se intentaba medir, es decir aquellos actos que puedan poner en riesgo el orden interno, la moral, los derechos y libertades de terceros, englobando de esta forma todas las hipótesis de los tratados internacionales. Sin perjuicio de la nota anterior, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”. OC-5/85 (1985) pár. 64.

de datos más detallada. Este esquema de categorización generó un conjunto de datos codificados con 1s y 0s, y un conjunto de disposiciones normativas. El primero permite comparar entre países, mientras que el segundo reúne una descripción textual de las disposiciones específicas sobre la materia.

Es importante señalar que el análisis se centró únicamente en las leyes y reglamentos, omitiendo cómo las agencias públicas y los profesionales que implementan estas reglas actúan. Un estudio futuro debería considerar ampliar los hallazgos de esta investigación mostrando las contradicciones entre la ley en los libros y la ley en la práctica.

Habiendo explicado el método y las fuentes de datos, en el siguiente apartado se describen los principales hallazgos del análisis temático.

## 2. LOS PODERES SOBERANOS DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS PARA DECIDIR SOBRE LA ENTRADA DE NO NACIONALES

El estudio de la materialización del derecho a migrar implica, en primer lugar, revisar críticamente aquellas normas que lo han regulado expresamente y en segundo término, ante el no reconocimiento de aquel como un derecho, entenderlo significa analizar la manera cómo el derecho a migrar se ha expresado en las normas, lo que involucra mirar: a) las condiciones que se exigen para el ingreso legal y b) los motivos de exclusión; c) las competencias de la autoridad para tomar decisiones de ingreso, y d) los derechos que las regulaciones le conceden a los no-nacionales para oponerse a las decisiones de no admisión.

### *La consagración del derecho humano a migrar y sus limitaciones*

El derecho a migrar está incorporado en 8 de las 19 legislaciones revisadas. Como ya se señaló, los países que lo reconocieron expresamente son Argentina, Uruguay, Ecuador, México, Bolivia, Guatemala, El Salvador y Colombia.

La consagración de este derecho asume dos formas. Por un lado, se encuentran los países que lo establecieron como un principio, como Argentina, Uruguay, Bolivia, y Ecuador en la Constitución de 2008. Por otro lado, para Guatemala, El Salvador, México, Colombia y la Ley de Movilidad de Ecuador, se incluye en el derecho a migrar el ingreso, permanencia, tránsito, salida y retorno, pero limitado a la normativa interna del país y a los tratados internacionales ratificados por dicho país. En lo que sigue, se revisará cada una de estas dimensiones.

En primer lugar, las legislaciones que incluyeron el derecho a migrar como principio no lo definieron expresamente. Es considerado como un derecho “inalienable de la persona”, el que para Argentina se garantiza sobre la base de los “principios de igualdad y universalidad”<sup>60</sup>, y para Uruguay “sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, ... o cualquier otra condición”<sup>61</sup>. Bolivia efectuó el mismo reconocimiento, agregando a la igualdad y a la uni-

<sup>60</sup> LEY N° 25.871 de 2004, artículo 4, “El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad.”

<sup>61</sup> LEY N° 18.250 de 2008, artículo 1, “El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, ... sin distinción

versalidad de Argentina, la reciprocidad<sup>62</sup>. Por último, la Constitución de Ecuador de 2008, reconoció a las personas el derecho a migrar, y al mismo tiempo declaró que, “no se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”<sup>63</sup>.

En segundo lugar, algunos países regularon el derecho a migrar de forma más explícita y directa. Se reconoció así el derecho a “entrar, permanecer, transitar, salir y retornar”. Sin embargo, se lo condicionó a las normas internas de cada país y a los instrumentos internacionales en vigor<sup>64</sup>.

La evidencia disponible demuestra que ninguno de los dos tipos de reconocimiento ha permitido un ingreso amplio para los no nacionales. En efecto, en los 19 países revisados las entradas se realizan a través de una visa de turista que se obtiene en la frontera o con una autorización consular emitida en el país de origen<sup>65</sup>.

A mayor abundamiento, Ecuador, el único país que consagró un ingreso universal, terminó limitándolo. En efecto, brevemente en 2008, el expresidente Correa eliminó los requisitos de visa, permitiendo a los ciudadanos de cualquier nacionalidad ingresar al Ecuador sin ninguna visa preestablecida por un período de 90 días, extendiendo automáticamente las visas de turista a todos los visitantes. Bajo esta nueva política, la entrada se concedió universalmente. Si bien los ingresos mensuales promedio de nacionalidades previamente restringidas casi se duplicaron, con el tiempo, Correa fue restableciendo visas consulares para los nacionales de países de Asia y África<sup>66</sup>. En una investigación más reciente, Jaramillo y Santi confirman que en Argentina y Ecuador se han mantenido las restricciones para dichas nacionalidades, incorporando el caso de Haití y República Dominicana<sup>67</sup>.

---

alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, ... o cualquier otra condición.”

<sup>62</sup> LEY N° 370 de 2013, artículo II.1.

<sup>63</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, Ecuador, 2008, artículo 40.

<sup>64</sup> DECRETO N° 44 de 2016, artículo 1, “El Estado de Guatemala reconoce el derecho de toda persona a emigrar o inmigrar, por lo cual el migrante puede entrar, permanecer, transitar, salir y retornar al territorio nacional conforme la legislación nacional.”. En un sentido idéntico, DECRETO N° 286 de 2019, artículo 5.2, “Principio de movilidad humana: Garantizar el derecho humano que tiene la persona de entrar, transitar, permanecer, salir y retornar al territorio, salvo las limitaciones establecidas por la Constitución de la República y los tratados internacionales vigentes y demás leyes.” LEY N° 2.136 de 2021, artículo 4.10, “Principio de la Política Integral Migratoria...: 10. Libre Movilidad. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su ‘residencia en el territorio de un Estado, a entrar y salir de él, y a regresar a su país, con las limitaciones que establezca la ley.”

<sup>65</sup> Ver Argentina, LEY N° 2.5871 de 2004, artículo 20; Bolivia, LEY N° 370 de 2013, artículos 20 y 21; Brasil, LEY N° 13.445 de 2017, artículos 5, 6 y 12; Chile, LEY N° 21.325 de 2021, artículo 26; Costa Rica, LEY N° 8.764 de 2009, artículos 46 y 77; Colombia, DECRETO N° 1.067 de 2015, artículo 2.2.1.11.2.1; Cuba, LEY N° 1.312 de 2013, artículos 2 y 3; República Dominicana, LEY N° 285 de 2004, artículo 17; Ecuador, LEY N° 938 de 2017, artículos 54 y 59; El Salvador, DECRETO N° 286 de 2019, artículos 26 y 27; Guatemala, DECRETO N° 44 de 2016, artículo 73; Honduras, DECRETO N° 208 de 2004, artículos 17, 18 y 21; México, LEY DE MIGRACIÓN de 2011, artículos 37 y 40; Nicaragua, LEY N° 761 de 2011, artículo 13; Panamá, DECRETO DE EMERGENCIA N° 3 de 2008, artículo 14; Paraguay, LEY N° 978 de 1996, artículos 8 a 11; Perú, LEY N° 1.350 de 2017, artículos 27 a 29; Uruguay, LEY N° 18.250 de 2008, artículos 31 a 34; Venezuela, Venezuela, LEY N° 37.994 de 2004, artículo 6. En este mismo sentido, ver ORTIZ y PACECCA (2020) pp. 11-12.

<sup>66</sup> FREIER y HOLLOWAY (2019) p. 10.

<sup>67</sup> JARAMILLO y SANTI (2020) pp. 77-80.

En Sudamérica, la circulación se ha visto favorecida por la presencia de acuerdos regionales de movilidad<sup>68</sup>. La aplicación de estos acuerdos, sin embargo, depende de la voluntad política de turno. En efecto, demostró Acosta, que el acuerdo del Mercosur de 2002 y la decisión CAN 545 de 2003 han facilitado la libre circulación<sup>69</sup>. Del mismo modo, desde el 2008 la Alianza del Pacífico ha otorgado ingreso a inmigrantes con permisos comerciales cortos y UNASUR ha intentado establecer una ciudadanía sudamericana. Pese a los avances, existen, a juicio de Acosta, muchas incongruencias e inconsistencias entre los diferentes acuerdos y numerosos problemas de implementación, lo que cuestiona la extensión real de estos regímenes de “libre circulación”<sup>70</sup>. De hecho, y a modo de ejemplo, debido a la migración venezolana, Colombia, Ecuador y Perú suspendieron el acuerdo Mercosur para dichos nacionales<sup>71</sup>.

A mayor abundamiento, las respuestas jurídicas restrictivas a la crisis de desplazamiento venezolano dan cuenta que, en momentos de crisis, las normas generales también son omitidas. Aunque las respuestas políticas iniciales fueron abiertas y acogedoras, aplicando un enfoque de libre circulación de facto al desplazamiento venezolano<sup>72</sup>, pronto los países receptores más importantes, Colombia y Perú, implementaron visas especiales de trabajo temporal y permisos de residencia<sup>73</sup>. Más recientemente, Chile, Ecuador y Perú han promulgado visas de entrada restrictivas para ciudadanos venezolanos, que ha representado un cierre de facto de las fronteras para ellos<sup>74</sup>.

Si bien se han adoptado algunas iniciativas en materia de libre movilidad, el control de las decisiones de ingreso nunca ha dejado de ser una competencia exclusiva de los Estados. Dada la falta de un patrón claro en términos del derecho de acceso a un país, resulta más ilustrador investigar los motivos de exclusión de extranjeros. Entendiendo cuáles son las condiciones bajo las cuales los no nacionales pueden ingresar es posible apreciar el significado real del derecho a migrar.

### *Motivos de exclusión y condiciones de ingreso*

Los Estados definen en sus legislaciones las condiciones bajo las cuales los extranjeros pueden ingresar legalmente a su territorio. Los países son libres de decidir sobre cualquier circunstancia que consideren políticamente significativa. Según Walzer, esta es una decisión fundamental y exclusiva de cualquier comunidad política<sup>75</sup>.

A pesar de los márgenes bastante amplios bajo los cuales operan estas restricciones, los países convergen hacia condiciones similares de entrada. Ante todo, parece haber un acuerdo en cuanto a los motivos de exclusión. Estos corresponden a las categorías en las que las autoridades niegan la entrada a un extranjero sospechoso de actuar de manera que

<sup>68</sup> ORTIZ y PACECCA (2020) pp. 32-34.

<sup>69</sup> ACOSTA (2018) pp. 175-181.

<sup>70</sup> ACOSTA (2018) pp. 182-186.

<sup>71</sup> ORTIZ y PACECCA (2020) p. 33

<sup>72</sup> FREIER y PARENT (2019) pp. 56-61.

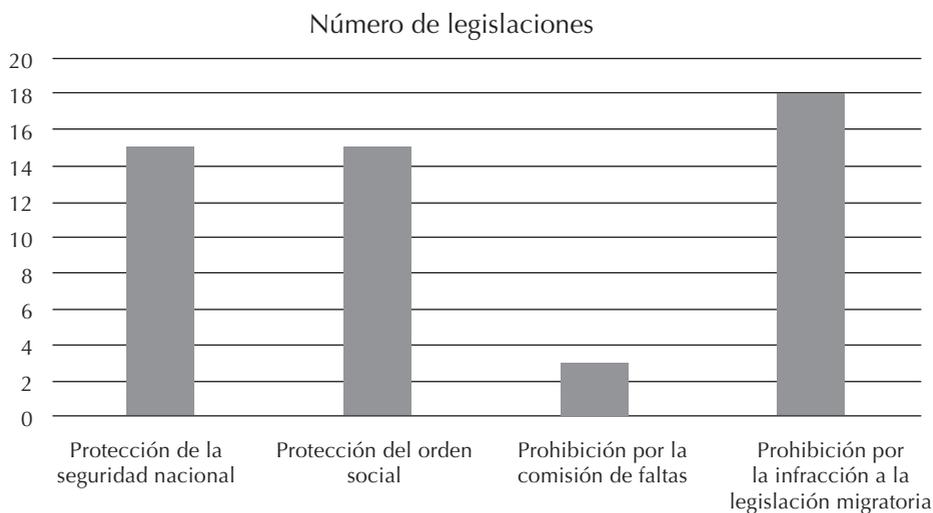
<sup>73</sup> ACOSTA y otros (2019) pp. 8-11.

<sup>74</sup> ACOSTA y otros (2019) pp. 24-25. ORTIZ y PACECCA (2020) pp. 35-36.

<sup>75</sup> WALZER (2008) pp. 52-61.

pueda poner en peligro la seguridad nacional y el orden social del país anfitrión. En la figura 1, se puede observar un resumen de éstos.

FIGURA 1: PRINCIPALES MOTIVOS DE EXCLUSIÓN



Fuente: Elaboración propia.

La protección de la seguridad nacional, el orden social y el respeto a las leyes de inmigración son motivos comunes de exclusión en todas las legislaciones latinoamericanas y son acordes con los estándares impuestos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal como se expuso en la segunda sección. Por ejemplo, Brasil<sup>76</sup>, Chile<sup>77</sup>, Costa Rica<sup>78</sup>, Colombia<sup>79</sup>, Cuba<sup>80</sup>, República Dominicana<sup>81</sup>, Ecuador<sup>82</sup>, El Salvador<sup>83</sup>, Guatemala<sup>84</sup>, Honduras<sup>85</sup>, México<sup>86</sup>, Panamá<sup>87</sup>, Perú<sup>88</sup>, Uruguay<sup>89</sup> y Venezuela<sup>90</sup> han incorporado

<sup>76</sup> LEY N° 13.445 de 2017, artículo 59.IX. DECRETO N° 9.199 de 2017, artículo 28.V.

<sup>77</sup> LEY N° 21.325 de 2021, artículo 32 N° 1. DECRETO N° 296 de 2022, artículo 27.

<sup>78</sup> LEY N° 8.764 de 2009, artículo 61 N° 4.

<sup>79</sup> DECRETO N° 1.067 de 2015, artículo 2.2.1.11.3.2

<sup>80</sup> LEY N° 1.312 de 1976, artículos 24.1.cy 24.1.d.

<sup>81</sup> LEY N° 285 de 2004, artículo 15 N° 2.

<sup>82</sup> LEY N° 938 de 2017, artículo 123 N° 6.

<sup>83</sup> DECRETO N° 286 de 2019, artículo 40 N° 5. DECRETO N° 35 de 2019, artículo 53.

<sup>84</sup> DECRETO N° 44 de 2016, artículo 66.a.

<sup>85</sup> DECRETO N° 208 de 2004, artículo 81.

<sup>86</sup> LEY DE INMIGRACIÓN de 2011, artículo 43.I.

<sup>87</sup> DECRETO DE EMERGENCIA N° 3 de 2008, artículo 50 N° 5. DECRETO N° 320 de 2008, artículo 267.

<sup>88</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 1.350 de 2017, artículos 45.3 y 48.1.b. DECRETO N° 007-2017-IN de 2017, artículo 107.

<sup>89</sup> LEY N° 18.250 de 2008, artículo 45.g.

<sup>90</sup> LEY N° 37.994 de 2004, artículo 8.1.

estas condiciones para rechazar a un extranjero en la frontera. Solo Argentina<sup>91</sup>, Bolivia<sup>92</sup> y Brasil<sup>93</sup> han eliminado la seguridad nacional como motivo, manteniendo solo el orden social y la violación a la ley de inmigración.

De un segundo análisis de estas normas, se puede señalar que éstas reproducen los límites establecidos por los estándares internacionales<sup>94</sup>. A pesar de su congruencia, estas cláusulas destacan por el uso de palabras vagas, ambiguas e imprecisas o de conceptos jurídicos indeterminados que, en la práctica, entregan a las autoridades un amplio margen para interpretar y decidir quién se ajusta efectivamente a los criterios del estatuto legal. De hecho, definir qué equivale a una amenaza a la seguridad nacional o al orden público puede cambiar de un país a otro, y dentro de cada país, de una autoridad a otra.

Otra cláusula generalmente utilizada para denegar el acceso a un país es la infracción de las leyes de inmigración. Ésta aparece en 18 estatutos<sup>95</sup>. De acuerdo con esta disposición, los funcionarios de migración pueden denegar la entrada basándose en la transgresión de las leyes y regulaciones de inmigración. Estas acciones pueden basarse en infracciones graves, como cruce ilegal, pero también en abusos menos relevantes, como no proporcionar documentación de respaldo para la solicitud de visa u omitir declarar intenciones reales en la solicitud de permiso. Los funcionarios adoptan estas decisiones de forma unilateral cuando una persona ingresa a la frontera. República Dominicana y Guatemala son los únicos Estados cuyas legislaciones no contienen esta restricción previa<sup>96</sup>.

En resumen, y aunque a nivel internacional la protección de la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la moral pública y la salud pública se encuentran entre las razones aceptadas para excluir a los no nacionales, a nivel nacional la opacidad de estos términos ha otorgado una discreción de facto a las autoridades. Esto último se amplía con la inclusión de una autorización general para denegar la entrada a quien viole los términos del permiso de inmigración. Con todo, la incorporación de mecanismos procesales para reaccionar en contra de las decisiones de la autoridad opera como un freno, a lo que, de lo contrario, podría ser un poder absoluto.

<sup>91</sup> LEY N° 25.871 de 2004, artículos 29.e y 29.k

<sup>92</sup> LEY N° 370 de 2013, artículos 26.1, 26.2 y 26.8.

<sup>93</sup> LEY N° 13.445 de 2017, artículos 45.VII y 45.IX.

<sup>94</sup> Como se señaló en la segunda sección, se restringe el ingreso para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral pública y los derechos y libertades de terceros. *RICARDO CANESE VS. PARAGUAY* (2008) pár. 124-125.

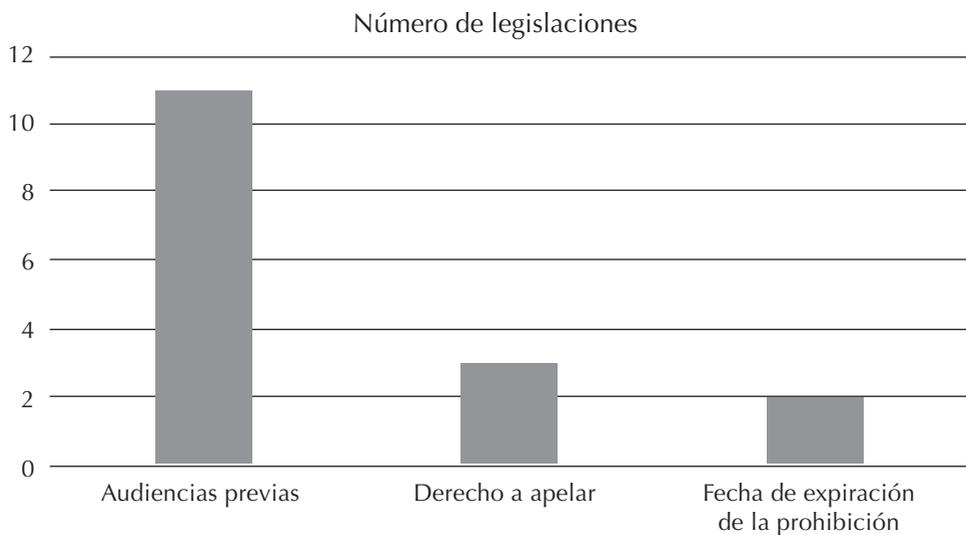
<sup>95</sup> Argentina (LEY N° 2.5871 de 2004, artículos 29.j, 29.k y 35), Bolivia (LEY N° 370 de 2013, artículos 2.5 y 26.II.2) Brasil (LEY N° 13.445 de 2017, artículo 45.7), Chile (LEY N° 21.325 de 2021, artículo 32 N° 8) Costa Rica (LEY N° 8.764 de 2009, artículo 61 N°1), Colombia (DECRETO N° 1.067 de 2015, artículo 2.2.1.11.3.2.5, artículo 2.2.1.11.3.2.9, artículo 2.2.1.11.3.2.12, artículo 2.2.1.11.3.2.5.13, artículo 2.2.1.11.3.2.14, artículo 2.2.1.11.3.2.17, artículo 2.2.1.11.3.2.18, artículo 2.2.1.11.3.2.20, y artículo 2.2.1.11.3.2.21), Cuba (LEY N° 1.312 de 2013, artículo 24.1.f), Ecuador (LEY N° 938 de 2017, artículo 137 N°5, 6, 8 y 10), El Salvador (DECRETO N° 286 de 2019, artículo 40 N°7 y 42), Honduras (DECRETO N° 208 de 2004, artículo 81 N° 8), México (LEY DE MIGRACIÓN de 2011, artículo 43.II), Nicaragua (LEY N° 761 de 2011, artículo 113 N° 1), Panamá (DECRETO DE EMERGENCIA N° 3 de 2008, artículo 50 N°8), Paraguay (LEY N° 978 de 1996, artículos 79 N°2 y N°5), Perú (DECRETO LEGISLATIVO N° 1.350 de 2017, artículo 48.2.a), Uruguay (LEY N° 18.250 de 2008, artículo 45.a), y Venezuela (LEY N° 37.994 de 2004 artículo 38 en relación con 8.2).

<sup>96</sup> LEY N° 285 de 2004, artículo 15. DECRETO N° 44 de 2016, artículo 66.

*Derechos de los no nacionales para oponerse a las decisiones de rechazo en frontera*

La mayor contribución de la incorporación del derecho humano a migrar en América Latina ha sido la inclusión de mecanismos procesales para controlar y limitar los fuertes poderes soberanos de los Estados. Con diferentes grados de extensión, las legislaciones nacionales han establecido procedimientos para resolver y para cuestionar las decisiones de admisibilidad que se adoptan en frontera. En la figura 2, se puede comparar los mecanismos procesales que se han establecido para ello.

FIGURA 2: MECANISMOS PROCESALES PARA CUESTIONAR LA DECISIÓN DE ADMISIBILIDAD



Fuente: Elaboración propia.

Contrariamente a los derechos otorgados a los inmigrantes cuando enfrentan una sanción dentro del país, en la frontera, su posibilidades de ser oídos antes de tomar una determinación y de reclamar una vez notificados de la decisión son limitadas. Solo tres países permiten apelar las decisiones de admisibilidad, y una vez que la autoridad ha tomado una decisión sobre la inadmisión, el efecto de dicha decisión se traduce en una prohibición de entrada de tiempo indefinido, en la mayor parte de los casos.

Con todo, el análisis muestra que 14 países han creado instancias procesales para reaccionar ante las decisiones de admisibilidad. Estas instancias procesales son de suma relevancia y marcan un quiebre con la manera como este tema ha sido regulado en otras jurisdicciones, como sucede en Europa. En efecto, como argumentaría Ceriani, si bien la normativa europea contiene limitados estándares de debido proceso, los controles fronterizos que se efectúan en territorio africano, omiten incluso “la aplicación de esas pocas garantías”<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> CERIANI (2009) p. 201.

En primer lugar, se observan 6 países que han regulado un procedimiento breve para resolver decisiones de admisibilidad. Brasil<sup>98</sup>, El Salvador<sup>99</sup>, Perú<sup>100</sup> y Panamá<sup>101</sup> han establecido un procedimiento compuesto por una entrevista con el inmigrante y la elaboración de un informe (o una decisión motivada) que contiene la justificación de la decisión.

En República Dominicana solo se requiere contactar a la persona que iba a recibir al inmigrante y al consulado<sup>102</sup>. En Chile, en tanto, los funcionarios fronterizos deben notificar y expresar las razones de la inadmisión. Si bien no se incluye una entrevista de forma expresa, se admite un ingreso condicionado<sup>103</sup> y la ley permite la presentación de una acción, pero fuera del país, en un consulado chileno en el exterior<sup>104</sup>.

En Argentina y Bolivia no existe un procedimiento para reaccionar ante la decisión de admisibilidad. Sin embargo, en ambos casos, se han establecido circunstancias específicas que pueden revertir la decisión. Por ejemplo, la Agencia Nacional de Migración de Argentina puede aceptar a personas que se encuentren dentro de los criterios de inadmisibilidad, pero que tengan “razones humanitarias y familiares” que requieran consideración<sup>105</sup>. El decreto general que reglamentó la ley argentina agregó una excepción para los nacionales del Mercosur<sup>106</sup>. De manera similar, la ley de Bolivia faculta a las personas que tienen un vínculo familiar directo con el inmigrante al que se le niega la entrada, para impugnar la decisión de admisibilidad (excepto cuando los motivos se basan en la comisión de delitos)<sup>107</sup>.

Si bien el texto legal no regula un procedimiento en Argentina y Bolivia, la posibilidad de aplicar excepciones presupone la existencia de un procedimiento, aunque sea menos formalizado que en los demás países. Del mismo modo, El Salvador cuenta con un procedimiento y circunstancias particulares que permiten impugnar la decisión de inadmisibilidad. Así, se prohíbe la inadmisibilidad de las personas en situación de vulnerabilidad y de los menores no acompañados<sup>108</sup>.

En segundo lugar, los países más avanzados en establecer un procedimiento en frontera son Costa Rica, Ecuador y México. En Costa Rica se requiere la elaboración de un

<sup>98</sup> LEY N° 13.445 de 2017, artículo 45.

<sup>99</sup> DECRETO N° 35 de 2019, artículo 54.

<sup>100</sup> DECRETO N° 007-2017-IN de 2017, artículo 111.

<sup>101</sup> DECRETO DE EMERGENCIA N° 3 de 2008, artículo 43.

<sup>102</sup> LEY N° 285 de 2004, artículo 119.

<sup>103</sup> La forma como se reguló el ingreso condicionado en el Decreto N° 296 limitó su uso a la existencia de graves riesgos para la vida o salud de la persona extranjera y a la necesidad de concurrir a una ceremonia fúnebre. El artículo 17.3 permitió ampliar dichas hipótesis cuando a juicio del Director Nacional del Servicio se justificare. Con todo, la autorización será de carácter temporal y sólo mientras dure la excepción que la generó. Con esta norma pareciera dejarse fuera la posibilidad que se admita el ingreso a personas, que no cumpliendo con la normativa, pudiesen haber ingresado por razones humanitarias. Bajo la actual legislación, dicho ingreso únicamente se podría realizar mediante una solicitud de residencia temporal efectuada ante un consulado de Chile en el exterior, en virtud del artículo 70 N° 8 de la Ley N° 21.325 de 2021.

<sup>104</sup> LEY N° 21.325 de 2021, artículos 29, 34 y 35. DECRETO N° 296 de 2022, artículos 35 a 39.

<sup>105</sup> LEY N° 25.871 de 2004, artículo 29 inciso final.

<sup>106</sup> DECRETO N° 616 de 2010, artículo 29.

<sup>107</sup> LEY N° 370 de 2013, artículo 26. III.

<sup>108</sup> DECRETO N° 286 de 2019, artículo 42, último párrafo.

informe en el que se incluyan expresamente los motivos, la autoridad que toma la decisión y el derecho de impugnación<sup>109</sup>. Esta legislación también permite aplicar excepciones a la decisión de inadmisibilidad<sup>110</sup>.

La ley ecuatoriana exige que el funcionario redacte un informe y convoque al inmigrante a una audiencia. Luego, el funcionario debe notificar a la agencia de inmigración y a la defensoría pública para asesorar al inmigrante durante este trámite. No se menciona el derecho a impugnar la decisión final, pero la realización de una audiencia y de un abogado defensor garantiza que todos los argumentos se ponderen entre sí<sup>111</sup>.

Por último, México ha establecido dos revisiones en la frontera. El segundo control ocurre solo cuando existen dudas sobre si el inmigrante cumple con los requisitos de ingreso. En este caso, el inmigrante tiene derecho a presentar pruebas y contactar a su consulado. El funcionario se encarga de redactar un informe con un relato detallado de sus motivos y los documentos que le sirvieron para tomar su decisión<sup>112</sup>. Finalmente, el estatuto mexicano estableció circunstancias especiales que permitirían impugnar la decisión en la frontera<sup>113</sup>.

Una vez que se ha tomado la decisión, solo unas pocas legislaciones consideran el derecho de apelación a favor del inmigrante. Excepto en las legislaciones de Costa Rica<sup>114</sup>, Argentina (por un motivo de inadmisibilidad)<sup>115</sup>, y recientemente Chile<sup>116</sup>, ninguno de los demás países de la muestra otorga este derecho. Ecuador es un caso especial porque permite expresamente realizar una audiencia antes de que se tome la decisión de denegación, pero la ley omite mencionar el derecho a apelar cuando ésta se ha dictado<sup>117</sup>.

En suma, los países latinoamericanos han comenzado a regular la forma cómo adoptan decisiones de ingreso en la frontera. De hecho, 11 países han establecido algún tipo de procedimiento para tomar estas determinaciones. Esta evolución es primordial considerando que una vez que se adopta la decisión de no admisión, en muchos casos, ésta se vuelve definitiva por un tiempo indefinido.

En efecto, sólo 2 de 19 países han establecido explícitamente un lapso de tiempo durante el cual dura la prohibición de entrada. Ecuador ha consagrado un período de dos años para la mayoría de sus motivos de inadmisibilidad, excepto cuando la prohibición se basa en el incumplimiento de las condiciones de inmigración (es decir, pasaportes, documentos de identidad y solicitudes de visa)<sup>118</sup>. Recientemente Chile ha fijado un marco

<sup>109</sup> LEY N° 8.764 de 2009, artículo 65.

<sup>110</sup> LEY N° 8.764 de 2009, artículo 65 (menores no acompañados), artículo 127 (consideraciones familiares).

<sup>111</sup> LEY N° 938 de 2017, artículo 138. Decreto 111 de 2017, artículo 138.

<sup>112</sup> REGLAMENTO DE INMIGRACIÓN de 2011, artículos 60 y 62.

<sup>113</sup> LEY DE EXTRANJERÍA de 2011, artículo 43 último párrafo. REGLAMENTO DE INMIGRACIÓN de 2012, artículo 62 (consideraciones familiares, readaptación social, consideraciones humanitarias).

<sup>114</sup> LEY N° 8.764 de 2009, artículo 65.

<sup>115</sup> DECRETO N° 616 de 2010, artículos 35 y 74.

<sup>116</sup> LEY N° 21.325 de 2021, artículo 35. DECRETO N° 296 de 2022, artículo 37.

<sup>117</sup> LEY N° 938 de 2017, artículo 138.

<sup>118</sup> LEY N° 938 de 2017, artículo 140.

temporal que oscila entre los 3 y los 25 años de prohibición de ingreso<sup>119</sup>. La falta de regulación en los demás países las deja como una prohibición indefinida de facto.

Del análisis temático presentado, surgen dos conclusiones concatenadas. Primero, la soberanía sigue siendo de importancia crítica en América Latina. Los fuertes poderes del Estado se hacen palpables a través de la capacidad de la autoridad para excluir a los inmigrantes justificando sus acciones en causales vagas e imprecisas. En segundo lugar, el comportamiento de la autoridad para excluir se ha visto cada vez más restringido por salvaguardas procesales que requieren que las autoridades de inmigración justifiquen sus decisiones, tengan en consideración las defensas de los inmigrantes y, en cierta medida, rindan cuenta a otros órganos, como los abogados de los inmigrantes y los tribunales de justicia.

## CONCLUSIÓN

¿El derecho humano a migrar implica un derecho a ingresar al país de elección y fijar allí su residencia? ¿Impide este derecho excluir o denegar la entrada a un extranjero que no cumple con los requisitos establecidos por la ley? Según la posición intermedia de la filosofía política, son los Estados, mediante la dictación y ejecución de sus leyes los que pueden tomar dichas determinaciones. ¿Se trata de una competencia absoluta? La jurisprudencia de los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos ofrece orientación. Para estos tribunales, existen ciertos límites concretos para ejercer dicha competencia. Salvo en el caso de los solicitantes de refugio y de la niñez inmigrante, los Estados pueden establecer restricciones al ingreso, siempre que sea por ley, sean necesarias y proporcionales.

El análisis temático de la legislación de 19 países latinoamericanos confirma que el derecho humano a migrar no crea un derecho de entrada y que, en general, los funcionarios estatales no pueden negar la entrada de forma unilateral y a su mera voluntad, tal como lo dispone la jurisprudencia internacional.

Llama la atención, no obstante, que más allá de la incorporación de este derecho como un principio o como un derecho de entrar, transitar, permanecer, salir y retornar al país, en la legislación de 8 países de la región, ello no se ha traducido en la libre movilidad de los extranjeros a través de las fronteras. Por el contrario, el mayor movimiento parece haber sido posibilitado por la existencia de acuerdos regionales, más que por las declaraciones anteriores.

Con todo, el aporte del derecho a migrar se ha traducido en la incorporación de garantías procesales al momento de adoptar decisiones de admisión en frontera. De hecho, en las legislaciones de 11 países existen procedimientos establecidos para tomar decisiones de admisibilidad, que comprenden desde acciones muy simples como emitir un informe escrito y notificarlo, hasta otras más exigentes, como una audiencia y la notificación a la oficina del defensor público.

Así, la mayor contribución de la incorporación del derecho humano a migrar en Latinoamérica, en comparación con el derecho a la libre circulación y que constituye su antecedente directo, ha sido la inclusión de mecanismos procesales para controlar y limitar los

<sup>119</sup> LEY N° 21.325 de 2021, artículo 136. DECRETO N° 296 de 2022, artículo 27.

fuertes poderes soberanos de los Estados. A pesar de que en algunos momentos los Estados podrían abusar de sus amplias facultades, la existencia de procedimientos de reclamación servirá para visibilizar cuando dichas prerrogativas se estuvieran ejerciendo fuera de los procedimientos previamente establecidos en la ley, sin atender a criterios de necesidad y proporcionalidad y en directa afectación a los estándares de derechos humanos a los que dichos países se encuentran obligados.

La investigación futura puede, sobre la base de los hallazgos de este artículo, examinar si la aplicación de las leyes y de los decretos ejecutivos respaldan esta comprensión matizada de la soberanía. Es posible que, con la participación de otros actores, como los abogados de inmigración, se intensifique el efecto de estos procedimientos y se limite aún más la soberanía estatal. Alternativamente, se podría esperar un uso más fuerte de los poderes soberanos en países donde la inmigración es invisible, debido a su bajo número, la falta de atención política y la ausencia de judicialización de las decisiones de la autoridad.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA ACARAZO, Diego (2018): *The National versus the foreigner in South America: 200 years of migration and citizenship Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- ACOSTA ACARAZO, Diego y FREIER, Luisa Feline (2015): “Turning the immigration policy paradox upside down? populist liberalism and discursive gaps in South America”, *International Migration Review*, vol. 49, N° 3: pp. 659-696.
- ACOSTA ACARAZO, Diego y otros (2019): “La emigración venezolana: Respuestas latinoamericanas” *Documentos de trabajo*, N° 3 (Madrid, Fundación Carolina ) pp. 1-30. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7097487>.
- AGUILAR, Luis y otros (2010): “El derecho a la libre circulación como derecho humano” en AGUILAR, Luis y otros (edit.), *El derecho humano a la libre circulación de personas en la migración internacional intracomunitaria* (Lima, Comisión Andina de Juristas) pp. 15-37.
- BALUARTE, David (2019): “The Right to Migrate: A Human Rights Response to Immigration Restrictionism in Argentina”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 18, N° 2: pp. 293-349.
- BLAKE, Michael (2019): *Justice, migration, and mercy* (Oxford, Oxford University Press).
- CANELO, Brenda y otros (2018): “Nuevas (viejas) políticas migratorias en la Argentina del cambio”, *Si Somos Americanos*, vol. 18, N° 1: pp. 150-182.
- CANTOR, David y otros (2015): “Introduction: A paradigm shift in Latin American immigration and asylum law and policy?”, en CANTOR, David y otros (edit.), *A liberal tide? Immigration and asylum law and policy in Latin America* (London, Institute of Latin American Studies, School of Advanced Study) pp. 1-10.
- CARENS, Joseph (1987): “Aliens and citizens: the case for open borders”, *Rev. Politics*, vol. 49, N° 2: pp. 251-273.
- CARENS, Joseph (1992): “Migration and morality: a liberal egalitarian perspective”, en BARRY, Brian y GOODIN, Robert (edit.), *Free Movement: Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money* (Pennsylvania, Pennsylvania University Press) pp. 25-47.
- CARENS, Joseph (2013): *The Ethics of immigration* (Oxford, Oxford University Press).

- CERIANI CERNADAS, Pablo (2011): “Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”, *Nueva Sociedad*, N° 233: pp. 67-85.
- CERIANI CERNADAS, Pablo (2009): “Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 6, N° 10: 189-214.
- CERIANI CERNADAS, Pablo y FREIER, Luisa Feline (2015): “Lights and shadows in Latin American immigration legislation” en CANTOR, David y otros (edit.), *A liberal tide? immigration and asylum law and policy in Latin America* (London, Institute of Latin American Studies, School of Advanced Study) pp. 11-31.
- COLE, Philip (2000): *Philosophies of exclusion: liberal political theory and immigration* (Edinburgh, Edinburgh University Press).
- DÍAZ TOLOSA, Ingrid (2016): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, *Estudios Constitucionales*, vol. 14, N° 1: pp. 179-220.
- DOMENECH, Eduardo (2017): “Las políticas de migración en Sudamérica: Elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo”, *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política*, vol. 8, N° 1: pp. 19-48.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Nieves y otros (2020): “Importancia y limitaciones de las normas jurídicas para el estudio de la política migratoria en América Latina” en GANDINI, Luciana (edit.), *Abordajes sociojurídicos contemporáneos para el estudio de las migraciones internacionales* (Ciudad de México, Universidad Nacional de México, Secretaría de Desarrollo Institucional) pp. 85-120.
- FOURATT, Caitlin (2014): “‘Those who come to do harm’: the framings of immigration problems in Costa Rican Immigration Law”, *International Migration Review*, vol 48, N° 1: pp. 144-180.
- FREIER, Luisa Feline y HOLLOWAY, Kyle (2019): “The impact of tourist visas on intercontinental south-south migration: Ecuador’s policy of “open doors” as a quasi-experiment”, *International Migration Review*, vol. 53, N° 4: pp. 1171-1208.
- FREIER, Luisa Feline y CASTILLO JARA, Soledad (2020): “Mobility and Migration Policies in Latin America in Times of Covid-19” en *Anuario Cidob De La Inmigracion* (Barcelona, Center for International Affairs) pp. 50-65.
- FREIER, Luisa Feline y PARENT, Nicolás (2019): “The Venezuelan exodus: Placing Latin America in the global conversation on migration management” *Current History*, vol. 118, N° 805: pp. 56-61.
- GARCÍA, Lila (2016): “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”, *Colombia Internacional*, N° 88: pp. 107-133.
- GUIZARDI, Menara (2021): “The migration crisis and the ecstasies of hatred”, en GUIZARDI, Menara (edit.), *The migration crisis in the American Southern Cone: Hate speech and its social consequences* (Switzerland, Springer Nature) pp. 3-19.
- JAMES, Michael (2019): “Can the right to internal movement, residence, and employment ground a right to immigrate?”, *Ethics & Global Politics*, vol. 12, N° 2: pp. 1-18.

- JARAMILLO FONNEGRA, Verónica y SANTI PEREYRA, Silvana (2021): “The reconfiguration of the human right to migrate: Tensions between the principles of equality and non-discrimination in Argentina and Ecuador”, *Revista IUS*, vol. 15, N° 47: pp. 63-102.
- HUACO PALOMINO, Marco (2014): “Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (edit.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Konrad Adenauer Stiftung, Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- MARGHERITIS, Ana (2013): “Piecemeal regional integration in the post-neoliberal era: Negotiating migration policies within Mercosur”, *Review of International Political Economy*, vol. 20, N° 3: pp. 541-575.
- MARTÍNEZ, David y ELLIOTT, Alexander (2021): “Realising immigration as a human right: Public justification and cosmopolitan solidarity”, *European Journal of Social Theory*, vol. XX, N° X: pp. 1-17.
- MILLER, David (2014): “Immigration: the case for limits” en COHEN, Andrew (edit.) *Contemporary Debates in Applied Ethics* (Malden, Wiley-Blackwell) pp. 193-206.
- MILLER, David (2016): *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration* (Cambridge, Harvard University Press).
- OBERMAN, Kieran (2016) “Immigration as a Human Right”, en FINE, Sarah y YPI, Lea (edit.) *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership* (Oxford, Oxford University Press) pp. 32-56.
- OBERMAN, Kieran (2017): “Immigration, citizenship, and consent: What is wrong with permanent alienage?”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 25, N° 1: pp. 91-107.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LAS MIGRACIONES (2019): “Glosario de la OIM sobre Migración” en *Derecho Internacional sobre Migración*, N° 34, pp. 1-260. Disponible en <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>
- ORTIZ CETRA, Raísa y PACECCA, María Inés (2020): “Laberintos de papel. Desigualdad y regularización migratoria en América del Sur (Buenos Aires, CAREF- CELS) pp. 1-86.
- SHACHAR, Ayalet (2009): *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*. (Cambridge, Harvard University Press).
- SONG, Sarah (2018): “Political Theories of Migration”, *Annual Review of Political Science*, vol. 21, N° 1: pp. 385-402.
- STEFONI ESPINOZA, Carolina y otros (2018): “La construcción política de la frontera. Entre los discursos nacionalistas y la “producción” de trabajadores precarios”, *Polis*, vol. 17, N° 51: pp. 137-162.
- STEINER, Hiller (1992): “Libertarianism and the transnational migration of people”, en BARRY, Brian y GOODIN, Robert (edit.) *Free Movement: Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money* (Pennsylvania, Pennsylvania State University Press) pp. 87-94.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María (2020): “Derecho de circulación y residencia”, en Steiner Christian, Fuchs Marie-Christine (edits), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentario* (Colombia, Editorial Nomos S.A. segunda edición) pp. 645-670.
- WALZER, Michael (1983): *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. (New York: Basic Books).

ZAPATA, Gisela y TAPIA WENDEROTH, Vicente (2019): “Progressive legislation but lukewarm policies: The brazilian response to venezuelan displacement”, *International Migration Review*, Special Issue Article, pp. 1-20.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)* (1985): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A N° 5.
- CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS* (2003): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A N° 18.
- DERECHOS HUMANOS DE MIGRANTES, REFUGIADOS, APÁTRIDAS, VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS Y DESPLAZADOS INTERNOS: NORMAS Y ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS* (2015): Comisión Interamericana de DD.HH., OEA/Ser.L/V/II.
- DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL* (2014): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A N° 21.
- HIRSI JAMAA Y OTROS VS. ITALIA* (2012): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 27765/09, 23 de febrero de 2012.
- KEBE Y OTROS VS. UCRANIA* (2017): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 12552/12, 12 de enero de 2017.
- LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN (INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 5, 22.7 Y 22.8, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)* (2018): Corte Interamericana de DD.HH., Opinión Consultiva OC-25/18, Serie A N° 25.
- M.A. VS DINAMARCA* (2021): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 6697/18, 9 de julio de 2021.
- M.K. Y OTROS VS. POLONIA* (2020): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 40503/17, N° 42902/17, N° 43643/17, 23 de julio de 2020.
- N.D. Y N.T. VS ESPAÑA* (2020): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 8675/15, N° 8697/15, 13 de febrero de 2020.
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DD.HH.: “Observación General N° 27. La libertad de circulación (artículo 12)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (2 de noviembre de 1999).
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DD.HH.: “Observación General N° 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto. 27”, período de sesiones (1986) .
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES DE NACIONES UNIDAS: “Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”, CMW/C/GC/2 (28 de agosto de 2013).
- RICARDO CANESE VS. PARAGUAY* (2008): Corte Interamericana de DD.HH., Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 111.
- VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ* (2010): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 218.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

## NORMATIVA INTERNA

ARGENTINA, Decreto N° 616 (3/5/2010).

ARGENTINA, Ley N° 25.871 (21/1/2004), Ley de Migraciones.

BOLIVIA, Decreto N° 1.923 (13/3/2014).

BOLIVIA, Ley N° 370 (8/5/2013), Ley de Migración.

BRASIL, Decreto N° 9.199 (21/11/ 2017).

BRASIL, Ley N° 13.445 (21/11/2017), Institui a Lei de Migração.

CHILE, Ley N° 21.325 (20/4/2021), Ley de Migración y Extranjería.

CHILE, Decreto N° 296 (12/2/22), Aprueba Reglamento de la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería.

COLOMBIA, Decreto N° 1.067 (26/5/2015).

COLOMBIA, Ley N° 2.136 (4/8/2021), Política Integral Migratoria del Estado Colombiano

COSTA RICA, Decreto N° 37.112 (17/5/ 2012).

COSTA RICA, Ley N° 8.764 (1/3/2010), Ley General de Migración y Extranjería

CUBA, Decreto N° 305 (16/10/2012).

CUBA, Ley N° 1.312 (14/1/2013), Ley de Migración.

ECUADOR, Decreto N° 111 (10/8/2017).

ECUADOR, Ley Orgánica de Movilidad Humana (6/2/2017).

EL SALVADOR, Decreto N° 35 (28/5/2019).

EL SALVADOR, Decreto N° 286 (25/4/2019), Ley Especial de Migración y Extranjería.

GUATEMALA, Decreto N° 44-2016 (18/10/2016).

HONDURAS, Decreto N° 208 (3/3/2004).

HONDURAS, Decreto N° 208-2003 (3/3/2004), Ley de Migración y Extranjería.

MÉXICO, Ley de Migración (25/6/2018).

MÉXICO, Reglamento de la Ley de Migración (28/9/2012).

NICARAGUA, Decreto N° 31 (27/9/2012).

NICARAGUA, Ley N° 761 (6/7/2011), Ley General de Migración y Extranjería.

PANAMÁ, Decreto Ejecutivo N° 320 (13/08/2008).

PANAMÁ, Decreto Ley N° 3 (26/2/2008), Que Crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y Dicta Otras Disposiciones.

PARAGUAY, Ley N° 978-96 (11/8/1996), De Migraciones.

PARAGUAY, Decreto N° 18.295 (28/8/1997).

PERÚ, Decreto N° 007-2017-IN (27/3/2017).

PERÚ, Decreto Legislativo N° 1350 (7/1/2017), Ley de Migraciones.

REPÚBLICA DOMINICANA, Decreto N° 631 (19/10/2011).

REPÚBLICA DOMINICANA, Ley N° 285 (15/8/2004), Ley General de Migración

URUGUAY, Decreto N° 394-009 (2/9/2009).

URUGUAY, Ley N° 18.250 (17/1/2008), Ley de Migraciones.

VENEZUELA, Ley N° 37.944 (24/5/2004), Ley de Extranjería y Migración.

#### TRATADOS INTERNACIONALES

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22 de noviembre de 1969).

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES (18 de diciembre de 1990).

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (4 de noviembre de 1950-1).

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (10 de diciembre de 1948).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16 de diciembre de 1966).

PROTOCOLO N° 4 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES RECONOCIENDO CIERTOS DERECHOS Y LIBERTADES (16 de septiembre de 1963).