

MIGRACIÓN INTERNACIONAL Y DERECHO: UNA REFLEXIÓN EN CLAVE DE DERECHOS HUMANOS¹

Rita Lages de Oliveira

-
1. La presente versión de este trabajo, presentado con anterioridad en diferentes foros académicos, ha sido actualizada, ampliada y mejorada en el ámbito de la investigación titulada “Contemporary Migrations in Chile: Challenges to Democracy, Global Citizenship and Access to Non-discriminatory Rights”, proyecto financiado por Conicyt PIA SOC180008 y bajo la dirección de la profesora y doctora María Emilia Tijoux, y que la autora integra como investigadora asociada.

RITA LAGES DE OLIVEIRA

Licenciada en Derecho y Magíster en Ciencias Jurídico-Comunitarias por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Candidata a Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Investigadora del Centro de Derechos Humanos de la misma Casa de Estudios. Su área de trabajo es migración internacional y asilo en el derecho internacional, europeo e interamericano de los derechos humanos y en el derecho de la Unión Europea.

MIGRACIÓN INTERNACIONAL Y DERECHO: UNA REFLEXIÓN EN CLAVE DE DERECHOS HUMANOS

I

1. Pese a ser un fenómeno antiguo (Klemenčič, 2007, 27 ss.) que presenta en la actualidad una expresión estadística relativamente modesta² –especialmente cuando se analiza en perspectiva histórica (Gil Araújo, 2005, 13)–, la migración internacional es motivo de creciente inquietud en muchos Estados y sus ciudadanos³.

La migración internacional, en la medida en que contribuye a cuestionar las habituales barreras culturales, lingüísticas, religiosas o políticas que la tradicional división del mundo en Estados–nación permitió crear, nos pone a todos frente al espejo, obligándonos a reflexionar sobre nosotros mismos (Vitale, 2006, 9), nuestra

-
2. Las últimas estimaciones elaboradas por las Naciones Unidas indican que en 2017 residían fuera del país de su nacionalidad 258 millones de personas, *i.e.*, el 3,4% de la población mundial. Aunque entre 2000 y 2017 el número de migrantes internacionales pasó de 173 a 258 millones de migrantes internacionales, *i.e.*, un aumento de 85 millones de personas, equivalente a un 49% (United Nations, Department of Economic and Social Affairs, 2017, 1), como bien recuerda Haas, “*we aren’t living in an era of unprecedented migration*”. Primero, el número de entradas irregulares ocurridas en periodos de elevada presión migratoria es en general inferior a las estimaciones oficiales (Haas, 2017) y, segundo, el crecimiento de la población migrante desde 1960 que se mantiene estable en términos porcentuales o relativos (en el orden del 3%) y su aumento en términos absolutos varía casi en la misma proporción que la población mundial (Haas, 2017); (Czaika y Haas, 2014, 296 ss.). Tercero, el número de refugiados y solicitantes de asilo (25,9 millones en 2018), no obstante su crecimiento sustancial en comparación con la década anterior, justificado en gran medida por el conflicto sirio (6,7 millones) y más recientemente por el éxodo venezolano (4.054,087 millones de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo), representa el 9% del total de la población migrante (Unhcr, 2019; Acnur/OIM, 2019).
 3. Por ejemplo, en la Unión Europea, una de las principales regiones de destino, los últimos estudios de opinión pública del Eurobarómetro, publicados en noviembre de 2018 y marzo de 2019, muestran que la migración es para los ciudadanos europeos encuestados el problema más importante que enfrenta en la actualidad la Unión Europea, por delante del terrorismo, el cambio climático o la situación económica (European Commission, 2018, 12) (European Commission 2019, 11 y 14). En Chile, el estudio Chile3D de GfK Adimark revela que en 2018, para el 20% de los encuestados, la inmigración era la principal preocupación que aquejaba al país, lo que representaba un aumento del 3% respecto del 2017 (17%), ocupando el décimo puesto (GfK Adimark, 2018, 76-77).

percepción del otro y del mundo. Este ejercicio de (auto y hetero) reflexión es sentido como una amenaza al esfuerzo de “contención o reducción del miedo” atribuido al Estado moderno y demandado por una difusa y latente necesidad de protección político-social que resulta en la adopción de respuestas represivas contra la inmigración (Zolo, 2009, 153-154 y 156-157).

La migración internacional, digámoslo con Zolo, es “un desafío radical en el tema del miedo y de la seguridad porque la dialéctica del ‘ciudadano’ y del ‘extranjero’ se ve alterada por la fuerza imponente de los fenómenos migratorios y por su incontrolabilidad e irreversibilidad objetivas. Es un desafío que amenaza con hacer explotar tanto los elementos de la constitución ‘prepolítica’ de la ciudadanía, como los procesos sociológicos de formación de la identidad colectiva y, por último, las propias estructuras del Estado de Derecho” (Zolo, 2009, 157). En otras palabras, la inmigración, contribuyendo a la transformación de las sociedades de destino en espacios multiculturales, ha dejado en evidencia la artificialidad de la noción westfaliana de Estado y de pueblo/nación, entendida esta última como una idealizada comunidad nacional cultural, lingüística, social y políticamente homogénea (o, en palabras de (Anderson, 2006, 6-7), una “comunidad imaginada”), y, por ende, es sentida como una amenaza al ejercicio de dos clásicas funciones del Estado moderno: la unificación nacional y la pacificación interna.

2. Adicionalmente, en el actual contexto de “estado de emergencia permanente” legitimador de la suspensión de normas constitucionales (Agamben, 2010, 13)⁴ –no siempre formalmente declarado y que el 11-S o la crisis económico-financiera del 2008 han ayudado a perpetuar–, los contemporáneos desplazamientos humanos son también percibidos como un fenómeno “peligroso y disfuncional” (Castles,

4. Para Agamben, el estado de excepción se presenta cada vez más como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea (Agamben, 2010, 13). De hecho, es cada vez más frecuente la invocación del estado de excepción mediante una narrativa oficial que da cuenta de una crisis migratoria o de refugiados (aunque no siempre los hechos estadísticos la corroboren) que amenaza la sostenibilidad de los servicios públicos (salud, seguridad social, educación, vivienda, entre otros) y el propio orden público y seguridad interna, para justificar modificaciones a las leyes de inmigración o asilo mediante la introducción de normas consistentes en (i) la restricción o pérdida de derechos que las legislaciones anteriores reconocían a los refugiados (*n.g.*, Suecia); (ii) la introducción de cuotas para solicitantes de asilo o refugiados (*n.g.*, Austria); (iii) la posibilidad de declarar el “estado de emergencia migratoria” en caso de llegada masiva de inmigrantes y refugiados (*n.g.*, Austria); (iv) para edificar vallas o militarizar las fronteras (*v.g.*, Hungría, Estados Unidos) o (v) la creación de visas de entrada para los nacionales provenientes de países enfrentados a crisis humanitarias (*n.g.*, Chile y Perú, respecto de los ciudadanos venezolanos). Al respecto, Klamberg, 2016, 22-23; Hilpold, 2017, 312.

2010, 144), síntoma de un mundo socialmente patológico, y, por ende, “una insoportable fuente de inseguridad en el interior de un inmenso cementerio de esperanzas frustradas” (Zolo, 2009, 157), al que hay que erradicar con políticas centradas en el desarrollo (de los países de origen) como la solución para frenar los flujos migratorios⁵.

Sin embargo, esta perspectiva desconoce que la migración no es una imperiosa (y, para muchos, indeseada) consecuencia de la pobreza, sino más bien un componente de procesos más amplios de cambio. Así, la migración internacional, por un lado, es una consecuencia de la integración económica global y regional (Haas, 2006, 23)⁶ –que, frecuentemente, bajo la forma de acuerdos de libre circulación, promueve la movilidad de personas y en particular de trabajadores mediante la liberalización de los requisitos de ingreso y permanencia– o de un progreso económico y social que aún no ha llegado a todos ni a todos lados (Czaika y Haas, 2014, 318-319), y, por otro, depende de las aspiraciones y posibilidades de las personas para desplazarse (Haas, 2011, en especial, 15-22).

Situación distinta es reconocer que algunas de las causas que originan los flujos actuales son una señal de que “hay algo profundamente erróneo en la forma en que vivimos hoy” (Judt, 2011, 17). En este sentido, la migración internacional contemporánea revela algunos de los disfuncionamientos de un mundo donde el progreso económico, social y político aún no se globalizó. Las migraciones forzadas a las que asistimos hoy –que en el 2018 alcanzaron la cifra de 70.8 millones de desplazados (Unhcr, 2019)– resultan, según Sassen, de la “pérdida masiva de hábitat” (Martín, 2015), i.e., la migración como respuesta de supervivencia frente a la insostenibilidad de seguir viviendo en un lugar de origen cada vez más hostil, ya sea por guerras, violación sistemática y generalizada a los derechos humanos, hambruna prolongada o por degradación y contaminación medioambiental, cambio climático, apropiación de tierras, etc. Todo esto hace de la migración contemporánea un fenómeno más complejo en cuanto a sus causas, composición y flujos, convirtiéndola,

-
5. Véase, en este sentido, la Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes aprobada el 16 de septiembre por la Asamblea (Naciones Unidas. Asamblea General, 2016, ap. 12).
 6. Estudios existentes demuestran que (i) son las personas pertenecientes a los grupos de ingresos medios, y no las más pobres, las que más emigran; (ii) los países más pobres, en su conjunto, presentan niveles más bajos de emigración que los países de renta media; y (iii) el desarrollo económico y humano, por lo menos a corto plazo, genera más emigración. Fundamental al respecto, Haas, 2006, 16-19 y 22-26; Haas, 2007, *passim*. Una versión reciente y sintetizada de la tesis del autor se encuentra en Haas, 2014, 178-179.

para muchos, en un viaje sin regreso, pues a menudo, para millones de personas en el mundo, no queda nada a donde volver (Sassen, 2015, 27)⁷.

3. Esta “nueva era de la migración” (Pries, 1998, 109) como elemento sistémico de la globalización (Castles, 2005, 46) se caracteriza entonces por una intensificación y diversificación de los flujos transnacionales: al liberalismo que sostiene la circulación de capitales, servicios y mercancías, apoyada en redes transnacionales, se contraponen la restricción de los flujos de personas bajo criterios nacionales de seguridad interior y orden público. Como subraya Saskia Sassen, si “la globalización económica desnacionaliza las economías nacionales; por el contrario, la inmigración renacionaliza las políticas” (Sassen, 1996, 63). Es decir, a la apertura de las economías internas al mercado mundial, mediante la eliminación de barreras a la circulación de mercancías y capitales, se contrapuso, con relación a las personas, el proteccionismo “del Estado nacional que reclama todo su antiguo esplendor en la afirmación de su derecho soberano de controlar sus fronteras” (Sassen, 1996, 63).

Esta dicotomía liberalismo/proteccionismo (o, que es lo mismo, apertura/cierre de fronteras) y las asimetrías que ella genera se hacen notar al interior de las propias dinámicas migratorias. Como bien observaba Sarah Collinson, la globalización, a la vez que (i) potencia la migración global (*global migration*) –i.e., los flujos de trabajadores altamente calificados, disputados por las más desarrolladas economías financieras y tecnológicas, y de las élites globales⁸– y (ii) favorece la migración laboral en el marco

-
7. Ilustrativo de ello es, por un lado, (i) el reducido número de personas desplazadas que regresan a los países de origen o que son reasentadas en terceros países (en 2018 hubo 2,8 millones de nuevos refugiados, mientras que aproximadamente 600 mil antiguos refugiados han podido volver a sus países de origen y apenas 92,400 fueron reasentados) y, por otro lado; (ii) el aumento de la duración del desplazamiento prolongado, *i.e.*, aquel que se extiende por más de cinco años: según datos de 2015, el desplazamiento prolongado dura en promedio 26 años para los refugiados y más de 10 años para el 90% de los desplazados internos). Al respecto, véanse Unhcr, 2019, 6, 7 y 32; Unhcr, 2017, 2 e Internal Displacement Monitoring Centre/Norwegian Refugee Council, 2015, 11, 36 y 63.
8. Por no ser el objeto del presente estudio, no ahondaremos en la definición y análisis del concepto de “élite global”. Sin embargo, y para efectos de transparencia y rigor conceptuales, el sentido que le damos a dicho concepto se inspira en cierta medida en la noción, hace mucho desarrollada por Sklair (1997, esp. 521 y ss. y, posteriormente en 2002, *passim*), de “*transnational capitalist class*” (TCC) –que incluye los “*TNC (transnational corporations) executives*” (“*corporate fraction*”); “*globalizing bureaucrats*” (“*state fraction*”); “*globalizing politicians and professionals*” (“*technical fraction*”) y “*consumerist elites*” (“*consumerist fraction*”)–. En síntesis, nos estamos refiriendo, entre otros, a empresarios, inversionistas o profesionales altamente calificados que, frente a un mercado cada vez más amplio y abierto, sostenido, en gran parte, por una política de bajo costo de producción, ven su potencial cartera de clientes y lugares de inversiones aumentados a una escala global.

de acuerdos de libre comercio y de procesos de integración regional que promueven la libre circulación mediante la supresión de las barreras aduaneras y controles fronterizos interiores (*liberalised commercial and worker migration*), (iii) se muestra, a la vez, connivente con el fortalecimiento de las restricciones a la gran mayoría de los actuales flujos migratorios (*transnational migration*) –ya sean regulares (v.g, la reunificación familiar) o irregulares; voluntarios o forzados; temporales, circulares o permanentes– sometidos al *jus imperium* (Collinson, 1999, 9 y ss.).

Lo anterior se traduce, en la práctica, en la desigualdad –de facto y de jure– de las condiciones en que se realiza la migración internacional: la nacionalidad o la actividad económica que los extranjeros están aptos a realizar son criterios determinantes para la autorización de entrada regular⁹ o el ejercicio de ciertos derechos¹⁰. En

-
9. Sea un ejemplo geográfica y temporalmente cercano. En Chile, desde abril de 2018 –fecha en la que se publicó la “Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería” que inaugura formalmente la nueva política migratoria nacional– se han creado siete nuevas visas administrativas: cuatro en razón de la nacionalidad (visa consular de turismo simple [Decreto Supremo N° 776, de 9 de abril de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública] y visa humanitaria para reunificación familiar, ambas para ciudadanos haitianos; visa de responsabilidad democrática [Oficio circular n° 96, de 9 de abril del 2018, del Subsecretario de Relaciones Exteriores] y, más recientemente, el visto consular de turismo simple [Decreto n° 237, 22 de junio de 2019], ambas para nacionales de Venezuela) y tres por motivos económicos (visa temporaria de oportunidades [Circular n° 210, de 1 de agosto de 2018, del Jefe del Departamento de Extranjería y Migración], visa temporaria de orientación internacional y visa temporaria de orientación nacional [Circular n° 14, de 1 de agosto de 2018, del Jefe del Departamento de Extranjería y Migración]). Sin ahondar en las especificidades jurídicas propias de cada visa, y únicamente con el propósito de ilustrar nuestra afirmación, siempre diremos que 1) el ingreso y permanencia en el territorio nacional de personas de nacionalidad haitiana y venezolana, independiente del motivo, quedan siempre supeditados a una autorización previa (visa), lo que no ocurre necesariamente para otras nacionalidades; 2) la nacionalidad determina la duración de la permanencia (así, la estancia “con fines de recreo, deportivos, religiosos u otros similares” para los nacionales de Haití es de treinta días, mientras que en el caso de los ciudadanos venezolanos se aplica el plazo general de 90 días, siendo que los cuatro motivos que se invocan para justificar el plazo excepcional de 30 días, i) interés nacional que demanda una migración ordenada, segura y regular; ii) aumento del flujo migrantes de ambas nacionalidades en calidad de turistas; iii) exposición a redes de tráfico de migrantes en virtud de su permanencia irregular; y iv) necesidad de una gestión integral de la migración, se repiten entre los ocho motivos que justifican la aplicación del plazo general para las personas de Venezuela); y 3) los requisitos para el otorgamiento de las visas orientadas a la migración altamente calificada (visa temporaria de orientación internacional y visa temporaria de orientación nacional) son menos restrictivos pues, desde luego, se otorgan “de forma automática”, lo que no ocurre con la visa temporaria de oportunidades aplicable al resto de los trabajadores y/o inversores, que está sometida a un sistema de puntaje y limitada a una cuota anual.
10. Desde el punto de vista jurídico, la coexistencia de la consagración del principio de equiparación

consecuencia, las leyes migratorias y de extranjería se han convertido en instrumentos jurídicos de selección y exclusión de personas. A la vez que estimulan –y responden a– la expansión de un mercado internacional ávido de trabajadores altamente calificados (*skilled migration*) bajo un nuevo paradigma de la división internacional del trabajo¹¹, son también responsables por restringir la entrada a trabajadores extranjeros no especializados, aunque de ellos se necesite también, condenándolos a la precariedad jurídica y perpetuando la “división étnica del trabajo” (Pugliese, 2004)¹². No tengamos ilusiones, las políticas y leyes migratorias restrictivas no se limitan a reducir a corto plazo el número de entradas, sino que también distinguen entre los inmigrantes “necesarios” y los “dispensables” en función de su capacidad para ajustarse a las necesidades coyunturales demandadas por el mercado formal de trabajo, o para asimilarse culturalmente (De Lucas, 2002, 67), y, así, perpetuar las condiciones para la existencia de redes de inmigración clandestina, lanzando al inmigrante “dispensable” a la economía informal –donde abundan los empleos mal remunerados, la inseguridad jurídica, la inamovilidad profesional y social– y condenándolo a la invisibilidad y, por ende, a la vulnerabilidad, pues tratándose de actividades que escapan al control del Estado (seguridad social, hacienda pública), los excluye de los sistemas nacionales de protección, a la vez que permite a muchos Estados sostener la tesis de que sus economías no necesitan de trabajadores no especializados.

o igualdad y la existencia de cláusulas de reciprocidad que reservan el disfrute de ciertos derechos a determinados extranjeros en función de su nacionalidad es posible –aunque, como hemos dado cuenta en otro lugar (Lages, 2016, 85-86), sea cada vez más cuestionable su compatibilidad con criterios de justicia– siempre y cuando ello no signifique una restricción desproporcionada y arbitraria del núcleo irreductible de derechos fundamentales o anule el contenido del principio de equiparación e igualdad.

11. Si en el siglo XIX era el capital el que se desplazaba de los centros de inversión hasta los lugares donde se encontraban las materias primas, hoy es en las *global cities* (Sassen, 2001, *passim*) donde se gestiona la mayor parte de la riqueza mundial producida, auténticos polos de atracción de capital y mano de obra internacionales.
12. Expresión de Pugliese, partiendo de la observación del mercado de trabajo italiano, para describir la concentración de trabajadores extranjeros en específicos sectores del mercado de trabajo. A esta división por nacionalidades del ejercicio de determinadas actividades profesionales se refería la teoría del mercado dual (Piore, 1972, 2), dando cuenta de la segmentación de los mercados de trabajo en “primarios”, donde se concentran los nacionales, y “secundarios”, propicios para los extranjeros, donde abundan los empleos en actividades del sector terciario, aunque también secundario, poco apetecibles para los trabajadores nacionales por su baja remuneración, precariedad jurídica y estigmatización social.

II

1. Nos parece que esta dominante mirada sobre la migración internacional que acabamos de describir —, i.e., la inmigración no como manifestación del ejercicio de una libertad de circulación entendida esta última como “condición indispensable para el libre desarrollo de la persona humana” (Comité de Derechos Humanos, 1999, párr. 1), sino más bien como fenómeno indeseado, pero inevitable, que hay que gestionar de modo de obtener de él su máximo beneficio— explica algunos de los “-ismos”¹³ que caracterizan muchas de las actuales políticas y leyes migratorias, incluida la chilena, y que, además, actúan como condicionantes en la construcción del sujeto migrante.

El primero es su utilitarismo pragmático, que las convierte en instrumentos de política económica al servicio de las demandas del mercado laboral, siendo más o menos restrictivas en función de cada ciclo económico, desconociendo que los flujos migratorios, una vez activados, adquieren una dinámica propia, como si de un auténtico proceso de autopoiesis se tratara, y apoyados por una “industria de la inmigración”¹⁴. Son, por ello, (i) reactivas, en el sentido de que reconocen el fracaso de las medidas legislativas precedentes en regular los flujos, i.e., en evitar la inmigración dispensable y en atraer la deseada y, por ende, se ven en la contingencia de proceder a regularizaciones extraordinarias y (ii) limitativas, por cuanto fijan ámbitos mínimos de derechos bajo una lógica economicista¹⁵, cuyo ejercicio, al menos de la mayoría de ellos, depende de la regularidad administrativa migratoria, y en la medida en que no peligre la sustentabilidad de la hacienda pública.

-
13. En este trabajo empleamos el sufijo “-ismo” para designar “la actitud, tendencia o cualidad” (Real Academia Española, 2018) de las políticas migratorias actuales. Adicionalmente, como intentaremos sumariamente explicar, los modos de acción que aquellas operan son a su vez consecuencia de tendencias o corrientes de pensamiento acreedoras ellas mismas de que se les endose algún “ismo”.
 14. Con esta expresión se pretende designar al conjunto diversificado de actividades económicas, legales e ilegales que se desarrollan alrededor de la inmigración, convirtiéndola en un negocio internacional que gira elevados ingresos y crea puestos de trabajo, constituyendo “un importante factor de manutención de los flujos migratorios, contrariando sus intentos de restricción” (Castles, 2005, 57) [traducción nuestra].
 15. No es, pues, casualidad, así lo creemos, que en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, Ley de Migración y Extranjería (Boletín N° 8.970-06), se vinculen los “principios fundamentales de protección [de las personas migrantes]” (título II), por vía de sus objetivos (artículo 8) y de la política nacional de migración y extranjería (artículo 22.7), con el “valor”, i.e., la “contribución de la migración al desarrollo social, económico y cultural del país”. En otras palabras, es porque también se adjudica a la migración internacional la aptitud para satisfacer necesidades, proporcionar bienestar, aumentar la riqueza o aportar al progreso del Estado de destino (y sus nacionales) que se reconocen derechos a los inmigrantes.

Bien lo sabemos, no hay una respuesta única, ni fácil, para la migración, como tampoco hay políticas migratorias perfectas, pero quizás debiéramos empezar por “entender que la inmigración que recibimos no es necesariamente (no lo es, de hecho) lo que nosotros egoístamente queremos recibir para nuestro beneficio y comodidad” (De Lucas, 2002, 68).

El segundo es su nacionalismo aislacionista. Concentradas casi en exclusiva en el impacto político, económico y social de la presencia de extranjeros en la sociedad de destino, dichas políticas parecen olvidar que la migración, como fenómeno global en sus causas y dinámicas, a las que ningún Estado queda exento, necesita de respuestas también globales. Es decir, las políticas migratorias del siglo XXI debieran resultar de un análisis de los problemas a escala mundial, no limitándose, por ende, a lo ocurrido en el interior de las fronteras de cada Estado. Por esa razón, y dicho de modo más general, “ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional” (Ferrajoli, 2001, 151). En concreto, no se trata de que los Estados nacionales abduquen por completo de su soberanía en esta materia o que dejen de atender a sus propios intereses, sino de hacer de sus políticas migratorias (i) instrumentos de concertación y coordinación internacional en cuanto a (i.a) reglas de buena gobernanza global en materia de inmigración; (i.b) soluciones armonizadas sobre temas de interés común (gestión de fronteras, visados, retorno, integración, etc.) y, además, (ii) herramientas que pongan en práctica los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

Finalmente, su securitarismo punitivo. Hace tiempo que las leyes de extranjería –influenciadas por las preocupaciones de un mundo post 11-S donde la definición clásica de seguridad se amplió para incluir, además de la guerra y conflictos armados, temáticas tan diversas como el control de fronteras, la desmilitarización de grupos terroristas, la lucha contra la corrupción y criminalidad organizada, y asimismo el envejecimiento de la población o la degradación medioambiental– funcionan como auténticas leyes de policía. La utilización discursiva de la inmigración asociada a las problemáticas del terrorismo, del narcotráfico u otras formas graves de delincuencia internacional organizada se ha traducido, por un lado, en la condicionalidad del ejercicio de los derechos al orden público (i.e., mientras la presencia del inmigrante no constituya una amenaza al orden público –a la que se agrega la seguridad nacional y salud pública– aquel no será expulsado ni pierde derechos) y, por otro, en la presunción de la irregularidad migratoria como una amenaza a dicho orden que se debe solucionar mediante su punición.

También aquí no se trata de obstaculizar el deber de los Estados de velar por el orden y seguridad públicas, controlando sus fronteras y quienes las crucen, como

tampoco de negarles la prerrogativa de definir quiénes y bajo qué condiciones pueden acceder a sus territorios, sino de (i) hacer de la frontera, y de todo el territorio que esta delimita, un lugar donde se respeta el derecho y los derechos humanos y fundamentales, y (ii) someter las restricciones al desplazamiento humano –ya sean rechazos de entrada, expulsiones, etc.– a criterios de juridicidad (legalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad, etc.) y, por ende, libres de toda arbitrariedad.

En resumen, lo que está en causa, nos parece, es entender que la emergencia de un vinculante corpus juris internacional de derechos humanos ha significado un cambio conceptual de la soberanía en los modernos Estados democráticos. Esta deja de ser exclusivamente fundacional respecto de cada Estado para encontrar su origen también en el derecho internacional y, por ende, colocarse al servicio de otros principios o valores, como es el respeto por los derechos humanos, que emanan de un ordenamiento jurídico internacional “*oriented to the well-being of human individuals, rather than to the freedom or autonomy of States*” (Besson, 2011, párr. 93)¹⁶. En consecuencia, el espacio de discrecionalidad de los Estados para definir sus políticas y normas migratorias está también determinado por la relación de interdependencia entre el derecho interno y el derecho internacional (Besson, 2011, párr. 44 y 139 y Chetail, 2013, 246), en la que emerge el principio del respeto universal y la observancia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículos 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), cuyos titulares son también, por vía del principio de igualdad y no discriminación, las personas migrantes (Chetail, 2013, 238 ss.; Lages, 2016, 83 ss.)

III

1. Con ocasión de los setenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DDH), Javier de Lucas expresaba que “la Declaración es el umbral mínimo de la esperanza” y los derechos que esta consagra, “la encarnación histórica del ideal de justicia” (De Lucas, 2018).

En ese sentido, la existencia de un corpus juris internacional de derechos humanos (formado desde luego por la Declaración Universal de Derechos Humanos

16. Precisamente, para Benhabib, la alternativa a la deriva soberanista que hoy presenciamos es la defensa de una “*cosmopolitan democracy of public mobilization through which the popular will is modulated, and even at times restrained by, internationally recognized human rights standards*”, que requiere, además, de la adopción de una estrategia transnacional que pasa por integrar a las personas migrantes y refugiados en la lucha democrática de nuestro tiempo (Benhabib, 2019).

–Dudh– y los pactos internacionales de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) representa una exigencia ética que se materializa en un esfuerzo colectivo (de la comunidad internacional) de construir un orden (jurídico) regulador internacional –que complementa e interactúa con el orden jurídico interno– en donde la dignidad de los seres humanos, que se reconocen recíproca e intersubjetivamente como personas que viven y se relacionan en comunidad y ante la cual se comprometen solidaria y responsablemente¹⁷, es el fundamento de la titularidad de los derechos humanos y fundamentales (artículo 1 Dudh), cuya tutela es una cuestión también de interés transnacional (y, por ende, trasciende los límites territoriales de los Estados).

Para que un ideal de justicia no quede en la utopía es menester encarnarse en derecho, bien lo sabemos. Así, la incorporación de un enfoque de derechos humanos en una nueva ley de inmigración y extranjería constituye prima facie una garantía mínima de que esa futura legislación será tendencialmente justa. Dicho de otro modo, para que una legislación nacional que –recordemos, tiene por propósito regular las relaciones entre el Estado y sus inmigrantes– pueda, y, para seguir expresándolo en los mismos términos propuestos por Javier de Lucas, encarnar una idea de justicia (y de derecho) propia de nuestro tiempo, debe también mostrarse jurídico-normativamente fundada en el derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, dar cumplimiento a las exigencias que surgen de las obligaciones jurídicas internacionales de promoción, respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas, incluidas las personas migrantes.

2. La cuestión siguiente es, entonces, qué contenido debiera tener una legislación migratoria coherente con el derecho internacional de los derechos humanos. Desde luego, plasmar en su articulado un auténtico catálogo de derechos fundamentales anclados en el principio de igualdad y no discriminación –que, por cierto, no se confunde con un conglomerado de artículos que se limitan a reconocer algunos derechos para, simplemente, a continuación, condicionar su ejercicio a la observancia de ciertos criterios que responden más a un propósito excluyente que a un compromiso igualitario. No olvidemos que los derechos humanos y fundamentales actúan en defensa y en favor de la emancipación (en un primer momento histórico de las minorías, pero posteriormente también) de los débiles y vulnerables cuando estos se ven imposibilitados o impotentes para defenderse a sí mismos. Como nos

17. Sobre la dimensión ética y comunitaria del ser humano (y del sujeto de derecho) han reflexionado, entre muchos otros, sociólogos (Bauman, 2003, *passim*), filósofos (Cortina, 2017, 164 y 168) y juristas [(Kaufman, 2001, 508-510) y un reciente texto de Castanheira Neves (2012, 13-14) que contiene sintéticamente su pensamiento y obra de larga fecha respecto de la autonomía, los límites y las alternativas al derecho].

lo recuerda Adela Cortina, “[e]s verdad que todas las personas son vulnerables, pero en distintos tiempos y lugares unas precisan más ayuda que otras para mantener una vida, y una buena vida” (Cortina, 2017, 167-168).

Entre los más vulnerables, los migrantes (en particular, los que se encuentran en situación de irregularidad), refugiados y apátridas. En este punto, la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, tanto la europea¹⁸ como la interamericana¹⁹, ha iniciado un camino –aunque no totalmente coincidente– hacia la construcción de un concepto jurídico de vulnerabilidad que va acompañado de la identificación de una obligación de los Estados de brindar una mayor protección (o “protección especial”, en las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) a estas personas o grupos y que, incluso, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puede justificar la formulación de “políticas de inclusión apropiadas que les garanticen el ejercicio pleno de todos sus derechos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, párr. 118).

En consecuencia con lo anterior, una ley de extranjería e inmigración con un enfoque de derechos humanos tiene que ser también, y sobre todo, una ley de integración de las personas migrantes, solo posible mediante garantías de acceso igualitario a los derechos universales (ya sean políticos y civiles o económicos, sociales y culturales), que implica (sin reducirse a) la obligación de respetar un núcleo básico de derechos directamente relacionados con la conservación de la vida²⁰ –como

-
18. Entre otras, véanse las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre apátridas (por ejemplo, *Tokić y Otros, contra Bosnia y Herzegovina* (núm. 12455/04, 14140/05, 12906/06 y 26028/06), apartados 57 a 59, de 8 de julio de 2008); refugiados (*M.S.S. contra Bélgica y Grecia* (núm. 30696/09), apartado 251, de 21 enero 2011) o menores no acompañados (*Mubilanzila Mayeka And Kaniki Mitunga contra Bélgica* (núm. 13178/03), de 12 de octubre de 2006, apartado 55).
 19. Véanse, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *opinión consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”*, apartados 104 y 112; *opinión consultiva 21/14, de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*, apartado 59; *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C n° 130, apartados 166 y 167.
 20. En este punto nos basamos en Ferrajoli cuando sostiene: “Si el fin del derecho y la razón de ser de las instituciones públicas consiste, según el argumento hobbesiano, en la tutela de la vida, entonces también la satisfacción de los mínimos vitales, y no solo la garantía de la prohibición de matar, debe hoy pasar a formar parte de las cláusulas del pacto de convivencia como corolario del derecho a la vida” (Ferrajoli, 2018, 30).

sería, por ejemplo, el derecho a la salud²¹— y cuya violación, además, “*can cross the threshold of degrading treatment*” (Chetail, 2013, 251). Por cierto, “naturalmente no cabe ignorar el coste de los derechos sociales. Pero es necesario desterrar el lugar común según el cual su garantía sería un lujo reservado a los países ricos y que estaría subordinado a las exigencias del desarrollo económico para las que sería un freno y un obstáculo” (Ferrajoli, 2018, 31-32).

Adicionalmente, dicha legislación debe incorporar también entre sus objetivos la integración del otro, mediante una inclusión “sensible a las diferencias” específicas del individuo y del grupo que permita el reconocimiento a la identidad cultural en sentido amplio de las minorías no-nacionales (o de otro tipo) presentes en el espacio público (Habermas, 1999, 151-152) de aquellas sociedades que verdaderamente aspiren a ser cosmopolitas y de acogida.

3. La inmigración debiera ser, pues, una oportunidad para tomar en serio la universalidad e igualdad de los derechos humanos. No podemos presentarnos como defensores de la universalidad de los derechos humanos a la vez que aceptamos, sin mayores argumentos que la soberanía nacional o la legalidad formalista, circunscribir la titularidad de los mismos a una concepción de ciudadanía anclada en exclusivo en la nacionalidad.

En nuestras sociedades democráticas, como lo constató Ferrajoli, la ciudadanía, más que un factor de inclusión o de igualdad, “representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo pre-moderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2001, 117). La respuesta, así lo creemos, pasaría por la formulación de un nuevo contrato de ciudadanía, desvinculando esta última de la nacionalidad para transferirla hacia la residencia, definiendo qué derechos son de todos, incluyendo los inmigrantes, mediante la inclusión de una cláusula de reciprocidad que “supone una suerte de contrato moral previo, prepolítico [e] implica el derecho de crítica en los dos sentidos (del inmigrante y del miembro de la sociedad de recepción)” (De Lucas y Díez Bueso, 2006, 14). En otras palabras, se trataría de volver a una formulación amplia de la ciudadanía como un estatuto inherente a la condición humana en el que se incluiría al *ius migrandi* y el *ius perigrinandi* fundados históricamente en la fraternidad universal, según lo

21. Tal como señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, (...) los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párr. 34).

planteado por Francisco de Vitoria en el siglo XVI (Rodotà, 2014, 110) –aunque con propósitos político-jurídicos distintos de los aquí propuestos–, transformando “en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países” (Ferrajoli, 2001, p. 117; Ferrajoli, 2006, p. 119). A su vez, Habermas habla de un “status de ciudadano del mundo o de una cosmocidadanía” como el camino para una auténtica ciudadanía democrática (Habermas, 2001, 643). En esta visión de las cosas, el inmigrante emergería como un sujeto emancipado (y por excelencia) de derecho y de derechos de un nuevo orden jurídico cosmopolita “basado en la integración global y en la igualdad en los derechos, empezando por el viejo derecho de emigrar” (Ferrajoli, 2018, 89-90), fundados, entre otros, en la solidaridad y hospitalidad universales (Cortina, 2017, 149-168).

Como confesó el mismo Ferrajoli, “[n]o niego que semejante perspectiva de universalización tiene el sabor de la utopía jurídica. Pero la historia del derecho es también una historia de utopías (mejor o peor) convertidas en realidad” (Ferrajoli, 2001, 119).

REFERENCIAS

- Acnur/OIM. Plataforma de coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. 2019. <https://r4v.info/es/situations/platform> (último acceso: 11 de julio de 2019).
- Agamben, Giorgio. Estado de excepción. Traducido por Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.
- Anderson, Benedict. Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. 2ª edición. Londres: Verso, 2006.
- Bauman, Zygmunt. Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil. 1ª edición. Traducido por Jesús Alborés. Madrid: Siglo XXI, España Editores, 2003.
- Benhabib, Seyla. «Brief reflection on populism (left or right)». Critique & Praxis. Vol. 13/13. 10 de febrero de 2019.
- Besson, Samantha. “Sovereignty” En: Max Planck Encyclopaedia of Public International Law. Oxford University Press, 2011.
- Castanheira Neves, António. “Uma reconstituição do sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto 1, nº 1 (2012): 1-31.
- Castles, Stephen. “Comprendiendo la migración global: una perspectiva desde la transformación social”. Relaciones Internacionales, nº 14 (2010): 141-169.
- . Globalização, Transnacionalismo e Novos fluxos migratórios: dos trabalhadores convidados às migrações globais. Traducido por Frederico Ágoas. Lisboa: Fim de Século, 2005.
- Chetail, Vincent. “The Human Rights of Migrants in General International Law: from Minimum Standards to Fundamental Rights”. Georgetown Immigration Law Journal 28, nº 1 (2013): 225-255.
- Collinson, Sara. “Globalisation and the dynamics of international migration: implications for the refugee regime”. New Issues in Refugee Research. Unhcr Working Paper nº 1. London, 1999.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia”, 2007.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Observación General 14 ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud’”. 22º periodo de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

- Comité de Derechos Humanos. “Observación General N° 27”. “La libertad de circulación (artículo 12)”. 67º período de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202 (1999).
- Cortina, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Barcelona/Santiago: Paidós, 2017.
- Czaika, Mathias, y Hein de Haas. “The Globalization of Migration: Has the World Become More Migratory?”. *International Migration Review* 48, n° 2 (2014): 283–323.
- De Lucas, Javier. “La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración”. *Isegoría* 26, 2002: 59-84.
- . “Setenta años de esperanza”. *El País*, 11 de diciembre de 2018.
- De Lucas, Javier y Laura Díez Bueso. *La integración de los inmigrantes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: Taravilla, 2006.
- European Commission. “Public Opinion in the European Union. First results”. *Standard Eurobarometer 90/Autumn 2018*, 2018.
- . “Europeans in 2019”. *Special Eurobarometer 486*, 2019.
- Ferrajoli, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”. *Cuestiones constitucionales* (15), 2006: 113-136.
- . *La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- . *El constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Editorial Trotta, 2018.
- GfK Adimark. “Chile, 10 años después”. *Ediciones especiales de La Tercera*, 29 de abril de 2018.
- Gil Araújo, Sandra. “Cartografías migratorias: migraciones internacionales en el marco de las relaciones Norte-Sur”. En: *La migración, un camino entre el desarrollo y la cooperación*, editado por Nieves Zúñiga García-Falces, 13-52. Madrid: Centro de Investigación para la Paz, 2005.
- Haas, Hein de. “Migration and Development: A Theoretical Perspective”. *Working Papers – Center on Migration, Citizenship and Development*, n° 29 (2007): 1-82.
- . “Myths of Migration: Much of What We Think We Know is Wrong”. *Spiegel online*, 21 de marzo de 2017. <<http://www.spiegel.de/international/world/eight-myths-about-migration-and-refugees-explained-a-1138053.html>>.
- . “The determinants of international migration. Conceptualising policy, origin and destination effects”. *IMI Working Papers Series*, n° 32 (2011): 1-35.

- . “Turning the tide? Why ‘development instead of migration’ policies are bound to fail” IMI Working papers, Paper 2 (2006): 1-38.
- . “What Drives Human Migration?”. En: *Migration: A COMPAS Anthology*, de Bridget Anderson y Michael Keith, 178-179. Oxford: COMPAS, 2014.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- . *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós, 1999.
- Hilpold, Peter. “Unilateralism in Refugee law. Austria’s Quota Approach Under Scrutiny”. *Human Rights Review*, n° 18 (2017): 305-319.
- Internal Displacement Monitoring Centre. Norwegian Refugee Council. *Global Overview 2015. People internally displaced by conflict and violence*. Ginebra, 2015.
- Judt, Tony. *Um tratado sobre os nossos actuais descontentamentos*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- Kaufman, Arthur. *Filosofía del derecho*. 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Klamberg, Mark. “Reconstructing the Notion of State of Emergency”. Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, n° 66 (2016).
- Klemenčič, Matjaž. “Migrations in History”. En: *Immigration and emigration in historical perspective (Migration: transversal theme; 1)*, de Ann Katherine (ed.) ISAACS, 27-54. Pisa: Edizioni Plus–Pisa University Press, 2007.
- Lages, Rita. “La protección jurídica de las personas migrantes en el derecho internacional de los derechos humanos”. En: *Informe temático: Migración y derechos humanos*, de Liliana Galdámez y Rita Lages, 81-100. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016.
- Martín, Luis. Entrevista a Saskia Sassen: “Massive loss of habitat’ triggers new array of migrations”. 21 de octubre de 2015. <<http://trumanfactor.com/2015/saskia-sassen-interview-2-15136.html>>.
- Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. 71º periodo de sesiones. n° A/RES/71/1, de 3 de octubre de 2016.
- Naciones Unidas. Comité de los Derechos Humanos. *Observación General N° 27 aprobada por el Comité de los Derechos Humanos*, “La libertad de

- circulación” (artículo 12), 67º periodo de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202 (1999).
- Piore, Michael. “Notes for Theory of Labor Market Stratification”. Working Paper, Department of Economics, Massachusetts Institute of Technology, 1972.
- Pries, Ludger. “Las migraciones laborales internacionales y el surgimiento de espacios sociales transnacionales. Un bosquejo teórico-empírico a partir de las migraciones laborales México-Estados Unidos”. *Sociología del Trabajo*, n° 33 (1998): 103-130.
- Pugliese, Enrico. “Immigrazione, lavoro e diritti di cittadinanza”. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n° 102 (2004): 323-339.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23ª edición. 2018.
- Rodotà, Stefano. *Solidarietà. Un’utopia necessaria*. Bari: Editori Laterza, 2014.
- Sassen, Saskia. *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*. Madrid: Katz, 2015.
- . *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*. Nueva York: Columbia University Press, 1996.
- . *The global city: New York, London and Tokyo*. 2ª edición. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2001.
- Sklair, Leslie. *Globalization: Capitalism and its alternatives*. Oxford University Press, 2002.
- . «Social Movements for Global Capitalism: The Transnational Capitalist Class in Action». *Review of International Political Economy* 4, n° 3 (1997): 514-538.
- United Nations. Department of Economic and Social Affairs. “The world counted 258 million international migrants in 2017, representing 3.4 per cent of global population”, *Popfacts*, n° 2017/5 (2017).
- United Nations High Commissioner for Refugees. “Contribution to the fifteenth coordination meeting on international migration”. 2017.
- . *Global Trends 2018*. Ginebra, 2019.
- Vitale, Ermanno. *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*. Barcelona: Mesulina [sic], 2006.
- Zolo, Danilo. “Miedo e inseguridad”. *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, n° 43 (2009): 151-163.