

50

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**La gobernanza de las migraciones:
Gestionar o proteger?**

Alexandra Castro Franco

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 50
La gobernanza de las migraciones: Gestionar o proteger?
Alexandra Castro Franco

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

La gobernanza de las migraciones: Gestionar o proteger?

La movilidad humana ha sido considerada como algo que se debe “gestionar”. Durante mucho tiempo, esta preocupación correspondió de manera exclusiva al derecho interno de los Estados, los cuales mediante medidas administrativas y en ocasiones incluso penales intentaron poner orden a la llegada de personas y establecer criterios para autorizar su permanencia. De manera paulatina con el aumento exponencial de las migraciones y ante el fracaso de las políticas aisladas de gestión migratoria, se ha esbozado la necesidad de abordar el fenómeno desde una dimensión internacional lo que ha llevado a la conformación de múltiples escenarios de discusión y deliberación. Al día de hoy, sin embargo, los variados foros, programas, estudios y escenarios internacionales que durante más de 20 años han trabajado en la comprensión del fenómeno, han fracasado, tanto en su intento por “gestionar” de manera conjunta los flujos migratorios, como a la hora de garantizar los derechos de los migrantes. Esta situación representa sin duda un grandísimo desafío para la comunidad internacional que no encuentra un mecanismo efectivo para hacerle frente al fenómeno y que ha optado por la restricción y negación de los derechos humanos más básicos como única posible alternativa de disuasión para los candidatos a la migración. ¿Cómo responder a este desafío?

La presente ponencia busca poner de presente las tensiones que se presentan entre los modelos de gestión migratoria internacional y la necesidad de respetar y proteger los derechos de los migrantes. A través de la aproximación a los diversos escenarios de discusión migratoria se pretende demostrar como la gobernanza de las migraciones se enfrenta a una tensión que parece irremediable entre la necesidad de controlar las migraciones y la obligación de respetar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

*PhD. Alexandra Castro. Doctora en derecho Universidad Paris 2 Panthéon Assas, docente investigadora Universidad Externado de Colombia.

Contacto: alexandrac.castro@uexternado.edu.co

Empecemos por definir la Gobernanza internacional de las migraciones entendida por el ACNUDH como un proceso que promueve la coordinación entre diferentes autoridades y marcos jurídicos de regulación migratoria con el fin de proporcionar una respuesta conjunta y coordinada al fenómeno y fomentar la cooperación internacional en la materia¹. De entrada podemos concluir que se trata entonces de un intento fallido ya que al día de hoy no contamos con tal respuesta conjunta y mucho menos coordinada frente a las migraciones.

El intento de gobernanza internacional de las migraciones se ha limitado, en efecto, a la conformación de todo un conjunto de escenarios de discusión migratoria (Foro Global sobre las Migraciones y el desarrollo, Diálogo de Alto Nivel, Conferencias regionales sobre migraciones, Iniciativa de Berna, por citar sólo algunos) que a partir de debates, encuentros, reuniones de expertos han intentado construir una agenda conjunta para entender el fenómeno y hacerle frente.

La cuestión migratoria se trató por primera vez, en el escenario internacional durante la Conferencia Internacional sobre la población y el desarrollo del Cairo en 1994², cuando la discusión sobre el fenómeno migratorio fue incluida en la agenda de las Naciones Unidas así como dentro de otros espacios de debate y discusión. En esta oportunidad se establece el eje de análisis que ha acompañado la gran mayoría de los debates migratorios centrado en la necesidad de promover ciertos factores considerados como positivos de la migración, mientras se restringen otros considerados como negativos o perversos. Así, se abre la discusión, debate, análisis y estudio migratorio desde una percepción del fenómeno basada en el control, la migración selectiva y la promoción del desarrollo.

A partir de este momento, se han conformado múltiples espacios tales como el Foro Mundial sobre las migraciones y el desarrollo, la Comisión Mundial sobre la migración Internacional, o el Diálogo de Alto Nivel de las Naciones Unidas que se han focalizado de manera exclusiva en el estudio de las Migraciones, mientras que otros programas, dependencias e instituciones que trabajaban en otros campos se han interesado en el fenómeno migratorio tales como la FAO, el Programa de desarrollo de las Naciones Unidas y los organismos de tipo económico como el Banco Mundial y la CEPAL.

En consecuencia, no se puede decir que no exista una comprensión sobre los aspectos sociales, políticos, económicos, jurídicos y culturales que integran el fenómeno migratorio, no se trata de un aspecto de la globalización

¹ HCNUDH. *Migrations and human rights. Improving human rights based governance of international migration*.2012. (Adapted from Alexander Betts (ed.), *Global Migration Governance*, Oxford University Press, 2011).

² Informe de la Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo, el Cairo,5-13 septiembre 1994

sorpresivo o intempestivo ya que a lo largo de los años ha sido analizado, estudiado y medido en sus múltiples aristas y repercusiones a pesar de tratarse de un fenómeno complejo. Por el contrario, podremos decir que se trata de un fenómeno que ha sido abordado de manera más bien dispersa, ya que al día de hoy no encontramos una única institución que asuma el rol de centralizar y coordinar todos los trabajos existentes con el fin de crear un conjunto coherente y completo que contribuya de manera definitiva a la comprensión del fenómeno migratorio y lo más importante, que asuma posturas vinculantes para los Estados buscando el interés de toda la comunidad internacional.

Ahora bien, como ya lo mencionamos, la gestión migratoria internacional ha sido entendida, en la mayoría de los casos, como un ejercicio de control sobre los efectos del fenómeno migratorio con el fin contribuir al desarrollo al mismo tiempo que se limitan los efectos “nocivos” de la circulación de personas. Esta perspectiva de control invoca igualmente la protección de los derechos humanos, aunque de manera residual y frecuentemente retórica e implica tensiones en varios niveles:

En primer lugar, la reivindicación, por parte de los Estados, de un concepto de soberanía que no corresponde con la realidad. En un escenario de globalización, reivindicar el mismo concepto de soberanía absoluta resulta complicado ya que, a pesar de que los Estados tienen plena libertad de decidir quién ingresa y quien sale de sus fronteras, en ejercicio de su poder soberano, una vez las personas han ingresado a su territorio, sea de manera regular o irregular, se entiende que deben ser titulares de los mismos derechos de toda persona. La realidad demuestra sin embargo que los Estados encuentran que la migración irregular es una afrenta contra su soberanía, su seguridad nacional y en consecuencia se sienten legitimados para desconocer los derechos más básicos de las personas negando el concepto mismo de la universalidad de los derechos humanos. Como lo dicen SASKIA SASSEN:

“los inmigrantes y los refugiados reflejan la tensión existente entre la protección de los derechos humanos y la soberanía de los Estados. Esta tensión es especialmente aguda tratándose de los migrantes en situación irregular ya que su simple existencia implica una erosión de la soberanía”³.

Para la Comisión internacional sobre la intervención y la soberanía de los Estados, la soberanía engloba una responsabilidad “externa- de respetar la dignidad y los derechos de otros Estados – e interna – de respetar la dignidad y los derechos fundamentales de toda persona que vive en el territorio del

³ Sassen op cit p. 73.

Estado”⁴, y esto sucede, independientemente de la forma como las personas hayan ingresado a dicho Estado.

Las prácticas internacionales sin embargo, van en otro sentido, la mayoría de países, sin importar si son grandes o pequeños receptores de migrantes anteponen la protección de su soberanía y el mantenimiento del orden público al respeto y la garantía de los derechos fundamentales de los migrantes.

Los escenarios de discusión migratoria han analizado estas prácticas, recordando que “así como los individuos tienen derechos y responsabilidades en su calidad de ciudadanos de un Estado, los Estados tienen derechos y responsabilidad como miembros de la comunidad internacional”⁵, sin embargo, estas observaciones no superan el carácter retórico.

En segundo lugar, el debate migratorio se ha caracterizado por la inclusión de un discurso “securitario” con tintes políticos, alimentado por la prensa y por los sentimientos de animadversión contra los migrantes vistos como peligrosos para las economías, los servicios sociales, la cultura, la seguridad y las tradiciones de los lugares de destino. Como resultado de estas concepciones se encuentra justificada la gestión migratoria con tintes restrictivos que acude incluso a desconocer los derechos fundamentales de los migrantes con tal de salvaguardar esos dos valores tan preciados: la soberanía y la seguridad. Lo cierto es que aun cuando nada impediría que al interior de una sociedad se respeten tanto la soberanía y la seguridad del Estado, como los derechos humanos de todas las personas que se encuentren en el territorio, la situación ha sido planteada como una oposición, en la cual, en la mayoría de los casos, prevalecen los intereses de Estado.

La propia Comisión Mundial sobre la Migración Internacional establece que:

*“Los Estados tienen el derecho de definir sus propias políticas relativas a la situación de los migrantes en la sociedad, pero también deben asegurar que estas políticas respeten los principios internacionales de los derechos humanos que fueron aceptados por la mayor parte de los Estados”*⁶. (el subrayado es nuestro).

Esta frase muestra cómo se concibe el derecho a definir las políticas migratorias como algo que puede ir en contra de los principios internacionales

⁴ CIISE, *la responsabilité de protéger: Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats*. Centre de recherches pour le développement international. Canada. Diciembre 2001.P9

⁵ Comisión Mundial sobre las migraciones internacionales. *Las migraciones en un mundo interdependiente. Nuevas perspectivas de acción. 2005*. Informe de la Comisión Mundial sobre la migración internacional. Octubre 2005.

⁶ Comisión Mundial sobre la migración internacional. Informe op cit p. 47.

en materia de derechos humanos, como sí la única alternativa de gestión migratoria fuera aquella que desconoce dichos derechos.

En tercer lugar, la idea de que las migraciones pueden contribuir al desarrollo de los países tanto de origen como de destino, se ha ido introduciendo en los espacios de discusión sobre el fenómeno buscando resaltar los aspectos positivos del mismo pero desdibujando otros aspectos de gran trascendencia. Así, estas discusiones se han centrado en gran medida en aspectos del fenómeno como las grandes sumas de dinero que son enviadas por vía de remesas, los mecanismos para evitar la fuga de cerebros y para promocionar programas de migración circular sin tener en cuenta las condiciones laborales que deben soportar los migrantes para poder enviar esas altas sumas de dinero ni la manera como las redes de delitos transnacionales blanquean altas sumas de dinero por intermedio del envío de remesas.

Así pues, la gran fragmentación de la gobernanza internacional de las migraciones se manifiesta, no sólo en la multiplicación de espacios de discusión sino también en la focalización en ciertos aspectos del fenómeno y en la prevalencia de ciertas concepciones que impiden una aproximación integral y objetiva al mismo. Este carácter fragmentado se refleja incluso en el seno de las Naciones Unidas donde se puede constatar la existencia de dos ejes o perspectivas de aproximación mundial al fenómeno. La primera perspectiva consiste en el fenómeno migratorio como tal y sus vínculos con el desarrollo, eje que ha sido abordado por la segunda comisión de la Asamblea General, encargada de analizar los elementos del fenómeno susceptibles de contribuir al desarrollo de los países de origen y de destino a la vez que promueve un control de aquellos otros factores considerados como susceptibles de causar perjuicios a las sociedades. Y una segunda perspectiva, que aborda el asunto desde el punto de vista del migrante como persona y a partir del reconocimiento de sus necesidades puntuales, cuyo estudio ha sido asignado a la tercera Comisión de la Asamblea General.

Así pues, no podemos decir que existe una gobernanza mundial de las migraciones. Ya que esta implicaría la conformación de un consenso de los Estados sobre una concepción del fenómeno, menos centrada sobre el eje del desarrollo y del control; un enfoque integral sobre la cuestión de los derechos de los migrantes, una visión más crítica, más constructiva y menos retórica, así como una gran voluntad política por parte de todos los Estados.

Aproximándonos a la gestión migratoria regional encontramos, una vez más, la existencia de múltiples espacios, escenarios y estructuras que se han pronunciado sobre los principios que deberían inspirar la gestión migratoria y en ocasiones han intentado establecer marcos comunes regulatorios. Para el caso de América Latina, existen varios espacios conformados en el marco de estructuras de integración económica tales como la Comunidad Andina, el Mercosur, la Alianza del Pacífico. En estos escenarios, la cuestión migratoria

ha sido entendida como un fenómeno que debe ser abordado para dar coherencia a los objetivos trazados de apertura de mercados y cooperación recíprocas. Estos espacios se caracterizan por proponer medidas prácticas y ventajas recíprocas en materia de libertad de circulación al interior de las fronteras de los territorios respectivos.

El fenómeno también ha sido abordado en el marco de otros mecanismos de cooperación regional que, a través de declaraciones, programas y otras manifestaciones no vinculantes, han buscado contribuir a la comprensión, al debate y el manejo del fenómeno, tales como la Unasur y la CELADE o incluso la OEA. Finalmente, existen espacios que se han creado de manera exclusiva para dar una respuesta a la necesidad de gestión migratoria. Se trata de conferencias regionales que, a partir de las recomendaciones de la Conferencia del Cairo, han intentado discutir, y adoptar una postura conjunta, aunque no vinculante, sobre las medidas que se deberían adoptar para lograr una mejor gobernanza de las migraciones, tales como la Conferencia Suramericana de Migraciones y la Conferencia de Puebla.

En términos generales, si analizamos el grado de obligatoriedad de las diversas manifestaciones de estos espacios podemos decir que las estructuras de integración como el Mercosur, la CAN y la Alianza Pacífica parecen constituir los espacios más aptos para lograr alcanzar compromisos sólidos y adoptar medidas vinculantes sobre la gestión migratoria y la protección de los migrantes. Aunque la Comunidad Andina sufre de grandes dificultades de incorporar sus Decisiones en el orden jurídico interno de sus países miembros y para hacer que estos las apliquen, en su interior se han adoptado disposiciones importantes que propenden por el respeto y garantía de los derechos de los migrantes al mismo tiempo que establecen reglas comunes de regulación migratoria para los nacionales de los países miembros. Un buen ejemplo de estas y para nombrar una sola, es el recientemente adoptado Estatuto Andino de Movilidad Humana, que reúne en un solo cuerpo normativo todo el conjunto de decisiones andinas en materia de migración laboral, derechos sociales, ingreso y permanencia en el territorio, documentos de viaje, entre otros. El Mercosur, por su parte le ha apostado también al establecimiento de unas normas comunes en materia migratoria que facilitan la circulación entre los nacionales de sus países miembros y asociados. Finalmente, la OEA, es la estructura de cooperación más activa del continente: ha abordado el tema migratorio a través de numerosos ejes, programas y oficinas. Sus esfuerzos, sin embargo han sido dispersos, lo que no obsta para que se considere que ha contribuido a la gobernanza regional de las migraciones.

En general, podemos constatar la existencia de un gran conjunto de declaraciones de jefes de Estado que reiteran las mismas propuestas en cada cumbre o reunión las cuales complementan las disposiciones adoptadas al

interior de las estructuras mencionadas. Sin embargo, la práctica migratoria en el continente muestra que aun cuando los Estados son conscientes de la necesidad de gobernar de manera conjunta las migraciones y de reconocer los derechos de los migrantes como elementos fundamentales para la cooperación e integración de sus países, las normas y prácticas internas de estos últimos, en muchas ocasiones desconocen los compromisos adquiridos. Frente a situaciones puntuales como la reciente expulsión masiva de colombianos desde Venezuela, vimos como la comunidad regional permaneció paralizada y prevalecieron los intereses políticos frente a la voluntad de dar cumplimiento a las disposiciones regionales existentes. Una situación como estas pone de presente otro gran obstáculo que dificulta la gobernanza internacional de las migraciones y es la prevalencia de los intereses políticos que lleva a que los Estados permanezcan impávidos frente a las prácticas migratorias dudosas adoptadas por sus homólogos.

El análisis de la gobernanza de las migraciones en el marco de los mecanismos regionales de integración y cooperación así como en las conferencias regionales de migraciones permite constatar la existencia de un debate sólido y coherente pero que, una vez más, resulta disperso y desprovisto de sentido práctico. Sólido y coherente en la medida en que coincide en resaltar la importancia de la cooperación entre países de origen, de tránsito y de destino y en la importancia de asegurar los derechos de los migrantes, sin embargo, disperso y retórico ya que no se aplica frente a situaciones puntuales de riesgo.

Ahora bien, las dificultades que hemos señalado afectan directamente al migrante. Ya hemos resaltado como su presencia, especialmente ante contextos de migración irregular, es considerada como una afrenta a la soberanía y la seguridad de los países de destino. Esto se traduce no solamente en medidas restrictivas a su libertad, sino también en medidas discriminatorias y xenófobas, que constituyen terreno fértil para todo tipo de explotación, para el desconocimiento de su dignidad, para la desprotección de los refugiados, el desconocimiento de los derechos de los trabajadores, así como de la desprotección de los niños y las mujeres migrantes quienes son aún más proclives a las circunstancias de abuso y explotación. La amalgama migrante-delincente es hecha incluso por los medios de comunicación quienes hablan de migrantes ilegales como si un ser humano pudiera ser ilegal y como si la condición de irregularidad no fuera más que un estatus administrativo.

Estas situaciones han sido condenadas en múltiples ocasiones por las Naciones Unidas a través del Alto Comisionado, el relator de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, el Comité para la Protección de los trabajadores migrantes y los demás Comités Convencionales así como la propia Asamblea General de las Naciones Unidas. Sin embargo, el consenso internacional no ha alcanzado para que los principales países de

destino de los migrantes ratifiquen la Convención internacional para la protección de los trabajadores migrantes ni para que respeten los demás tratados internacionales en materia de derechos humanos, ni que decir de la Convención sobre el estatuto de los refugiados y su protocolo adicional.

A nivel regional, la Corte Interamericana se ha pronunciado ya en múltiples ocasiones para enfatizar la necesidad de respetar los derechos de los migrantes independientemente de su estatus administrativo y recalcar que la potestad discrecional de los Estados para fijar su política migratoria no es ilimitada ni a la hora de determinar las condiciones de adquisición de la nacionalidad, ni de determinar las condiciones de detención de los migrantes en situación irregular, ni mucho menos de establecer tratamientos discriminatorios contra los migrantes y desconocer sus derechos humanos. Esto lo ha hecho a través de su jurisprudencia contenciosa en casos contra República Dominicana, Ecuador, Perú, Panamá, e igualmente a través de opiniones consultivas donde se ha centrado especialmente en la situación de los trabajadores en situación administrativa irregular, la situación de los niños y niñas no acompañados y el ejercicio del derecho a la protección consular. Estos fallos, sin embargo, no han llevado a que los Estados miembros del sistema, en ejercicio de un Control de Convencionalidad, adecuen su orden interno a las orientaciones de la Corte en la materia y en ocasiones, como el caso de República Dominicana, inspiraron incluso la declaratoria de inconstitucional de la ley aprobatoria de la Convención Americana, dentro de un afán por desconocer la competencia de la Corte.

El panorama trazado nos revela que es mucho lo que se ha hecho con el fin de promover una gobernanza internacional de las migraciones, pero es poco lo que se ha alcanzado. La tensión que se ha construido entre un modelo de gestión migratoria por oposición a uno de respeto de los derechos de los migrantes parece cada vez mayor y a pesar de que las políticas migratorias basadas en el aumento de los controles a la migración y en las restricciones a los derechos de los migrantes así como las reivindicación de la soberanía de los Estados a ultranza, no han dado resultado, siguen siendo reproducidas una y otra vez. Ya durante la Iniciativa de Berna se señalaba que

“el respeto y la protección de los derechos humanos y la dignidad de los migrantes son claves para una gestión eficaz de las migraciones (...) Una política migratoria fundada sobre el respeto de los derechos humanos, la democracia y la supremacía del derecho contribuirá al respeto, tolerancia y estima de la sociedad hacia los migrantes”⁷.

⁷ Office fédéral des migrations ODM, OIM, *Agenda international pour la gestion des migrations: perceptions communes et pratiques efficaces s’inscrivant dans une approche d’ensemble planifiée et équilibrée de la gestion des migrations*. Op. cit. 120.

Sin embargo, parece que alcanzar este objetivo requiere que se superen paradigmas que parecen infranqueables de soberanía absoluta y nacionalidad exclusiva.

Finalmente, y con el fin de proponer una alternativa frente al problema de gestión migratoria que afronta la comunidad internacional en la actualidad, consideramos que, después de muchos esfuerzos realizados desde la Conferencia del Cairo de 1994, en este momento se hace evidente la imperiosa necesidad de pasar de los discursos, los debates y declaraciones de buenas intenciones, a la acción, mediante la constitución de instancias internacionales vinculantes que resuelvan las controversias frente a asuntos migratorios, dotadas de la facultad de ordenar modificaciones a las legislaciones internas de los Estados y con un mandato específico encaminado al establecimiento de un orden migratorio internacional que resulte conforme con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de protección de derechos humanos. Algunos dirían que tales organismos ya existen, a nivel regional, con los tribunales de derechos humanos, sin embargo la realidad nos muestra que no es así ya que la gobernanza internacional de las migraciones, es un asunto que reúne preocupaciones no solo de derechos humanos sino también, de tipo político, económico, social, cultural y que toca al corazón mismo de la estructura de los Estados. Otros dirán que para que un organismo de este tipo pueda conformarse, se requiere de un elemento clave que no parece estar presente frente a la gobernanza migratoria y es la voluntad política de los Estados, frente a este argumento por el contrario, no tenemos nada que decir.

