



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Bolahos, Bernardo

MIGRACIÓN, DERECHO CONSULAR Y JUSTÍCIA GLORAL

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 30, abril, 2009, pp. 7-16

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363635636008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

MIGRACIÓN, DERECHO CONSULAR Y JUSTICIA GLOBAL

Bernardo Bolaños*

"la movilidad se ha convertido en el factor estratificador más poderoso y codiciado de todos; aquel a partir del cual se construyen y reconstruyen diariamente las nuevas jerarquías sociales, políticas, económicas y culturales de alcance mundial."

ZYGMUNT BAUMAN¹

Resumen

El aumento en el número de migrantes internacionales suele ser considerado como un indicador de un mejoramiento material global, pero la tendencia de las recientes reformas al derecho consular muestra más bien la existencia de una amenaza al Estado de derecho y a la justicia global. Las condiciones a las que se somete la migración y la movilidad transnacional en general conducen a una creciente *estratificación social y jurídica*. Cruzar las fronteras territoriales, incluso de manera temporal y con propósitos científicos y culturales, se ha convertido en un privilegio de los ciudadanos de países ricos. En los hechos, el derecho consular y su aplicación toleran con frecuencia la discriminación étnica, religiosa, cultural y socio-económica. Que todo tipo de solicitantes de escasos recursos sean relegados en las oficinas consulares supone un mecanismo de reproducción de la desigualdad global.

Palabras clave: derecho consular, migración, justicia global, Foucault.

Abstract

The increase in the number of international migrants is usually regarded as an indicator of global material development. However, recent reforms to consular law represent a significant threat to the Rule of Law and to global justice. Both immigration and transnational mobility in general are subject to norms leading to legal and social stratification. Crossing territorial boundaries, even temporarily and for scientific or cultural purposes, has become a privilege of citizens from rich countries. In fact, consular law and its enforcement often tolerate discrimination based on ethnic, religious, cultural or socio-economic factors. The fact that all kind of low income applicants are rejected by consulates reinforces global inequality.

Key words: consular law, immigration, global justice, Foucault.

* Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Cuajimalpa, México.

¹ *La globalización. Consecuencias Humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 16.

Si bien la crisis financiera mundial que estalló a finales de 2008 y otras crisis futuras podrían enfriar temporalmente los intercambios migratorios internacionales, los especialistas coinciden en que el siglo XXI verá incrementarse el movimiento de pueblos e individuos. De acuerdo con la división de población de la Organización de las Naciones Unidas, 191 millones de individuos (3% de la población mundial) residían fuera de su país de origen en 2005.² Éste es el *hecho*, pero resulta más difícil interpretarlo y adoptar posiciones *normativas* al respecto. A pesar de que la inmigración es un tema que alarma a la opinión pública de los países desarrollados, diversos economistas creen que el aumento de los flujos migratorios es un indicador de mejoramiento material para diferentes actores: con él mejora la situación económica de quienes parten y de sus familias, mejoran los países receptores y se obtiene un mejoramiento a nivel global. Entre los actores afectados se encontrarían, en cambio, los trabajadores locales desplazados por la mano de obra inmigrada y algunos países expulsores de emigrantes (en particular cuando sufren un retroceso demográfico que debilita sus economías y sistemas de seguridad social).

Seidman afirma que la migración transnacional permite redistribuir la riqueza global no sólo porque una vez que los inmigrantes pisan el territorio de los países desarrollados se benefician de las ventajas locales, sino porque el aumento de la inmigración ilegal sacude el etnocentrismo y el chauvinismo que, como intento de prevenir la inmigración, se vuelcan en ayuda al desarrollo de los países pobres.³ Analicemos con mayor detenimiento este argumento. Una tendencia localista generalizada entre los humanos nos lleva a experimentar más compasión por el sufrimiento de los seres cercanos (incluso nuestras mascotas) que por los lejanos, como cuando vemos en el periódico la foto de una mujer famélica con un niño en brazos al otro lado del mundo. Trasladando esta tendencia hacia los sentimientos hacia los extranjeros, ocurre que mientras una persona permanece en su lejano país de origen nos preocupamos menos de su bienestar que una vez que la vemos en nuestra ciudad, incluso como “ilegal”. “Al carecer el extranjero de compañeros y parientes es más digno de conmiseración para los hombres y los

² Joseph Alfred Grinblat, introducción a *L'atlas des migrations*, París, Le Monde-La vie, 2008, p. 8.

³ Louis Michael Seidman, “Fear and loathing at the border”, en Warren Schwartz (coord.), *Justice in immigration*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 144.

dioses” escribía Platón en *Las Leyes*.⁴ De este modo, en términos distributivos, Seidman cree que los países desarrollados pueden contribuir más a la justicia global cuando sus ciudadanos coexisten con extranjeros (incluso indocumentados), ya sea porque éstos se vean movidos por compasión o por rechazo (pues el rechazo desembocará en ayuda externa para frenar la inmigración).

Así, a partir de muy distintos argumentos, se afirma que la creciente migración internacional vendrá supuestamente acompañada de mayor bienestar y justicia mundiales. Frente a tal optimismo, en este ensayo comenzaremos por recordar que los grandes flujos de personas incluyen los casos de refugiados y de desplazados forzados por las guerras, algunos de los cuales no cuentan con libertad de tránsito en los campos donde son concentrados. La migración forzada por conflictos bélicos y por represión política no puede ser considerada como indicador de una situación globalmente positiva, aún si permite una mejora con respecto a las expectativas de los migrantes de morir o de ir a la cárcel en sus países de origen. Ese tipo de migración viene acompañada de pérdidas materiales considerables para quienes abandonan su país y su aumento refleja la persistencia de guerras y gobiernos autoritarios.

Tratándose de la migración por motivos económicos, al analizarla también debemos tomar en cuenta los efectos perversos que el desplazamiento tiene para las familias y las pérdidas no materiales sufridas por los migrantes. Desde el punto de vista de la salud física y mental, por ejemplo, las investigaciones empíricas muestran que los indocumentados suelen terminar aquejados de males dramáticos, debido a “la soledad, el sentimiento de fracaso, la lucha por la sobrevivencia básica y la situación de miedo e incluso de terror que han vivido al tener que ponerse, por ejemplo, en manos de mafias”.⁵ El viaje y la separación de la familia suelen estar asociados con ansiedad, depresión, miedo y desnutrición; la estancia en el extranjero con angustia, enfermedad y desamparo; la reinstalación con conflictos familiares y generacionales.⁶

⁴ V, 729e. Traducción de Francisco Lisi en Platón, *Diálogos*, VIII, Madrid, Gredos, 2008, p. 400.

⁵ E. Vilar y C. Eibenschutz, “Migración y salud mental: un problema emergente de salud pública”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, Bogotá, 6 (13), pp. 11-32, julio-diciembre de 2007, p. 25.

⁶ *Ibid.*, p. 23.

Las mujeres se han sumado en grandes proporciones, desde finales del siglo XX, a las corrientes migratorias hacia los países desarrollados, motivadas por el deseo de reunirse con sus familias o bien para trabajar por su cuenta. Es cierto que el aumento de la migración femenina está ligado al desarrollo de los mercados de trabajo y, en última instancia, al crecimiento de las oportunidades de empleo. El hecho de que las mujeres se incorporen a los flujos migratorios hacia el norte, por lo tanto, supone a primera vista que sus familias reciben un salario adicional. Pero el costo social de este ingreso puede ser muy elevado, cuando se ve afectada la salud de las trabajadoras y perjudicados tanto los niños que permanecen en el país de origen como los que acompañan a sus madres trabajadoras, abandonando la escuela e incorporándose prematuramente a las faenas laborales.⁷

En un silogismo demasiado rápido, quienes infieren que el aumento de la migración internacional es prueba de un mejoramiento de la justicia global menosprecian las consecuencias sociales y culturales negativas del fenómeno. En este artículo, destacaremos el impacto negativo que para la justicia global tienen en particular las reformas jurídicas recientes al derecho migratorio. La globalización acompañada de grandes flujos de migración durante los años noventa y la primera década del siglo XXI no ha consolidado la *libertad de tránsito global* como derecho y libertad fundamental, sino lo contrario.

El sociólogo Zygmunt Bauman ha destacado que el acceso a la movilidad global representa un rasgo importante de *estratificación social*. “Algunos nos volvemos plena y verdaderamente ‘globales’; otros quedan detenidos en su ‘localidad’, un trance que no resulta agradable ni soportable en un mundo en el que los ‘globales’ dan el tono e imponen las reglas del juego de la vida. Ser local en un mundo globalizado es una señal de penuria y degradación social”.⁸ Contar con la posibilidad de abandonar el país natal implica un privilegio. Aún en el caso de la migración por motivos económicos, quienes pueden migrar no suelen ser las personas más pobres y frágiles de una comunidad, pues el periplo para llegar a la tierra prometida implica importantes costos económicos y exige una gran fortaleza física y mental. Hay, por lo tanto,

⁷ Cf. Sara Méndez Morales, “Características de la migración femenina temporal en la mixteca oaxaqueña”, en Cristina Oehmichen Bazán y Dalia Barrera Bassols, *Migración y relaciones de género en México*, México, GIMTRAP / UNAM - IIA, 2000, pp. 253-282.

⁸ Zygmunt Bauman, *op. cit.*, p. 9.

una diferencia en las propias sociedades expulsoras de migrantes entre quienes *pueden* migrar y quienes carecen de esa *posibilidad de hecho*. Esta diferencia constituye una primera forma de estratificación social. Pero aquí nos interesa destacar la existencia de otra diferencia construida a través de limitaciones jurídicas entre quienes tienen la facultad de viajar y a quienes se les prohíbe hacerlo. Esta genera una estratificación *jurídica* internacional.

Un nuevo modelo que distingue claramente muchos tipos de inmigración se está generalizando. Represión reforzada contra los clandestinos, refuerzo de los obstáculos al reagrupamiento familiar, uso frecuente del trabajo temporal y precario para los menos calificados y aumento de las facilidades para los más calificados: una política de inmigración a cuatro velocidades está emergiendo, de la cual el ‘Pacto europeo de la inmigración y del asilo’, propuesto por Francia a sus 26 socios de la Unión Europea constituye un ejemplo perfecto.⁹

Tomando en cuenta que los derechos y las libertades son bienes que forman parte de la realidad normativa (del mundo del *deber ser*), el derecho de acceso a la movilidad global no se ha expandido, lo que ha aumentado es sólo la movilidad global de las personas. Como veremos a continuación, el *derecho* de tránsito transnacional y los derechos de los visitantes se han visto restringidos radicalmente en los últimos años. Debemos cuidarnos, entonces, de aducir las ventajas materiales de la movilidad internacional creciente sin tomar en cuenta sus costos sociales y la instauración progresiva de un orden mundial caracterizado por la desigualdad de derechos fundamentales entre las personas, dependiendo de su país de origen.

La realidad del derecho migratorio y consular

Aunque el derecho internacional público reconozca a los estados la atribución de reglamentar la entrada y permanencia de extranjeros dentro de su territorio, eso no significa que esta potestad deba ser una excepción al Estado de Derecho. No obstante, el rechazo de un visado ha sido tradicionalmente un ejemplo de poder discrecional de los Estados

⁹ Philippe Merlant, “Le marché du travail immigré”, en *L’atlas des migrations*, París, Le Monde-La vie, 2008, p. 66.

muchas veces depositado en las manos de pequeños funcionarios consulares. Con la generalización en el siglo XX del control constitucional a través de cortes supremas y tribunales constitucionales, las leyes migratorias prevén progresivamente recursos de impugnación para atacar la negativa de visa de un funcionario consular a un ciudadano extranjero. Sin embargo, los efectos prácticos de dichos procedimientos de impugnación son casi insignificantes; resulta extremadamente difícil, ya no digamos la revocación de una decisión consular, sino siquiera lograr que el funcionario consular funde en derecho y justifique la decisión de negar una visa.

Entre los motivos que pueden motivar oficialmente la negativa de visa se encuentra, en la mayoría de los países, la “seguridad nacional”. También suelen aducirse como negativas genéricas válidas las que se fundan en las siguientes razones: que el extranjero solicitante carezca de familiares cercanos en el país receptor o de una aceptación en una institución de educación superior, o bien que no pruebe poseer suficientes recursos financieros propios. También se suele favorecer a ciudadanos de ciertos países frente a otros: “las políticas de inmigración son laxas para individuos extranjeros específicos que tienen ciertos lazos [con el país receptor], ya sea a través de un contacto cultural o religioso vigente o por ser nacionales de un país política o históricamente cercano”.¹⁰ Desde luego, el derecho positivo plasma mediante tales hipótesis los argumentos que el legislador ha recogido de las discusiones políticas y morales, o que ha adoptado de manera soberana a través de la deliberación y la votación. Esas razones se relacionan con criterios humanitarios (como la protección de la unidad de la familia en un mismo país) y políticos (prioritarismo nacionalista, es decir, protección del empleo de los trabajadores locales frente a los trabajadores extranjeros o de ciertos lazos culturales). Aunque no dejen de ser tentativas de fundamentación y motivación del derecho consular, tales razones adoptadas por el legislador suelen representar un primer rasgo elitista del mismo, pues ¿por qué un hombre de negocios extranjero que puede acreditar ingresos considerables en su país es considerado automáticamente como menos perjudicial para el empleo en el país receptor que un modesto trabajador manual? Suponiendo, en este ejemplo,

¹⁰ J. L. Coleman y S. K. Harding, “Citizenship, the demands of justice, and the moral relevance of political borders”, en Warren Schwartz (coord.), *op. cit.*, p. 22

que el primero sea un gran exportador y el segundo un plomero independiente, es probable que las consecuencias negativas para el empleo de la presencia del primero en el territorio del país receptor superen ampliamente a las del segundo. Más grave aún, las razones adoptadas por el legislador (como la protección del empleo local y la preferencia a ciertas nacionalidades) suelen ceder en la práctica frente a motivos difícilmente confesables, como son todas las formas ordinarias de discriminación practicadas por los funcionarios consulares. Y, finalmente, independientemente de que los motivos para negar una visa tengan o no una justificación moral, el procedimiento mismo de impugnación de tales decisiones, como decíamos, resulta inasequible para los interesados. Para interponer el recurso es necesario que el extranjero solicitante de visa cuente con un abogado en la capital del país que lo rechaza (para accionar ante un juez de amparo o un tribunal administrativo) o, peor aún, debe realizar el trámite de impugnación ante la propia autoridad consular que le ha negado la visa. Lo anterior sin contar con los problemas probatorios, pues la negativa de visa suele notificarse oralmente, sin testigos y sin otorgar al solicitante comprobante alguno. Es por ello que los propios funcionarios consulares reconocen que los recursos contenciosos contra sus decisiones de negado de visa son extremadamente raros y conciernen los casos de familias organizadas y ricas que cuentan con la posibilidad de contratar un abogado en el país receptor.¹¹ En última instancia, el otorgamiento de visas suelen determinarlo factores arbitrarios como son el racismo ordinario o explícito, el soborno y otro tipo de favoritismos.

En la Unión Europea, puede observarse una carrera hacia la severidad en el derecho consular y migratorio que produce estas mismas consecuencias. La Convención de Schengen estableció desde 1990 que todo extranjero que declare querer permanecer en Europa durante menos de tres meses en el marco de una visita familiar o privada debe presentar una justificación de alojamiento. En Francia, la llamada Ley Sarkozy del 26 de noviembre de 2003 desarrolla la citada disposición y se ha convertido en un modelo para los países del continente: la constancia debe ser elaborada por la persona que propone hospedar al solicitante y es un formulario disponible en las oficinas de policía o de los

¹¹ Conversación del autor con Marcelino Miranda Aceves, miembro de carrera del Servicio Exterior Mexicano.

gobiernos municipales. Una vez firmada, la autoridad municipal o policiaca debe certificar la constancia. Este trámite hace poco flexibles los desplazamientos porque exige precisar las fechas de llegada y de partida del extranjero. Además, en éste como en los casos mencionados antes, el elitismo permite abrir excepciones a la regla general: los turistas provenientes de ciertos países y los hombres de negocios “importantes” son excluidos del engorroso trámite. Si bien el legislador europeo pretende evitar así que las constancias de alojamiento sean meros documentos de complacencia conseguidos por el solicitante de visa, el procedimiento provoca trámites disuasorios para miles de ciudadanos de países no desarrollados. No se observa la misma preocupación por la estricta observancia de la ley tratándose del cumplimiento efectivo de los derechos de los solicitantes de visa o residentes extranjeros, pues las decisiones de los funcionarios consulares siguen estando, en los hechos, lejos del control de legalidad y de constitucionalidad de otras leyes.¹²

Estas reformas al derecho consular restringen considerablemente el derecho de los visitantes temporales provenientes del sur, derecho que Kant situaba en el centro de su propuesta de derecho cosmopolita en el ensayo *La paz perpetua* (llamándolo *Besuchsrecht*).¹³ Ellas han suscitado menos críticas de especialistas y defensores de derechos humanos que otras medidas como la llamada “Directiva Retorno” adoptada por el Parlamento Europeo en junio del 2008 y que permite la privación de

¹² Otro ejemplo de la manera en la que el derecho en favor de los inmigrantes no se aplica con la misma eficacia que las normas de control y castigo de los mismos, es el hecho de que a las familias de trabajadores inmigrantes se les suele hacinar en ghettos urbanos incluso contra lo dispuesto en las leyes. En Francia, la ley ordena que se respete un porcentaje de vivienda popular en toda aglomeración urbana para fomentar la mezcla social (*mixité sociale*), pero esta norma es ampliamente ignorada por los alcaldes de ciudades y barrios opulentos que prefieren pagar multas de manera recurrente. Para una visión actualizada de la consolidación de este tipo de ghettos en Europa, cf. Didier Lapeyronnie, *Ghetto urbain*, París, Robert Laffont, 2008.

¹³ “Significa hospitalidad el derecho de un extranjero a no recibir un trato hostil por el mero hecho de ser llegado al territorio de otro. Éste puede rechazarlo si la repulsa no ha de ser causa de la ruina del recién llegado; pero mientras el extranjero se mantenga pacífico en su puesto no será posible hostilizarle. No se trata aquí de un derecho por el cual el recién llegado pueda exigir el trato de huésped —que para ello sería preciso un convenio especial benéfico que diera al extranjero la consideración y trato de un amigo o convidado—, sino simplemente de un derecho de visitante, que a todos los hombres asiste: el derecho a presentarse en una sociedad”. Tercer artículo definitivo de la paz perpetua en Immanuel Kant, *La paz perpetua*, trad. de F. Rivera Pastor, edición digital basada en la edición de Madrid, Espasa Calpe, 1979. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes: <www.cervantesvirtual.com>

la libertad de los indocumentados hasta por 18 meses mientras se tramita su expulsión, que amplía a cinco años la prohibición para volver a Europa y que permite la expulsión de menores de edad sin familia. Estas últimas medidas generaron el rechazo de los gobiernos de Ecuador, Argentina, Paraguay, Uruguay, Brasil y Perú, además de la oposición de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos. Pero, como argumentaremos a lo largo de este ensayo, las restricciones para el otorgamiento de visas no afectan menos la justicia global en su conjunto. La posibilidad de viajar como forma de acceder al conocimiento de otras lenguas y culturas es una práctica generalizada de estudiantes y académicos de los países desarrollados pero está siendo abolida para los de los países pobres, ya no sólo por la penuria económica en que se encuentran sino también por los férreos obstáculos consulares. “Mientras los ciudadanos de los países desarrollados disponen de una libertad de desplazamiento y de instalación casi universales, los del tercer mundo se enfrentan a obstáculos serios no sólo financieros (costo del viaje) sino también jurídicos (rechazo de visa)”.¹⁴ Las restricciones al derecho de los visitantes no afectan exclusivamente los trayectos desde países en desarrollo hacia países desarrollados, sino entre los primeros: por ejemplo, los ciudadanos de países anglófonos y francófonos africanos están prácticamente impedidos de trabajar como profesores de inglés y francés en Latinoamérica porque para viajar están obligados a realizar escalas en ciudades como Londres y París (las antiguas metrópolis coloniales), y porque países como México adoptan agresivas políticas consulares para servir de escudo a la emigración hacia Estados Unidos (sobra decir que estas políticas impiden la concreción de jugosos intercambios de beneficio recíproco entre países del Sur).

Es cierto que frente a la tendencia que refuerza las medidas de contención y punitivas contra la inmigración, algunas reformas legislativas aisladas han revocado normas consideradas inmorales contra los inmigrantes. Es el caso de la llamada “doble pena” en Francia o la criminalización de la migración indocumentada en México. Veamos el primero de estos casos. A instancias del presidente francés Nicolás Sarkozy, los extranjeros con más de diez años de residencia en Francia o gravemente enfermos que hubiesen sido condenados incluso por delitos gra-

¹⁴ Philippe Bernard, “Tous les migrants ne sont pas libre et égaux”, en *L’atlas des migrations*, París, Le Monde-La vie, 2008, p. 117.

ves (como homicidio, violación o tráfico de estupefacientes) no pueden ser expulsados luego de que han cumplido su condena, pues ello constituiría purgar dos penas por el mismo delito. Frente a la gran resonancia que tuvo en los medios de comunicación esta medida, considerada como un gesto humanitario del principal impulsor en Europa de las reformas de endurecimiento migratorio, los efectos prácticos de la abolición de la “doble pena” deben relativizarse, pues estos mismos extranjeros no expulsables no son forzosamente regularizados y pueden ser objeto de una prohibición de permanencia (*interdiction du territoire*).

Por lo que se refiere a la reforma mexicana a la *Ley General de Población* publicada el 21 de julio del 2008, ella elimina la pena de hasta 10 años de cárcel a los extranjeros que ingresan a México sin documentos migratorios. Paradójicamente, uno de los países con más número de emigrantes del mundo tenía una de las políticas de migración más represivas contra de los indocumentados. La ley mexicana criminalizaba tanto el hecho de internarse en el territorio como el de encontrarse ilegalmente en él, realizar actividades para las que no se estaba autorizado o contraer matrimonio con un extranjero con el único propósito de que éste pudiera radicar en el país. La posición contradictoria del gobierno mexicano, que pedía al mismo tiempo una reforma migratoria al gobierno de los Estados Unidos para los inmigrantes mexicanos, llevó a reformar la ley. Pero tanto en éste como en otros casos excepcionales de reformas que no van en el sentido de agravar las medidas punitivas contra los indocumentados, las sanciones suelen ser transferidas a otros actores, no sólo a los traficantes de personas (llamados “polleros” en México), sino a quienes sin afanes de lucro hospedan o se solidarizan con los viajeros. Personas que observan el deber religioso o tradicional de hospitalidad, esa práctica milenaria ya mencionada en *La Odisea* y practicada en la mayoría de las sociedades tradicionales, han sido condenadas en México a prisión como si se tratase de traficantes de personas.¹⁵ En Europa, pasajeros de avión que expresan su inquietud por

¹⁵ Homero describe la recepción que el porquero Eumeo le da a Ulises u Odiseo, vestido de mendigo: “Mi costumbre es honrar a los visitantes, aunque fuesen más miserables que tú. Extranjeros, mendigos, todos vienen de Zeus”, argumenta (*La Odisea*, XIV, 29-60). El carácter sagrado de la hospitalidad se confirma en otras fuentes antiguas que no aluden a una ficción literaria, sino a testimonios históricos. En el filme *Dersu Uzala*, el director japonés Akira Kurosawa describe la costumbre tradicional del cazador que deja sal, arroz y fósforos en una cabaña donde ha dormido, para que el siguiente viajero encuentre comida y fuego. Todavía hoy, en algunas casas africanas existe una pila de agua al exterior, para que todo viajero sacie su sed.