



Colombia Internacional

ISSN: 0121-5612

colombiainternacional@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

García, Lila

Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?

Colombia Internacional, núm. 88, septiembre-diciembre, 2016, pp. 107-133

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81247545006>

- 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

Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?

Lila García*

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina)

DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint88.2016.05>

RECIBIDO: 29 de febrero de 2016

ACEPTADO: 19 de abril de 2016

MODIFICADO: 27 de mayo de 2016

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar si la reciente *humanización* de las legislaciones y políticas migratorias en Latinoamérica nos permite hablar de una *nueva era* de las migraciones en nuestra región. En efecto, los procesos de integración, los consultivos regionales en migración y las políticas y legislaciones domésticas en la región han virado en los últimos años hacia un entendimiento de estos procesos en clave de derechos humanos. De igual manera, el sistema interamericano de derechos humanos ha dado mayor visibilidad a las cuestiones migratorias. Luego, discuto estas incorporaciones recíprocas (de los derechos humanos en las migraciones y de estas en los derechos humanos) desde el rol del Estado, tanto a nivel internacional como doméstico, y los efectos de las determinaciones legales y sus incompatibilidades. El artículo concluye mostrando que los derechos humanos fueron construidos precisamente para el movimiento y que su reciente y mutua incorporación se debe al encuentro de las lógicas emancipatorias y regulatorias del paradigma de la modernidad. Por lo tanto, referir la migración *con* derechos humanos no cambia ni cuestiona sus puntos de partida y debemos pensar en una política regional del derecho humano a migrar.

PALABRAS CLAVE: migración • política migratoria • derecho de migración • derechos humanos • Estado (*Thesaurus*)

— — —

Este trabajo retoma el marco teórico expuesto en mi tesis doctoral presentada a la Facultad de Derecho de Universidad de Buenos Aires (Argentina), *Nueva política migratoria argentina y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través de las acciones ante el Poder Judicial (2004-2010)*.

* La autora agradece los valiosos comentarios y *apoyo moral* de Joa, Marta y Natalia, la provisión de claridad mental de Facundo, el *siempre presente* de Celia, así como la pormenorizada lectura y las sugerencias de los evaluadores anónimos del artículo. Sin duda el artículo mejoró mucho gracias a todos ellos. Las devoluciones del proceso de edición fueron agotadoras pero mayormente colaboraron en la mejor expresión de las ideas propuestas. Por supuesto, todos los errores remanentes son de mi exclusiva autoría.

Migrations, the State and a Policy of the Human Right to Migrate: Towards a New Era in Latin America?

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze whether the recent *humanization* of laws and migratory policies in Latin America allows us to speak of a *new era* of migrations in our region. In fact, the processes of integration, regional consultancies on migration, and domestic policies and legislation have all turned in recent years towards an understanding of these processes in terms of human rights. In the same way, the Inter-American Human Rights System has given greater visibility to migratory issues. I therefore discuss these mutual incorporations (of human rights into migrations and of the latter into human rights) from the perspective of the role of the state, both at the international and domestic level, and the effects of the legal determinations and their incompatibilities. The article concludes by showing that human rights were constructed precisely for movement and that their recent and mutual incorporation is due to the encounter of the emancipatory and regulatory logics of the paradigm of Modernity. Therefore, referring to migration *with* human rights neither changes nor challenges its starting points and so we should think in terms of a regional policy of the human right to migrate.

KEYWORDS: migration • migratory policy • right to migrate • human rights • State (*Thesaurus*)

—. —

Migrações, Estado e uma política do direito humano a migrar: rumo a uma nova era na América Latina?

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar se a recente *humanização* das legislações e das políticas migratórias na América Latina nos permite falar de uma *nova era* das migrações em nossa região. De fato, os processos de integração, os consultivos regionais em migração, as políticas e as legislações nacionais na região têm se dirigido, nos últimos anos, a um entendimento desses processos em termos de direitos humanos. Da mesma forma, o sistema interamericano de direitos humanos tem dado maior visibilidade às questões migratórias. Em seguida, discuto essas mútuas incorporações (dos direitos humanos nas migrações e destas nos direitos humanos) a partir do papel do Estado, tanto no âmbito internacional quanto no nacional, e os efeitos das determinações legais e suas incompatibilidades. O texto conclui mostrando que os direitos humanos foram construídos precisamente para o movimento e que sua recente e mútua incorporação se deve ao encontro das lógicas emancipatórias e regulatórias do paradigma da modernidade. Portanto, referir a migração *com* direitos humanos não muda nem questiona seus pontos de partida; além disso, devemos pensar numa política regional do direito humano a migrar.

PALAVRAS-CHAVE: migração • política migratória • direito de migração • direitos humanos • Estado (*Thesaurus*)

Introducción

En el influyente trabajo *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno* (2004), Castles y Miller mostraron cómo los movimientos internacionales de población (claves como dinámica dentro de la globalización) “estaban transformando los Estados y las sociedades de todo el planeta, de manera que afectan las relaciones bilaterales y regionales, la seguridad, la identidad y la soberanía nacional” (Castles y Miller 2004, 5). Los derechos humanos aparecen raramente mencionados (más relacionados con su violación como causa de la emigración) pero no pasan totalmente inadvertidos. En un muy breve párrafo, los autores notan que “las tendencias hacia la democratización y la legalidad hacen difícil ignorar los derechos humanos” (Castles y Miller 2004, 217).

En este artículo pretendo analizar si lo que puede denominarse reciente *humanización* de la mirada sobre las migraciones en Latinoamérica (sección 1) permite pensar en una *nueva era* de la migración en la región. Para ello, profundizo en el rol del Estado (actor crucial en las migraciones) y en el de los derechos humanos, teniendo en cuenta que la mentada humanización pasa por las políticas y legislaciones migratorias (sección 2), para finalmente pensar cómo las lógicas de la regulación y la emancipación de la modernidad permiten explicar las limitaciones de pensar la migración *con* derechos humanos (sección 3).

Para este análisis tomo instrumentos emanados de los regímenes de integración, así como de los consultivos de migraciones, rastreando en ambos el encuentro entre migración y derechos humanos, junto con los instrumentos internacionales específicos de migraciones y las decisiones del sistema interamericano relacionadas. Luego, el desarrollo se basa en un marco teórico interdisciplinario para abordar el rol productivo del Estado, su aparato legal, y cómo repensarlo en función de los derechos humanos, por cuanto estos superan la dimensión legal doméstica, por definición. Las migraciones (objeto privilegiado de estudio desde la sociología, la economía, la antropología, etcétera) han recibido poca atención desde lo jurídico, y avanzar sobre ese aspecto es uno de los objetivos de este artículo.

1. La humanización de las migraciones y la agenda migratoria de los derechos humanos

a. Procesos consultivos de migraciones y regímenes de integración regional

En los últimos años hemos asistido a un giro humanístico en las legislaciones y políticas migratorias latinoamericanas, tanto a nivel doméstico como interregional, así como en los procesos de integración (Mercosur, Unasur) y en los

consultivos de migraciones (Conferencia Sudamericana de Migraciones, por ejemplo), procesos que confluyen y se retroalimentan. Para los últimos cinco años del siglo XX y los primeros del siglo XXI se advierte una clara tendencia por medio de la cual estos procesos han ido incorporando la cuestión de la migración con derechos, lo que ha impactado en legislaciones domésticas de política migratoria. Estas legislaciones, heredadas mayormente de gobiernos no democráticos, han sido reemplazadas por marcos regulatorios pensados en clave de derechos humanos.

En el marco del Mercosur, y al organizarse su estructura institucional, la Reunión de Ministros del Interior estableció un Grupo de Trabajo Especializado Migratorio que a su vez respondía a una comisión técnica conformada por funcionarios de seguridad. Así, en “el primer abordaje que se hace de la temática migratoria dentro del Mercosur [...] primaba la óptica de la seguridad” (Alfonso 2012, 35). No fue sino hasta finales de 2002, con la firma de sendos acuerdos de residencia para nacionales del Mercosur original y del ampliado (Decisión del Consejo Mercado Común No. 28/02),¹ que comienza a plasmarse una visión en derechos de la migración, “instalando definitivamente la cuestión en el ámbito de la integración regional” (IPPDH-Defensor del Pueblo 2013). A raíz de estos acuerdos, también se considera que la cuestión migratoria merece un espacio de enlace directo con la reunión de ministros; este sería el Foro Especializado Migratorio del Mercosur, el cual a su vez potenciaría el enfoque de derechos humanos para la aproximación a los temas migratorios (Alfonso 2012).

Así, uno de los primeros y más distintivos documentos de este foro fue la “Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios”, firmada en 2004. En los párrafos más destacables de la citada declaración, los Ministros sostienen que “el Mercosur debe reafirmar ante el resto del mundo su vocación de trabajar hacia una nueva política migratoria, fundamentada en la dimensión ética del respeto a los Derechos Humanos [...]”, e instan “[...] a los países extra-bloque a otorgar un tratamiento justo y humanitario a los emigrantes de nuestra región, en correspondencia con el trato brindado a sus nacionales en nuestros territorios”.² En 2008, en el Documento informativo “Postura Regional sobre Política Migratoria con vistas al Foro Mundial de Migración y Desarrollo”, se puso nuevamente de manifiesto la visión compartida por los Estados de la región, centrada en el respeto irrestricto a los derechos humanos de los migrantes y la importancia de

1 Se trata del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados parte del Mercosur y el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile, que entraron en vigor recién en julio de 2009.

2 Véase: “Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios”, URL: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9083.pdf?view=1>

políticas de regularización y facilitación de acceso a la residencia como base para lograr una integración plena de los migrantes en las sociedades de acogida.³

También en la Unasur puede advertirse, ya desde su tratado constitutivo, un enfoque de derechos de las personas migrantes, al incluirse como objetivo “[...] la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas”.⁴ En la “Declaración de Cochabamba” de 2006, uno de los principios rectores fue el de los derechos humanos.⁵ En el mismo sentido, en 2008 la Unasur consensuó un documento de posicionamiento frente a la Directiva Europea de Retorno, reconociendo que la libre movilidad es un derecho humano.⁶ Un año después, la Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM) se expresaría en el mismo sentido que la Unasur, como muestra de la confluencia entre procesos regionales de integración y consultivos en migración.

Justamente, en el marco de estos procesos consultivos no vinculantes,⁷ los derechos humanos también ganaron terreno como nuevo marco para comprender la migración. Uno de los mayores exponentes, en ese sentido, ha sido probablemente la Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM). Sobre ella se ha señalado que se distingue de otros procesos consultivos en migración “[...] especialmente con respecto a la perspectiva de posicionamientos de los derechos humanos del migrante como centro de sus propuestas de política” (CSM 2010, 2). Así, por ejemplo, en la III Conferencia se introduce el concepto *desarrollo humano* de la población de los países sudamericanos, vinculado directamente al respeto y vigencia de los derechos humanos de las personas migrantes. En la siguiente conferencia, en 2003, se avanzó en la perspectiva de la libre movilidad en la región, ratificando el rol central de los derechos humanos

3 Véase: Mercosur/RMI/ACTA No. 01/08. URL: http://www.mercosur.int/msweb/SM/Noticias/Actas%20Estructura/DEPENDIENTES%20DEL%20CMC/Reuni%C3%B3n%20Ministros/RMI/Plenario/2008_ACTA01/00-Acta%20XXIII%20Rmi.doc

4 Véase la página web oficial de la Unasur: <http://www.unasursg.org/es/objetivos-específicos>

5 Entre los objetivos de la Unasur, la Declaración de Cochabamba enumera: “abordar el tema de la migración con un enfoque integral y comprensivo, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos que conduzca a una cooperación efectiva, particularmente en áreas estratégicas, como la vinculación entre la migración y el desarrollo y la armonización de políticas. En este sentido, destaca la importancia de la Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias”. URL: http://www.comunidadandina.org/documents/dec_int/declaracion_cochabamba.htm

6 “Declaración de la Unión de Naciones Suramericanas sobre la ‘Directiva de Retorno’ de la Unión Europea”. URL: <http://www.comunidadandina.org/unasur/4-7-08directivaUE.htm>

7 Los Procesos Consultivos Regionales son “mecanismos que fomentan la cooperación y colaboración interestatal sobre cuestiones referentes a la migración, al congregar a los Estados para que entablen un diálogo informal de carácter no vinculante a nivel regional”. URL: <https://publications.iom.int/books/procesos-consultivos-regionales-sobre-migracion-pcr>

para dicho proceso. Más recientemente, su “Plan Sudamericano de Desarrollo Humano para las Migraciones”, aprobado en 2010 por la X Conferencia, tiene como principios rectores la integralidad del hecho migratorio (al considerar a la persona migrante como sujeto de derechos), el respeto por los derechos humanos de las personas migrantes y sus familiares, el ejercicio ciudadano de una libre movilidad segura e informada, el derecho de toda persona a la libre circulación y residencia, y el derecho de las personas migrantes a una ciudadanía plena, que incluya participación e integración en la sociedad receptora (CSM 2010, 21).

Estos desarrollos tuvieron varios impactos a nivel interno. Así, por ejemplo, de la mano con el posicionamiento del bloque frente al tratamiento de sus nacionales en Europa comenzaron a impulsarse legislaciones que mejoraran el trato dispensado a las personas extranjeras en los territorios de los países del Mercosur. En los últimos años se aprobaron varias legislaciones migratorias que incorporan una perspectiva de derechos humanos a la política migratoria: tales son los casos de Argentina (2004), Ecuador (2007), Uruguay (2008) y Bolivia (2013),⁸ que reconocen explícitamente el derecho humano a migrar, junto con otros derechos para las personas migrantes. Incluso, este proceso ha alcanzado países fuera del Mercosur, como Costa Rica (2009), Nicaragua (2011) y México (2011 y 2014), donde también aprobaron marcos migratorios que apelan, con más o menos generalidad, a derechos humanos.

b. Las migraciones en los desarrollos internacionales de los derechos humanos

En la sección anterior se reseñó, por un lado, la reciente incorporación de las migraciones en la agenda de la integración regional, y por otro, la inclusión de los derechos humanos en las preocupaciones de los procesos consultivos de migraciones. En esta sección veremos cómo también es reciente, desde la protección de derechos humanos, la inclusión de las migraciones.

En el plano universal, el primer antecedente de la inclusión de las migraciones dentro de los debates de derechos humanos es una declaración que ha pasado desapercibida en la comunidad internacional: la “Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1985. Si bien el documento no se refiere a migrantes sino a extranjeros, sirvió de antecedente para lo que sería la “Convención Internacional sobre la protección de los derechos

⁸ Argentina: Ley 25.871; Ecuador: Constitución Nacional ecuatoriana, artículo 40; Uruguay: Ley 18.250; Bolivia: Ley 370.

de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” (en adelante, CTM), abierta a la firma cinco años después. Algunos órganos de derechos humanos del sistema universal también comenzaron a plantear su posicionamiento para la misma época: el Comité de Derechos Humanos (órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) aprobó en 1986 su Observación General N.º 15, referida a “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, y en 1999, la N.º 27, referida a su movilidad. En 2000, la Asamblea General también aprobó el Día Internacional del Migrante (A/RES/55/93); en 1999 creó la “Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los Migrantes”, y en 2004, la Comisión de Derecho Internacional aprobó el mandato del “Relator para la expulsión de Extranjeros”, que trabajó durante una década buscando rescatar una impronta en derechos humanos de las duras posturas planteadas por los Estados participantes en dicho espacio.

En el plano regional ha sido prolífica la inclusión de la migración en la agenda de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos. En 1996 se creó la Relatoría para los Trabajadores Migratorios, en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Poco después, la influyente Opinión Consultiva N.º 16, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1999, sienta un importante punto de partida. En ella, luego de una participación que la Corte calificó como “sin precedentes”, se reconoce que el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un derecho de la persona extranjera tanto como del funcionario consular. En 2003, una nueva opinión consultiva (N.º 18) hizo referencia explícitamente a los derechos de las personas migrantes, inaugurando la migración (y no tanto la extranjería) como eje de preocupaciones. Al partir del reconocimiento de la particular situación de vulnerabilidad de los migrantes se deja en claro que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens* y que el Estado puede hacer *distinciones* entre personas migrantes en situación regular o irregular, y entre nacionales y extranjeros, pero que, en definitiva, las políticas migratorias deben respetar los derechos humanos tanto en sus objetivos como en su ejecución. Le seguirían los casos contenciosos “Niñas Yean y Bosico” (2005), “Vélez Loor” (2010), “Nadege Dorzema” (2012), “Pacheco Tineo” (2013), “Personas Dominicanas” (2014), y una nueva opinión consultiva, solicitada por los Estados del Mercosur y emitida en 2014. A su turno, la Comisión Interamericana también se ocupó de la cuestión, principalmente a través de informes emitidos en 2011 (“Informe sobre la Inmigración en Estados Unidos”), 2013 (“Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”) y 2015 (“Refugiados y migrantes en Estados Unidos. Familias y niños no acompañados”).

En este panorama se ve cómo la perspectiva de derechos humanos en situaciones de migración, y la incorporación de estas últimas en la agenda de los primeros, es bastante reciente y se presenta con dos matices: los derechos humanos le dan un *rostro humano* a la gestión migratoria, y desde los derechos humanos, estos se vuelven un límite para la facultad estatal respecto de fijar su política migratoria.

Desde el primer punto de vista, esto es, el de la incorporación de los derechos humanos a la gestión migratoria, estos constituyen una *dimensión ética* (Mármora 2002 [1997]), un elemento de *rebalanceo* (Bruch 2007) o, directamente, un *eslabón perdido* (Ghosh 2008) en las políticas migratorias. Mármora (2002 [1997]) trata el tema de los derechos humanos dentro de los fundamentos de la política migratoria: estos derechos serían la “dimensión ética en el planteo y desarrollo de las políticas migratorias”, “tradicionalmente subordinada” a intereses más amplios de los Estados o ciertos grupos económicos (2002 [1997], 110). Bruch (2007), por su parte, analiza cómo se ha construido en Estados Unidos, y desde el derecho internacional, el enfoque restrictivo de la política migratoria, y sostiene que la incorporación de derechos humanos permite un *rebalanceo* que posibilita inclinar dicha política hacia una de fronteras abiertas, sin perder de vista la protección de la soberanía. En estas perspectivas, los derechos humanos se acoplan naturalmente a las políticas migratorias y encuentran su máxima expresión en la idea, ya citada, de que los derechos humanos son el *eslabón perdido* que permitiría una mejor administración de la migración internacional (Ghosh 2008).

Desde otra perspectiva, Sassen (2003 [1998]) destaca que, más allá de las nuevas condiciones generadas por la globalización, las políticas migratorias están cada vez más afectadas por el “nuevo régimen internacional de derechos humanos”, una “fuerza que puede minar la autoridad exclusiva del Estado sobre sus ciudadanos” (2003 [1998], 58). Dentro de la misma idea de pérdida de soberanía, Hollifield (2006) plantea que los derechos humanos son un “nuevo espacio legal” de personas y grupos, en contraposición al espacio territorial, “donde los Estados retuvieron el control soberano [...] y regía el principio de no interferencia en los asuntos internos” (Hollifield 2006, 74). En Castles (2006), esta idea de Hollifield sería un *factor interno* que hace y deshace las políticas migratorias: los derechos humanos como límite al Estado para manejar la migración serían una especie de trampa en que se ven las democracias liberales, inherente a sí mismas, ya que “a medida que los inmigrantes a largo plazo adquieren derechos laborales y de cobertura social en los estados liberales, se vuelve cada vez más difícil considerarlos personas ajenas que están formando parte de la sociedad sólo de manera temporal” (Castles 2006, 51). Finalmente, para Bustamante (2002) los derechos humanos marcan el paso entre una noción *absoluta* de soberanía a una *relativa*, pero ello, en definitiva, “no implica que un país no pueda ejercer su derecho

soberano a controlar las fronteras [...] Sólo quiere decir que las medidas que tome como parte de su política migratoria tienen que llevarse a la práctica en absoluto respeto de los derechos humanos" (Bustamante 2002, 169).

Ambas miradas presentan limitaciones. Domenech (2011), por ejemplo, duda del *rostro humano* con que se presentan las políticas recientes en Argentina, y cómo estos derechos fueron involucrados para pasar de una visión centrada en el *control* de las migraciones hacia una *gestión* de ellas, aunque la finalidad de este *migration management* o *migration governance* sería la misma que la de aquellas políticas abiertamente restrictivas. A su turno, los derechos humanos como límite no serían tan fuertes o tan claros. En su trabajo *Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants*, Noll (2010) se pregunta si hay algo estructural en los derechos humanos que dificulta la protección de los derechos de estas personas o es solamente una cuestión de efectividad. Abandonando la primera idea, podemos pensar que los derechos humanos son Estado-céntricos, por cuanto su reconocimiento, ejercicio y garantía corren por cuenta del Estado. Entonces, para las personas migrantes indocumentadas (que suelen eludir, en cuanto tales, todo contacto con cualquier órgano estatal) podría ser un problema de tipo estructural. Si fuera una cuestión de efectividad, podríamos pensar que en realidad es porque las personas migrantes no acceden a las instancias de protección (por posición geográfica, económica, etcétera). Así, Noll señala que en realidad los Estados no niegan la aplicabilidad de los derechos humanos de las personas indocumentadas sino que lo que hacen es, más bien, "reservarse el derecho a crear y mantener leyes que regulen la entrada, presencia y salida de no nacionales" (Noll 2010, 245).

Precisamente, este privilegio legal que permite asignar derechos distintos a nacionales frente a extranjeros —y dentro de estos, a personas en situación regular frente a aquellas en situación irregular— presenta serias dudas desde la misma lógica de derechos humanos. También, la mutua incorporación (derechos humanos en migraciones y migraciones en derechos humanos) ha sido asumida sin una discusión de fondo y con bastante naturalidad, incluso desde buena parte de la literatura citada, y así, se comenzó a hablar de política migratoria *con* derechos humanos. En la sección siguiente discuto la función estatal y la ficticia naturalidad con que se asume la interrelación entre migración y derechos humanos.

2. El papel crucial del Estado en las migraciones y los derechos humanos

En esta sección se propone una explicación más estructural sobre el *papel crucial* (Arango 2003) que desempeñan los Estados, atendiendo a aquella urgencia de reincorporar este actor y las políticas públicas al análisis de migraciones (Zolberg

1989), y cómo se relaciona esta perspectiva con el planteamiento en derechos humanos. Si “pensar la inmigración es pensar el Estado [...] y es el Estado el que se piensa a sí mismo al pensar la inmigración” (Sayad 2010, 389), pensar la migración en términos de derechos humanos es pensar un Estado democrático con derechos para todos. El Estado tiene un rol central en las migraciones, y, además, el mismo sistema de derechos humanos es también Estado-céntrico, y por lo tanto, lejos de justificar la naturalización del encuentro, sólo complejiza lo que podemos esperar de él.

Históricamente, el Estado ha permanecido como un telón o actor de fondo (Sassen 2006) que ha tenido poco desarrollo en los estudios de migraciones: desde las ciencias sociales se ha puesto énfasis en los aspectos económicos, demográficos, sociológicos y antropológicos (tal como surge del estudio de Herrera 2006). La poca atención prestada al rol del Estado (Durand y Massey 2006; López Sala 2006; Massey 1999) ha determinado en gran medida no sólo la ausencia de estudios sobre política migratoria, sino en general la falta de una perspectiva política para la aproximación a las migraciones e incluso para su regulación (Sassen 2006).

Sólo de manera reciente, la política como ciencia ha aportado perspectivas al campo de las migraciones (véase por ejemplo Meyers 2000), aunque todavía se señala la *infancia* que atraviesa este aporte (Henry 2009). Entre los autores que analizan el Estado, uno de los más citados es James Hollifield: desde *Immigrants, Markets and States: The Political Economy of Postwar Europe* (1992) hasta su reciente propuesta *El emergente Estado migratorio* (2006). Según esta última, los siglos XX y XXI evidencian el nacimiento de un Estado que ya no sería (solamente) el guardián que fue durante los siglos XVIII y XIX —desde que empieza a considerar también las migraciones como orientadoras de poder e interés— sino que “el surgimiento del Estado comercial necesariamente aparej[a] el surgimiento del estado migratorio, en el que las consideraciones de poder e interés están orientadas tanto por las migraciones como por el comercio y las finanzas” (Hollifield 2006, 70). El Estado migratorio es, así, “casi por definición, un Estado liberal, puesto que crea el medio legal y regulatorio en que los migrantes desarrollan sus estrategias individuales de acumulación” (2006, 85). Esto deja en claro que la propuesta es apenas un poco más de lo mismo: el Estado mínimo del libre mercado, donde se salva quien puede. Por lo demás, el autor retoma ciertos prejuicios contra la migración como base fundamental de su propuesta, como la amenaza a la identidad nacional, con lo cual limita el aporte que puede hacer a un análisis del rol del Estado.

Sin embargo, Hollifield (2006) sí nos pone en la pista de una función estatal central, al mencionar que el Estado crea el medio legal y regulatorio para que los migrantes desarrollen sus estrategias. De manera similar, Noll (2010)

menciona que los Estados no niegan la aplicabilidad de los derechos humanos a las personas migrantes sino que lo que hacen es “reservarse el derecho a crear y mantener leyes que regulen la entrada, presencia y salida de no nacionales” (Noll 2010, 245). En las siguientes secciones de este apartado enfocaré la cuestión desde dos dimensiones legales, una internacional y una interna, para analizar el rol del Estado en las migraciones, pensar su encuentro con las migraciones y mostrar, en definitiva, cómo se produjo una serie de fragmentaciones para separar las personas migrantes de lo que debiera ser un núcleo común de protección.

a. Fragmentaciones internacionales: nación, población y tratados internacionales

El rol crucial, estructurante y productivo del Estado se construyó primero a partir de una doble exclusión en términos de reconocimiento y protección de derechos; desde la dialéctica de la construcción de los Estados-nación se generó una posición poco privilegiada para las personas extranjeras. En primer lugar, la parcelación territorial dividió poblaciones y las convirtió en elemento estatal (nacionales). En segundo lugar, esto permitió asumir que cada persona tenía un país proveedor de protección, e incluso que toda la representación del individuo en la esfera internacional quedaría mediada por la estatalidad.

De este modo, cuando la política se hace cargo de la vida de la porción de población que se asigna (nación), la protección de las personas fue primero ejercida con exclusividad por el Estado: en su interior, bajo el principio de no injerencia en los asuntos de jurisdicción doméstica; en el exterior, bajo la protección diplomática de sus nacionales ante todos los demás Estados. Claro que esta protección era limitada, ya que en la doctrina internacional clásica se afirma que la condición de sujeto del derecho internacional no era posible sin la intervención del Estado (Sorensen 1978, 275) teniendo en cuenta que este último era quien decidía ejercer la protección diplomática de su nacional en el extranjero, al considerarse que el afectado era el Estado mismo.

Esta clasificación también tuvo como resultado ubicar a las poblaciones en movimiento como elementos dísculos (lo normal se vuelve el ser *natural* de un cierto país), y por ende problemáticos, posicionando así la migración dentro de las consideraciones de seguridad por la vía de su íntima relación con la soberanía estatal. Claro que no todos los extranjeros caen bajo ese paraguas. Como señala Sassen, los acuerdos comerciales (los Tratados de Libre Comercio, la OMC, entre otros) se ocupan de la movilidad de personas de alto valor añadido (por educación, profesión o capital), manejables (generalmente trabajadores temporales, sujetos a regulaciones efectivas, “visibles”) y de altos beneficios

(“dada la nueva ideología del libre comercio e inversión” [Sassen 2006, 31]), como turistas, profesores visitantes, personal transferido de empresas, etcétera, los cuales no le generan al Estado mayores fricciones políticas o presiones por parte de la opinión pública. En cambio, a los gobiernos les quedaría la supervisión de los componentes *difíciles* y de bajo valor agregado (trabajadores migratorios poco calificados, refugiados, pobres en general), y la gestión de la migración y la integración de estos sujetos frente a la opinión pública, junto con las crecientes demandas de actores no gubernamentales que encabezan la lucha por derechos de las personas migrantes.

De manera paralela, los instrumentos en derechos humanos han guardado silencio sobre el derecho básico de la persona migrante, lo que profundiza las continuas rupturas y disecciones del movimiento. Primero, las convenciones generales de derechos humanos establecen muy claramente el derecho a salir y regresar al país de nacionalidad pero no se incluyó el derecho a migrar o, al menos, a ingresar a un país distinto al de la nacionalidad. La primacía de la soberanía estatal también se exhibió en la única mención de personas extranjeras: sólo aquellas autorizadas (esto es, con estancia legal) se pensaron con derecho a circular, residir y tener un proceso de expulsión con garantías (art. 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; arts. 12 y 13, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966). Esto significa dos cosas: por un lado, que en lo relativo al movimiento, el principal regulador era el orden estatal y no el superior de derechos humanos;⁹ por otro, que para todos los demás derechos, las personas migrantes deben ser resguardadas por las fórmulas generales de no discriminación e igualdad que traen los principales tratados de derechos humanos, al asegurar tal principio con independencia del origen nacional para todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado (art. 2.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Claro que las prácticas estatales triunfaron sobre un principio tan general (el de protección, por ser una persona humana, antes que migrante) y fue necesario abogar por una convención específica en derechos humanos (la CTM), que, aunque rebaja los estándares que se podrían obtener de las convenciones generales, permitió generar un instrumento que esgrimir frente a las crudas prácticas estatales. Así, allí donde las convenciones generales de derechos humanos aceptaron como premisa implícita que todas las personas

9 Hay varias perspectivas para abonar la superioridad de los derechos humanos sobre el régimen legal. Así, por ejemplo, Donnelly (2003) sostiene que los derechos humanos son una especie de último recurso en el dominio de los derechos, ya que no hay apelación posible a derechos más elevados (2003, 12); también, son derechos *supraestatales*, incluso superiores a la Constitución nacional (Bidart Campos 1994).

(incluidas migrantes) gozaban de ciertos derechos y circunscribieron la importancia de la legalidad o ilegalidad de la circulación dentro de un Estado, la CTM toma este último binomio y lo erige en una matriz estratificadora. Esto es, eleva la importancia de la legalidad o ilegalidad (limitada a la circulación) para tamizar el resto de los derechos.

En este sentido, la CTM merma la protección que podría provenir de los instrumentos internacionales de derechos humanos *generales*, lo que ha sido señalado como un *discount* en derechos, que el Sur ofrece al Norte como un tributo (Noll 2010). En particular, al habilitar la regularidad o irregularidad como eje distribuidor de derechos, indirectamente establece una jerarquía y oficializa lo que bajo la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) estaba implícito y debía resolverse a favor de la persona humana. Así, transfiere de alguna manera al orden interno, a los Estados y su discrecionalidad, importantes determinaciones, reforzando el proceso descrito hasta aquí.

Esta situación también permite poner en perspectiva el mismo posicionamiento de la persona migrante como sujeto de derechos humanos. Si posicionar la persona humana como sujeto de derechos frente a su propio Estado fue una lucha que acaparó la segunda parte del siglo XX, esgrimir derechos de las personas migrantes frente al Estado del cual no son nacionales es uno de los grandes desafíos del siglo XXI, caracterizado por estrategias restrictivas globales, tercerizadas o *subcontratadas* (como la externalización del control migratorio), institucionalmente discriminatorias, cuando no criminalizadoras de manera directa.

Por último, a este juego entre lo nacional y lo internacional, y la posición de la persona migrante frente a ellos, se suma que los principales desarrollos del sistema interamericano, ya mencionados, parten de considerar que los Estados tienen la facultad de fijar sus políticas migratorias. De manera literal, es el punto de partida para los pronunciamientos en derechos humanos, ya que se ubica al inicio de la parte resolutiva de las sentencias. En la práctica, esto termina invirtiendo la carga de presunciones: ante la duda, la diferenciación es legal, lo cual pone en primer plano las facultades del Estado. Asumir esto pone en peligro el principio *pro homine*, según el cual, ante la duda, debe preferirse la regulación que mejor proteja a la persona humana, y no a la que mejor proteja la soberanía nacional.

En definitiva, el quid de la cuestión pasa por legitimar de antemano que una diferenciación entre personas humanas es válida, y los regímenes de extranjería y migración no son otra cosa que eso: en su enlace con derechos humanos, terminan otorgando una presunción a favor del Estado.

b. Fragmentaciones en el interior: orden legal y binomio ilegalidad/legalización

La reserva legal (*facultad* y no *derecho* del Estado) que permite asignar derechos distintos a nacionales frente a extranjeros, a migrantes en situación regular o irregular, presenta serias dudas desde la idea misma de derechos humanos. A partir de antecedentes tales como el *Bill of Rights* de Virginia (1776), y más aún, de la *Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano* (1789), el concepto *derechos humanos* estuvo siempre ligado a la necesidad de reconocer ciertos derechos *inherentes* al ser humano y de sustraerlos, en consecuencia, del arbitrio del poder público. Según Arendt, “la proclamación de los derechos humanos durante la Revolución francesa significó, casi literalmente, que todo hombre, en virtud del nacimiento, se había convertido en titular de ciertos derechos” (2004, 199).

¿Qué ocurre entonces cuando los derechos dependen del reconocimiento estatal? También Arendt plasmó muy claramente las consecuencias de ligar el reconocimiento de derechos al orden legal interno al referir la pérdida del *status civitas* como una expulsión de la humanidad. La estrategia de desnacionalización alemana arrojó grandes masas de población desplazada y apátrida que no era querida ni recibida en ninguna parte, y “los Derechos del Hombre, supuestamente inalienables, demostraron ser inaplicables allí donde había personas que no parecían ser ciudadanas de un Estado soberano”, al punto que “nadie parece capaz de definir con alguna seguridad cómo son tales derechos, diferenciados de los derechos del ciudadano” (Arendt 1999 [1951], 371).

Aunque la situación de los migrantes actuales pueda distar de aquellos devenidos parias por el régimen nazi en que pensaba Arendt, el valor dado a los papeles (de permiso de ingreso, de residencia), o sea, la situación de quienes no los tienen, permite asemejar ambas experiencias: una existencia física pero no jurídica de personas “explícitamente superfluas e incómodas en el plano mundial” (Lafer 1994, 161). Para las personas migrantes, detentar esta legalidad en el papel es importante, a tal punto que en la CTM fueron incluidos como derecho humano tanto los documentos como las autorizaciones.¹⁰ En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) incluyó la

10 Artículo 21 CTM: “Ninguna persona que no sea un funcionario público debidamente autorizado por la ley podrá confiscar, destruir o intentar destruir documentos de identidad, autorizaciones de entrada, estancia, residencia o permanencia en el territorio de un país ni permisos de trabajo. En los casos en que la confiscación de esos documentos esté autorizada, no podrá efectuarse sin la previa entrega de un recibo detallado. En ningún caso estará permitido destruir el pasaporte o el documento equivalente de un trabajador migratorio o de un familiar suyo”.

documentación dentro del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Corte IDH 2014).¹¹

Entonces, aquel mayor peso del ordenamiento migratorio interno frente al de derechos humanos alumbría una suerte de incompatibilidad original: si los derechos de las personas migrantes se definen por su estatus (nacional/extranjero; regular/irregular), esto implica renunciar a la idea de derechos que se ubican en un orden superior que, como tal, busca superar los arbitrios de las legislaciones domésticas. En otras palabras, ¿cuál terminaría siendo la importancia de abogar por derechos humanos de las personas migrantes si, en definitiva —en uso de la facultad de fijar su política migratoria o de determinar quién es nacional o ciudadano—, esto es acordado por los Estados por vía legal? Se trataría así de derechos humanos donde la parte correspondiente a *humanos* no alcanza a todos los componentes de la categoría.

En aquel *pensar el Estado* de Sayad es pertinente llamar la atención sobre una función estatal estructurante, ya que es el Estado mismo el que inaugura (legalmente) la categoría *extranjero*. Las personas migrantes (en el doble sentido de inmigrantes y emigrantes) tienen un régimen distinto (el de extranjería o migración), que es creado, recreado y administrado por el Estado. Lo más sobresaliente de esta función es que, a diferencia de otras situaciones de desigualdad que pueden ser ubicadas en el tejido social (edad, género, orientación sexual, etcétera), la desigualdad de la persona extranjera es inaugurada y sostenida desde el Estado: primero, por la diferencia marcada entre nacionales y extranjeros, una vía por la cual, además de ser no nacional, el extranjero es también no ciudadano; y segundo, por las subcategorías que buscan diseccionar al extranjero y el movimiento en sí mismo (refugiados, migrantes, solicitantes de asilo, turistas, etcétera) a través de requisitos, categorías de ingreso, posibilidades de expulsión y, en términos generales, menos derechos.

Este rol estructural habilita un trato con relación a las personas migrantes que de otra manera sería directamente discriminatorio en términos de derechos humanos. Valida acciones que no serían permitidas si se tratara de nacionales, como negar el acceso a la salud, disponer extendidas situaciones de privación de la libertad sin delito, organizar un aparato de criminalización por el solo hecho de no tener papeles.

11 En el caso “Personas Dominicanas”, la Corte IDH sostuvo que el desconocimiento de la documentación por parte del Estado afecta el derecho a la personalidad jurídica (párrafo 274), definiendo esta como la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y obligaciones; el Estado debe arbitrar los medios para que este reconocimiento pueda ser ejercido, por cuanto es él el que “determina la existencia efectiva ante la sociedad y el Estado” (párrafo 265).

Todo este andamiaje legal del Estado tiene una intencionalidad. La ilegalidad o, más bien, *illegalización* (ya que hay un Estado que la produce a través de sus mecanismos de selección) tiene funciones específicas. Por un lado, la *illegalidad* se presenta como algo que ocurre, una tragedia despersonalizada que borra la producción estatal y estructurante detrás de ella y que sólo se corporiza en las personas, que sí *son* ilegales incluso antes de llegar a ponerse bajo el orden legal que las declara como tales. Esta es la ilegalidad de origen o estatutaria (Sayad 2010).

Por otro lado, el Estado interviene oficializando la ilegalidad (por la vía de declarar situaciones de irregularidad, de rechazar pedidos de residencias, entre otros), dándole a esa ilegalidad ontológica una inteligibilidad asible y hasta reconfortante para el nacional, lo que permite la apropiación del discurso de los migrantes como delincuentes. Lo anterior también avala acortar las distancias entre lo penal y lo migratorio, y termina por justificar estrategias penales (sanciones, encierro, exclusión) para el abordaje de la migración. Opera como un mecanismo de fijación, ya que la persona declarada ilegal no puede ingresar o egresar del país (al menos no *en regla*, claro está), ni cambiar de trabajo o circular libremente, siempre a riesgo de que le soliciten los papeles que no le fueron dados. Obliga a desplazarse a la clandestinidad y hacia numerosos circuitos informales (venta ambulante, talleres clandestinos, trabajo en negro en general, como notan Cesano, Caffarena y Santoro 2008), lo cual alimenta, en la práctica, la idea del *migrante fuera de la ley*.

La *illegalización* consolida la ilegalidad primera y se recrea con el estatus de institución, de prisión abierta, que va transmitiendo, incluso a las generaciones nacidas en el lugar de destino (*inmigración de segunda generación*, aunque estas personas no han migrado a ningún lado), la percepción del migrante como algo anormal, irregular y no permitido. Al igual que otros en su misma condición de exclusión (locos, delincuentes, vagabundos, etcétera), se permite con relación al migrante el encierro, el *aseguramiento* o la *retención*, por usar algunas versiones de la privación de la libertad dirigida a los migrantes.

Ilegalidad e *illegalización*, ser legal o ser legalizado, es una llamada de atención frente al posible eufemismo de *irregulares administrativos* o *indocumentados*: con todas las buenas intenciones de reemplazar el concepto *illegal* (bajo el postulado “ningún ser humano es ilegal”) por *irregulares*, el hecho de que ciertas personas puedan ser declaradas en situación irregular —y que el efecto de la residencia ilegal termine alcanzando a la persona como tal—, sólo indica que no deberían ser ilegales pero que en definitiva, por los efectos de la irregularidad, terminan siéndolo. No sólo por la relación de los documentos con la personalidad jurídica que ya se señaló, sino porque prohibir su movilidad o sus derechos es lo más cercano a prohibir a esta persona en sí misma.

En este panorama no es difícil entender cómo el punto de partida implícito para las políticas de migraciones termine siendo siempre el problema, como amenaza o peligro (de invasión, avalancha, socavación de la identidad cultural, usurpación de puestos de trabajo o servicios de salud o educación, entre otros) o, simplemente, como población que *hay que* controlar. El control se extiende en el tiempo, de manera constante y a través del frondoso trabajo legal (regulaciones, reglamentos, disposiciones, decretos, memorándums) de un derecho frágil, fácilmente reemplazable (derogable) pero a la vez poco claro, que pone en primer plano la gracia y discrecionalidad soberanas. Esta *inflación legal* (Foucault 2006 [2004]) multiplica los puntos para la infracción, para caer en desgracia, lo que da por resultado, como nota Izquierdo (2012), un aumento de las posibilidades de llegar a ser irregular. Por último, la incertidumbre es otra función importante de este derecho frágil; la confusión como *verdadera táctica* (Foucault 2002 [1975], 292), que se cumple mediante la superposición de reglamentos, resoluciones y disposiciones varios, en una competencia por la ininteligibilidad.

Asimismo, el problema, anomalía y dislocación que serían las migraciones son tratados desde lo que se ha identificado como metáforas acusas y también militares (Santamaría 2002), y se habla, así, del *flujo* de migraciones, la *avalancha*, la *ola*, o bien, la *lucha* contra la migración ilegal y la *defensa* de lo nacional. Estas dos metáforas lo que hacen es justificar el rol del Estado: si es un flujo, hay que encauzarlo, así como defendernos y luchar; el poder estatal tiene así por función diseccionar las corrientes, a través de categorías y subcategorías administrativas; disseminar las instancias de control (agencias de viaje, transportistas, empleadores, dadores de alojamiento, etcétera), y, en suma, organizar una política migratoria que debe siempre velar por evitar el desbordamiento y garantizar la protección.

A estas tensiones se suma que en el ámbito de las migraciones y, sobre todo, de su gestión prima la mirada del costo-beneficio, de lo instrumental y de las concesiones benéficas. Como explica Sayad, “la inmigración no tiene sentido, no es inteligible para el entendimiento político más que a condición de que sea fuente de ‘beneficios’ o por lo menos, que los ‘costes’ que se le imputan no excedan los ‘beneficios’ que puede procurar” (Sayad 2010, 118). El costo-beneficio opera tanto para países de destino como para emisores: cuando las remesas son altas, los migrantes son *agentes de desarrollo*.

Estas lógicas atraviesan, incluso, las propuestas mejor intencionadas de quienes abogan por un entendimiento más humano de las migraciones. Zapata-Barrero (2010), por ejemplo, analiza la perspectiva de “cómo las políticas migratorias distribuyen *el bien* que la entrada en un Estado representa y *la oportunidad* de residir y trabajar en la sociedad de llegada [...] un verdadero desafío social” (2010, 332; énfasis agregado). Hay un argumento utilitarista (hacen el *bien*, son

útiles) y otro de beneficencia (*la oportunidad*), y lo que ocurre es que termina por no tratarse de un derecho sino de una concesión estatal. Las referencias oficiales a la obtención de un *beneficio migratorio*¹² desplazan el entendimiento del derecho, presente incluso en discursos de países que han reconocido el derecho a migrar. Cuando los defensores intentan apoyar el ingreso de poblaciones migrantes hacen notar que contribuyen al tejido social, morigeran el envejecimiento de la población autóctona, ocupan trabajos que los nativos ya no desean, o que en definitiva no recargan el sistema de salud, ya que son poblaciones jóvenes. Estos argumentos pueden ser útiles para el corto plazo, pero terminan alimentando los fantasmas en torno a la migración y tienen contrapartidas peligrosas, ya que si los migrantes dejan de contribuir, ser útiles o funcionales se vuelven no deseados. Además, la perspectiva del humanitarismo y la compasión como política puede ser peligrosa (Ticktin 2006), por cuanto desplaza las personas migrantes del universo de los derechos para ubicarlas como objetos de protección, lo cual no se demanda ni se exige, sino que sólo se recibe y hasta agradece.

Este peso determinante del orden legal, esta visión instrumentalista y de beneficencia, chocan plenamente con el diseño de los derechos humanos que busca rescatar lo humano de esta maraña. Su propósito es afianzar la vida en sí con independencia de una pléthora de consideraciones de raza, idioma, religión, posición social, etcétera, incluso de *utilidad*: porque el régimen de migraciones piensa en la gestión, en la gobernabilidad, en los cupos, en las nacionalidades útiles, en los migrantes que contribuyen a paliar el cambio demográfico u ocupan puestos de trabajo que los nativos han desocupado. Este planteamiento utilitario limita los alcances de pensar la migración *con* derechos humanos. Es más, la dimensión emancipatoria que plantean estos derechos puede verse fácilmente fagocitada por la ferocidad del paradigma regulatorio en que se inscriben las migraciones y su tratamiento como una cuestión de seguridad. En la sección siguiente haré referencia a estas lógicas (la emancipatoria y la regulatoria), ya que son importantes para entender, por ejemplo, que “desde el punto de vista del conocimiento emancipatorio, la distinción entre sujeto y objeto es un punto de partida, nunca de llegada” (Santos 2011, 83).

12 Las disposiciones oficiales tanto como los medios de comunicación suelen referirse en estos términos. Sólo por ejemplo, la Disposición 6372/2015 dictada por la Dirección Nacional de Migraciones argentina se refiere al “beneficio migratorio a un menor de edad”.

3. Derechos humanos y migración: convergencias y tensión entre regulación y emancipación

La descrita centralidad productiva del Estado en las migraciones es compartida con el sistema de derechos humanos: ambos son sistemas Estado-céntricos (centrados en el Estado y además inscriptos en un sistema estatal), productos de la modernidad, y no es posible pensar unas y otros sin pasar por el poder estatal. Aunque la movilidad es un componente de larga data en la historia de la humanidad, serán la modernidad occidental y su proceso *vedette*, el capitalismo, los que pronto van a señalar la migración como elemento diferencial de la movilidad en general y de las poblaciones *naturales* de cierto territorio en particular.

Los derechos humanos son “una de las invenciones más sorprendentes y paradójicas de la modernidad [...] forman parte de un bagaje en el que se entremezclan otras novedades como el Estado [...] la división de las funciones del trabajo y los límites sin fronteras de la acción humana” (Raffin 2006, 1). También se apoyan en una construcción del sujeto en cuanto eje del mundo moderno, que enrola también la libertad de movimiento inaugurada por el capitalismo y superadora de la idea del hombre feudal atado a la tierra. Este sujeto racional que usa su libre albedrío para elegir su máximo beneficio será una figura que calará muy hondo en la concepción de las migraciones, bajo lo que puede denominarse *responsabilidad individual* por el acto de migrar. Bajo esta perspectiva, las personas migran siempre de manera voluntaria; las migraciones son identificadas casi exclusivamente con lo laboral (por ello, con frecuencia se habla sólo de *trabajadores migrantes*, y no de personas que migran), y el Estado, a diferencia de lo que ocurre con la regulación de las personas refugiadas, conserva enormes márgenes de discrecionalidad.

Varios autores coinciden en que industrialización, capitalismo y migración son indissociables (Bustamante 1997; Mezzadra 2005; Portes y Böröcz 1989; Sassen 2003 [1998]; Sayad 2010). El posicionamiento de la libertad como un valor, un bien apreciable y, por tanto, susceptible de apropiación es un logro de la modernidad (en un sentido de época: modo de producción capitalista [Raffin 2006]); la libertad entendida en el sentido moderno: “posibilidad de movimiento, desplazamiento, proceso de circulación de gentes y cosas” (Foucault 2006 [2004], 71), nace recién con la salida del feudalismo, al superarse las ideas del sujeto atado a la tierra pero sin propiedad sobre ella, sin movilidad ni libertad de comercio sobre el producido.

Entonces, migración y derechos humanos tienen en común su *modernidad*. Además, son sistemas Estado-céntricos. Para los derechos humanos, es el Estado el que los reconoce (aunque no los *crea*), y se obliga a través de

instrumentos internacionales a garantizarlos, y es quien, directa o indirectamente, los menoscaba y protege. Para las migraciones, el Estado parcela las poblaciones, determina quiénes son nacionales y organiza el reconocimiento de derechos.

Incluso, la relación es todavía más profunda, ya que puede asumirse que los derechos humanos se crearon específicamente pensando en el movimiento y, más aún, en las migraciones desesperadas, dado que el nacimiento mismo de un régimen internacional de derechos humanos está marcado justamente por la extranjerización y el movimiento. Como ya se mencionó, cuando la principal herramienta del régimen nazi fue la desnacionalización de enormes grupos de población que luego, nos recuerda Arendt, no eran queridos ni recibidos en ningún lado, esto impuso la necesidad de pensar en la creación de un sistema legal que pudiera superar a los mismos Estados. Se enraizaron así en la persona humana, como ser biológico, en la vida misma, prácticamente lo único con que las personas desplazadas salían de los lugares donde habían nacido y vivido. Los derechos humanos se afincaron sobre el único elemento que una persona *en fuga* lleva con su trashumancia: el hecho de ser humano. Esta situación puso de manifiesto la importancia del vínculo de nacionalidad (que llega así a reconocerse como un derecho humano), pero a su vez se impuso superarlo mediante la operación de establecer una relación directa con la vida biológica en sí.

Pese a ello, el migrante fue uno de los últimos sujetos en aparecer en el plano de la protección internacional en derechos humanos, con bastante resistencia, además. No sólo la CTM fue uno de los instrumentos que más demoró en entrar en vigencia (por falta de ratificaciones de los Estados), sino que las iniciativas más recientes para *arrancar* derechos a los Estados, como el trabajo del Relator para la Expulsión de Extranjeros de Naciones Unidas, se encontraron con posturas férreas, defensoras del paradigma del Estado soberano.

Tenemos hasta aquí varios puntos de convergencia, nacimientos concomitantes y una relación orquestada y hasta producida por el Estado. A la luz de los procesos regionales, consultivos, y del sistema interamericano, descritos en la primera parte de este artículo, ¿cómo explicamos el encuentro apenas reciente entre derechos humanos y migraciones? Más aún, ¿qué podemos esperar de este?

En su libro *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência* (2011 [2000]), Boaventura de Sousa Santos explica que:

“A partir de los siglos XVI y XVII, la modernidad occidental emergió como un ambicioso y revolucionario paradigma sociocultural asentado en una tensión dinámica entre regulación social y emancipación social. A partir de mediados del siglo XIX, con la consolidación de la convergencia entre el paradigma de la modernidad y el capitalismo, la tensión

entre regulación y emancipación entró en un largo proceso histórico de degradación caracterizado por la gradual y creciente transformación de las energías emancipadoras en energías regulatorias". (Santos 2011, 15)

Sobre esta tensión dinámica se asienta el rico y complejo paradigma de la modernidad: sus dos pilares son precisamente la regulación y la emancipación (Santos 2011, 50). Estos pilares tienen a su vez principios que los constituyen (Estado, mercado y comunidad para la *regulación*; racionalidad en las tres versiones de Weber para la *emancipación*) y que tienden a maximizarse, al punto que, dice Santos, el pilar de la emancipación fue absorbido por el de la regulación (Santos 2011, 55). Incluso, dentro de este último pilar, el principio del mercado se ha desarrollado de manera excesiva, en detrimento de los otros dos. Esta absorción, a su vez, "neutralizó eficazmente los recelos otrora asociados a la perspectiva de una transformación social profunda y de futuros alternativos" (Santos 2011, 57). Por último, produjo una "nueva sensación de inseguridad, motivada por el recelo de desarrollos incontrolables que pudieran ocurrir aquí y ahora, precisamente como resultado de la contingencia y de la convencionalidad generalizadas de prácticas sociales sectoriales" (Santos 2011, 57). De esta manera, "las infinitas promesas de liberación individual y colectiva contenidas en la modernidad occidental fueron drásticamente reducidas en el momento en que la trayectoria de la modernidad se enredó con el desenvolvimiento del capitalismo" (Santos 2011, 119), y la función del derecho "fue asegurar el orden exigido por el capitalismo, cuyo desenvolvimiento ocurría en un clima de caos social que era, en buena parte, obra suya" (2011, 119).

Así las cosas, la libertad como valor es un logro, pero también una consecuencia de los cambios en las relaciones y formas de producción de bienes y riqueza que comienzan con la Revolución Industrial y que encuentran su correlato en la enunciación de las libertades correspondientes: libertad de comercio, de propiedad privada y de muchas otras que se expresarían en última instancia como el *dejar hacer, dejar pasar*. Los obstáculos puestos a la libertad de movilidad de las personas son usualmente señalados por la literatura migratoria como una paradoja, algo así como que en la época de la globalización y difusión de fronteras las personas encuentran cada vez más barreras más fuertes que impiden su movimiento (Barrera López 2008).

Además, la libre movilidad de la migración, en cuanto factor de producción *trabajo*, está de alguna manera asegurada a través de las transferencias de ejecutivos, directivos y personal técnico dentro de las empresas, profesionales calificados, turistas, etcétera. En suma, si todos ellos están asegurados por otros mecanismos, si son *seguros*, se mueven: son los turistas, en el sentido más amplio

de la palabra, de Bauman (1999). La libertad como reclamo de pertenencia de la burguesía al nuevo mundo en formación tiene su correlato en la historia contemporánea, donde la globalización sugiere haber diluido las fronteras, cuando en realidad se constata que la libertad de movimiento se ha convertido en el *principal factor de estratificación*, en torno al cual se definen las nuevas jerarquías sociales (Bauman 1999).

Pronto, en este proceso moderno, la libertad encontró su contrapartida: el encierro. Justamente es este descubrimiento de la libertad el que permite la introducción de los dispositivos para limitarla, y dirá Foucault que “la libertad no es otra cosa que el correlato de la introducción de los dispositivos de seguridad [...] que sólo puede funcionar bien con la condición que se dé algo que es justamente la libertad” (2006, 71). El reemplazo de las penas corporales de la Edad Media por las privativas de libertad tiene su parangón en el descubrimiento de este nuevo bien. Más que el cuerpo del delincuente y de las penas que sobre él se podrían infligir, se puede ahora sancionar al vedar sus posibilidades, limitando la potencialidad del individuo, dotado de razón y autonomía. Es que, dice Foucault, “¿cómo podría dejar de ser la prisión la pena por excelencia en una sociedad en que la libertad es un bien que pertenece a todos de la misma [supuesta] manera y al cual está apegado cada uno por un sentimiento universal y constante?” (2002 [1975], 234).

En este panorama, la migración puede trasuntar una de las máximas expresiones de libertad, la de movimiento, superando aquella idea feudal del hombre atado a la tierra. También, es la máxima agencia migrante, ya que no migran los más pobres. El que juega la última carta, el que se arriesga prácticamente la última libertad disponible, la de irse. Serían, así, “el penúltimo eslabón de la cadena: el último está representado por los que se dejan morir sin siquiera intentar [...]” (Vitale 2004, 162). Concomitantemente, nacen los dispositivos para controlarla, o, como, dice Foucault, estos sólo funcionan bien si se da algo como la idea de libertad. Acumulación de riquezas, acumulación de personas (el *proletariado*) en relación directa con la maquinaria, la mercancía, se vuelve un “problema insoslayable” (Foucault 2003, 109) cuya solución se busca en la estatización de los mecanismos de control y vigilancia, otrora particulares.

En conclusión, la migración, inscrita en la órbita de la soberanía nacional y la seguridad desde su mismo nacimiento, se enrola en el pilar regulatorio, o bien, surge justamente como mecanismo diferenciador de turistas y vagabundos. Desde que lo normal es ser nacional, la migración se impone como lo anormal, aunque el nomadismo es parte de la experiencia humana. El cuerpo múltiple se llamó *población*, el movimiento, *migración*, y, así, estas personas entraron en las cuentas políticas para su regulación: “fijar una media considerada

como óptima y por otra, límites de lo aceptable más allá de los cuales ya no habrá que pasar" (Foucault 2006 [2004], 21). La regularización y la introducción de mecanismos de seguridad son las que permiten la circulación, distinguiendo la buena (circulación) de la mala, "maximizar la primera y reducir la segunda" (Foucault 2006 [2004], 38) pero "de manera tal que los peligros inherentes a esa circulación queden anulados" (2006 [2004], 83). Así, las migraciones no se prohíben sino que se gobiernan, se administran, se facilitan las *buenas corrientes* y se interceptan las *malas*.

Frente a esto, los derechos humanos, por cuanto no sólo expresan aspiraciones, propuestas, pedidos o ideas encomiables, sino exigencias de cambio social basadas en derechos (Donnelly 2003) o hasta un "tramo sustantivo de la lucha de clases" (Barcesat 1993, 92), se inscriben en el pilar emancipatorio de la modernidad, buscando exponer la perspectiva *ex parte populis* (de los que están sometidos al poder) frente a la *ex parte principis*, la de los que tienen el poder y buscan conservarlo.

Conclusiones

Todo el trabajo en derechos humanos en el marco de los procesos de integración, los consultivos de migraciones y el sistema interamericano de derechos humanos parecen ir a contrapelo de las tendencias europeas y estadounidense. Los posicionamientos de los países latinoamericanos frente al tratamiento deparado a sus nacionales pusieron en evidencia el que ellos mismos daban a otros migrantes (igualmente latinos) en sus territorios, lo cual contribuyó también al reemplazo de legislaciones migratorias restrictivas y la incorporación de derechos humanos para las personas migrantes.

Por supuesto, los resultados de esta incorporación son más bien dispares, y, en la práctica, es un proceso signado por una nueva idea en torno a las migraciones: la de gobernabilidad o gobernanza global. Estas nuevas etiquetas que se proponen en reemplazo de la tradicional concepción de control parecerían haber surgido como una adecuación necesaria, si de *humanización* de las políticas migratorias se trata. Sin embargo, los derechos humanos terminan más bien en un mero aditamento, un condimento para un punto de partida que no ha cambiado —las facultades estatales, o incluso el *derecho* del Estado, para fijar su política migratoria—, lo cual no siempre genera un plato bien sazonado. Con cuidado, habría que ver si no es más bien un tazón donde lavar algunas culpas coloniales. Incluso los desarrollos desde los sistemas de protección de derechos humanos toman como punto de partida esta facultad, legitimando así esta primacía del Estado.

En definitiva, el quid de la cuestión pasa por legitimar de antemano que una diferenciación entre personas humanas sea válida, y los regímenes de extranjería y migración no son otra cosa que eso: en su enlace con derechos humanos, terminan otorgando una presunción a favor del Estado. Aunque no es punto de discusión en el presente artículo, la mejor realización del principio de igualdad y no discriminación pasa, a mi entender, por la eliminación de estos regímenes diferenciadores. Como hemos visto, todo el nivel y las prácticas del orden legal estatal abonan el pilar regulatorio y minan la protección en derechos humanos. Mientras se mantenga, siempre habrá *algo* en el derecho, como sosténía Noll (2010), que no permite el total posicionamiento de la persona migrante como sujeto de derechos humanos; se seguirá hablando de política migratoria *con* derechos humanos, y no la política *en* derechos humanos de la migración o la política del derecho humano a migrar.

He dilucidado así algunas incompatibilidades de este avenimiento entre las migraciones y los derechos humanos. Por caso, la misma idea de la gestión o gobernabilidad no parece ser del todo consecuente con la concepción de la persona como un fin en sí misma, punto central de los desarrollos de los derechos humanos. Partir del Estado y sus facultades implica, en los hechos, dar por sentada la sentencia por la cual la migración es un *problema*, no discutir la detención de personas migrantes sino hacerla *más humana*, y tampoco preguntarse por qué las políticas migratorias tienen tan magros resultados, particularmente si se trata de restringir y obstaculizar los *flujos*. Lo que hay, en el fondo, son dos lógicas que convergieron en la modernidad: la emancipadora de los derechos humanos y la regulatoria de la migración, donde esta última ha triunfado a tal grado que los mismos planteos de derechos humanos toman varios de sus postulados como puntos de partida de la protección de la persona humana.

Entonces, para que esta perspectiva de derechos humanos —la del pilar emancipatorio— supere estas visiones instrumentales (del control, la gestión, la gobernabilidad) del pilar regulatorio es necesario pensarla como un nuevo punto de partida: como mínimo, la política (migratoria) de los derechos humanos, y no *con* derechos humanos. O más aún, la política del derecho a migrar, especialmente si se piensa en los países de la región que han reconocido la migración como derecho humano. Quizás sean este nuevo punto de partida y el triunfo de las aspiraciones emancipatorias los que permitan hablar de una nueva era de la migración.

Referencias

1. Alfonso, Adriana. 2012. *Integración y migraciones. El tratamiento de la variable migratoria en el mercosur y su incidencia en la política argentina*. Buenos Aires: OIM. URL: http://argentina.iom.int/ro/sites/default/files/publicaciones/Cuadernos_Migratorios_3__Integracion_y_migraciones.pdf
2. Arango, Joaquín. 2003. “La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra.” *Migración y Desarrollo* 1: 1-30. URL: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66000102>
3. Arendt, Hannah. 1999 [1951]. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus.
4. Arendt, Hannah. 2004. *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza Editorial.
5. Barcesat, Eduardo. 1993. “Fundamentos filosóficos y teóricos de los derechos humanos en democracia (año 1987)”. En *Derecho al derecho. Democracia y libertación*, 77-96. Buenos Aires: Fin de Siglo Editores.
6. Barrera López, Francisco. 2008. “La política de admisión de extranjeros inmigrantes en el derecho español y sus repercusiones ético-políticas. Una expresión de la cultura del control y de la lógica del pragmatismo”, tesis doctoral, Universidad de Granada, España.
7. Bauman, Zygmunt. 1999. *Globalización. Consecuencias humanas*. Buenos Aires: FCE.
8. Bidart Campos, Germán. 1994. *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar.
9. Bruch, Elizabeth. 2007. “Open or Closed: Balancing Border Policy with Human Rights”. *Kentucky Law Journal* 96: 197-229.
10. Bustamante, Jorge A. 1997. *Cruzar la línea. La migración de México a los Estados Unidos*. México: FCE.
11. Bustamante, Jorge A. 2002. *Migración internacional y derechos humanos*. México: IIJ-UNAM.
12. Castles, Stephen. 2006. “Factores que hacen y deshacen las políticas migratorias”. En *Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas*, coordinado por Alejandro Portes y Josh DeWind, 33-66. México: Instituto Nacional de Migración, Universidad Autónoma de Zacatecas y Miguel Ángel Porrúa.
13. Castles, Stephen y Mark Miller. 2004. *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*. Editado por Universidad Autónoma de Zacatecas, Instituto Nacional de Migración y Fundación Coloso. México: Porrúa.
14. Cesano, José D., Borja Caffarena y Emilio Santoro. 2008. *Cárcel, inmigración y sistema penal*. Buenos Aires: Ediar.
15. Corte IDH. 2014. Caso “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, sentencia del 28 de agosto de 2014, Serie C n.º 282.
16. Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM). 2010. “Plan Sudamericano de Desarrollo Humano de las Migraciones, contexto y perspectivas”. URL: <https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/What-We-Do/docs/Plan-Sudamericano-de-Desarrollo-Humano-de-las-Migraciones-PSDHM-2010.pdf>
17. Domenech, Eduardo. 2011. “La gobernabilidad migratoria en la Argentina: hacia la instauración de políticas con rostro humano”. Ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo “Crisis global y estrategias migratorias”, Flacso, Ecuador.
18. Donnelly, Jack. 2003. *Universal Human Rights in Theory & Practice*. Nueva York: Cornell University Press.

19. Durand, Jorge y Douglas Massey. 2006. "Los enfoques teóricos: una síntesis". En *Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas*, coordinado por Alejandro Portes y Josh DeWind, 11-44. México: Instituto Nacional de Migración, Universidad Autónoma de Zacatecas y Miguel Ángel Porrúa.
20. Foucault, Michel. 2002. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
21. Foucault, Michel. 2003. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
22. Foucault, Michel. 2006. *Seguridad, territorio y población. Curso en el Collège de France: 1977-1978*. Buenos Aires: FCE.
23. Ghosh, Bimal. 2008. "Derechos humanos y migración: el eslabón perdido". *Migración y Desarrollo* 10: 37-63. URL: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66001003>
24. Henry, Collen. 2009. "The Political Science of Immigration Policies". *Journal of Human Behavior in the Social Environment* 19(6): 690-701. DOI: dx.doi.org/10.1080/10911350902910864
25. Herrera, Roberto. 2006. *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. México: Siglo XXI Editores.
26. Hollifield, James. 1992. *Immigrants, markets and states. The political economy of Postwar Europe*. Cambridge: Harvard University Press.
27. Hollifield, James. 2006. "El emergente Estado migratorio". En *Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas*, coordinado por Alejandro Portes y Josh DeWind, 67-96. México: Instituto Nacional de Migración, Universidad Autónoma de Zacatecas y Miguel Ángel Porrúa.
28. IPPDH-Defensor del Pueblo. 2013. "Acceso a derechos de las personas migrantes en la Provincia de Buenos Aires". Buenos Aires: Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. URL: <http://www.ippdh.mercosur.int/informe-acceso-a-derechos-de-migrantes-en-la-provincia-de-buenos-aires/>
29. Izquierdo, Antonio. 2012. "La política europea común de inmigración: un proceso en construcción inacabado". Conferencia impartida en el marco del seminario Integración Regional y Políticas de Migraciones Internacionales, 9 de octubre, CARI, Buenos Aires, Argentina.
30. Lafer, Celso. 1994. *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México: FCE.
31. López Sala, Ana María. 2006. "Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada". *Revista Internacional de Filosofía Política* 27: 71-100. URL: <http://hdl.handle.net/10261/10868>
32. Marmor, Lelio. 2002 [1997]. *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós.
33. Massey, Douglas. 1999. "International Migration at the Dawn of the Twenty-First Century: The Role of State". *Population and Development Review* 25(2): 303-322. URL: <http://www.jstor.org/stable/172427>
34. Meyers, Eytan. 2000. "Theories of International Immigration Policy -A Comparative Analysis". *International Migration Review* 34(4): 1245-1282. URL: <http://www.jstor.org/stable/2675981>
35. Mezzadra, Sandro. 2005. *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. Buenos Aires: Tinta y Limón.
36. Nagel, Thomas. 2004. "Los derechos personales y el espacio público". En *Democracia deliberativa y derechos humanos*, editado por Ronald Syle y Harold Hongju, 47-64. Barcelona: Gedisa.

37. Noll, Gregor. 2010. "Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants". *European Journal of Migration and Law* 12(2): 241-272. DOI: dx.doi.org/10.1163/157181610X496894
38. Portes, Alejandro y József Böröcz. 1989. "Contemporary Immigration: Theoretical Perspectives on Its Determinants and Modes of Incorporation". *International Migration Review* 23(3): 606-670. URL: <http://www.jstor.org/stable/2546431>
39. Raffin, Marcelo. 2006. *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
40. Santamaría, Enrique. 2002. *La incógnita del extraño. Una aproximación a la significación sociológica de la "inmigración no comunitaria"*. Barcelona: Anthropos.
41. Santos, Boaventura de Sousa. 2011. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora. Sassen, Saskia. 2003 [1998]. *Los espectros de la globalización*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
42. Sassen, Saskia. 2006. "La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas". *Revista Internacional de Filosofía Política* 27: 19-39.
43. Sayad, Abdemalek. 2010. *La doble ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado*. Barcelona: Anthropos.
44. Sorensen, Max. 1978. *Manual de derecho internacional público*. México: FCE.
45. Ticktin, Miriam. 2006. "Where ethics and politics meet: the violence of humanitarianism in France". *American Ethnologist* 33(1): 33-49. DOI: dx.doi.org/10.1525/ae.2006.33.1.33
46. Vitale, Ermanno. 2004. *Ius Migrandi*. Madrid: Melusina.
47. Zapata-Barrero, Ricard. 2010. "Theorizing State Behavior in International Migrations: An Evaluative Ethical Framework". *Social Research* 77(1): 325-352. URL: <https://muse.jhu.edu/article/528024/pdf>
48. Zolberg, Aristide R. 1989. "The Next Waves: Migration Theory for a Changing World". *International Migration Review* 23(3): 403-429. URL: <http://www.jstor.org/stable/2546422>

— · —

Lila García es doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), magíster en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina) y graduada en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Es investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina). Sus líneas de investigación son migraciones, derechos humanos, poder judicial y burocracias. Dentro de sus publicaciones se destacan: "Práctica y discurso de los operadores judiciales en sus decisiones de control migratorio: el caso de la justicia administrativa federal en la Ciudad de Buenos Aires". *Estudios Socio-Jurídicos* 18(1): 77-102, 2016, y "Política migratoria y delitos. Expulsión por causales y penales y derechos bajo la actual ley argentina de migraciones". *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana* 23(45): 197-214, 2015. DOI: dx.doi.org/10.1590/1980-8585250319880004510. ✉ garcia.lila@gmail.com