

TRIBUNA

LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS ACTUALES: LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ENCRUCIJADA

FELIPE GONZÁLEZ MORALES*

Crecí en Chile durante la dictadura de Pinochet y valoré enormemente el papel que desempeñaron muchos Estados europeos para salvar a las víctimas y contribuir al retorno a la democracia. Muchas personas que escapaban de Chile recibieron asilo en Europa y los países europeos fueron una caja de resonancia central para asegurarse de que la comunidad internacional no olvidara a las víctimas del pinochetismo. Posteriormente, Europa jugó también un rol importante en el proceso de transición a la democracia, que estuvo atravesado por enormes tensiones, para lo cual basta recordar que Pinochet se mantuvo como Comandante en Jefe del Ejército y luego asumió como Senador Vitalicio, hasta su detención en Londres a raíz de querrelas interpuestas en España por sus víctimas.

Comienzo con esta historia personal por el contraste que observo entre esa actitud europea solidaria y decidida frente a la dictadura chilena y lo que pude constatar respecto de sus políticas migratorias durante mi mandato como Relator Especial de Naciones Unidas en la materia hasta hace un año y medio. Lo que uno observa es una deriva de dichas políticas que afecta aspectos básicos de la concepción de los derechos humanos, como el respeto de la dignidad humana, el principio de no discriminación y el apego a un Estado de Derecho, transgrediendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de múltiples maneras. En la gran mayoría de los Estados europeos esos tres pilares continúan vigentes —y fuertes en muchos casos— respecto de la población nacional, pero no así en lo que se refiere a los migrantes. El contraste es brutal, muy diferente a lo que vi con el trato dado a los exiliados chilenos en los años setenta y ochenta del siglo pasado. Los derechos humanos se hallan, así, en la encrucijada. Por ahora afectando sustancialmente a los migrantes, pero dejando abierta la puerta a que eventualmente ello pueda extenderse a los nacionales, al haberse perdido un enfoque universalista acerca de los derechos humanos.

Desde luego, la seria de afectación de los derechos humanos de las personas migrantes no es en absoluto exclusiva de Europa. Lamentablemente, se trata de políticas y actitudes que hoy permean el enfoque sobre las migraciones —y acerca de quienes migran— en una gran cantidad de países en todos los Continentes. De hecho, al contrario de lo que usualmente se piensa, el grueso de la movilidad tiene lugar dentro de un mismo Continente (migración intracontinental) y no de un Continente a otro (migración extracontinental), por lo que en todas las regiones del mundo hay un gran número de inmigrantes.

* Profesor de Derecho Internacional Público y director del Máster en Derecho Internacional de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos de los migrantes (2017-2023).

Destaco, sin embargo, la situación en Europa por dos motivos. Primero, porque con la deriva de sus políticas migratorias Europa ha dejado de ser el bastión de defensa de una concepción universal de los derechos humanos. Y segundo, por la influencia y efecto imitación que sus políticas tienen en las otras regiones del mundo.

Veamos ahora en qué consisten a grandes rasgos esas políticas migratorias —europeas y no europeas— y sus problemas desde un enfoque de derechos humanos. Un primer aspecto, posiblemente el que más caracteriza a tales políticas transversalmente, es el papel de la seguridad vis-a-vis los derechos humanos. En el debate global actual, así como en las discusiones al interior de la mayoría de los Estados, se aprecia una creciente consideración de la seguridad como el enfoque predominante de las políticas migratorias, con frecuencia a costa del respeto a los derechos humanos de las personas migrantes, incluso de sus derechos más elementales.

Poner los derechos humanos de las personas en el lugar principal no significa, desde luego, desatender a las limitaciones que algunos de tales derechos tienen conforme a los estándares internacionales. En este sentido, la seguridad puede constituir una limitación legítima, dependiendo de las circunstancias del caso o situación específica de que se trate. Es necesario, sin embargo, poner el acento en dos aspectos cruciales. El primero, que no todos los derechos humanos pueden ser limitados; por ejemplo, no podrían serlo, conforme al Derecho Internacional, el derecho a la vida o a la integridad personal, entre otros derechos. El segundo, que, mientras los derechos humanos deben ser interpretados de manera amplia, las limitaciones a ellos tienen que serlo de forma acotada. Por lo mismo, los derechos deben ser entendidos como la regla general y las limitaciones como excepciones a esa regla.

El rol desmedido de las consideraciones de seguridad en el contexto global se despliega en la actualidad por medio de numerosas tendencias, medidas y prácticas de política migratoria. Entre las más importantes se encuentran el discurso xenófobo abierto o encubierto, el racismo y la discriminación, el recurso constante a medidas de excepción, la externalización de fronteras y las restricciones al derecho a buscar asilo, las denominadas “devoluciones en caliente” y el uso intensivo de la detención migratoria, entre diversas otras.

El discurso xenófobo a veces se manifiesta en forma explícita por las autoridades, estigmatizando a los migrantes como criminales. Si bien en la mayoría de los países esa descalificación expresa todavía no impera, es muy preocupante cómo esos discursos tienden a expandirse por medio de partidos políticos que los hacen suyos. Además, esta tendencia creciente produce el efecto de “bajar el listón”, normalizando discursos que, si bien no son abiertamente xenófobos, descalifican a los migrantes, a quienes solamente ven como una carga para los Estados y la sociedad, muchas veces sin consideración a su dignidad como personas. Se trata de discursos que hasta hace poco tiempo hubieran sido considerados impresentables en los países democráticos y que cada asumen más partidos políticos, incluso muchos que antes no lo hacían en absoluto.

Con frecuencia los discursos xenófobos esconden visiones racistas y conducen a la discriminación de las personas migrantes. Ello se manifiesta, por ejemplo, cuando los ataques virulentos se refieren a determinados colectivos de migrantes y no a otros, dependiendo de su origen étnico. Aunque no siempre quede de manifiesto, la vinculación de las visiones racistas con la discriminación por razones de religión o de pobreza también resalta.

En muchos Estados de los diversos Continentes se ha vuelto cada vez más recurrente el uso de medidas excepcionales (leyes o Estados de Excepción) para intentar impedir la migración a sus territorios. En América Latina tenemos una amplia experiencia en el uso abuso de las normas de excepción, tanto en regímenes autoritarios como democráticos; lo que revela esta experiencia es que lo que comienza como una respuesta a unas determinadas circunstancias específicas y supuestamente transitorias no tarda en transformarse en permanente. Entre otras diversas consecuencias, las normas de excepción casi invariablemente restringen o anulan casi por completo el derecho a recurrir a los tribunales de justicia, aspecto central de un Estado de Derecho. Casi la totalidad de la aplicación de las normas de excepción queda así entregada a la discrecionalidad y arbitrariedad de las autoridades políticas y administrativas, con poco o ningún control judicial o externo. Desde luego, esto contraviene el Derecho Internacional, pero los Estados utilizan esta clase de normas como un subterfugio para intentar dotar de legitimidad a sus acciones que violan los derechos humanos.

Otra tendencia es el proceso creciente de “externalización de fronteras” en materia migratoria, que se refiere fundamentalmente a dos tipos de prácticas. El primer tipo consiste en que los Estados operan a través de terceros países o mediante lugares “off shore” (sitios apartados del territorio principal del Estado) para abordar la situación de quienes migran o buscan refugio. El segundo alude a medidas de política migratoria destinadas a impedir que las personas en esas situaciones siquiera se acerquen al territorio del potencial Estado receptor.

En el primer tipo de medidas se inscribe, por ejemplo, una serie de iniciativas de Estados Unidos con el gobierno de México que han implicado que quienes buscan refugio en el primer país deban permanecer en el segundo mientras se tramita su solicitud, lo cual puede extenderse por años. Australia ha tenido convenios con Nauru y Papúa Nueva Guinea con el mismo fin y mantiene a muchos solicitantes de refugio en sus propias islas, alejadas de su territorio central. En Europa, esto se ha venido implementando por Italia —enviando a las personas a Albania— y hay acuerdos (impugnados judicialmente) de Dinamarca y del Reino Unido con Ruanda con el mismo propósito.

Esta clase de iniciativas acarrear la violación de diversos derechos humanos. De partida, ponen en entredicho el mismo derecho a buscar asilo, que se ve severamente afectado, en términos procesales y sustantivos. También afecta el derecho de acceso a la justicia, cuyo ejercicio se ve impedido o gravemente disminuido al no poder operar dentro del territorio del potencial Estado receptor. A ello se añade en muchos casos la afectación de la vida y la integridad personal, especialmente cuando los países a los cuales se envía a los migrantes o solicitantes de asilo no son seguros.

El segundo tipo de medidas, es decir, las dirigidas a evitar que quienes migren o buscan asilo siquiera se acerquen al territorio del potencial Estado receptor, consiste en diversas formas de acuerdos con otros países o la incidencia para que ellos adopten políticas que impidan el tránsito por su territorio. La situación en el Mediterráneo es un reflejo de este tipo de medidas, especialmente por la política de la Unión Europea de procurar que quienes migran o buscan asilo no dejen Libia con destino a Europa o, si lo dejan, que sean interceptadas en el mar y devueltas a dicho país, catalogado como no seguro por ACNUR y diversos organismos debido a las graves afectaciones a la vida, integridad personal, seguridad y libertad de los migrantes

y refugiados. Sin embargo, como Libia es un Estado fallido que carece de un control migratorio suficiente, la Unión Europea ha ido más allá y ha procurado “correr la frontera”, es decir, poner obstáculos a la movilidad, aún más al sur. En particular, desde 2015, promovido y con apoyo financiero de la UE, Níger ha prohibido de manera casi absoluta el tránsito desde la ciudad de Agadez hacia el norte, para impedir que migrantes y solicitantes de asilo entren desde el sur al desierto del Sáhara, permitiéndose únicamente que quienes habiten en los pequeños poblados al norte de Agadez lo hagan. Esto, lejos de detener la movilidad, ha provocado que esta busque rutas más peligrosas, así como el incremento del tráfico y la trata de personas.

El impacto a nivel global de estas medidas en el derecho a buscar asilo es evidente. Grandes cantidades de personas se ven impedidas de llegar a solicitarlo, debido a las barreras que se les imponen para desplazarse. O bien a lo sumo lo interponen en un tercer Estado, con serias limitaciones para la tramitación de su solicitud y vulneraciones al debido proceso. Ello sumado a que muchos Estados, además de las restricciones procedimentales, han elevado los requisitos de fondo para la obtención del reconocimiento de la calidad de refugiado.

De hecho, es muy difícil determinar a ciencia cierta cuántas son las personas afectadas en su derecho a buscar asilo, ya que en la actualidad en muchas regiones del mundo existen flujos de movilidad mixtos, compuestos tanto por migrantes (en sentido acotado) y personas que buscan solicitar asilo o refugio pero que no han conseguido todavía formalizar su solicitud.

También se ha expandido de manera muy significativa en los últimos años la práctica de las “devoluciones en caliente” (“pushbacks”). Aunque no existe una definición oficial, la Relatoría Especial de la ONU sobre derechos humanos de los migrantes la ha definido como consistente en que “los migrantes, incluidos los solicitantes de asilo se vean sumariamente obligados a retornar, sin que se haya realizado una evaluación individual de sus necesidades de protección de sus derechos humanos, al país o territorio, o al mar, ya sean aguas territoriales o internacionales, desde donde intentaron cruzar o cruzaron una frontera internacional” (Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar, A/HRC/47/30, 12 de mayo de 2021, párrafo 34). Se trata de una práctica extendida en el Norte Global que en el último tiempo ha pasado a ser implementada también en el Sur Global en los distintos Continentes.

Las “devoluciones en caliente” acarrear la violación de una serie de derechos humanos. Qué derechos en particular se ven afectados dependerá de cada caso, pero ellos podrán incluir el derecho a buscar y recibir asilo, el derecho a la justicia, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal u otros derechos. Generalmente varios de ellos son vulnerados. Si bien las “devoluciones en caliente” más graves son aquellas en las que se emplea la violencia, la presencia de esta no es un requisito indispensable. Por ejemplo, podría tratarse de interceptaciones en aguas territoriales en que no se utilice la violencia pero que igualmente afecte los derechos humanos de los migrantes y potenciales solicitantes de asilo.

Estas devoluciones infringen también la prohibición establecida en el Derecho Internacional de practicar expulsiones colectivas, es decir, que se realizan sin un examen individual de la situación de cada persona. La especificidad de las “devoluciones en caliente” radica en que, además de la ausencia de un examen con tales características, la devolución es efectuada de manera sumaria.

Es importante observar que las “devoluciones en caliente” pueden ser llevadas a cabo tanto directamente por actores estatales como en cooperación con actores no estatales (paramilitares no identificados, mercenarios, operadores de buques mercantes u otros). A menudo los Estados que practican estas devoluciones intentan deslindar responsabilidades, pero, en la medida en que exista tolerancia o aquiescencia del Estado, habrá responsabilidad de este. Además, con alguna frecuencia existe una coordinación entre diversos Estados para llevar a cabo las “devoluciones en caliente”, en cuyo caso todos los Estados involucrados serán responsables internacionalmente.

Otra práctica extendida es la detención migratoria. En la primera década del presente siglo cobró fuerza en diversos países una tendencia hacia la despenalización del ingreso irregular al territorio del Estado y, como resultado, en muchas legislaciones la migración irregular ya no se encuentra tipificada como un delito, sino que constituye —a lo sumo— una falta administrativa. Sin embargo, la tendencia hacia la despenalización del ingreso irregular no ha ido necesariamente acompañada de una reducción de la detención por razones migratorias. Por ejemplo, si bien dicha reducción ha tenido lugar en una serie de países de la Organización de Estados Americanos (OEA), precisamente en aquellos dos que son los mayores receptores de migrantes —EE.UU. y México—, la detención migratoria en vez de reducirse ha aumentado. Ello a pesar de que en México se despenalizó el ingreso irregular al territorio del Estado durante la primera década del siglo XXI y de que EE.UU. solo lo sanciona penalmente de manera excepcional.

La detención migratoria de carácter administrativo se asemeja en la práctica a la detención penal. Incluso, esto ha acarreado una consecuencia paradójica: el de verse reducida la salvaguarda del derecho a un debido proceso para los migrantes. Como no se trata ya de una detención de naturaleza penal, el acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho a recurrir y otros componentes de un debido proceso, se ven afectados. La detención administrativa también se rige por el debido proceso, pero los estándares no son tan elevados como en una detención de carácter penal.

La detención migratoria se vuelve más gravosa cuando afecta a niños, niñas y adolescentes. Alrededor de un tercio de los Estados Parte de la ONU contempla la detención migratoria infantil en su legislación interna y varias decenas de ellos efectivamente la llevan a cabo. Sobre esta materia, los organismos de derechos humanos de la ONU —tales como el Comité de Trabajadores Migratorios, el Comité de Derechos del Niño y la Relatoría Especial sobre derechos humanos de los migrantes, entre otros— se han pronunciado reiteradamente en el sentido de que la detención infantil por razones migratorias vulnera el Derecho Internacional.

También es relevante destacar es el papel de la sociedad civil en materia migratoria. En Europa se trata de un trabajo consolidado, que se extiende ya por varias décadas. Aunque en general ha podido ser desarrollado sin mayores obstáculos, hay países como Hungría en que la sociedad civil sufre graves acosos, especialmente aquellas organizaciones que se dedican a la defensa de las personas migrantes. También ha habido iniciativas de este tipo en Italia (a propósito de los rescates en el Mediterráneo por embarcaciones de ONGs) o Polonia (en relación con el monitoreo de la situación de la frontera con Bielorrusia). En América Latina el trabajo de la sociedad civil en el ámbito migratorio se ha expandido notablemente en el último

tiempo, sin perjuicio de estar sujeto en algunos países a acosos y amenazas, como en México en el contexto de las Caravanas de migrantes o en República Dominicana por su defensa de los migrantes haitianos. En EE.UU., bajo la segunda Administración Trump, se ha incrementado exponencialmente el acoso —por diversas vías— a los abogados migratorios.

Cuando se trata de los propios migrantes que intentan emprender sus iniciativas de defensa de sus derechos la situación es aún más grave. No solo se incrementan los acosos y amenazas, sino que las limitaciones en materia de asociatividad y de integración social impiden que los migrantes puedan organizarse y ejercer sus derechos de manera eficaz.

Las restricciones a los derechos políticos de quienes migran, sumadas a la limitada capacidad de estos de operar como un grupo de presión y de representar sus intereses, producen como resultado que las políticas migratorias represivas se agudicen casi sin costo político para los gobiernos. Incluso en aquellos países en los que no hay conductas xenófobas extendidas entre la población local, es poco frecuente que esta asuma un papel importante en la defensa de los intereses de los migrantes. De allí que a menudo los gobiernos den “volantazos” en sus medidas en materia de migración, de resultas que las políticas migratorias son altamente volátiles y que no perduran en el tiempo, impidiéndose el desarrollo de políticas de Estado en materia migratoria.

Una estrategia para intentar revertir la grave situación que afecta a los derechos humanos de las personas que migran es fortalecer los canales para la migración regular. Los Estados lo saben bien y por eso lo establecieron como uno de los aspectos centrales del Pacto Mundial sobre Migración, cuyo nombre oficial es precisamente Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular. Sin embargo, desde su adopción en 2018 (asumida por más de las cuatro quintas partes de los Estados de la ONU), no puede afirmarse que se haya producido el incremento de tales canales; al contrario, en muchos países ellos se han restringido, multiplicándose las iniciativas a evitar los “efectos llamada” que la apertura de nuevas vías regulares pudieran llevar consigo. Al final, se trata de una profecía autocumplida: al restringirse severamente las vías regulares se incrementa la migración irregular, que no es segura ni ordenada (como se pretende por medio del Pacto Mundial), produciendo una expansión de la violencia, de las muertes y desapariciones de migrantes, del tráfico y de la trata de personas. Hacerse cargo de la necesidad de impulsar efectivamente vías regulares de migración resulta por ello clave para adoptar políticas migratorias razonables, efectivas y que garanticen el respeto a los derechos humanos y a un Estado de Derecho.

Otra estrategia relevante se refiere a asumir seriamente la necesidad de emprender procesos de regularización de quienes ya se hallan en un país de destino. Sin embargo, tal como sucede con la falta de vías regulares adecuadas, se invoca cada vez con mayor frecuencia por las autoridades de los Estados el terror al “efecto llamado” como una constante para impedir que tengan lugar procesos de regularización apropiados. Sin estos procesos, y manteniendo, por lo tanto, a grandes cantidades de personas en situación migratoria irregular por tiempo indefinido, la salvaguarda de sus derechos será completamente insuficiente, quedando expuestas a constantes violaciones de ellos.

El cuadro descrito es sumamente preocupante, no solo por los migrantes sino por las consecuencias de más amplio alcance que estas políticas puedan llegar a tener. La criminalización

de las personas, el recurso constante a las normas de excepción, el acoso a la sociedad civil, las limitaciones al control judicial y al control independiente de los poderes políticos pueden fácilmente terminar reproduciéndose a una escala mayor, corroyendo los cimientos del Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos de la población local. Asegurarse de que sean respetados los estándares internacionales de derechos humanos es, por lo mismo, una tarea que no solo concierne a la protección de los migrantes, sino al sistema democrático como conjunto.

El Derecho Internacional debiera desempeñar un papel central para superar esta situación. En lo que concierne a quienes buscan asilo, la Convención sobre los Refugiados y su Protocolo Adicional, ratificados por cerca de 150 Estados, establecen claramente las obligaciones de los Estados y existe una agencia con varias décadas de funcionamiento y amplio alcance: ACNUR. Por ello, es necesario redoblar los esfuerzos para que los Estados rindan cuenta de sus iniciativas que vulneran dichos instrumentos, las que, como hemos visto, en los últimos años se han vuelto mucho más graves y recurrentes.

En lo que se refiere a los migrantes en un sentido acotado, es decir, sin incluir a los refugiados, la situación es más compleja desde el punto de vista jurídico, puesto que el instrumento de derechos humanos más relevante —la Convención Internacional para la Protección de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias— fue adoptado recién 45 años después de la creación de la ONU y hasta la fecha posee un número de ratificaciones muy bajo, de apenas algo más de un cuarto de los Estados Parte de la ONU. Existen también algunos instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como los convenios 73 y 143; sin embargo, estos últimos instrumentos no forman parte del sistema de derechos humanos de la ONU propiamente tal ni dan lugar a un monitoreo intenso en la materia. Tampoco existe en materia migratoria una institucionalidad equivalente a la desarrollada sobre la situación de los refugiados a través de ACNUR. Recién en 2016 se incorporó a la ONU la Organización Internacional de Migraciones (OIM), cuyo mandato, por lo demás, es de carácter general y no está enfocado de manera primordial en los derechos humanos de quienes migran.

No obstante, independientemente de que un Estado haya o no ratificado la Convención sobre Trabajadores Migratorios, sus obligaciones se derivan de numerosos otros tratados de amplia ratificación, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura, la Convención sobre Derechos del Niño, la Convención contra la Discriminación Racial, la Convención contra la Discriminación contra la Mujer, y otras. Así, dependiendo de si una determinada política migratoria o ciertas medidas afectan la vida, la integridad física o psíquica de los migrantes, el principio de no discriminación en sus diversas facetas u otros estándares elementales de derechos humanos, podrá haber responsabilidad internacional del Estado. El problema, claro, es que, cuando un Estado no ha ratificado la Convención sobre Trabajadores Migratorios, la dispersión normativa que se produce abre flancos y puede contribuir a que ese Estado procure eludir su responsabilidad. De hecho, el trabajo que lleva a cabo la Relatoría Especial de la ONU sobre derechos humanos de los migrantes no opera sobre la base de un tratado específico, sino a partir de los distintos instrumentos internacionales que sean relevantes para el caso o situación respectivo.

En definitiva, asumir seriamente el papel del Derecho Internacional resulta crucial no solo para confrontar la encrucijada en la que se encuentra el respeto a los derechos humanos en materia migratoria, sino, de manera más general, para asegurarse de que ellos continúen siendo el eje principal sobre el cual descansa la institucionalidad política y social.