

ISSN-e: 2145-6151
ISSN-L: 0120-1867
Estud. Derecho

Estudios de Derecho

Directora
Lina Claudia Adarve Calle

Editoras temáticas invitadas
Astrid Osorio Álvarez
María Rocio Bedoya Bedoya

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA

Año LXXVII- segunda época.
enero - junio 2020
No. 169

Directora

Lina Claudia Adarve Calle

Doctora en Historia, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia.

Comité Editorial

María Rocío Bedoya Bedoya

Doctora en Gobierno y Asuntos Públicos, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia.

Mónica Vásquez Alfaro

Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.

Adrián Albala

Doctor en Ciencia Política, profesor en el Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Brasilia, Brasil.

Manuel Alberto Restrepo Medina

Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.

Karen Isabel Cabrera Peña

Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.

Gloria Amparo Rodríguez

Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.

Mónica María Bustamante

Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.

Andrés Gómez Rey

Magíster en Derecho Administrativo, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.

Julia Sandra Bernal Crespo

Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.

Diego Eduardo López Medina

Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia.

Sorily Figuera Vargas

Doctora en Derecho, profesora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador.

Carolina Isaza Espinosa

Doctora en gobierno y administración pública, profesora en la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Colombia.

Alessandro Somma

Doctor en derecho comparado, profesor del Departamento de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Ferrara, Italia.

Gerardo Antonio Durango Álvarez

Doctor en Derechos Fundamentales, profesor de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.

Martha Esthela Gómez Collado

Doctora en Paz, Conflictos y Democracia, profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Autónoma del Estado de México, México.

Diego M. Papayannis	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Girona
Mary Luz Alzate Zuluaga	Doctora en Ciencia Política, profesora de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría	Magíster en Derecho, profesor de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Colombia.
Mercedes Fernández López	Doctora en Derecho, profesora del área de Derecho Penal de la Universidad de Alicante, España.

Comité Científico

Marcelo Cavarozzi	Doctor en Ciencia Política, profesor de la Universidad Nacional de San Martín, Argentina.
Victoria Camps	Doctora en Filosofía, profesora del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona, España.
Silvia Barona Vilar	Doctora en Derecho Procesal, profesora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, España.
Juan Carlos Monedero	Doctor en Ciencia Política, profesor del Departamento de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid, España.
Jaime Pastor Verdú	Doctor en Ciencia Política, profesor colaborador honorífico del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.
Manuel Atienza Rodríguez	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, España.
Guillermo Lariguet	Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Programa en Ética y Filosofía Política de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Ricardo Hoyos Duque	Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario, Colombia.
Juan Antonio García Amado	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, España.
Benoit Delooz Brochet	Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Chile.
Juan Antonio Cruz Parcero	Doctor en Derecho, investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Jean Pierre Matus A.	Doctor en Derecho Penal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile.
Josep Maria Vallès	Profesor emérito de la Facultad de Ciencias Políticas y de la Administración de la Universitat Autònoma de Barcelona, España.
Adrián Rentería Díaz	Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la U. de Milán. Profesor de Filosofía del Derecho en la Università degli studi dell'Insubria, Italia.

Árbitros Abraham Zamir Bechara Llanos, Universidad de Cartagena, Colombia.
Correo electrónico: abrahambechara@hotmail.com
Aída Kemelmajer de Carlucci, profesora en la Universidad de Barcelona, España. Correo electrónico: aidakemelmajer@carlucci.com.ar
Andrés Felipe Díaz Arana, profesor titular en la Universidad de La Sabana, Colombia. Correo electrónico: af.diaz226@uniandes.edu.co
Antoine Perret, investigador en American University, Washington, D.C., Estados Unidos. Correo electrónico: antoine.perret@gmail.com
Antonio Blanc Altemir, profesor en la Universitat de Lleida, España.
Correo electrónico: blanc@dpub.udl.cat
Cándido González Pérez, adscrito a la Universidad de Guadalajara, México. Correo electrónico: candido195913@yahoo.com.mx
Carlos Ernesto Noguera Ramírez, adscrito a la Universidad Pedagógica Nacional, Colombia. Correo electrónico: cnoguera@pedagogica.edu.co
Carlos Teijo García, profesor en la Universidad de Santiago de Compostela, España. Correo electrónico: carlos.teijo@usc.es
Claudio Di Maio, Università degli Studi di Roma, Italia.
Correo electrónico: claudio.dimaio@unical.it
Diego Andrés Guevara Fletcher, Escuela Superior de Administración Pública, Colombia. Correo electrónico: dagfletcher@hotmail.com
Donald Brent Edwards Jr., adscrito a la Universidad de Hawái en Mānoa, Estados Unidos. Correo electrónico: donalde@hawaii.edu
Donovan Adrián Hernández Castellanos, adscrito a la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Correo electrónico: donovan.ahc@gmail.com
Eduardo Demetrio Crespo, profesor en la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Correo electrónico: Eduardo.Demetrio@uclm.es
Elisa Ortega Velázquez, Universidad Nacional Autónoma de México, México. Correo electrónico: elisaov@unam.mx
Enrique Brahm García, Universidad de los Andes, Chile.
Correo electrónico: ebrahm@uandes.cl
Francisco Javier Gulino, adscrito a la Universidad Nacional del Mar del Plata, Argentina. Correo electrónico: f j_gulino@yahoo.com.ar
Gerardo Halpern, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Argentina. Correo electrónico: ghalpern@sociales.uba.ar
Guilherme Mansur Dias, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.
Correo electrónico: guiboomansur@yahoo.com.br
Inés Malvina Calceglia, Università degli Studi di Milano, Italia. Correo electrónico: HYPERLINK "mailto:icalceglia@csjn.gov.ar" icalceglia@csjn.gov.ar
Jaime Andres Ararat Herrera, adscrito a la Universidad de Córdoba, Colombia. Correo electrónico: jararat1@eafit.edu.co
Jaime Arancibia Mattar, adscrito a la Universidad de los Andes, Chile.
Correo electrónico: jarancibia@uandes.cl
Joan Rué i Domingo, adscrito a la Universitat Autònoma de Barcelona, España. Correo electrónico: joan.rue@uab.cat
Joaquín A. Mejía Rivera, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras. Correo electrónico: jamejiarivera@eric-sj.org
Joaquín Bracamontes Nevárez, Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo, México. Correo electrónico: joaco@ciad.mx
Jorge Ivan Rincon Cordoba, Director de Posgrados de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Colombia.
Correo electrónico: jorge.rincon@uexternado.edu.co

Jorge Riquelme Rivera, Universidad Bolivariana de Chile, Chile.
Correo electrónico: jlriquel@uc.cl
José Carlos Yee Quintero, El Colegio de la Frontera Norte, México.
Correo electrónico: jcyee1@gmail.com
José Eduardo Rodríguez Martínez, profesor en la Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Correo electrónico: jrodriguezm2@hotmail.com
Juliana Nanclares Márquez, Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia. Correo electrónico: juliana.nanclaresma@unaula.edu.co
Julieta Morales Sánchez, Universidad Nacional Autónoma de México, México. Correo electrónico: juliettemora@hotmail.com
Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España. Correo electrónico: laura.miraut@ulpgc.es
Luis José Béjar Rivera, Universidad Panamericana, México.
Correo electrónico: ljbejar@up.edu.mx
Luz Elena Machaen López, adscrita a la Universidad de Guadalajara, México. Correo electrónico: luz.machaen@gmail.com
Maciel Cover, Universidade Federal do Tocantins, Brasil.
Correo electrónico: macielcover@mail.uft.edu.br
Manuel Alejandro Ibarra Cisneros, Universidad Autónoma de Baja California, México. Correo electrónico: manuel_ibarra@uabc.edu.mx
Márcio de Oliveira, Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Correo electrónico: marciodeoliveira62@gmail.com
María Antonia Muñoz, adscrita a la Universidad Nacional del Mar del Plata, Argentina. Correo electrónico: mariaantoniamunoz@gmail.com
María Belén Fernández Collados, Universidad de Murcia, España.
Correo electrónico: mbelenfc@um.es
María Cecilia Zapata, investigadora asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnica –CONICET-, Argentina y del Instituto de Investigación Gino Germani, Argentina.
Correo electrónico: cecilizapata@gmail.com
María Eugenia Anguiano Téllez, El Colegio de la Frontera Norte, México.
Correo electrónico: anguiano@colef.mx
Marina del Pilar Olmeda Garc

Asistente editorial:

Santiago Carmona Cardona

Auxiliares:

Paula Andrea Chaverra Madrid

Edición y revisión de textos

Laura Marcela Bedoya Álvarez

Comunicaciones:

Pamela Natalia Zamora Giraldo

Elvira Yannett Angel Franc

Traducción y revisor de textos
en inglés y portugués

Agencia de Traducción Universidad de Antioquia

Diseño y diagramación

Carolina Velásquez Valencia,
Imprenta Universidad de Antioquia

Impresión

Imprenta Universidad de Antioquia
Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

- Dialnet
- Zenodo
- Web Of Science (Emerging Sources Citation Index)
- Lexbase
- Sociological abstracts
- International Bibliography of the Social Sciences
- CLASE
- Latindex
- EBSCO PUBLISHING
- MIAR
- International Bibliography of the Social Sciences (IBSS)
- International Political Science Abstracts (IPSA)
- Political Science Complete
- vLex
- Worldwide Political Science Abstracts
- Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Biblat
- LatinRev
- Academia.edu
- American History and Life



El contenido de esta revista está amparado bajo licencia de Creative Commons:
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

ISSN-L: 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Portadas y separatas:

María Elisa Ramírez Toro

Frank J. So

Algunas imágenes también fueron rescatadas de la red social flickr en la cuenta oficial de UNICEF-Ecuador, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y UNHCR -Photo unit-

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: calle 70 No. 52-72, oficina 404, edificio de Extensión

Teléfono: (574) 219 58 55

Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho

In memoriam: Adriana Restrepo Ospina

El 7 de marzo de 2019 falleció en León (España), Adriana María Restrepo Ospina, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Nacida en Medellín, la profesora era abogada de esta universidad, especialista en Derecho Público y en Gerencia Social de las Universidades Autónoma Latinoamericana y de Antioquia, respectivamente, así como magíster en filosofía de esta última institución.

Como profesora de planta de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, durante varios periodos académicos asumió sus actividades de docencia en los cursos de Introducción al derecho, Hermenéutica jurídica, Filosofía del derecho y Derecho administrativo.

En cuanto a su producción académica, sus trabajos de grado y posgrado versaron sobre temas como el presupuesto público, la acción de cumplimiento en Colombia, la responsabilidad social empresarial y el concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así mismo, desarrolló diversos proyectos de investigación relacionados con la propiedad intelectual y los derechos de autor, el papel de la Universidad en las políticas públicas de innovación y emprendimiento, la configuración de la paz como principio y derecho fundamental, entre otros.

Durante el periodo 2015-2019 adelantó estudios de doctorado en Derecho en la Universidad de León, cuya investigación doctoral sobre la teoría del derecho de Robert Alexy, bajo la orientación del profesor Juan Antonio García Amado, estaba próxima a terminar al momento de su muerte.

Adriana Restrepo además de una profesora de la Facultad fue también una madre, hija, hermana y amiga que falleció prematuramente. Su repentina muerte nos sorprendió a todos, lapiñando emocionalmente a sus hijos, a sus demás familiares y amigos; y privando a sus colegas y estudiantes de una interlocutora con incesantes inquietudes iusteóricas, en una etapa de gran madurez intelectual y académica. *Quia ei pacem.*

Roberto Augusto Uribe Álvarez

Índice

Precedentes jurisprudenciales en la evaluación de la corrupción en la Argentina. Un estudio a partir de tres casos judiciales

Ricardo Sebastián Piana, Martín Arévalo..... 13-34

La institución del Conjuez en Colombia: Una mirada desde la jurisdicción contencioso administrativa

Nataly Vargas Ossa..... 35-60

Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención sobre los Derecho del Niño en la jurisprudencia chilena

Regina Ingrid Díaz Tolosa..... 61-85

Programas de Retorno Voluntario. El caso chileno

Marcos Andrade Moreno 87-117

Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio

Lila García..... 119-144

La condición del migrante irregular. Una reflexión de la noción “apátrida” desde Hannah Arendt y Giorgio Agamben

Nathalia Rodríguez Cabrera, María José Ovalle Román 145-166

La relación globalización-mercado de trabajo: un análisis por medio de los efectos del comercio en los salarios para la economía mexicana en el periodo 1970-2016	
<i>Faustino Vega Miranda</i>	167-184
Migrantes temporários e estudantes em instituição de ensino superior militar brasileira: experiências de mobilidade humana	
<i>Hercules Guimarães Honorato</i>	185-211
La nueva política migratoria de Paraguay: derechos humanos y seguridad como pilares para el tratamiento político de la inmigración	
<i>Silvana Santi</i>	213-242
Los discursos, los actores y las prácticas en la atención migratoria en Latinoamérica	
<i>Fernando Neira Orjuela</i>	243-265
Les Droits de l'Homme dans les politiques migratoires brésiliennes: droits des migrants au regard d'un changement de paradigme législatif	
<i>Marine Lila-Corde</i>	267-291
La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites materiales y formales	
<i>Diego Andrés Molina Conzué</i>	293-321
Desde la influencia del darwinismo social hasta el imperio de los derechos humanos. Inmigración en Chile entre 1907 y 2018	
<i>José Antonio González-Pizarro</i>	323-348
Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho	
.....	349



Rutas

Puntos de apoyo en todo el país en:
www.venezolanossos.co



Fotografía de: María Elisa Ramírez Toro

Estudios
de Derecho

Fundada en 1912



1803

**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Precedentes jurisprudenciales en la evaluación de la corrupción en la Argentina. Un estudio a partir de tres casos judiciales*

Ricardo Sebastián Piana**

Martín Arévalo***

Resumen

En el presente artículo estudiamos el fenómeno de la corrupción en Argentina a partir del análisis de tres fallos del Poder Judicial relevantes tanto por repercusión mediática como por su doctrina, análisis que nos permitirá inferir algunas pautas sobre el funcionamiento del Poder Judicial.

Para el estudio de los fallos, se utilizará como metodología la hermenéutica desde una perspectiva teórica, método que integra el estudio del derecho dentro de las ciencias sociales, encuadrando el control judicial como un fenómeno político. El artículo se estructura en tres secciones. La primera, presenta el problema de la corrupción desde una perspectiva teórica y normativa, donde se destaca su vinculación con el sistema político; la segunda, expone el control y el Poder Judicial, y la necesidad de identificar el control como un control no político, incluso cuando sea necesario estudiar el fenómeno desde los aspectos políticos involucrados; y, en la tercera nos abocamos al estudio de los fallos. Concluimos que las doctrinas de fallos reseñados permitirían crear una red sólida para el controlar judicial de la corrupción, aunque identificamos un patrón temporal que afecta la eficacia del control.

Palabras clave: poder judicial; corrupción; control Argentina.

Judicial precedents in the evaluation of corruption in Argentina. A study based on three legal cases

Abstract

In this article, we study the phenomenon of corruption in Argentina from the analysis of three sentences from the Judiciary, relevant for both media coverage and for their doctrine. This analysis allowed us to infer some patterns on the functioning of the Judiciary.

For the analysis of the sentences, hermeneutics, from a theoretical perspective, will be used as the methodology. This is a method that is part of the analysis of law within social sciences. For this study, we consider judicial review as a political phenomenon.

The article is organized in three sections. The first section presents the problem of corruption from a theoretical and normative perspective, where its link to the political system is highlighted. The second section presents the Judiciary and Judicial Review, as well as the need to identify review as non-political review, even though it is necessary to study the phenomenon from the political aspects involved. Finally, the third section covers the analysis of the sentences. We conclude that the doctrines of the sentences analyzed may allow the creation of a solid foundation for the judicial review of corruption, despite the fact that we have identified a temporary pattern that affects the efficacy of review.

Keywords: judiciary; corruption; review; Argentina.

Jurisprudenciais prévios na avaliação da corrupção na Argentina. Um estudo afincado em três processos judiciais

Resumo

Neste artigo, estudamos o fenômeno da corrupção na Argentina baseados numa análise de três julgamentos do Judiciário, notáveis tanto pelos efeitos na mídia quanto pela sua doutrina. Análise que vai nos permitir deduzir algumas diretrizes atinentes ao funcionamento do poder Judiciário.

Para os estudos das sentenças, utilizaremos como metodologia à hermenêutica desde um ponto de vista teórico, método para integrar virado pro estudo do direito no contorno das ciências sociais, emoldurando o controle judiciário como um fenômeno da política.

Este artigo é uma estrutura dividida em três seções. A primeira apresenta a problemática da corrupção desde uma perspectiva teórica e normativa, que salienta a sua vinculação como sistema da política; a segunda parte, expõe o controle e o Poder Judiciário, e o requerimento de identificá-lo como controle não político, ainda fosse necessário estudar este fenômeno baseados nos aspectos políticos comprometidos. No final, nos focamos no estudo das sentenças. Determinamos que as doutrinas de sentenças verificadas permitiriam a criação duma robusta rede de controle judiciário da corrupção, embora tenhamos identificado um padrão temporário que mexe com a efetividade dos controladores.

Palavras-chave: poder judiciário; corrupção; controle Argentina.

* Artículo de investigación. Deriva del proyecto de investigación titulado "Instituciones, legislación y políticas públicas en la Provincia de Buenos Aires. Un estudio a partir de los cambios políticos institucionales 2015-2019" radicado en el Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Argentina.

** Doctor en Ciencia Política, Universidad del Salvador y Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Profesor Titular de Derecho Político en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, Argentina; Profesor Titular del Seminario de Investigación en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata, Argentina y Profesor Adjunto de Derecho Político en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Correo electrónico: r_piana@yahoo.es ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8743-8942>

*** Licenciado en Ciencia Política, Universidad del Salvador, Argentina. Profesor de Derecho Político en la Facultad de Ciencias Jurídicas y en Teoría y Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Sociales, ambas en la Universidad del Salvador, Argentina. Correo electrónico: arevalomartin@live.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2947-2736>

Cómo citar este artículo: Piana, R. S. y Arévalo, M. (2020). Precedentes jurisprudenciales en la evaluación de la corrupción en la Argentina. Un estudio a partir de tres casos judiciales. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 13-34
DOI: 10.17533/udea.esde.v77n169a01

Fecha de recepción: 29/07/2018 Fecha de aprobación: 20/04/2019



Precedentes jurisprudenciales en la evaluación de la corrupción en la Argentina. Un estudio a partir de tres casos judiciales

1. Introducción

Según una auditoría del Consejo de la Magistratura de la nación argentina, solo el 2 % de los acusados de corrupción en Argentina son condenados. Este resultado, objetivamente bajo, podría ser resultado de un uso político de las acusaciones de corrupción para “manchar” a políticos en el cargo por parte de una oposición inescrupulosa. Este porcentaje adquiere un carácter más preocupante cuando el mismo estudio revela que solo el 32 % sobre el total de los juicios terminaron con funcionarios sentenciados culpables. Ello supone que parte del Poder Judicial (jueces federales y fiscales) investigaron y creyeron verosímil imputar, procesar e incluso elevar a juicio oral y público un juicio que involucra un hecho de corrupción. Estamos todavía con el margen de la presunción de inocencia y el derecho del juzgado a ser declarado inocente. Pero el resultado de la auditoría es verdaderamente alarmante si uno de cada tres funcionarios fue absuelto por la prescripción de los expedientes¹. Este último dato es un caso claro de *no hacer* por parte del Poder Judicial, sea ese funcionario realmente culpable o realmente inocente: el derecho a la verdad material se pierde tanto para la sociedad como para el imputado.

Otro dato preocupante y vinculado con los resultados anteriores: según el Informe 2018 de la ONG Latinobarómetro, en Argentina la confianza en el Poder Judicial solo llega al 24 %, en igual porcentaje que el promedio regional. La confianza institucional en la Región muestra que la confianza en el Poder Judicial se encuentra apenas por sobre la confianza en el Congreso (21 %), en el Gobierno

1 Los datos de la auditoría fueron difundidos por varios medios de comunicación locales, pero el informe no fue publicado sino mucho tiempo después. El estudio abarca los últimos 20 años, entre 1996 y 2016, y respecto de los juzgados federales de Comodoro Py, ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde residen las autoridades nacionales. El informe ya no se encuentra publicado en el sitio oficial pero puede obtenerse del siguiente link: <https://web.archive.org/web/20171013044153/https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00025/00103023.Pdf>

(22 %) y en los partidos políticos (13 %) y por debajo de la confianza en la policía (35 %) y las fuerzas armadas (44 %) (Latinobarómetro, 2018).

Estos datos nos dan cuenta de la importancia de estudiar la vinculación entre corrupción y Poder Judicial, especialmente cuando las democracias de esta región están enfrentando los desafíos del último cuarto de siglo y comienzos del presente: globalización, tecnologías, amenaza de guerra nuclear, la ideología del “fin de las ideologías”, megaciudades, terrorismo, choque cultural, calentamiento global, nuevos nacionalismos y matanzas étnicas, migraciones y distribución desigual de la riqueza. Todos estos temas han modificado el contexto de la democracia, pero tal vez el problema central provenga del propio *hard core* ideológico del modelo democrático republicano: cuando falla el principio del control público, es difícil mantener el postulado de que se gobierna para el bien de todos.

Existe una urgencia por traducir y adaptar tanto la teoría como la práctica de la democracia liberal clásica a las nuevas realidades económicas, sociales y técnicas, y para ello, el Poder Judicial tiene un rol central en nuestro sistema político.

El objetivo de este artículo es analizar las decisiones de los fallos Emir Fuad Yoma, María Julia Alsogaray y Cristóbal López. Estos fallos, como veremos, son relevantes por ser algunos de los pocos casos desde el retorno de la democracia en Argentina, en 1983 a la fecha, que han tenido una fuerte repercusión mediática y cuya doctrina permite inferir algunas pautas sobre el funcionamiento del Poder Judicial.

Se utilizará, para el estudio de los fallos de las causas, como metodología la hermenéutica, desde una perspectiva teórica que integra el estudio del derecho dentro de las ciencias sociales. En efecto, recordando las palabras del Dr. Petracchi, ex juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces son políticos, lo sepan o no (Abramovich, 1992) y de allí que encuadremos el control judicial como un fenómeno político. El abordaje es exploratorio, ya que existen pocos estudios que aborden en Argentina la temática desde esta perspectiva.

El artículo se estructura en tres secciones. La primera, presenta el problema de la corrupción desde una perspectiva teórica y normativa, donde se destaca su vinculación con el sistema político; la segunda, expone el control y el Poder Judicial, y la necesidad de identificar el control como un control no político, aun cuando sea necesario estudiar el fenómeno desde los aspectos políticos involucrados; en la tercera nos abocamos al estudio de los fallos. Concluimos que las doctrinas de fallos reseñados permitirían crear una red sólida para el control judicial, aunque identificamos un patrón temporal que afecta la eficacia del control.

2. La corrupción: un acercamiento conceptual y normativo

Como ha señalado Posada Carbó (1994), la corrupción no es un fenómeno novedoso, ya que su presencia es tan antigua como la prostitución, pero hoy el término ha adquirido un sentido más técnico: entendida tradicionalmente como forma de incumplir subrepticiamente las reglas establecidas, ha pasado a señalar la apropiación indebida de los recursos del Estado por el mal manejo de los funcionarios públicos².

Reconocido como un problema propio de los “políticos”³, es recientemente cuando se la comienza a identificar como un problema social y cultural, y no como solo un fenómeno individual de desvío moral de una clase (la de los políticos).

La corrupción ha sido identificada como la conducta de quien es designado en el ejercicio de una función social con obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer fines comunes, y no las cumple o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, buscando obtener un cierto beneficio para él o para un tercero; también es corrupción la conducta del tercero que lo induce o se beneficia con tal incumplimiento (Nino, 1995)⁴, puede existir en cualquier régimen político, pero afecta más fuertemente al régimen democrático. En efecto, en un sistema donde el bienestar de toda la población es el criterio de legitimación del poder, donde los funcionarios actúan autorizados por medio del voto y las decisiones se toman e imputan a los representados, la corrupción no sólo es una falta ética sino una afrenta a las bases del sistema político.

Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2008), la corrupción:

(...) repercute negativamente sobre todos los intereses nacionales y en algunas instancias, desde el punto de vista del desarrollo económico, esa repercusión asume dimensiones trágicas. Una nación no puede concebir y mantener programas eficaces que inciden en los ámbitos de transporte, educación, agricultura, salud, energía y otras áreas de interés público si los fondos que destina para tales fines se malversan para beneficio personal de contratistas y funcionarios de gobierno. (Thornburgh, D., Santistevan de Noriega, J., Gainer, R. L. y Walker, C. H , 2008, p. 3)

2 Y agrega: “Así como es de antigua, la corrupción es también un fenómeno universal” (Posada Carbó, 1994, p. 16).

3 Por ejemplo, lo dicho por Tusell (2009) “Si bien se mira, en el origen de cualquier tipo de fenómeno de corrupción está, como factor primordial, ese aislamiento de la política cotidiana de la vida normal de los ciudadanos. Así han llegado a atribuir al mundo de la política unas reglas morales distintas de las aplicables al resto de los mortales” (p. 78).

4 De todas formas, reconocemos que esta definición realiza un recorte de la corrupción al ámbito público pudiendo también encuadrar como tal el uso de propiedad ajena en beneficio propio (ver Canavese, 2009).

Además, en términos económicos, se ha señalado que la corrupción aumenta los costos de transacción y la incertidumbre en una economía; lleva a resultados económicos poco eficaces; “expulsa a las empresas del sector formal, menoscaba la capacidad del Estado para obtener ingresos y produce un aumento incesante de los impuestos, que paga un número cada vez menor de contribuyentes” (Gray y Kaufmann, 1998, p.8)⁵.

Orsi y Rodríguez (2011) afirman que la calidad de la democracia se encuentra en el grado de respeto de los derechos humanos y en los espacios de participación. Resulta ya conocida la ecuación de Klitgaard (1992): corrupción es igual a monopolio más discrecionalidad menos transparencia. En efecto, la opacidad del sistema político es la contracara de la corrupción, pues permite y facilita las desviaciones, especialmente, la falta de control. Al respecto Piana y Amosa (2018) sostienen que:

(...) el principio de razonabilidad del Estado se traduce en el derecho ciudadano a la no arbitrariedad del poder, visto el acceso a la información pública no ya como expresión garantística del principio de transparencia de la gestión, sino como derecho ciudadano colectivo, puede ser estudiado como derecho ciudadano a la ética en la gestión pública o derecho a la “no corrupción”. (p. 248)

La corrupción afecta todas las estructuras y corroe el tejido social cuando se encuentra institucionalizado. Todarello (2008) ha señalado que:

El sistema de corrupción institucionalizado desarrolla estructuras y procesos que le son propios y con el tiempo se consolidan como modalidades corrientes que le permiten de manera continua la obtención de beneficios particulares a expensas de un bien público, institucional, organizacional o grupal. Se desarrolla como un sistema organizativo virtual, secreto y paralelo que se asienta sobre un conjunto de organizaciones ya existentes, de las cuales se nutre para lograr desenvolverse. Supone la trama de una trama de actores y organizaciones que operan en distintos niveles y funciones, estableciendo entre sí procesos transaccionales. (p. 109)⁶.

Uno de los documentos internacionales más relevantes en la materia para nuestra región, la Convención Interamericana contra la Corrupción (Organización de los Estados Americanos, 1996), de la cual Argentina forma parte⁷, señala

5 También en el ámbito local se ha afirmado que la corrupción tiene efectos adversos en la inversión privada y el crecimiento económico de un país (Bolívar y Rossi, 1999). Según los mismos autores, esto se ve claramente en los países pobres o aquellos que, además, tienen debilidad institucional ya sea dentro del poder judicial o en el poder legislativo.

6 Y añade Todarello (2008): “Cuando nos referimos al estado de corrupción, se intenta caracterizar una situación en la cual los actos de corrupción se erigen y se despliegan de manera habitual, produciendo un escenario donde la corrupción se convierte en sistema, dando lugar a lo que también se denomina sistema institucionalizado de corrupción” (p. 107).

7 Esta Convención fue aprobada por Ley n.º 24.759.

que los problemas y las amenazas que plantea la corrupción, no afectan solo a la estabilidad de un país, sino a la seguridad de sus instituciones, los valores de la ética y la justicia, comprometiendo el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.

En el campo de las acciones, la Convención sugiere algunas medidas preventivas, entre las que destacamos, las destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno (III.8) y órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas (III.9). Añade en su artículo V que cada Estado Parte adoptará "las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio" (art. V).

La Convención, en su artículo VI se declara aplicable a los actos de corrupción siguientes:

- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d. El aprovechamiento doloso u occultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
- e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. (Organización de los Estados Americanos, 1996)

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Organización de las Naciones Unidas, 2003)⁸, también señala que la corrupción plantea amenazas para la estabilidad y seguridad de las sociedades “al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley” (Organización de las Naciones Unidas, 2003, p. 2). En cuanto al necesario contralor, establece que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos encargados de prevenir la corrupción, otorgándoles la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida; y añade en el artículo 6.2: “Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones” (Organización de las Naciones Unidas, 2003, p. 10).

La Resolución n.º 1/18 de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) define la corrupción como un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad, así como el derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, socava el estado de derecho y exacerba la desigualdad. Para esta Comisión, el Poder Judicial juega un rol esencial en su control:

La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos. (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2018, p. 2)

En el caso del derecho interno, los actos descritos más arriba se encuentran tipificados en Código Penal argentino dentro de los Delitos contra la Administración pública, desde los artículos 237 y siguientes, entre los que destacan, malversación de fondos, abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, entre otros. Como ha señalado D’Alessio (2005), estos tipos penales tratan de prevenir;

Conductas anormales que persigan el logro de aumentos patrimoniales prevaleciéndose de la condición de funcionario por parte del agente, o que se protege el decoro, la dignidad, y la insospechabilidad de la administración pública, la imagen de transparencia, gratuidad, y probidad de la administración y quienes la encarnan, o sencillamente, el deber de acreditar los motivos del enriquecimiento. (p. 864)

8 Internalizada en Argentina por Ley n.º 26.097.

En el caso de Argentina, la corrupción ha aparecido como eje reiterado de las campañas y promesas electorales desde el retorno a la democracia en 1983. Pero la construcción de la problemática, dentro de la agenda institucional, ha recorrido zigzagueantes caminos: como ha recordado Astarita (2014), el neoliberalismo en Argentina de los años noventa liderado por el entonces presidente Carlos Saúl Menem prometía, vía desregulación y apertura económica, finalizar con la corrupción como si esta fuera solo un problema de la economía (ver nota al pie)⁹. Así mismo, fue quien instaló fuertemente en la agenda mediática la transversalidad de la corrupción y su asociación con la estatalidad, hasta llegar a hacer de Argentina uno de los países de América con mayor *gap* entre la victimización de la corrupción (16,1 %), respecto a la percepción subjetiva de corrupción (65,9 %), tal como lo informa el informe del Barómetro de las Américas para el periodo 2016/2017 (Cohen, Lupu y Zechmeister, 2017).

Es casi inevitable que, en las sociedades afectadas por la corrupción, la política se judicialice. De allí que debamos analizar cuál es el comportamiento de este poder estatal, con tan bajo nivel de efectividad, y qué bases ha sentado para el juzgamiento de los hechos de corrupción.

3. El Poder Judicial como órgano de control

Para Jiménez de Parga (2009) la caracterización legal de la corrupción resulta insatisfactoria, pues este tipo de definición no es más que un listado de los tipos penales. Cree, por el contrario, que son determinantes los valores que configuran la organización social. Si bien este tipo de conceptualización resulta adecuada cuando lo que se están analizando son los desvíos disruptivos de ciertos valores sociales determinados esenciales, cuando estudiamos el fenómeno desde el punto de vista del Poder Judicial, no podemos ampliar su base so riesgo de politizar la justicia.

Esta última afirmación requiere un mayor detalle. De acuerdo con la teoría constitucional clásica, en los sistemas políticos republicanos, como los de América Latina, las actividades estatales fueron divididas en tres campos separados, cada uno de ellos asignados a un cuerpo de magistrados: el Ejecutivo al Presidente, el Legislativo al Congreso y el Judicial a los Tribunales¹⁰. Sin embargo,

9 Menem (como se citó en Astarita, 2014): “Reformar el Estado, desregular la economía, privatizar las empresas corrompidas y derrotar la cultura de la inflación; así como pacificar los espíritus luego de años de enfrentamientos y conquistar la más absoluta libertad de prensa y opinión e integrar a Argentina con el mundo moderno y desarrollado, fueron las herramientas indispensables para enfrentar y desarmar la corrupción estructural que heredamos (Menem, 1996)” (p. 183). Paradójicamente, no muchos años después, él y varios de sus funcionarios han sido sentados en el banquillo de los acusados por causas de corrupción.

10 En este sistema de separación funcional por división subjetiva de las atribuciones, a cada uno de estos campos se concedió al respectivo detentador del poder una autonomía y monopolio de acción, no pudiendo ser violado este ámbito por ninguno de los otros detentadores del poder.

Loewenstein (1976) ha propuesto una versión más realista aplicando una nueva división tripartita: determinación de la decisión, ejecución de la decisión y control político. Es en este último aspecto, que el Poder Judicial juega un rol fundamental.

En la concepción originaria de Montesquieu (2007), la función judicial se debería limitar a ejecutar la decisión política y no extenderse a las otras dos funciones. Sin embargo, a mayor control del poder se disminuyen las disfunciones internas del sistema político-administrativo (Cabral, 2014) y las naturales tendencias de los gobernantes, tales como el autoritarismo, ineficiencia y la corrupción; de allí la necesidad de fortalecer al poder menos político, el judicial. Es así que el Poder Judicial se ha constituido en un auténtico detentador del poder a través del control de la constitucionalidad de los actos, normas y leyes emitidas por el gobierno y el parlamento¹¹.

En materia de control de constitucionalidad, este control político ha tenido autolimitaciones que tienden a atenuar lo que implicaría una absoluta supremacía de la justicia sobre los otros poderes. Los tribunales que han seguido el modelo norteamericano, como en Argentina, no deciden sino en casos y litigios auténticos, rigiendo el principio de que la voluntad del Congreso debe ser respetada cuando no viole abiertamente la Constitución. Pero, el principio que más ha limitado la función del control político ha sido no actuar sobre las llamadas *political questions* que no son revisables por ser actos realizados en ejercicio de facultades privativas y exclusivas de otro órgano del poder. Este aspecto tan debatido y criticado ha sido sin embargo el punto de equilibrio entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo frente al Poder Judicial, dique que sirvió de contención al tan temido peligro que implicaría el gobierno de los jueces¹².

En el caso del control de los delitos de corrupción, la problemática es similar: obligado a mover su lento aparato burocrático ante cada denuncia, el Poder Judicial se encuentra en medio de fuertes presiones políticas y sociales: si no activa la denuncia de la oposición, es acusado de ser dependiente del poder de turno; si no activa la denuncia del oficialismo sobre sectores de la oposición, también él es opositor; si activa la denuncia contra el gobernante, es destituyente; si activa la denuncia contra grupos de la oposición, es un perseguidor. Estas contradicciones son propias de la temática de la corrupción porque, como hemos señalado

11 El control de la constitucionalidad es esencialmente un control político y cuando se impone frente a los otros poderes es en realidad una decisión política. Este control, de creación pretoriana en los EE.UU. por el Chief Marshall, se hace altamente discutible cuando los jueces proclaman su derecho de valorar una decisión política, social o económica. Es en estos casos cuando el Poder Judicial se transforma en verdadero poder de control político.

12 Es evidente que este dique hoy se está transformando y pasa a ser más que una autolimitación, una heterolimitación condicionada por las constantes y crecientes demandas al sistema judicial.

más arriba, son acciones reprochables que se cometan desde el poder político¹³. El nudo gordiano solo se corta si el Poder Judicial se aboca al control legal de la corrupción y esta competencia está dada por el estricto control de la tipificación de las acciones dentro de las previsiones penales.

Ahora bien, ¿desde qué perspectiva estudiar el control de la corrupción por el Poder Judicial? Entendemos que es desde una visión politológica aun cuando el control sea, como mencionáramos más arriba, un control de legalidad. En efecto, entendemos con Foucault (1976) que, en las sociedades occidentales, la elaboración del pensamiento jurídico se ha desarrollado esencialmente en torno al poder: a petición del poder real, en su provecho y para servirle de instrumento o de justificación, se ha construido el edificio jurídico de nuestras sociedades¹⁴. Desde el discurso de verdad se generará una verdad, un relato legitimado por otros que luego llegarán a la acción. El Poder Judicial y sus distintos actores, generan su relato, su discurso de verdad, en relación con otros poderes en la sociedad para legitimarse, ya que su relato encuentra su sustento en esta¹⁵. Dicha construcción resulta esencial para el estudio de los fallos sobre corrupción porque nos permite comprender que son los jueces y fiscales (y no las normas) quienes determinan qué pruebas y cuántas son suficientes para investigar un caso de corrupción y cuándo investigarlo.

Sabsay (2004) afirma que la independencia de la justicia es uno de los puntos fundamentales para que se constituya un Estado de Derecho. Pero en Argentina, con su cultura política plasmada en muchos años de personalización de poder, caudillismo y condiciones por un pasado autoritario, dificultan que se cumpla efectivamente una justicia independiente de los otros dos poderes del estado.

Según Herrero (2011) la relación entre la Corte Suprema de Justicia y el Poder Ejecutivo, depende del poder del segundo en el Poder Legislativo, ya que, si el

13 Un Poder Judicial desbordado de tales demandas y presiones o bien adopta decisiones de control político sobre los restantes poderes o bien cae en el desprestigio que se debate sobre la política. Pero tanto en uno como en otro caso, el Poder Judicial se politiza y las consecuencias de la política, tanto en su faz agonal como arquitectónica, se trasladan al ámbito de la justicia. Además de la politización de la justicia, se produce la judicialización de la política, cuando miembros del Poder Legislativo, del Ejecutivo, partidos políticos y sectores de presión recurren al ámbito judicial para dirimir sus conflictos intra e interpoderes, pretendiendo obtener ventaja política mediante la denuncia de delitos de corrupción.

14 El autor se pregunta qué reglas de derecho ponen en marcha las relaciones de poder para producir discursos de verdad o qué tipos de poder es susceptible de producir discursos de verdad que están dotados de efectos tan poderosos.

15 Desde esta perspectiva politológica pueden comprenderse los resultados del estudio de Ignacio Labaqui (2003) en su trabajo *Las causas de corrupción: un estudio comparado*, quien analiza los casos de corrupción en 107 países y los relaciona con el nivel de desarrollo que tienen, la libertad económica y la calidad de democracia. Labaqui afirma que un mayor desarrollo y libertad económica inhiben los casos de corrupción, mientras que con el nivel de democracia la relación no es lineal, ya que en algunos autoritarismos se ha encontrado menos casos de corrupción. En nuestra visión, estas variables no son lineales porque corrupción y democracia son dependientes de la variable "poder" y directamente afectan al sistema político.

Ejecutivo controla las cámaras del Congreso Nacional, la Corte se ve claramente afectada para tomar decisiones judiciales. En otras palabras:

La idea central es que en ambientes donde la fragmentación política es la norma, el poder judicial es capaz de crear una doctrina de independencia judicial sin temor de recibir represalias políticas, ya sea en la forma de una enmienda constitucional que limite su poder de revisión, una destitución de miembros de la Corte o un aumento en el número de sus integrantes. (Iaryczower, Spiller y Tommasi, 2000, p. 3)

Como menciona Gargarella (2012), el Poder Judicial tiene una estrecha relación con el poder político y, hasta a veces, es una relación condicionada por los mismos actores. Aunque, a la vez, destaca la relación y la dependencia que tiene el Poder Judicial con el clamor popular debido a las decisiones que toman.

Según Helmke y Wolfson (2003), el incentivo de los jueces para adoptar un comportamiento estratégico es potencialmente mucho mayor en las democracias en vías de desarrollo que en las desarrolladas. Además, dependiendo del futuro político del gobierno, “si los jueces piensan que se verán más limitados en su accionar por el futuro gobierno que se opone al actual, su reacción más apropiada tal vez sea no apoyar al gobierno actual, sin defecionar a éste” (Helmke y Wolfson, 2003, p. 182). De allí que en los fallos acerca de corrupción, los jueces tienen que juzgar, no solo los hechos tipificados, sino en primer término, al gobierno actual y evaluar además, el control que tenga en el Consejo de la Magistratura o sobre el Congreso Nacional, por una eventual remoción o juicio político.

4. La doctrina de los fallos de María Julia Alsogaray, Emir Fuad Yoma y Cristóbal López y otros

No hay nada que convenga más al poderoso que la vara que sobre él vaya a aplicársele cuando ya no esté en el poder. Las decisiones del Poder Judicial son esa vara: son sus acciones actuales las que permiten prever los resultados de la acción política en el futuro. De allí que años sin juicios con condenas sobre corrupción hayan afectado el actual funcionamiento de los poderes públicos, cuyos titulares no encuentran más límite que el control social, tal vez, una vez cada dos años, elecciones mediante.

Sin embargo, como recientemente ha dicho uno de los integrantes de la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal en una de las causas donde se encuentra detenido en forma preventiva el exvicepresidente de la nación, Amado Boudou:

Las obligaciones convencionales asumidas por el Estado implican que éste debe investigar, juzgar y sancionar a los culpables de tales deli-

tos, conforme señala el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción “por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”. (Cámara Criminal y Correccional Federal Sala 1, 2017, p. 4)

Resulta relevante, entonces, realizar la exégesis de estos tres fallos, todos ellos de repercusión pública, pues nos permitirán identificar, a partir de su doctrina, ciertos criterios que ha tenido el Estado argentino para proteger (o no) sus instituciones.

a. **Stanganelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad.**

En 2001, la Corte tuvo oportunidad para expedirse en relación con el recurso de hecho deducido por la defensa de Emir Fuad Yoma, uno de los principales asesores del expresidente Carlos Memem, en la causa “Stanganelli, Néstor Edgardo y otros/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público” (Fallos 324:3959). En dicha causa, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional había confirmado la resolución de primera instancia con el procesamiento y la prisión preventiva de Emir Fuad Yoma, en orden al delito de asociación ilícita en carácter de organizador.

El recurrente tachó de arbitrario el fallo sobre la base del exceso e irracionabilidad con que se interpretó el alcance de la figura de asociación ilícita y el agravante de organizador con el que se lo señaló. Según el recurrente, lo resuelto por el tribunal *a quo* habría violado los principios de inocencia, defensa en juicio, debido proceso e igualdad ante la ley, todos amparados en la Constitución nacional.

En este fallo, la Corte Suprema deja sin efecto la sentencia por faltar, aun con la provisionalidad de una resolución del tipo de la dictada (procesamiento y prisión preventiva), la consideración fundada acerca de la existencia del acuerdo de voluntades explícito o implícito que caracteriza a la figura de la asociación ilícita y por no explicitar con claridad cuáles habrían sido los delitos que la supuesta organización habría encarado. De todo ello, según la Corte “resulta una decisiva carencia de fundamentación en la resolución atacada, lo que implica que no constituya derivación razonada del derecho vigente”. Por ello, declara procedentes la queja y el recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto la sentencia.

Pero lo más relevante del caso es la exhortación que hace el voto de la mayoría de los jueces del máximo Tribunal a los otros miembros del Poder Judicial:

Que resulta necesario llamar a la reflexión a los señores jueces y fiscales de las instancias inferiores interviniéntes en causas de significativa repercusión como la presente sobre la necesidad, frente a una opinión pública -sea formada espontáneamente u orientada por los medios masivos de comunicación- particularmente sensible ante hechos, reales o supuestos, de corrupción administrativa, de extremar la atención en el encuadramiento legal de los hechos imputados a funcionarios o ex funcionarios. Pues resulta irreparable el daño producido por la ligereza en la apreciación de tales hechos al crear expectativas públicas de punición que, en caso de quedar luego desvirtuadas, alimentan sospechas o interpretaciones torcidas o aun malévolas sobre la intención de los órganos judiciales que en definitiva hacen respetar el ordenamiento jurídico.

Nada se resuelve creando delitos de la nada ni buscando el tipo penal que permita el procesamiento con efectiva privación de la libertad para luego acomodar los hechos a la figura, invirtiendo así el orden lógico del razonamiento. Demasiados problemas han ocasionado a la república las represiones ilegales del pasado para que ahora se intente la represión de los delitos contra la administración o que perjudiquen el erario público por caminos aparentemente revestidos de legalidad pero en definitiva ilegales.

No es cuestión de satisfacer a la opinión pública presentándose como adalides de la lucha contra la corrupción administrativa sino de aplicar rigurosamente el ordenamiento jurídico sancionando mediante la utilización de los medios legítimos suministrados por el derecho a aquellos que lo violan (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2001, p. 6).

b. Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad.

María Julia Alsogaray (1942-2017) fue diputada nacional durante los años 1985 y 1989. Fue interventora de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) y de la siderúrgica SOMISA, además fue Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación Argentina.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 4 por mayoría había condenado a María Julia Alsogaray a la pena de tres años de prisión e inhabilitación absoluta por seis años, por considerarla autora del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 268 (2) del Código Penal. También ordenó el decomiso de los efectos provenientes del delito por las sumas de quinientos mil dólares y seiscientos veintidós mil pesos. La defensa pública de la nombrada interpuso recursos de casación e inconstitucionalidad, que fueron concedidos. La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, decidió no hacer lugar a esas impugnaciones y declarar la constitucionalidad del artículo 268 (2) del Código Penal.

Cabe destacar que, dadas las dificultades para probar esta clase de acciones, el Código Penal argentino crea un tipo penal, el artículo 268 (2), que ha sido cuestionado por invertir la carga de la prueba. El artículo prevé que:

Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. (Código Penal de la Nación Argentina, 1984, art. 268 [2])

Parte de la doctrina, como Creus (1981), ha señalado que es un delito que se origina en la conducta de un sujeto (no justificar), otra señala que resulta un tipo penal violario del Estado de Derecho por afectar la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo (Sancinetti, 2000, por ejemplo); finalmente, una tercera lo entiende como una estructura delictiva compleja, integrada por una parte activa, enriquecerse apreciablemente, y otra omisiva, no justificar posteriormente su origen (ver Núñez, 1992).

Elevada la causa a la Corte solo respecto a la validez constitucional del citado artículo del Código Penal, el entonces Procurador General, Esteban Righi, en 2007 recordó la intervención previa de los órganos judiciales, donde se había afirmado que:

(...) el bien jurídico tutelado es el interés público por la transparencia y probidad en el desempeño de los funcionarios, y que se lo lesiona mediante el enriquecimiento apreciable e injustificado del agente público durante la vigencia de la relación funcional, lo cual constituye la acción típica.

(...) la esencia del tipo penal radica en el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado. En cuando al adjetivo apreciable dijo, con sustento en el proyecto de 1941, que por tal debe entenderse aquel que resulta considerable con relación a la situación económica del agente al momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquella durante el tiempo de su función. (Ministerio Público Fiscal, 2007, p. 7)

Con relación a la inversión de la carga de la prueba alegada, entendió, junto con el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº4, que al corresponder exclusivamente al órgano jurisdiccional y al ministerio público la demostración previa del incremento patrimonial de aquellas características, la oportunidad de explicar que

brinda el requerimiento importa una garantía en favor del funcionario, y la falta de justificación o su insuficiencia no permiten sostener que exista presunción de culpabilidad, pues ello no se valora negativamente por imperio del artículo 18 de la Constitución, que asegura no solo el derecho a negarse a declarar, sino también el de defensa en juicio, en cuya virtud el sospechado puede optar por probar o no la licitud de su enriquecimiento¹⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación compartió e hizo suyos los términos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General¹⁷, por lo que la constitucionalidad de este tipo penal ha sido reconocida por la máxima instancia del Poder Judicial.

c. **Causa López, Cristóbal Manuel y otros s/ defraudación contra la administración pública.**

Los procesados en esta causa son Cristóbal Manuel López, Carlos Fabián de Sousa y Ricardo Daniel Echegaray. Los dos primeros son dueños del grupo Indalo, principales accionistas y dueños de Oil Combustibles, entre otras empresas. Ricardo Echegaray, fue ex Administrador Federal de Ingresos públicos, entre los años 2008 y 2015.

Dicha causa trató en primera instancia por el Juzgado Criminal y Correccional Federal nº.10 a cargo del Dr. Julián Daniel Ercolini. En el fallo de procesamiento, de fecha de 19 de diciembre de 2017, el juez señala que las evidencias agregadas a la causa permiten corroborar provisionalmente la hipótesis inicial de imputación respecto del imputado Echegaray, quien, al frente de la Administración Federal de Ingresos Pùblicos (AFIP), tenía la potestad de dirigir al organismo, ejercer las facultades que las leyes le asignaban a la AFIP y percibir, recaudar, exigir y ejecutar los tributos; actividades que fueron ejercidas de manera direccionalada de acuerdo a la conveniencia del caso para beneficiar a la contribuyente Oil Combustibles S.A.

Uno de los argumentos de la defensa del exfuncionario está vinculado con el funcionamiento burocrático del Estado y la intervención de distintas

16 En el caso, al ser intimada del hecho atribuido se le hizo saber que consistía en haberse verificado un apreciable incremento patrimonial a partir del año 1991 y durante su desempeño en la función pública y que al serle requerida la explicación sobre el origen de dicho incremento, procuró justificarlo declarando diversos ingresos de significancia y aportando, documentación respaldatoria presumiblemente falsa o generando al efecto instrumentos que no reflejarían la verdad.

17 Votos del Dr. Lorenzetti, Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dr. Petracchi, Dr. Maqueda, Dr. Zaffaroni y Dra. Argibay. Como ha señalado Ennis (2017), la Corte termina mediando entre las doctrinas omisivas y activas, marcando su preferencia por esta última ya que pone "el acento en el deber de austeridad que pesa sobre los funcionarios públicos que deriva del propio principio republicano de gobierno (artículos 1 y 33 de la Constitución Nacional [CN]; y 2 inc. a); de la ley 25.188)" (p. 619).

áreas hasta llegar a su decisión. En efecto, Echegaray pretendió exculparse señalando que:

(...) el aporte de las áreas centrales y operativas no constituyeron un simple “pasa mano”, sino que cada funcionario que participó en las actuaciones lo hizo en función de su rol específico y con el fin de aconsejar que se otorgara el plan de pago al contribuyente en función de los elementos con los que contaba, como así también objetar, desaconsejar o no prestar conformidad a que ello ocurriera y detener las actuaciones para requerir nueva información. (Juzgado Criminal y Correccional Federal n.º 10, 2017, p. 18)

Sin embargo, el juez señaló que el hecho de que la evaluación del funcionario haya encontrado sustento en lo manifestado por sus dependientes, no lo eximía de responsabilidad alguna ya que la concesión o el rechazo de un plan dependía únicamente de la evaluación que efectuara respecto de la situación económico financiera que impidiera el pago, lo que no fue realizado.

Otra posible excusación fue también tratada por el juez, esta era la supuesta discrecionalidad para dictar la medida. En efecto, sostuvo Echegaray que en lo que hace a los planes particulares de pago el art. 32 de la Ley n.º 11.683, le daba el poder de concederlos cuando el contribuyente tuviera dificultades económico-financieras, pero que este aspecto no era regulado por la ley, por lo que su valoración era discrecional. A ello, el juez señaló que:

Más lo manifestado por Echegaray en cuanto a la discrecionalidad que poseía para resolver asuntos de esta naturaleza, tampoco logra conmover al suscripto, en tanto ese argumento no desplaza ni puede desplazar los requerimientos fijados por la ley en tal sentido. (Juzgado Criminal y Correccional Federal n.º 10, 2017, p. 55)

La causa fue apelada ante la Sala I de la Cámara Criminal Correccional Federal. Sobre la discrecionalidad, la Cámara entendió que:

Concretamente, en el caso de autos, no advierto que la imputación encierre un cuestionamiento a la política tributaria llevada adelante por el Dr. Echegaray como titular de la AFIP. Sino que, en todo caso, el reproche está dirigido a la conducta desplegada desde su rol de máxima autoridad del organismo, que por acción (otorgamiento de planes particulares) u omisión (acogimiento del contribuyente a planes generales) habría beneficiado a los dueños de Oil Combustibles S.A., a través de la concesión irregular de planes de facilidades de pago, permitiéndoles prorrogar sistemáticamente la obligación de ingresar ese tributo, en perjuicio del Fisco. (Cámara Criminal y Correccional Federal Sala 1, 2017, p. 37, CCCF - Sala I)

El procesamiento fue luego apelado ante la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, que el 27 de abril de 2018 confirma en su totalidad el fallo de procesamiento y prisión preventiva de primera instancia.

Conclusiones

Entendemos que el control de la corrupción no es un problema del Poder Judicial, sino un problema social ya que es un disvalor que afecta a la ciudadanía en su conjunto. Todos los órganos públicos están llamados a efectuar y profundizar sus sistemas de control, ya sea mediante auditorías, procesos públicos de compras, leyes de acceso a la información pública, concursos para el ingreso a los cargos públicos, entre otros. Sin embargo, y dado que nuestro sistema de control político es popular, no puede el Poder Judicial efectuar el control político de la corrupción, sino solo el control legal cuyas acciones están tipificadas en los códigos penales o leyes especiales. Así, entendida la corrupción como una práctica delictiva, es el Poder Judicial la última instancia que efectúa el control cuando los sistemas preventivos fallan¹⁸.

Hemos transcripto, de los fallos analizados, aspectos sustanciales para el control judicial de la corrupción: la necesidad de razonabilidad y fundamentación del propio Poder Judicial para tratar y sustanciar este tipo de delitos en el primer caso; constitucionalidad de un tipo penal que permitiría eficazmente perseguir los efectos de la corrupción fácilmente identificables con el aumento patrimonial; limitación a la eximición de responsabilidad por las actividades y controles de los órganos inferiores y por criterio de discrecionalidad en el ejercicio del poder político, en el último fallo. Estos criterios constituyen una red sólida para la actuación del Poder Judicial.

Sin embargo, el otro dato político es la temporalidad. Todos son fallos de funcionarios fuera del Poder. De allí que resulte esencial también remarcar que en estas causas tiene una relevancia significativa quién es el imputado y qué lugar ocupa en el sistema político: el caso de Emir Fuad Yoma, uno de los principales asesores del ex presidente Carlos Menem, es consecuencia del escándalo de la venta de armas a Ecuador y Croacia, sucedida en 1991 y 1995 respectivamente. La causa que estudiamos llega a la Corte en 2001 y su sobreseimiento es de 2013 cuando se condena a Carlos Saúl Menem y Oscar Camilión, más de quince años de ocurridos los hechos. En el caso de Alsogaray, la condena del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº4 llega en 2004, habiendo finalizado la función pública en 1999; con apelaciones, el dictamen del Procurador que analizamos, fue 2007. Menos tiempo sucede en el tercer caso analizado, pues llega Echegaray al procesamiento en 2017 poco más de un año luego de finalizar su cargo de Auditor General de la Nación.

18 Siempre queda al pueblo, como titular de la soberanía, el control político de la corrupción; un control que es posterior (al momento del voto) y no reparativo.

Este patrón temporal afecta el control, al Poder Judicial y a la democracia en su conjunto. En efecto, el tiempo de las investigaciones es crucial por su impacto en el sistema político: la falta de certezas afecta al debido proceso y afecta, como señalamos, daña al sistema político en su integralidad.

Por otro lado, como se ha señalado en los casos que afectan al bien común, los jueces no deberían basar sus decisiones exclusivamente en aspectos legales, que sí son imprescindibles, pero no los únicos para juzgar y condenar aquello que afecta y amenaza con pudrir el fino entramado del tejido social que nos une como cuerpo: hay también aspectos éticos y morales involucrados, además de los políticos, que también sostienen al Derecho (Dworkin, 2012).

Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando, en el marco del deber de control del Poder Judicial respecto al instituto del juicio político en 2017, que:

El principio de separación de poderes ... puede verse afectado por el posible uso arbitrario del control judicial de dichas actuaciones cuando existe una politización del Poder Judicial. Posibles situaciones de corrupción en alguno de los poderes del Estado complejizan aún más estas situaciones. En ambos escenarios, se ponen en juego las instituciones democráticas y se corren importantes riesgos para la vigencia plena de los derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p.12).

Entendemos por ello que no resulta viable ni el juego de los plazos para investigar a los políticos cuando no están en el cargo, ni el uso político de los procesamientos para persecuciones, prisiones preventivas sin condenas firmes¹⁹ o proscripciones electorales²⁰, todo lo cual ha identificado como *lawfare* o guerra jurídica (Bielsa y Peretti, 2019).

-
- 19 En el caso argentino, se dio a través de la conocida como doctrina *Irurzun*, desarrollada por el Presidente de la Sala II de Cámara Federal, Martín *Irurzun a fines de 2017 en los autos "DE VIDO, Julio Miguel s/excarcelación"*. Sabido es por el principio de inocencia, la prisión preventiva es aplicable como remedio extraordinario para no causar daño a terceros ni al proceso que se investiga. Este juez señaló, junto con el camarista Leopoldo Bruglia que debe también considerarse a los efectos de no afectar al proceso que se investiga, las relaciones personales, laborales o políticas de los acusados mediante las cuales mantienen posibilidad de influir en las investigaciones o si los lazos funcionales tejidos al amparo del acuerdo criminal se encuentran aún vigentes y pueden estar siendo utilizados en perjuicio de la investigación penal. Este criterio comenzó a ser utilizado no sólo por la Cámara sino por varios jueces que consideraron que un ex político o ex funcionario aún conserva relaciones de poder, y por ello entorpecer la investigación (aun cuando no lo haya hecho o no haya habido peligro de fuga). Esta doctrina fue fundamental en las previsiones preventivas del exministro del Interior, Julio De Vido, del exvicepresidente Amado Boudou, del exjefe de Legal y Técnica, Carlos Zannini, y del excanciller Héctor Timerman, entre algunos de los ex funcionarios del gobierno anterior. Las extralimitaciones en la aplicación de esta doctrina derivaron en la una resolución de la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para el Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal respecto de las prisiones preventivas que limita aplicabilidad de estas presunciones judiciales.
- 20 Como se intentó, recientemente, mediante la aprobación del Expediente 7247-D-2018, un proyecto de ficha limpia que pretendía impedir que se presenten como candidatos a aquellas personas que hayan obtenido sentencia condenatoria en segunda instancia conforme lo establece la legislación penal, cuando ésta sea por la comisión de un delito doloso, hasta cumplida la condena o su revocatoria. Nuevamente, no aparece como necesaria la condena firme. El proyecto fue rechazado.

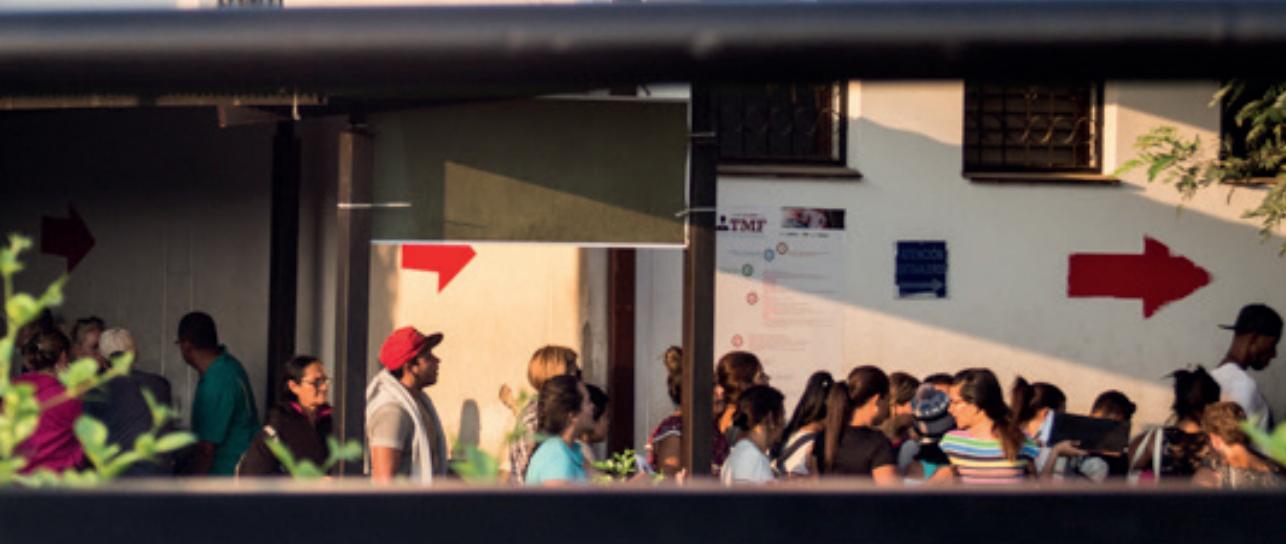
Resulta ya, a esta altura, necesario reconocer la fuerza que está cobrando la interpretación sobre el carácter violatorio a los derechos humanos que la corrupción tiene para nuestra democracia.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. (1992). Todos los jueces son crustáceos. *No hay Derecho*, 3(8).
- Argentina. Cámara Criminal y Correccional Federal Sala 1 (2017). Sentencia CFP 1999/2012/7/CA2. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/sentencia-SGU-194397432>.
- Argentina. Juzgado Criminal y Correccional Federal n.º 10. (2017). Sentencia CFP 4943/2016. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-28908-El-juez-Ercolini-proces--con-prisi-n-preventiva-a-Crist-bal-L-pez-y-Fabi-n-De-Sousa-y-orden--sus-detenciones.html>
- Argentina. Cámara Criminal y Correccional Federal Sala 1. (2017). Sentencia CFP 4943/2016/19/CA6. Recuperado de www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-201444274.pdf
- Argentina. (2007). *Dictamen del Procurador General de la Nación Argentina en la causa "Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" S.C. A 1846; L. XLI*. Recuperado en <https://www.mpf.gob.ar/procelac-ap/files/2013/10/Dictamen-PGN-causa-Alsogaray.pdf>
- Astarita, M. (2014). Los usos políticos de la corrupción en la Argentina en los años noventa: Una perspectiva histórica. *Revista Estado y Políticas Públicas*, (3), 171-190.
- Bielsa, R. y Peretti, P. (2019) *Lawfare: Guerra Judicial-mediática*. Buenos Aires: Ariel.
- Bolívar, M.A. y Rossi, J.N. (1999). La corrupción y la transparencia fiscal. *Boletín de Lecturas Sociales y Económicas*. 6(27), 18-26.
- Cabral, P.O. (2004). La justicia administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político-administrativo. *Jurisprudencia Argentina; Suplemento de Derecho Administrativo*, 4, 1-22. Recuperando de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69756>
- Canavese, A.J. (2009). Instituciones, corrupción y análisis económico del derecho. *Revisita Económica*, 55, 7-21. Recuperando de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/9358>
- Gray, C.W y Kaufman, D. (1998). Corrupción y desarrollo. *Finanzas & Desarrollo*. Recuperado de http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/gray_spanish.pdf
- Cohen, M.J., Lupu, N., y Zechmeister, E. (2017). *The Political Culture of Democracy in the Americas, 2016/17: A Comparative Study of Democracy and Governance*. EE.UU: Vanderbilt University. Recuperado de https://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2016/AB2016-17_Comparative_Report_English_V2_FINAL_090117_W.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2001). "Stanganelli, Néstor Edgardo y otros/ Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público

- co s/ Incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad". Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-stancanelli-nestor-edgardo-otro-abuso-autoridad-violacion-deberes-funcionario-publico-incidente-apelacion-yoma-emir-fuad-fa01000080-2001-11-20/123456789-080-0001-0ots-eupmocsollaf?>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/2017/Solicitud-OpinionConsultiva-JuicioPolitico.pdf>
- Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH). (2018). Resolución n.º 1/18. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>
- Código Penal de la Nación Argentina. (1984). Ley 11.179. T.O. 1984. Actualizado. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Creus, C. (1981). *Delitos contra la administración pública: comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal*. Buenos Aires: Astrea.
- D'Alessio, A. (2005). *Código Penal Comentado y Anotado* (Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Ennis, J.L. (2017). Alternativas interpretativas, dogmática y decisión política en torno al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14(47), 615-629. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10915/66086>.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición/ CEDEC.
- Foucault, M. (1976). *Microfísica del poder* (Curso del 7 de enero de 1976). Argentina: Las Ediciones de la Piqueta.
- Helmke, G. y Wolfson, L. (2003). La lógica de la defeción estratégica: relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina entre los períodos de la dictadura y la democracia. *Desarrollo Económico*, 43(170), 179-201.
- Herrero, Á. (2011). La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino. *Revista Política*, 49(1), 71-106.
- Iaryczower, M., Spiller, P.T. y Tommasi, M. (2000). Un enfoque estratégico para entender el comportamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Documento 42*. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Pablo_Spiller/publication/238065638_Un_enfoque_estrategico_para_entender_el_comportamiento_de_la_Corte_Suprema_de_Justicia_de_la_Nacion/links/0c960528e2d696e10a00000.pdf
- Jiménez de Parga, M. (2009). La corrupción en la democracia. En Corbetta, J. C. y Piana, R. S. (eds.). *Ensayos sobre la Democracia Contemporánea* (pp. 117-135). La Plata: EDULP.

- Clitgaard, R. (1992). *Controlando la corrupción*. La Paz: Quipus.
- Labaqui, I. (2003). Las Causas de corrupción: un estudio comparado. *Colección*, (14), 155-196.
- Latinobarómetro (2018). *Informe Anual 2018*. Recuperado de http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Ministerio Público Fiscal (2007). Dictamen del Procurador en "Alsogaray, María Julia s/recurso de casación e inconstitucionalidad. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/procelac-ap/files/2013/10/Dictamen-PGN-causa-Alsogaray.pdf>
- Montesquieu, Ch. L. (2007). *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Losada.
- Nino, C.S. (1995). *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé.
- Núñez, R. (1992). *Tratado de Derecho Penal*. Córdoba: Lerner.
- Organización de las Naciones Unidas - ONU (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf
- Organización de los Estados Americanos - OEA (1996). Convención Interamericana contra la Corrupción. Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf
- Orsi, O. G. y Rodríguez, N. (2011). *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto.
- Posada Carbó, E. (1994). Corrupción y democracia: la rebelión del ciudadano indignado. *Claves de razón práctica*. (45), 16-23.
- Piana, R. S. y Amosa, F. (2018). El derecho de acceso a la información pública en la Provincia de Buenos Aires Aspectos normativos y jurisprudenciales. *Revista Derechos en Acción (ReDeA)*, 3(6).
- Ruiz, I. (2018, 12 de julio). Según una auditoría, sólo el 2% de los acusados de corrupción son condenados. *La Nación*. Recuperado en <https://www.lanacion.com.ar/2152492-segun-una-auditoria-solo-el-2-de-los-acusados-de-corrupcion-son-condenados>
- Sabsay, D. (2004). El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (8).
- Sancinetti, M. (2000). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público - art. 268, 2, C.P. - Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Thornburgh, D., Santistevan de Noriega, J., Gainer, R. L. y Walker, C. H. (2008). Informe sobre el marco anticorrupción del Banco Interamericano de desarrollo. Recuperado de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1824377>
- Tusell, J. (2009). La revolución posdemocrática. En Corbetta, J.C. y Piana, R.S. (eds.), *Ensayos sobre la Democracia Contemporánea* (pp. 69-88). La Plata: EDULP.
- Todarello, G.A. (2008). *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto.



Fotografía de: María Elisa Ramírez Toro

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

La institución del Conjuez en Colombia: Una mirada desde la jurisdicción contencioso administrativa*

Nataly Vargas Ossa**

Resumen

Se propone hacer un análisis de la institución del Conjur en Colombia, observando su dinámica, particularmente en la jurisdicción contencioso administrativa. A partir de una revisión documental de la normatividad y la doctrina que se ha referido al tema, develar la discusión acerca de su naturaleza jurídica y su implementación en la jurisdicción contencioso administrativa, donde se observan dificultades en el desarrollo de la figura que pueden comprometer la imparcialidad, la independencia judicial y el desempeño del Conjur en la tarea de administrar justicia.

Palabras clave: conjueces; administración de justicia; independencia judicial; imparcialidad judicial.

The figure of Conjur (Judge Pro Tempore) in Colombia: A revision from the contentious administrative jurisdiction

Abstract

This article makes an analysis of the figure of Conjur (Judges Pro Tempore) in Colombia by observing their dynamics, particularly in the contentious administrative jurisdiction. From a literature review of the regulations and doctrine that has been organized about the subject, we brought the discussion to the table about their legal nature and their implementation in the contentious administrative jurisdiction. Some difficulties are observed in the development of the figure which may compromise impartiality, judicial independence and the performance of the Conjur in the task of administering justice.

Keywords: conjueces (Judges Pro Tempore); Administration of Justice; judicial independence; judicial impartiality.

A instituição de Conjuiz na Repùblica da Colômbia: uma olhada da jurisdição contenciosa administrativa

Resumo

Propõe-se fazer uma análise da instituição do Conjuiz nas varas da Colômbia, enxergando sua dinâmica, principalmente na jurisdição contenciosa administrativa. Baseados numa revisão documental dos regulamentos e a doutrina que já se referiu ao assunto, revelando a discussão atinente a sua natureza jurídica e a sua implementação na jurisdição contenciosa administrativa, onde são enxergadas dificuldades no desenvolvimento da figura que possam implicar a imparcialidade, a independência judicial e o desempenho do Conjuiz na incumbência de administrar a justiça.

Palavras-chave: conjuiz; Administração da Justiça; independência judicial; imparcialidade judicial.

* Artículo de reflexión. Este hace parte de los resultados del proyecto de investigación: "Conjueces y Administración de Justicia", formulado desde la línea de investigación en Derecho Procesal Administrativo de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia; la investigadora principal es Nataly Vargas Ossa. La propuesta fue financiada por la UNAULA en el marco de las convocatorias de investigación de la Vicerrectoría de Investigaciones de la UNAULA y el proyecto concluyó el año 2018.

** Docente investigadora de la Escuela de Posgrados de la UNAULA, Colombia. Magíster en Derecho administrativo del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, integrante del grupo de investigación en Derecho Administrativo de la Maestría en Derecho Administrativo de la UNAULA, Colombia. Correo electrónico: nataly.vargasos@unaula.edu.co ORCID: orcid.org/0000-0003-2048-034X

Cómo citar este artículo: Vargas, N. (2020). La institución del Conjur en Colombia: Una mirada desde la jurisdicción contencioso administrativa. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 35-60
Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a02

Fecha de recepción: 27/05/2019 Fecha de aprobación: 12/09/2019



La institución del Conjuez en Colombia: Una mirada desde la jurisdicción contencioso administrativa

Introducción

Los Con jueces son abogados nombrados por las Corporaciones Judiciales, para actuar como magistrados o consejeros de Estado, cuando se presenta un empate en una votación y cuando no es posible integrar el cuórum decisorio por la separación de uno o varios magistrados originada en un impedimento o en una recusación; el objetivo de su designación es propiciar las condiciones para que se dé una decisión de fondo en el trámite judicial y así procurar el derecho al acceso a la administración de justicia, de una parte, y de otra, que los operadores jurídicos que asumen el conocimiento del caso, gocen de la independencia e imparcialidad necesarias como expresiones propias del derecho al debido proceso. La independencia e imparcialidad judicial del funcionario judicial, como parte del debido proceso encuentra una estrecha vinculación al régimen de impedimentos y recusaciones, puesto que proporcionan la salvaguarda de dicha garantía procesal.

La institución del Conjuez es una figura tratada tímidamente en los manuales de derecho procesal, no existe claridad acerca de su naturaleza jurídica y se percibe su intervención como excepcional en el sistema de administración de justicia; sin embargo, el papel que cumplen los Con jueces dentro de las distintas jurisdicciones es significativo¹ y se ha incrementado de manera exponencial en la jurisdicción contencioso administrativa, como producto de los conflictos que en materia de derechos y prestaciones laborales que se han suscitado entre los magistrados, jueces, fiscales, procuradores y Rama Judicial, demandas que no han sido ajenas

1 Se pueden mencionar, sentencias que han generado aportes muy relevantes a discusiones relacionadas con el reconocimiento a la igualdad material, como la C-388 de 2016 acerca de la modificación del costo de la libreta militar, la C 071 de 2015 desarrolla un importante debate acerca de la posibilidad de adopción para parejas del mismo sexo, la C -077 de 2017 analiza juiciosamente la pertinencia creación de las zonas de interés y desarrollo rural Ziders y la C-258 de 2013 pone sobre la mesa los fundamentos que hacen insostenibles las mega pensiones, entre otras decisiones.

a las dinámicas de un sistema de administración de justicia altamente solicitado, que sufre el represamiento continuo de procesos judiciales, generando mora judicial “por no contar con los recursos suficientes para atender su gestión, dentro de los términos establecidos en la norma procesal” (Londoño Jaramillo, 2008).

Como ya se expresó, se trata de asuntos de carácter laboral donde generalmente están comprometidos intereses de funcionarios judiciales, lo que conlleva a que estos mismos administradores de justicia, se declaren impedidos para conocer de los procesos por tener un interés directo o indirecto en el resultado del litigio, lo que consecuencialmente implica la necesidad de reconformar la sala de decisión (o nombrar un juez *ad hoc*, en caso de los jueces administrativos del circuito), haciendo uso de las listas de abogados externos que se postulan como Conjueces y jueces *ad hoc* ante dicha jurisdicción.

Así las cosas, se observa un importante número de procesos² asignados para cada Conjuez y juez *ad hoc*, función que se cumple de manera precaria y desventajosa, ya sea porque los terceros que han sido nombrados no cuentan con los recursos propios de un despacho judicial de la categoría que representa, o por un posible desconocimiento del tema que ha sido llamado a dirimir, o por la escasez de tiempo que disponen para atender dentro de los términos judiciales el trámite procesal (pues su actividad profesional principal como empleado privado, litigante, docente, consultor, etc., se lo impide, ya que de eso es que vive); y, sumado a ello, el desconocimiento absoluto de su derecho a percibir una remuneración acorde con la labor desempeñada y a la dignidad del cargo (aclarando que se da la misma exigencia en el cumplimiento de los deberes y responsabilidades que cualquier administrador de justicia).

Bajo el panorama anterior, se propuso adelantar una investigación, que busca analizar la implementación de la institución jurídica del Conjuez en la jurisdicción contencioso administrativa (en adelante JCA), bajo la perspectiva al debido y el derecho acceso a la administración de justicia. En ese orden de ideas, se propuso como objetivo central: *Analizar la implementación de la institución jurídica del Conjuez, de cara al derecho al acceso a la administración de justicia (mora judicial) y al debido proceso (independencia e imparcialidad) desde su desarrollo en la Jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*. El presente escrito da a conocer el resultado de la revisión documental de la normatividad y la doctrina que se ha referido al tema, para develar la discusión acerca de su naturaleza jurídica y su nacimiento e implementación en la JCA, donde se observan dificultades en el

2 Por Ejemplo, en el Consejo de Estado, con corte al año 2017, según información remitida por la relatoría de la corporación, existen 692 procesos a cargo de 32 (sin contar la sección tercera, que reportó 18 Conjueces, pero ningún proceso activo). La relatoría del Tribunal Administrativo de Antioquia reporta 441 procesos activos a cargo de 54 Conjueces, la del Tribunal Administrativo de Cundinamarca 767, para 20 Conjueces, la del Tribunal Administrativo de Caldas 157 para 10 conjueces y la relatoría del Tribunal Administrativo de Boyacá 149 para 7 Conjueces.

desarrollo de la figura, que pueden comprometer la imparcialidad y desempeño del Conjuez en la tarea de administrar justicia, así como algunos aspectos relativos a las estadísticas que se lograron recoger.

1. Aproximación normativa de la institución del conjuez, en Colombia: caso de la jurisdicción contencioso administrativa

Antecedentes normativos

La institución de los Conjurados en el ordenamiento jurídico colombiano ha estado presente a lo largo del nacimiento y desarrollo de las distintas jurisdicciones. Desde la Ley séptima de 1838 se indicó que estos acudirían a los trámites procesales, con el fin de completar los cuórum requeridos para las decisiones judiciales, cuando los magistrados se declararan impedidos y fueran recusados. En cuanto a los requisitos exigidos para ostentar la calidad de Conjurado, son idénticos a los requeridos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, miembro de Tribunal y de Juzgado (Ley 1 de 1834), así como los mismos impedimentos señalados en la Ley de 1842.

Fue el Código Judicial adoptado por la Ley 57 de 1887, donde se recogieron de manera más precisa las normas aplicables a los Conjurados y, así mismo, se ocupó de la forma como se elaboraban las listas, prohibió que los empleados del ministerio público, de la Rama Ejecutiva, judicial o legislativa, fueran nombrados Conjurados, describió las funciones que cumplirían, los impedimentos, derechos, deberes, y estableció la aceptación forzosa del cargo. Por su parte, la expedición de la Ley 72 de 1890 reguló su remuneración, la cual se estableció a través del pago de honorarios.

Con el surgimiento de las funciones jurisdiccionales atribuidas a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la Ley 130 de 1913 (como consecuencia de lo dispuesto en el acto legislativo 3 de 1910, suprimido con el acto legislativo 10 de 1905), se identifica claramente la existencia de la figura del Conjurado:

Artículo 15. El Tribunal Supremo debe formar anualmente una lista de seis Conjurados, designados a llenar las faltas de los Magistrados en los casos de impedimento o de recusación, y a intervenir en las decisiones, en los casos de empate.

Son comunes a estos Conjurados las disposiciones del Código Judicial relativas a los de la Corte Suprema de Justicia y tienen aquellos la misma remuneración señalada a éstos. (Congreso de la República de Colombia, 1910)

Por su parte, la Ley 81 del 18 de noviembre de 1910³, por remisión expresa de la Ley 130 de 1913, precisó la forma cómo se conformarían las listas de Conjueces, y su papel como terceros:

Artículo 15. En lo sucesivo habrá dos listas de Conjueces: una de doce para la Sala de Casación, y otra de seis, para la Sala de Negocios Generales. Cada año, en los quince primeros días del mes de diciembre, formará la respectiva Sala su lista de Conjueces para el siguiente año. Las mismas Salas llenaran las vacantes que vayan ocurriendo en sus respectivas listas, por faltas absolutas de los Conjueces o por haber dejado éstos de ser vecinos de la capital. La reunión de las dos listas formará la de Conjueces de la Corte Plena (*sic*).

Artículo 20. En todo caso de empate será dirimido éste por uno de los Conjueces de la respectiva Sala, sorteado en la forma legal. (Congreso de la República de Colombia, 1910)

La Ley 167 de 1941, reprodujo íntegramente lo dispuesto por la Ley 130⁴; dicha norma contempló de manera similar el tema en los artículos 37, 18 y 11, y, en este último, se atribuye al Consejo de Estado la competencia para la resolución de los impedimentos y recusaciones de los mismos Conjueces y su exclusión de la lista, pero en general, no dista de lo contemplado en el primer código contencioso.

Pasados más de cuarenta años, con la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984, los artículos 99, 99A, 102, 160A y 160B, recogieron el desarrollo legislativo de la figura del Conjuez, donde nuevamente se reiteran los requisitos específicos para acceder al cargo, las responsabilidades a que están sometidos, la forma de su elección y exclusión de la lista, así como los casos en que se deben llamar a cumplir sus funciones:

Artículo 99. Para ser Conjuez se requerirán las mismas calidades que para ser Consejero de Estado, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Los Conjueces llenarán las faltas de los consejeros por impedimentos o recusación, dirimirán los empates que se presenten en las Salas Plena de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil

3 Beatriz Eugenia Salamanca Charria, explica en su texto *Anotaciones sobre la Historia del Derecho Procesal y la Administración de Justicia*, antes de la Constitución de 1886, cada Estado soberano tenía su propio Código Judicial y el de la Unión fue prácticamente transcrita del Código Judicial del Estado de Cundinamarca. Este había sido tomado del Código de Procedimiento Civil chileno, elaborado por Andrés Bello, entre 1840 y 1852, que a su vez era bastante similar a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1855. Tras la Constitución de 1886, continuó vigente a través de la Ley 57 de 1887, pero con la Ley 103 de 1923, perdió definitivamente su vigencia.

4 Según el autor Gustavo Humberto Rodríguez (1983), en su texto la jurisdicción y el procedimiento contencioso administrativo, historia desarrollo y perspectivas, le atribuye a la ley 167 de 1941, la creación de la institución de los Conjueces, afirmación de la cual discrepo, pues ya existía bajo la regulación de la ley 130 de 1913.

e intervendrán en las mismas, para completar la mayoría decisoria, cuando ésta no se hubiera logrado. (Presidente de la República 1984)

Bajo esta nueva regulación normativa, es posible identificar varias tipologías de Con jueces: i) los **Con jueces externos**, integrados por aquellos abogados que cumpliendo requisitos para ser magistrados de Tribunal o Consejeros de Estado, se postulan y resultan seleccionados por la Sala Plena de las distintas corporaciones para hacer parte de una lista que tiene vigencia de 1 año y ii) **Los Con jueces que son jueces**, integrado por aquellos funcionarios judiciales, que ya siendo magistrados o consejeros de Estado, a través de una simple comunicación pueden ser llamados, en calidad de Con jueces a conformar una sala de decisión para completar un cuórum o desempatar una votación. Por su parte, el artículo 15.2 del Decreto-Ley 1265 de 1970 estableció que: "si se trata de tribunales superiores, se llamará por turno a otro de los magistrados de la sala respectiva, para que integren la decisión, y sólo en defecto de ellos se sortearán los con jueces necesarios" (Ministerio de Justicia, 1970, Decreto-Ley 1265). iii) Los **Jueces ad hoc**, los cuales no son mencionados en la norma procesal civil ni contencioso administrativa, pero que a partir de la creación de los juzgados administrativos con la Ley 446 de 1998 (artículo 42), y ante el alto número de procesos donde se han declarado impedidos la totalidad de los jueces administrativos, hace que surja la necesidad de crear una lista de jueces que han denominado jueces *ad hoc*, destinada a satisfacer el servicio de público de administración de justicia, en casos donde todos los jueces administrativos del distrito judicial resulten impedidos para conocer de algún proceso judicial. Dichos jueces, igual que los Con jueces, son particulares que transitoriamente quedan revestidos para administrar justicia y pese a no ser una figura que haya sido creada directamente por el legislador, como sí lo hizo con los Con jueces, igualmente deberían estar sometidos al mismo régimen jurídico.

El Decreto 01 de 1984 en el artículo 99 hizo una expresa remisión al Decreto 1265 de 1970, norma que en los artículos 11, 15, 16, 17 y 18, precisó la forma cómo se seleccionan a los con jueces ponentes. Las particularidades que debe respetar el sorteo y la publicidad que debe existir en la conformación de las listas y selección de los con jueces. Así la norma hace énfasis especial en el deber del Con juez de cumplir a cabalidad la totalidad de los trámites procesales de la instancia, en el negocio asignado, a pesar de que haya renunciado a la lista; no obstante, pueden ser relevados o desplazados del cargo si se modifica el personal de la Sala, y los nuevos magistrado no están incursos en impedimentos. Esta medida fue tomada en 2019 por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, en los casos de los jueces *ad hoc* con la expedición del Acuerdo PCSJA19-11331.

Finalmente, la norma también se refirió al deber de remuneración de la actividad, asimilándolo a una prestación de servicios, y las directrices están en cabeza del ejecutivo mediante decreto reglamentario (Decreto 2204 de 1969 - Decreto 2266 de 1969).

Ineficacia de la norma que regula la remuneración del trabajo de Conjuez

la remuneración por honorarios de los Con jueces ha sido regulada únicamente por el Decreto reglamentario 2266 de 1969, ni las normas estatutarias, ni las normas procesales expedidas con posterioridad se han ocupado del tema. Se trata de una norma de casi veinte años, de la cual no solo se conserva su vigencia, sino también la potestad del ejecutivo para expedir el reglamento respectivo, sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó que:

(...) la competencia establecida en el Decreto Extraordinario 2204 de 1969 para que el Gobierno Nacional fije los honorarios de los Con jueces se encuentra vigente. Incluso, aún si se considerara que dicho decreto está derogado, la competencia del Gobierno Nacional viene dada, necesariamente, de lo dispuesto en la Ley 4^a de 1992, que le asigna al Gobierno Nacional la competencia general para dictar el régimen de remuneración de los servidores públicos de las distintas ramas del poder público, inclusive la judicial. (Sala de Consulta y Servicios Civil, 2016)

La Sala de Consulta, además de explicar que las normas que atribuyen competencia al Ejecutivo para regular la remuneración del Con juez están vigentes, permite pensar que, bajo las circunstancias jurídicas descritas, nos encontramos frente a una discrecionalidad reglamentaria del Ejecutivo, la cual se puede predicar tanto en la expedición del reglamento como en la concreción e intensidad de los asuntos a desarrollar. La discrecionalidad en la expedición del reglamento se materializa en la libertad que tiene el titular para determinar bajo los criterios de conveniencia y oportunidad la necesidad de ejercer la potestad reglamentaria, por lo menos es la lectura que se hace del artículo 189.11, cuando expresa que le corresponde al presidente expedir reglamentos: “(...) necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Bajo esta concepción de la discrecionalidad reglamentaria, resulta claro que el Ejecutivo se ha escudado tras el ejercicio de dicha libertad por casi cincuenta años para enfrentar el tema, con lo cual vulnera los derechos de los Con jueces a percibir una remuneración acorde al cargo que desempeñan, tal y como lo dispone la Ley 270 de 1996 EAJ.

Esta situación fue advertida a dentro del Salvamento de voto presentado en la Sentencia de la Corte Constitucional T-247 de 2003⁵, donde el magistrado

5 En esta sentencia un con juez, solicita que se le tutele “la protección de su dignidad y de sus derechos a la igualdad y al trabajo, porque la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura pretende reconocerle, por los servicios prestados a la administración de justicia, como Con juez de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, una remuneración que no corresponde a la dignidad y a la responsabilidad del cargo” (Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 2003)

Montealegre Lynett expuso que debe admitirse que el derecho fundamental al mantenimiento del poder adquisitivo del salario se debe predicar también a la vinculación que implique prestación de funciones públicas, en la medida en que se trata de una “*necesidad intermitente* de funcionarios públicos” (Corte Constitucional, salvamento de voto, Sentencia T-427 de 2003).

El salvamento, enfatiza, que la actividad del Conjuez no es una actividad *Ad Honorem*, puesto que demanda una importante inversión de tiempo y exige una alta responsabilidad profesional; en conclusión, para el magistrado disidente dicha conducta se traduce en un enriquecimiento sin causa a favor de la administración.

Finalmente, el salvamento de voto plantea que la falta de actualización de las tarifas que remunera el cargo de Conjuez, puede generar un estado de cosas que resulta abiertamente constitucional, pues se trata de una conducta omisiva que ha permanecido por décadas y que ha generado un estado de cosas que resulta violatorio de la Constitución Política, a todos los abogados que han actuado como como Conjueces:

En el presente caso se observa que la administración ha incumplido la obligación establecida en el Decreto 1265 de 1970 de reajustar cada dos años la (sic) tarifas de los Conjueces. Como se analizó antes, ello ha conducido al reconocimiento de honorarios simbólicos a favor de personas que tienen un vínculo laboral especial con el Estado, desnociendo sus derechos constitucionales. (Corte Constitucional,2003.

Salvamento de voto de Sentencia T-427 p. 21)

Diez años después de la decisión en comento, se evidencia un avance interesante en el tema, pues en el año 2018 se identifica en la página del Ministerio de Justicia, un proyecto de decreto publicado 17 de julio, por medio del cual “se actualizan los honorarios de los conjueces de la Rama Judicial” (Ministerio de Justicia, 2018), el cual estuvo colgado en la página web del ministerio para la recepción de opiniones y observaciones, desde el 17 de hasta el 22 de julio de 2018. Como soporte técnico para la expedición del proyecto de decreto, acude a un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de 9 de noviembre de 2016, donde se conceptúa acerca de la naturaleza jurídica de la figura del Conjuez, la vigencia de las normas aplicables y el requerimiento los recursos para el rubro específico, “pago de honorario de conjueces” (Ministerio de Justicia, 2018) en el Presupuesto

En la sentencia solo se concede “el amparo constitucional al derecho de petición, y niega por improcedente, la protección a la remuneración vital y móvil”, en ese orden de ideas ordena a “la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que en las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, defina la actuación iniciada por el demandante en febrero del 2001, con miras a obtener una remuneración vital y móvil, de conformidad al aparte 3.1. de esta decisión”.

General de la Nación. La norma se proyecta bajo la Dirección del entonces ministro de justicia Enrique Gil Botero, pero todavía no ha sido expedida por el Ejecutivo.

Al analizar el contenido de la propuesta normativa, resulta extraño que solo se fijen tarifas para los Conjueces que actúen ante la Altas Cortes y los Tribunales Superiores de distrito judicial y nada se diga respecto de los jueces *ad-hoc*.

Inconsistencia sistemática de la normatividad vigente

Para describir la normatividad vigente que rige a los Conjueces, es importante señalar que dicha institución no se encuentra prevista de manera expresa en la Constitución Política, pero sí de manera tácita en el artículo 116 cuando se refiere a que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”. La ley Estatutaria de Administración de Justicia (en adelante LEAJ 270) (Congreso de la República, 1996) desarrolla la institución en el artículo 61 cuyo contenido retoma lo expresado en las normas anteriores a la Constitución de 1991, así como los requisitos, deberes y responsabilidades. De la norma se destaca especialmente: i) la prohibición de que los Conjueces hagan parte de las corporaciones públicas o ii) que se desempeñen como empleados o trabajadores de alguna entidad o iii) que cumpla funciones públicas durante el período de sus funciones.

Por su parte el Acuerdo 209 de 1997, reglamento expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de las competencias constitucionales establecidas en el artículo 257 numeral 30, establece las particularidades que se deben observar para la elección, sorteo, así como el funcionamiento y las responsabilidades de los Conjueces en todas las jurisdicciones⁶.

Desde la norma contencioso-administrativa, los artículos 115 y 116 de la Ley 1437 de 2011, reiteran lo descrito en la Ley 270 de 1996 (EAJ) respecto de la elección, posesión y duración del cargo de Conjuez, precisa la distinción entre los Conjueces externos y los Conjueces que ya son jueces; y autoriza que los magistra-

6 “Artículo 30. PROCESOS DE ELECCIÓN Y SORTEO. POSESIÓN. La sala plena, en el mes de diciembre de cada año, formará la lista de Conjueces en número doble al de los magistrados que integran la corporación, los cuales actuarán cuando se disminuya la pluralidad mínima prevista en el artículo 54 de la Ley 270 de 1996 o para dirimir los empates que se presenten en las salas en materia de decisión jurisdiccional. Esta lista estará integrada por abogados vecinos del lugar, que reúnan los requisitos para ser magistrados de la respectiva corporación.

Los servidores públicos no podrán ser designados Conjueces.

El sorteo de Conjueces se hará públicamente en la secretaría.

El presidente de la sala o sección en que el conjuez deba actuar fijará fecha y hora para tal acto. El conjuez que resulte sorteado tomará posesión ante el presidente de la sala o sección, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le comunique la designación, y si no lo hiciere será reemplazado.

Cuando por cualquier causa se agote la lista de Conjueces, la sala o sección nombrará los que se requieran para el negocio.

dos de la Sala de lo Contencioso Administrativo y de la Sala de Consulta y servicio Civil, bajo la figura del Conjuez, puedan moverse de una sala a otra:

Artículo 115: CONJUECES. Los Conjueces suplirán las faltas de los Magistrados por impedimento o recusación, dirimirán los empates que se presenten en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la Sala de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y en Sala de Consulta y Servicio Civil, e intervendrán en las mismas para completar la mayoría decisoria, cuando esta no se hubiere logrado.

Serán designados Conjueces, por sorteo y según determine el reglamento de la corporación, los Magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

Cuando por cualquier causa no fuere posible designar a los Magistrados de la Corporación, se nombrarán como Conjueces, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento interno, a las personas que reúnan los requisitos y calidades para desempeñar los cargos de Magistrado en propiedad, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.

Artículo 116: POSESIÓN Y DURACIÓN DEL CARGO DE CONJUEZ. Designado el Conjuez, deberá tomar posesión del cargo ante el Presidente de la sala o sección respectiva, por una sola vez, y cuando fuere sorteado bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones.

Cuando los Magistrados sean designados Conjueces sólo se requerirá la comunicación para que asuman su función de integrar la respectiva sala. (Congreso de la República, 2011, Ley 1437, subrayado propio)

De la norma en cita, salta a la vista la vulneración a las disposiciones constitucionales que establecen la necesaria independencia orgánica del Consejo de Estado en sus salas y secciones especializadas (artículos 236 y 237), respecto del ejercicio de la función jurisdiccional y consultiva, ya que autoriza que magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo, así como de la Sala de Consulta y Servicio Civil, sean designados como Conjueces en dicha Corporación y “en cualquiera de las especialidades que la ley se ha encargado de separar”.

También resulta controversial, que a pesar de que el artículo 61 de la Ley 270 de 1996, establezca que no podrían ser designados como Conjueces los “miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumplan funciones públicas durante el período de sus funciones”, la Ley 1437 admite que puedan ser nombrados como Conjueces a los que ya son jueces, lo que desnaturaliza la figura de Conjuez, entendida

esta como terceros, es decir, como un juez externo a la corporación, de ahí la prohibición establecida.

Esta discusión fue advertida en una demanda de inconstitucionalidad, que fue resuelta mediante la Sentencia C-688 de 2017, donde desafortunadamente la Corte se declaró inhibida por considerar que la argumentación estructurada por la demandante carecía de especificidad, sin embargo en el salvamento de voto presentado por el magistrado José Fernando Reyes, echó de menos que la Corte conociera de fondo las pretensiones de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad, expresando en tal sentido que:

(..) La Corte ha perdido una valiosa oportunidad para establecer si la delimitación para la designación de Conjueces en el Consejo de Estado en sus propios magistrados podría comprometer la independencia e imparcialidad judicial que debe caracterizar la administración de justicia⁷. No puede negarse la inquietud constitucional que genera el que las normas demandadas de la Ley 1437 de 2011, en una posible *contradictio in terminis*, permitan que los mismos consejeros de Estado **actúen como Conjueces** de sus pares, que obran como **los jueces competentes** en el caso específico, en las decisiones proyectadas por sus colegas, lo cual podría comprometer los aludidos atributos que justamente se exigen de aquellos.

Así, de haberse abordado el estudio material de las normas demandadas, la Corte hubiera podido aclarar la aparente falta de coherencia sistemática de sus previsiones, ya que estas erigen en Conjuez a quien ya es juez. Al respecto no debe perderse de vista que, si la vocación de un Conjuez en múltiples ocasiones es, por ejemplo, dirimir un empate entre posturas que se evidencian antagónicas, esto es, un tercero ajeno a la Corporación, garantizaría que no haya solidaridades científicas fundadas en razones diferentes a la coherencia argumentativa. En ese orden, de cara a la pertinencia necesaria que reclama un cargo que pretende atacar una norma por inconstitucional, en este evento la censura por puesta en duda del principio del debido proceso (Corte Constitucional, 2006, Sentencia T-080, reiterada en auto 169 de 2009.), en su faceta de la imparcialidad y la independencia⁸ no se

7 La independencia e imparcialidad judicial que se reclama de los jueces demanda la ausencia total de factores internos o externos que puedan alterar su objetividad. Un factor interno podría ser la tendencia de los magistrados de una corporación a estar de acuerdo con la posición de uno o varios de sus colegas (corporativismo), obviando lo que objetivamente pueda ser más justo en un caso determinado.

8 Esta Corte ha explicado la diferencia entre los atributos de imparcialidad e independencia, señalando que: “[la] independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, [...] a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales”. Sobre la imparcialidad, ha considerado que esta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de

antoja imposible, o lejano o en todo caso carente de toda posibilidad de ser discutido. (Corte Constitucional, 2017.Sentencia C-688)

Y es que la preocupación que expresa el magistrado José Fernando Reyes no resulta solitaria, se suma a una preocupación que el Ejecutivo dejó ver con la expedición del Decreto 2697 de 2004, por medio del cual intentó reformar el artículo 61 LEAJ⁹, al establecer que los conflictos judiciales donde actúen como partes o terceros intervenientes funcionarios o empleados de la Rama Judicial, debían resolverse por unas las salas de Con jueces especiales muy distintas a las tradicionales. Para la conformación de dichas salas, la norma suspendida propuso desplazar la competencia que tradicionalmente se le había entregado a las Sala Plena del Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, para entregársela al Procurador Judicial, al Contralor General de la República, de la siguiente manera:

(...) Parágrafo. Los procesos judiciales que deban conocer las corporaciones judiciales en donde actúen como partes o terceros intervenientes funcionarios o empleados de la Rama Judicial, serán siempre dirimidos por salas de Con jueces adscritas a las respectivas corporaciones integradas de la siguiente manera: Un Con juez designado por el Procurador General de la Nación; un Con juez designado por el Contralor General de la República; un tercer Con juez que será designado de común acuerdo por los dos Con jueces designados en la forma descrita. Estos Con jueces deberán reunir las mismas condiciones que para ser magistrado de la respectiva corporación y estarán sujetos al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los funcionarios judiciales. (Ministerio de justicia, 2004)

Se trató de una propuesta normativa, que partió de reconocer una afectación de la independencia judicial del Con juez que va a resolver los conflictos jurídicos que involucran los intereses de la Rama Judicial y en el cual pueden tener especial interés los jueces encargados de nombrarlos.

Finalmente, en lo concerniente al régimen de impedimentos y recusaciones descritos en los artículos 130 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 141 de la Ley 1564 de 2012, surgió una discusión relacionada con una aparente omisión legislativa relativa, según la cual ni la norma procesal civil ni el contencioso ad-

la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial" (negrita fuera del texto original) (Corte Constitucional, Sentencia C-365 de 2000).

9 Adicionado por el Artículo 9 del Decreto Nacional 2697 de 2004 "Por el cual se corrigen yerrros tipográficos del Decreto 2637 del 19 de agosto de 2004 por el cual se desarrolla el Acto Legislativo número 03 de 2002" SUSPENDIDO provisionalmente por el Consejo de Estado.

ministrativo consagra prohibición alguna para que una persona que actúa como Conjuez juzgue a quien ha sido actualmente su contraparte en otro proceso.

Esta discusión fue planteada a partir de una demanda de inconstitucionalidad resuelta con la Sentencia C-496 de 2016, debido a una aparente omisión legislativa relativa, pues la norma vigente no contempla la causal: “haber sido o ser contraparte de alguna de las partes o sus apoderados”. Dicho planteamiento resulta absolutamente válido, pues se trata de un régimen diseñado a la medida de los jueces vinculados de manera permanente a la Rama Judicial, desconociendo la diferencia estructural del ejercicio profesional entre el abogado que solo es juez y el que ejerce como juez esporádicamente, pero dedica su actividad profesional a ejercer la abogacía, es decir el litigio.

El demandante explicó que cuando el legislador “jamás contempló la posibilidad de que dicho juez se enfrentara como contraparte a una de las partes en sus propios procesos, en vista de que [a] los jueces les está vedado el ejercicio profesional de la abogacía” (Corte Constitucional, 2013, Sentencia C-222), bajo lo expuesto, pese a que la falta de regulación de la causal de impedimento para los Conjueces vulnera derechos fundamentales, como el acceso a la administración de justicia, la igualdad y el debido proceso, la Corte decidió declarar exequible los artículos demandados, por encontrar infundados los cargos¹⁰.

Del recuento normativo, se puede observar que la regulación de la institución de los Conjueces da claridad en lo que tiene que ver con su responsabilidad disciplinaria y penal, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así lo reiteró la Ley 734 de 2002¹¹ cuando prescribió el artículo 217 “el régimen disciplinario para los Conjueces en la Rama Judicial comprende el catálogo de deberes y prohibiciones previstas en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia” condicionando dicha aplicación a una evaluación de compatibilidad con el caso en que deban actuar; la misma norma también establece la aplicabilidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, el catálogo de faltas gravísimas (art. 2018), competencia para su juzgamiento (art. 216), y graduación de las sanciones (art. 219) que no se detiene a analizar las particularidades que tienen el Conjuez en su ejercicio.

10 En uno de los argumentos de la sentencia se explicó que: “en los procesos regulados por cada una de esas codificaciones, si bien no basta con acreditar el hecho objetivo de que el juez o conjuez sea o haya sido contraparte de las partes o de sus apoderados, este elemento puede articularse con otros para contribuir a demostrar la concurrencia de una causal de recusación o impedimento, como por ejemplo al aducir enemistad grave, amistad íntima, interés moral, o haber sido parte en el mismo proceso o denunciante en un proceso penal o disciplinario anterior o concomitante. A todo lo cuales ha de sumarse que además de estas hay otras hipótesis de recusación e impedimento, contenidas en las normas legales cuestionadas, y que en conjunto ofrecen instrumentos suficientes de imparcialidad para todas las personas”

11 Ley derogada, a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 **de la Ley 1952 de 2019**.

La normatividad revisada no da cuenta de una noción de Conjuez, ni de su la naturaleza jurídica; no hay claridad acerca de su régimen jurídico pues la remisión normativa que se hace no permite aclarar si es titular todos o algunos de los derechos descritos en el artículo 152 de la Ley 270 de 1996 (LEAJ) (participar en programas de capacitación, percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía que no puede ser disminuida de manera alguna, a la protección y seguridad física y la de sus familiares, por ejemplo); y en el mismo sentido si los deberes y prohibiciones que contemplan los artículos 153 y 154 le son exigibles (a efectos penales y disciplinarios), e incluso si se puede hacer acreedor de los estímulos y distinciones que le son aplicables al funcionario judicial que ostenta la relación legal y reglamentaria, entre otros aspectos. En todo caso, las respuestas a estas cuestiones están subordinadas a que se pueda esclarecer la noción y naturaleza jurídica de la institución del Conjuez en Colombia, así como el alcance que tiene.

2. La naturaleza jurídica del conjuez en Colombia

¿Particulares que administran justicia transitoriamente? ¿Funcionarios *sui generis*?

La administración de justicia es una función pública esencial (arts. 228 de la Constitución de 1991 y 125 de la Ley 270 de 1996 LEAJ), a través de ella se buscan preservar los valores y garantías contenidos en la constitución (Corte Constitucional 2006, Sentencia C-323). Para cumplir los fines mencionados, el Estado designó la función de administrar justicia en servidores públicos (magistrados, jueces, consejeros de Estado) y en particulares a quienes se les atribuye transitoriamente funciones jurisdiccionales (Congreso de la República, 1996. Artículo 116, 246, 247 del C.P. y arts. 12 y 13 de la Ley 270 LEAJ).

De la lectura del artículo 116 de la Constitución Política, es posible observar que la autorización que se otorga a los particulares revestidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia, se confiere, en principio, a los jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes, para proferir fallos en derecho o en equidad. Por su parte, el artículo 247 de la Constitución crea la institución del juez de paz (desarrollado por la ley 497 de 1999) a quien le atribuye también el ejercicio de competencias jurisdiccionales, y en el mismo sentido, el artículo 246, reconoce la competencia de los pueblos indígenas.

El citado artículo 116 de la Constitución Política, no enumera restrictivamente los eventos en que los particulares pueden ejercer funciones jurisdiccionales (Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-059; Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-536), por lo que otras normas del ordenamiento jurídico (Constitución o ley)

pueden revestir de competencia a particulares para que ejerzan funciones jurisdiccionales, la Ley 270 EAJ lo desarrolla así en los artículos 12 y 13.

Sobre el tema existe una tratamiento incipiente por parte de la doctrina, pues solo es posible identificar un trabajo académico que se ocupó del tema el cual se trazó como propósito brindar “Un panorama sobre la figura del Conjuez como administrador de justicia en el sistema jurídico colombiano” (Salazar Olivella, 2015); de esta manera la autora advierte las diferentes posiciones que suscita la discusión acerca de su naturaleza jurídica: la primera, que son empleados públicos, la segunda que se trata de particulares que ejercen la función pública de administrar justicia; y la tercera, que se trata de servidores públicos que tienen un vínculo de prestación de funciones públicas con el Estado. En el trabajo de investigación, para la autora Salazar Olivella, se trata de un particular que administra justicia.

Por su parte, de la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, se advierten también tres miradas acerca de la naturaleza de la figura: i) Es un tercero que administra justicia; ii) es un servidor público que administra justicia, sujeto a un régimen especial; iii) son servidores públicos transitorios

Consejo de Estado: Es un tercero que administra justicia

Respecto de las posiciones expuestas, la sección quinta del Consejo de Estado toma partido en la sentencia proferida el 24 de junio de 2010, cuando intentó definir no solo la naturaleza jurídica de la institución del Conjuez, sino también la noción de Conjuez en los siguientes términos:

La institución del Conjuez, que se define como “Juez juntamente con otro en un mismo negocio”, figura tácitamente consagrada en el artículo 116 de la Constitución, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 03 de 2002, al decir que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia...”. Corresponde a una de las formas permitidas por el constituyente para que los particulares se vinculen, de manera temporal o para un negocio respectivo, a la función de administrar justicia, ya que dichos colaboradores de la administración de justicia entran a actuar, regularmente, en cuerpos colegiados cuando alguno de los magistrados titulares no puede hacerlo por el deber que tiene de separarse del conocimiento de un asunto, cuando se ha declarado impedido o cuando frente a él ha prosperado una recusación, e igualmente se necesita su presencia cuando por las circunstancias de la votación respectiva ninguna de las posiciones sometidas a consideración obtiene la mayoría requerida (...). (Consejo de Estado, 2010, Sentencia 2009-00051)

Esta definición, pareciera no comprender los jueces que han denominado *ad doc*, pero resulta lógico por estar invisibilizados en el ordenamiento jurídico.

Corte Constitucional: es un servidor público que administra justicia, sujeto a un régimen especial

La postura asumida por la sentencia de la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996, explica que su naturaleza es la de servidor público cuando actúa en cada caso concreto que atiende, pero que por sus particularidades se trata de un servidor *sui generis*, es decir que su condición es muy singular, y que no puede confundirse con aquellos particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, como ocurre con los árbitros y jueces de paz; dicha argumentación no es clara, dado que no permite explicar el alcance jurídico de tal condición, por ejemplo, como se advirtió en párrafos precedentes, ¿dicha condición le permitiría a los Con jueces exigir los derechos que enumera la Ley 270 LEAJ, propios de los funcionarios judiciales, en carrera o en provisionalidad que ostentan una relación legal y reglamentaria? ¿Qué es lo *suis generis*? ¿Qué los diferencia de un Juez de Paz y un árbitro?

Esta perspectiva de análisis fue controvertida en el salvamento de voto realizado por el magistrado Vladimiro Naranjo, en la Sentencia 037 de 1996, al considerar que los Con jueces en realidad ostentan la calidad de particulares y que de manera transitoria cumplen funciones jurisdiccionales. Explicó el magistrado que los Con jueces no pueden revestir la calidad de servidores públicos porque, ni son miembros de corporaciones públicas, ni empleados, ni trabajadores del Estado y advierte las dificultades que surgen al otorgarle la naturaleza jurídica de servidores públicos:

Que una corporación judicial elija una lista de Con jueces, no significa que ellos, por ese simple hecho, sean servidores públicos, pues de ser ello así, entonces debería aplicárseles igualmente todo el régimen previsto en la Constitución para estos funcionarios, lo cual constituye un despropósito de tal magnitud que no resiste ninguna consideración jurídica y menos una de orden constitucional. Por tales motivos, debe aceptarse que los Con jueces fuesen en realidad particulares que desempeñan transitoriamente funciones públicas.
(Corte Constitucional, 1996, salvamento de voto de Sentencia C-037)

En una sentencia posterior, el magistrado Eduardo Montealegre, de nuevo advirtió que no es claro el estatus jurídico del Con juez, en relación con su vínculo con el Estado, descarta la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, pues “los Con jueces únicamente ejercen funciones públicas de manera temporal, cuando los jueces o magistrados se encuentran imposibilitados para ejercer la función. No

se presentan, por lo tanto, las condiciones básicas de la una relación de carácter laboral" (Corte Constitucional, 2003. Salvamento de voto, Sentencia T-427).

La Sala de Consulta y Servicio Civil: son servidores públicos transitorios

Interviene también en esta discusión, un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicios Civil que, adoptando la postura de la Corte Constitucional, se refiere a al carácter transitorio de los mismos, sus deberes y responsabilidades, y al deber de remuneración de su actividad, así conceptual:

Los Conjueces son servidores públicos transitorios sujetos a un régimen especial. Ejercen transitoriamente función judicial, asumen las atribuciones propias de los jueces y quedan sujetos a su mismo régimen de responsabilidades, deberes, impedimentos y recusaciones. Según los artículos 61 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 115 de la Ley 1437 de 2011, sus servicios serán remunerados. (Sala de Consulta y Servicios Civil, 2016, Concepto 2303)

La Sala se refiere al carácter transitorio de la actividad del Conjuez, pero lo sigue enmarcando dentro del carácter de servidor público de *régimen especial*, pero ¿Dónde está contemplado dicho régimen?; se preocupa por aclarar que no existe una relación jurídica subjetiva de carácter laboral y que "el ejercicio transitorio de función judicial por parte de los Conjurados los ubica en una categoría diferente a la de los 'auxiliares de la justicia'" (Sala de Consulta y Servicios Civil, 2016, Concepto 2303.).

De lo descrito, es claro que los Conjurados cuando se desempeñan en los distintos procesos donde son llamados, lo hacen sin que haya claridad en torno al tipo de relación jurídica que surge, pero con la certeza de que se les aplica el mismo régimen de deberes, atribuciones y responsabilidades de cualquier servidor público en cargado de administrar justicia, tal y como lo anuncia, por ejemplo, la Ley 1437 de 2011 en el artículo 115: "Los Conjurados tienen los mismos deberes y atribuciones que los magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos" (Congreso de la República, 2011, Ley 1437), por su parte el artículo 61 de la Ley 270 de 1996 LEAJ, cuando establece que: "Los Conjurados tienen los mismos deberes que los magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos" (Congreso de la República, 1996, Ley 270).

Bajo el régimen jurídico actual el Conjurado goza de una remuneración por honorarios, la cual solo se activa por una reclamación directa ante la administración judicial, lo que resulta contrario al deber que tiene el Estado de remunerar la actividad, especialmente, se ha evidenciado que dicho trámite expone al reclamante a un viacrucis jurídico, como el descrito en la Sentencia T-247 de 2003, donde la misma la Corte Constitucional toma una postura evasiva frente al tema.

Aunque en lo descrito en la jurisprudencia no se presenta un panorama claro acerca de la naturaleza jurídica del Conjuez, tomamos la postura según la cual los Conjueces son particulares que ejercen la función pública de administrar justicia, similar a como sucede con los árbitros, por tres razones: 1) Ejercen su actividad de forma transitoria, pues no se reúnen los elementos para que se configure una relación laboral, de carácter legal y reglamentaria; 2) los terceros que son nombrados Conjueces ejercen su actividad profesional libremente, lo que no impide que puedan ejercer de manera concomitante la función pública de administrar justicia, situación que incluso obliga a pensar que esta implica que necesariamente se cree un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades que observe tal particularidad que puede afectar su imparcialidad y neutralidad; y 3) la denominación “servidor público con régimen especial”, no está contemplado dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es decir, no existe un régimen legal especial que cobije y desarrolle el alcance y condiciones de la figura del Conjuez.

3. Consideraciones en torno la implementación de la figura del conjuez, en la jurisdicción contencioso administrativa

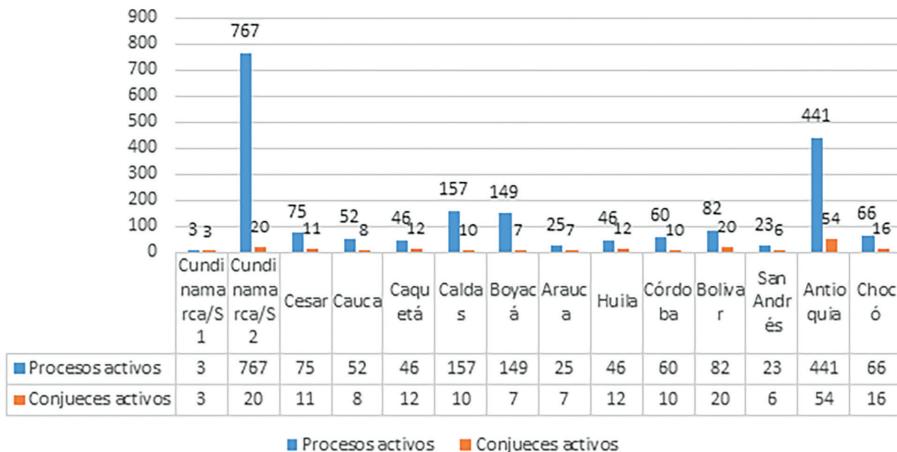
En la jurisdicción contencioso administrativa, existe un volumen considerable de demandas de funcionarios de la Rama Judicial, que ha generado un reiterado llamado a los Conjueces y jueces *ad hoc*. Como ya se mencionó, en su gran mayoría, se trata de asuntos de carácter laboral, donde generalmente están comprometidos intereses de funcionarios judiciales. Lo que conlleva a la declaratoria masiva de impedimentos para conocer de los procesos, por tener un interés directo o indirecto en el resultado del litigio. Como consecuencia de ello, surge la necesidad de reconformar en su totalidad la sala de decisión (o en el caso de los juzgados administrativos, nombrar un juez *ad hoc*), haciendo uso de las listas de abogados externos que se postularon y que fueron nombrados como Conjurados ante dicha jurisdicción.

A partir de la información recopilada entre el segundo semestre del año 2017 y el primero del 2018, proveniente de las relatorías de trece (13) de los veintiséis (26) Tribunales Administrativos y de las cinco secciones del Consejo de Estado, fue posible observar el siguiente panorama por cada Tribunal:

En el Gráfico 1 es posible identificar que están en curso un número considerable de procesos, que demandan la participación permanente de Conjurados en los distintos en los Tribunales Administrativos, siendo los de Cundinamarca, Caldas, Boyacá y Antioquia, los que el mayor número de procesos activos muestra.

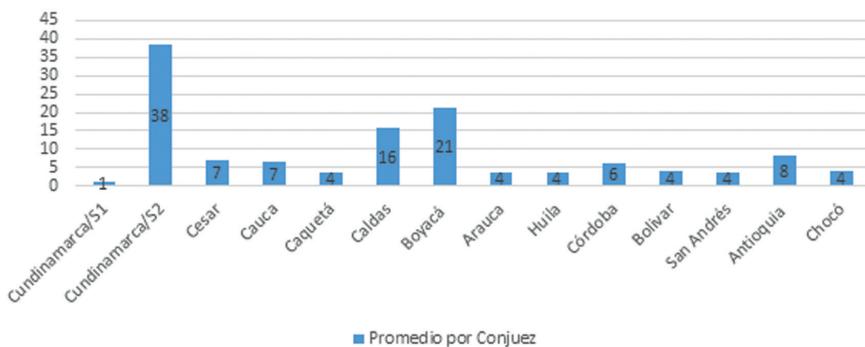
Con relación a los Conjurados activos, los Tribunales de Cundinamarca, Caldas y Boyacá, son los que reflejan una relación mayor de procesos vs. número de

Gráfico 1. Estadística Conjueces en la JCA/Tribunales



Fuente: creación propia.

Gráfico 2. Promedio de procesos por Conjuez/Tribunales



Fuente: creación propia

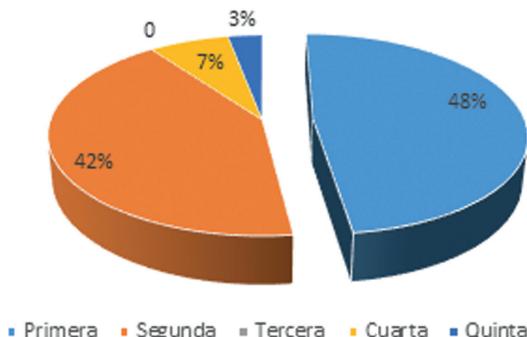
Conjueces, siendo 38 el número de casos asignados más alto y 1 el más bajo. Por su parte, en la Tabla 1 se observa que las cifras que evidencia la estadística del Consejo de Estado muestra detalladamente de la relación procesos activos/Conjueces activos/ y promedio de casos por conjuez, lo que da cuenta de la existencia un número importante de asuntos a cargo de Conjueces:

Tabla 1. Estadística Con jueces Consejo de Estado

Sección	Con jueces activos	Procesos activos	Promedio por Con juez
1	8	330	41
2	12	293	24
3	18	0	0
4	5	50	10
5	7	19	2

Fuente: creación propia

Desde una perspectiva más global, el Gráfico 3, describe la distribución de los seiscientos noventa y dos procesos (692) procesos en curso en las cinco (5) secciones, a cargo de los Con jueces, donde se destaca que la sección tercera no tenía procesos a cargo de Con jueces (0 %) y la sección primera es la que mayor número de casos activos presenta con el cuarenta y ocho por ciento (48 %) de asuntos a su cargo.

Gráfico 3. Relación total vs. Procesos por secciones del C.E.

Fuente: creación propia

Como último hallazgo de la investigación, fue posible observar en el caso de los jueces *ad hoc*, que venían asumiendo el conocimiento sobre las reclamaciones salariales y prestacionales de la Rama Judicial, se identificó una situación apremiante de congestión jurídica que llevó a tomar medidas administrativas, mediante el Acuerdo PCSJA19-11331 de 2019. Dicha medida consistió en crear despachos judiciales en cabeza de Jueces Administrativos exclusivos y especiales para atender dichos asuntos:

Artículo 2º. Crear con carácter transitorio a partir de 8 de julio y hasta el 13 de diciembre de 2019: a. Dos (2) juzgados administrativos en Bogotá conformados por un juez, un sustanciador y un profesional universitario grado 16. b. Un juzgado administrativo en Medellín conformado por un juez, un sustanciador y un profesional universitario grado 16. c. Un juzgado administrativo en Yopal conformado por un juez y un sustanciador.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los juzgados administrativos de Bogotá y Medellín tendrán a cargo los procesos sobre las reclamaciones salariales y prestacionales de la Rama Judicial.

El nominador velará porque las personas designadas como servidores **judiciales no tengan ningún impedimento para conocer de los procesos que le sean asignados.** (Consejo Superior de Judicatura, 2019, Acuerdo PCSJA19-11331, Negrilla propia)

Dicha medida, demuestra que si es posible tomar medidas administrativas para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia de los demandantes interesados en las reclamaciones salariales y prestacionales de la Rama Judicial, lo mismo se podrá hacer con relación a los Con jueces, que en estos mismos asuntos, cumplen sus funciones de manera precaria y desventajosa.

4. Conclusiones

Las normas procesales autorizan que los integrantes de la Sala Plena del Consejo de Estado y Tribunales de distrito judicial puedan nombrar Con jueces en causas donde ellos se han declarado impedidos, particularmente en los casos que tratan el reconocimiento de derechos laborales en disputa. Lo anterior puede comprometer el derecho al debido proceso desde sus facetas de la independencia judicial y la imparcialidad.

El tratamiento que ha dado la jurisprudencia, la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, acerca de la determinación de su naturaleza jurídica no es clara, pues se cataloga como un servidor público *sui generis*, sin precisar claramente a qué se refiere cuando le otorga dicha categoría y cuál es el régimen jurídico aplicable (si se trata de un particular que transitoriamente presta un servicio público o si es un servidor público); bajo el régimen actual solo lo hace titular de deberes, vigilados de manera estricta desde la esfera penal y disciplinaria; y de manera incipiente y dispersa el reconocimiento de derechos.

La ausencia de remuneración por los servicios que presta el Con juez a la administración de justicia, está relacionada con la falta de interés por parte del Ejecutivo de actualizar las tarifas establecidas mediante el Decreto Extraordinario

2204 de 1969, pues la misma norma señaló que la remuneración de los servicios de los Con jueces debía fijarse bianualmente por el Gobierno Nacional; se trata de una facultad discrecional del ejercicio de la potestad reglamentaria y que, a pesar de que lesionó derechos fundamentales, tal parece que el Ejecutivo se puede resguardar en dicha potestad.

Existe un cúmulo importante de procesos en curso a cargo de los Con jueces en el Consejo Estado (Secciones primera, segunda y cuarta) y en los Tribunales Administrativos de Antioquia, Cundinamarca, Caldas, Boyacá y Atlántico, lo que requiere de medidas administrativas, similares a las tomadas en los casos de los procesos atendidos por los jueces *ad hoc* (creación de jueces transitorios), en tanto no se fortalezca al Con juez que está al servicio de Tribunales y Consejo de Estado.

En la jurisdicción contencioso administrativa, y desde la perspectiva del derecho al debido proceso (en su arista de imparcialidad judicial), se establecen una serie de recomendaciones tendientes a: i) Reevaluar el sistema de selección de y nombramiento de los Con jueces, donde los funcionarios que los eligen, no tengan interés directo o indirecto en los asuntos que le van a ser encomendados (Caso de las demandas de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral en contra de la Rama Judicial para determinar el alcance de ciertos derechos y prestaciones); ii) se advierten importantes contradicciones entre los artículos 116 y 117 de la Ley 1437 de 2011, con el artículo 116 de la Ley 270 EAJ (la cual hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio) al convertir en Con jueces de la Sala contencioso Administrativa a los magistrados de la Sala de Consulta y Servicios Civil, y viceversa. Sumada a la prohibición nombrar Con jueces a los Servidores Públicos; y iii) existe una imperiosa necesidad de expedir un régimen jurídico que dé cuenta de las particularidades de la institución de Con juez, que esclarezca su régimen de derechos y obligaciones, remuneración, relación de colaboración con los tribunales de distrito judicial y despachos; régimen de impedimentos y recusaciones especiales.

Referencias

- Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PCSJA19-11331(2 de julio de 2019). Por el cual se crean medidas transitorias en el territorio nacional. Bogotá D.C., Colombia. Publicado el 13 de julio de 2019.
- Colombia. Sala de Consulta y Servicios Civil. (9 de noviembre de 2016). Concepto 2303. Radicación n.º 11001-03-06-000-2016-00113-00(2303). Recuperado de https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1643_CE-Rad-2016-00113-00.pdf

Colombia. Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial n.º 47.956 Bogotá D.C., Colombia.

Colombia. Congreso de la República. (18 de noviembre de 1910). Ley 81 de 1910. La cual se expide En desarrollo del artículo 85 del Acto Legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución, y sobre procedimiento para el recurso de casación. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1626405>

Colombia. Congreso de la República. (15 de marzo de 1996), Ley 270. Estatutaria de Administración de Justicia. Diario Oficial n.º 42.745 Bogotá D.C., Colombia. Recuperado de http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002_pr005.html#216

Colombia. Consejo de Estado. (24 de junio de 2010). Sentencia 2009-00051. Radicación: 11001-03-28-000-2009-00051-00. Colombia. Recuperado de www.consejodeestado.gov.co

Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2303. (9 de noviembre de 2016). Radicación: 11001-03-06-000-2016-00113-00(2303). Consejero Álvaro Namén Vargas. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79518>

Colombia. Corte Constitucional. (17 de septiembre de 1993). Sentencia T-399, T-14223. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-399-93.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (25 de noviembre de 1993). Sentencia C-544, D-284 Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-544-93.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (22 de septiembre de 1994), Sentencia C-416. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-416-94.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (23 de noviembre de 1995). Sentencia C 536. Expediente D-950. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4554>

Colombia. Corte Constitucional. (5 de febrero de 1996). Sentencia C-037 de 1996, P.E.-008 Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (5 de Febrero de 1996). Salvamento de Voto, Sentencia C-037 de 1996. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (21 de marzo de 2003). Salvamento de Voto, Sentencia T-427/03. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-247-03.htm#_ftnref15

Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2004). Sentencia T-1249. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1249-04.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (9 de febrero de 2006). Sentencia T-080

Colombia. Corte Constitucional. (1 de Febrero de 2005). Sentencia C-059. Referencia: expediente D-5244. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-059-05.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (24 de abril de 2006). Sentencia C-323. Referencia: expediente OP-121.

Colombia. Corte Constitucional. (17 de abril de 2013). Sentencia C-222, D-9317 (Corte Constitucional de Colombia 17 de Abril de 2013). Recuperado el 15 de noviembre de 2016 de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-222-13.htm#_ftnref7

Colombia. Corte Constitucional. (15 de julio de 2015). Sentencia T-441 de 2015. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-441-15.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (14 de septiembre de 2016). Sentencia C-496. Referencia: Expediente D-11258. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-496-16.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (22 de noviembre de 2017). Sentencia C-688/17. Recuperado de

Colombia. Presidente de la República. (1969). Decreto 2204 de 1969. Por el cual se dictan normas relacionadas con los auxiliares y colaboradores de la justicia, práctica de diligencias, arancel y remuneración de Con jueces.

Colombia. Presidente de la República. (1984). Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.

De Zubiría Samper, A. (2012). La historia de la Rama Judicial en Colombia. *Criterio Jurídico Garantista*. (6), 154-187. Recuperado de http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista6/08_Historia_de_la_rama_judicial.pdf

Londoño Jaramillo, M. (2008). La congestión y la mora judicial: el juez, ¿Su único responsable? *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB*, 38(109), 385-419. Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/669/613>

Ministerio de Justicia. (31 de julio de 2018). *Proyecto de decreto por el cual se actualizan los honorarios de los con jueces de la Rama Judicial*. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Proyectos_Decretos/Proyecto_Decreto_actualizaci%C3%B3n_remuneraci%C3%B3n_con jueces_17072018.pdf

Ministerio de Justicia. (31 de julio de 2018). *Soporte Técnico decreto tarifas con jueces*. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Proyectos_Decretos/Soporte_Tecnico_decreto_tarifas_con jueces.pdf

Ministerio de Justicia. (19 de agosto de 2004). *Por el cual se desarrolla el Acto Legislativo número 03 de 2002*. Recuperado de <https://www.google.com/search?q=Decreto+2>

637+de+2004&oq=Decreto+2637+de+2004&aqs=chrome..69i57j0l2j69i60.667j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Ministerio de Justicia. (2 de enero de 1984). *Decreto 01 por el cual se expide el Código Contencioso Administrativo*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/normal1.jsp?i=6543>

Ministerio de Justicia. (28 de julio de 1970). *Decreto 1265 Por el cual se expide el estatuto orgánico de la administración de justicia*. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1255158>

Salamanca Charria, B. E. (2014). *Anotaciones sobre la Historia del Derecho Procesal y la Administración de Justicia*. Cali: Sello Editorial Javeriano.

Salazar Olivella, M. P. (2015). *Regimen jurídico de los conjueces: naturaleza jurídica del vínculo con el estado y constitucionalidad de las normas sobre su remuneración*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Gracias por visitar la República de
COLOMBIA



Rescatado de UNICEF-Ecuador. Cuenta en Flickr

Estudios
de Derecho
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención sobre los Derecho del Niño en la jurisprudencia chilena*

Regina Ingrid Díaz Tolosa**

Resumen

Los tribunales de justicia como órganos del Estado están obligados a respetar y promover los derechos humanos. Chile es un Estado miembro de los sistemas internacionales de protección de estos derechos, por tanto, debiese aplicar las normas internacionales protectoras de los derechos de los migrantes en la revisión judicial de órdenes de expulsión. Este artículo revisa si la jurisprudencia chilena aplica normas internacionales en los juicios de amparos que tienen por objeto reclamar de órdenes de expulsión en el período 2008-18. El análisis muestra que no existe una tendencia mayoritaria a la aplicación directa del derecho internacional, quizás porque, si bien los tratados sobre derechos humanos han sido ratificados y puestos en vigencia interna, la vetusta legislación interna migratoria no incorpora expresamente estos estándares. Las cortes refieren expresamente a los tratados internacionales solo en un 10 % de la muestra. El tratado más utilizado ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño, seguido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La protección de la familia o los principios de la unidad familiar y del interés superior del niño han sido identificados como parámetros relevantes a considerar antes de dar a lugar a la expulsión de un extranjero.

Palabras clave: expulsión de extranjeros; Convención sobre los Derechos del Niño; jurisprudencia chilena; protección de la familia; interés superior del niño.

Expulsion of foreigners: The application of the Convention on the Rights of the Child in Chilean jurisprudence

Abstract

Courts of law as state bodies are obliged to respect and promote human rights. Chile is a member State of the international systems for the protection of these rights; therefore, the international norms that protect migrants' rights should be applied during the judicial review of expulsion orders. This article reviews whether Chilean jurisprudence applies international standards in the protection proceedings that are intended to review expulsion orders during the period of 2008-18. The analysis shows that there is not a major trend towards the direct application of international law, perhaps because, although the human rights treaties have been ratified and put into effect internally, the old migratory domestic legislation does not expressly incorporate these standards. The courts expressly refer to international treaties in only 10% of the sample. The most commonly used treaty has been the Convention on the Rights of the Child, followed by the American Convention on Human Rights. The protection of the family or the principles of the family unit and the best interests of the child have been identified as relevant parameters to consider before ruling on the expulsion of a foreigner.

Keywords: expulsion of foreigners; Convention on the Rights of the Child; chilean jurisprudence; family protection; best interests of the child.

Expulsão de estrangeiros: a aplicação da Convenção concernente aos Direitos da Criança na Jurisprudência Chilena

Resumo

Os tribunais de direito enquanto órgãos do Estado são varas obrigadas compulsoriamente a respeitar e promover os direitos humanos. O Chile é um Estado membro dos sistemas internacionais de salvaguarda desses direitos, per se, deve cumprir as normas internacionais que defendem os direitos dos migrantes na revisão judicial das ordens de expelir. Este artigo analisa se a jurisprudência chilena é utente destes padrões internacionais nos processos das tutelas que pretendem rescindir ordens de expulsão no período 2008-18. A análise ensina que não há tendência majoritária à aplicação direta do direito internacional, talvez porque, assim os tratados de direitos humanos tenham sido validados e executados no contorno, a velha portaria doméstica migratória não admite expressamente esses padrões. As varas dos tribunais se referem expressamente aos acordos internacionais somente num 10% da amostra. O tratado mais costumeiramente empregado foi a Convenção alusiva aos Direitos da Criança, seguida pela Convenção Americana dos Direitos Humanos. A defesa da família ou dos valores da unidade familiar e dos melhores interesses da criança foram identificados, como parâmetros salientados, pra serem considerados antes de dar como compulsória à expelida dum expatriado.

Palavras-chave: expelida de exilados; Convenção atinente aos direitos da criança; jurisprudência chilena; salvaguarda da família; melhores interesses da criança.

* Artículo de investigación. Este forma parte integrante del proyecto desarrollado por la autora en calidad de investigadora principal, proyecto Fondecyt Regular 2018-2020, n.º 1181194, titulado: "Aporte de los tribunales de justicia a la protección efectiva de los derechos de las personas migrantes", financiado por la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología.

** Directora de Carrera de Derecho Sede Santiago, Universidad Autónoma de Chile, Chile. Doctora en Derecho. Integra el claustro académico del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Chile, en la línea de investigación sobre "Justicia Constitucional y Derechos Humanos". Correo electrónico: ingrid.diaz@uautonoma.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5447-0049>

Cómo citar este artículo: Díaz, R. I. (2020). Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención sobre los Derecho del Niño en la jurisprudencia chilena. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 61-85
Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a03

Fecha de recepción: 02/10/2019 Fecha de aprobación: 29/10/2019



Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención sobre los Derecho del Niño en la jurisprudencia chilena

Introducción

Chile forma parte de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos, no solo como miembro activo de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, sino también por haber ratificado y puesto en vigencia interna todos sus principales tratados sobre derechos humanos, por lo que ha dado su consentimiento expreso en aras de comprometer la implementación de mecanismos de salvaguarda de estos derechos. En este contexto, corresponde a los tribunales de justicia chilenos, en cuanto a la revisión judicial de órdenes de expulsión de extranjeros, dar aplicación a las normas internacionales protectoras de los derechos de las personas migrantes, pues existe un deber general de respeto y garantía de los derechos humanos, el cual se proyecta a todos los órganos del Estado y se manifiesta en un deber de garantizar la protección eficaz (*effet utile*) de estos, lo cual implica no dictar resoluciones manifiestamente incompatibles con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado e intentar armonizar en el mayor grado posible las normas internacionales y las internas con una interpretación sistemática y finalista (Nash, 2013). En efecto, el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile declara el deber de respeto y de promoción de los derechos de la persona humana impuesta a los órganos del Estado. Entre esos órganos, corresponde también al Poder Judicial respetar y promover los derechos humanos garantidos en el sistema internacional (Nash y Núñez, 2017; Núñez, 2015).

Así, el proyecto de investigación, del cual es parte integrante este artículo de investigación científica, pretende evaluar el papel de los jueces chilenos en la protección de los derechos de las personas migrantes, ante la existencia de normas internacionales ratificadas y vigentes y una regulación legislativa doméstica anacrónica que no las incorpora expresamente [DL 1094 (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley n.º 1094)].

De conformidad al artículo 89 del DL 1094 puede reclamarse judicialmente de una orden de expulsión expedida por decreto supremo del Ministerio del Interior -excluye las órdenes emitidas por los intendentes¹- ante la Corte Suprema (CS) en única instancia en un plazo de 24 horas desde que se le notifica la medida; sin embargo, dada estas restricciones, la acción de amparo constitucional (art. 21 de la Constitución), la cual no contempla un plazo de interposición -sino que puede ejercerse en tanto se encuentre vigente la orden de expulsión que perturba la libertad de circulación del extranjero-, y procede en contra de todo tipo de expulsión, independiente del órgano que lo ordene, ya sea por decreto supremo o resolución administrativa, se ha convertido en una vía idónea de reclamación en casos de expulsión de extranjeros, y durante el período 2008-18 se registra un aumento progresivo de interposiciones de esta acción, y proporcionalmente se recurre a esta más que a la acción de reclamación especial prevista en la ley de migraciones (ver Tabla n.º 1 y Gráfico n.º 1).

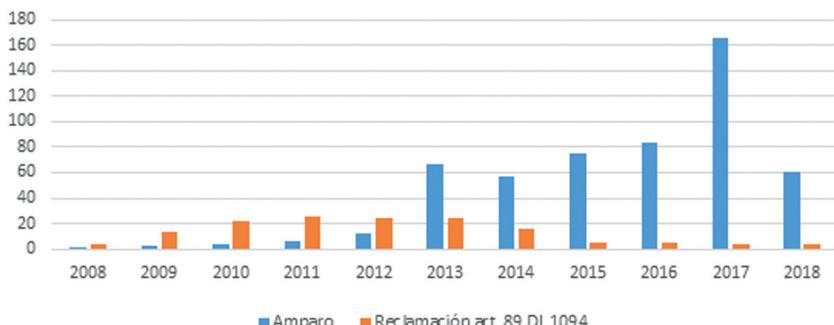
Esta muestra de sentencias incluye un período de 10 años (desde marzo del 2008 a marzo del 2018), ya que el 9 de abril de 2018 se inicia un proceso de regularización de los migrantes en situación irregular (Resolución Exenta n.º 1.965 de 2018), por lo que a partir de esa fecha las acciones judiciales presentadas para revisar órdenes de expulsión son acogidas por esta circunstancia. Los datos se obtienen a partir de requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema, en el cual se solicita detalle con rol de las apelaciones de amparo en materia de expulsión de extranjeros², período de 10 años hasta marzo del año 2018, inclusive, y reclamaciones judiciales por expulsión del país, del mismo período. Luego, la base de datos de amparos recibida contiene 7372 casos con sus respectivos roles, la cual fue depurada por la autora a través de la consulta unificada de causas de la CS, ya que el sistema de tramitación de la mencionada Corte no dispone de la posibilidad de obtener la información con detalle de materias por las cuales se interpone una apelación de recurso de amparo. Así, como se muestra en Tabla n° 1, se obtiene una muestra compuesta por 676 casos, distribuidas en acciones de amparo (Constitución Política de la República de Chile, 1980, art. 21) y en acciones de reclamación especial en caso de expulsión (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley 1094, art. 89). Luego, si los casos de amparo se agrupan de acuerdo con su resultado en rechazados y acogidos, en un 56% de los casos se acogió la acción, mientras que el 44 % restante fue rechazada (ver Tabla n.º 2).

-
- 1 Esto es, en el caso de: a) titulares de permiso de turismo o quienes prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, de conformidad con el artículo 84 inciso 2º del Decreto Ley n.º 1094 de 1975; y, b) extranjeros que hayan ingresado o intentado ingresar al país clandestinamente, de acuerdo con el Decreto n.º 818 del Ministerio del Interior de 1983, que delega en autoridades de gobierno interior que indica, las atribuciones relativas a extranjeros, que señala, actualizado por el Decreto n.º 2911 de 2000.
 - 2 Se previene que la muestra excluye aquellos amparos que no fueron elevados en apelación a la CS, ya que el propósito es comparar aquellos casos conocidos por esta, sea vía apelación en el amparo o vía acción especial de reclamación del artículo 89 del Decreto Ley n.º 1094 de 1975, del cual conoce la Corte en única instancia.

Tabla 1. Acciones interpuestas período 2008-18 en casos de expulsión

TIPO DE AC- CIÓN	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Amparo	1	2	4	6	12	67	57	73	82	166	60	530
art. 21 CPR												
Reclamación	4	13	22	25	24	24	16	5	5	4	4	146
art. 89 DL 1094												

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

Gráfico 1. Acciones de reclamo en casos de expulsión presentadas por extranjeros, período 20-2018

Fuente: Gráfico de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

Tabla 2. Acciones de amparo constitucional, en casos de expulsión clasificadas de acuerdo con su resultado, período 2008-18

	Rechazados	Acogidos	Total		Rechazados	Acogidos	Total	
2008	1	0	1		2014	42	15	57
2009	2	0	2		2015	39	34	73
2010	4	0	4		2016	27	55	82
2011	5	1	6		2017	61	105	166
2012	7	5	12		2018	12	48	60
2013	31	36	67		Total	231	299	530

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

Tras la revisión de la muestra, se puede constatar que la aplicación del derecho internacional no es una tendencia jurisprudencial asentada. De la muestra de 530 sentencias que resuelven acciones de amparos interpuestos por extranjeros en situación de expulsión, en el período 2008-18, solo 55 de ellas refieren a normas internacionales como fuente integrante del plexo normativo a considerar, al interpretar el sentido y alcance de los derechos fundamentales de las personas migrantes en materia de expulsión, lo que equivale solo a un 10 % de la muestra total y a un 18 % de los casos acogidos (ver Tabla n.º 3). Luego, la norma internacional con mayor alusión directa es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), representando un 71 % de los casos que aplican tratados internacionales en su resolución, seguida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (13 %) (ver Tabla n.º 4). Se previene que entre el 2008 y el 2010 no se encuentran casos en los que las cortes apliquen directamente normas internacionales en sus razonamientos.

Tabla 3. Aplicación de normas internacionales en amparos acogidos, período 2011-18

	Aplica DI	% respecto del total de amparos acogidos	Total de amparos acogidos
2011	1	100%	1
2012	2	40%	5
2013	13	36%	36
2014	3	20%	15
2015	10	29%	34
2016	5	9%	55
2017	12	11%	105
2018	9	19%	48
Total	55	18%	299

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

Por consiguiente, en esta oportunidad, la evaluación y análisis lo hemos centrado en cómo los tribunales superiores de justicia chilenos han aplicado la CDN, logrando constatar que los principios de la unidad familiar y del interés superior del niño han sido identificados como parámetros relevantes a considerar antes de dar a lugar a la expulsión de un extranjero. Los resultados detallados del estudio se presentan en tres apartados. Primero, se sistematiza el contenido del estándar internacional sobre protección de la familia -en consideración de los tratados internacionales aplicables y la interpretación de estos, tanto por los órganos que supervigilan el cumplimiento de los respectivos tratados, como por las Cortes internacionales (sección 1)-, para luego examinar cómo se ha implementado en el sistema jurídico chileno, tanto por parte del legislador (sección 2) como del poder judicial (sección 3).

Tabla 4. Normas internacionales aplicadas en amparos acogidos, período 2008-18

	Frecuencia	% respecto del total
Otros tratados ¹	8	14,5%
CADH	7	13%
CDN	39	71%
Total	55	100%

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

1. De las normas del derecho internacional de los derechos humanos que protegen la familia en casos de expulsión de extranjeros

1.1. Sistema universal de protección de los derechos humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, PIDCP, 1966), en su artículo 23.1 reconoce que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (ONU, PIDCP, 1966, art. 23,1), mientras que el artículo 17 afirma que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su (...) familia” (ONU, PIDCP, 1966, art. 17) y que “2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (ONU, PIDCP, 1966, art. 17). Luego, en materia de migración, aparece como relevante la interpretación del Comité de Derechos Humanos, **órgano que supervigila el cumplimiento del Pacto**, en tanto afirma que el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de vivir juntos, y, por tanto:

[L]a adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares. (Comité de Derechos Humanos, 1990, OG n.º 19, párr. 5).

Por su parte, la Convención Internacional sobre la protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CTMF), 1990, en su artículo 44 no solo reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, sino también el deber de los Estados de asegurar su protección y unidad, con su cónyuge -o persona

1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) junto con la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1), Acuerdo Mercosur (1), Convenio Arica-Tacna (4), tratado internacional sin especificar cuál (2).

con quien se mantenga una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio-, e hijos menores de edad. Así, se ha interpretado que son reagrupables al menos el cónyuge y los hijos dependientes menores de edad. Derecho que se extiende a la pareja de hecho, a los ascendientes u otros familiares, en función de la normativa aplicable en cada Estado, por ejemplo, es posible extenderlo a los hijos mayores de edad, a los hijos adoptados o sobre los que se ejerza custodia, siempre y cuando dependan económicamente del reagrupante (Fernández, 2001).

No obstante, si los Estados tienen el derecho a determinar el régimen jurídico de entrada o permanencia de extranjeros en su territorio, no existe un derecho absoluto a la unidad familiar, pues sino se transformaría en una vía de entrada de inmigrantes que alteraría la tradicional consideración de la regulación del derecho de extranjería como perteneciente a la soberanía interna de los Estados (Aleinikoff, 2002; Goic, 2004). Sin embargo, el régimen de ingreso establecido por el Estado no puede ser incompatible con la protección mínima de los derechos humanos, por tanto, los Estados deben admitir que el extranjero pueda contar con su entorno familiar. Para ello, los Estados disponen de un margen de apreciación que permite garantizar el respeto a la vida familiar en consonancia con los legítimos intereses de los Estados. Margen que no puede ser ni discriminatorio ni arbitrario, sino razonable; lo cual se determina principalmente a través de un examen de proporcionalidad entre los motivos que sirven de fundamento para la aplicación de la causal legal para decretar la medida, por un lado, y la naturaleza de los vínculos familiares, por otro. De esta manera, cuando se invoque el reagrupamiento familiar para ingresar en un territorio estatal o para no ser expulsado del mismo, el Estado solo puede negarlo cuando no se violen otros derechos fundamentales o cuando las razones que alegue sean razones de orden público estatal (Arlettaz, 2016; Fernández, 2001; O'Donnell, 2007; Comité de Derechos Humanos, 1986, OG n.º 15, párr. 5). Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Recomendación General XXX, párr. 28, 2004), recomienda evitar la expulsión de los no ciudadanos, especialmente de los residentes de larga data, que pueda tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar.

Adicionalmente, en el caso de la reagrupación de menores de edad, es especialmente aplicable la CDN 1989, la cual en su artículo 7º señala el derecho del niño a ser cuidado por sus padres; en el 8º, el deber de los Estados partes de respetar el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; en el 9º, el deber de los Estados partes de velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, y si lo están, el niño tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello fuese contrario al interés superior del niño; en el 10º, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar

en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Sin embargo, no es evidente que estas normas exijan a un Estado admitir a los familiares de los inmigrantes asentados; sería posible que la familia se reuniera en otro Estado (en particular, en su Estado de origen).

El derecho a la unificación familiar allende fronteras emerge con más fuerza para los refugiados y los inmigrantes asentados legalmente, pero sería más difícil mantener ese derecho para quienes entran ilícitamente o solicitan asilo en un país. La discreción que el derecho internacional público reconoce a los Estados para la admisión de extranjeros a su territorio nacional es muy amplia; la normativa internacional en materia de derechos humanos limita esta discreción, pero esos límites no son claros ni categóricos, sino que dependen del peso relativo de los intereses y motivos presentes en el caso concreto (Aleinikoff, 2002; O'Donnell, 2007; ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 66).

La CDN pareciera aplicar una norma más estricta, ya que solo permite la separación familiar cuando esta es lo mejor para el niño. De este modo, cuando la expulsión fuera a dar lugar de hecho a la separación de la familia -por las dificultades prácticas del reasentamiento y la adaptación de sus miembros- los Estados estarían obligados en virtud de esa Convención a escuchar al niño (o a su representante) y a determinar si la expulsión de uno de los progenitores es lo mejor para él. En efecto, el Comité de los Derechos del Niño, órgano que supervigila el cumplimiento de la CDN, enfatiza que la medida de separación:

[S]olo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia (...) La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño. (ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 61-3)

Por otra parte, estando la familia ya separada y tratándose de un menor no acompañado en el Estado receptor y su familia se encuentra en el Estado de origen, el Comité manifiesta la importancia de iniciar con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar, pues se debe procurar por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo:

- a. Cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (art. 12 de la CDN) (párr. 81, 2005);

- b. La reunión familiar en el país de origen no favorece el interés superior del menor por existir un riesgo razonable de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor (Comité de Derechos del Niño, 2005, OG n.º 6, párr. 82).

Una alternativa también posible es el reasentamiento de la familia en un tercer Estado, para ello se debe realizar una “evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior, habida cuenta en particular de las circunstancias internacionales del momento y demás imperativos de protección” (Comité de Derechos del Niño, 2005, OG n.º 6, párr. 92). Esto se debe complementar con la ONU, Comité de Derechos del Niño (2013, OG n.º 14, párr. 10), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. La cual tiene por objeto garantizar que los Estados parte en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten, para lo cual define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas. Así, afirma que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño, tales como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores (ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 48).

Ahora, si la prolongación de la separación se hace necesaria, se ha de velar por que el “niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño” (ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 65). El Comité aclara que este derecho del niño a mantener una relación directa con sus padres separados se trata de un derecho aplicable no solo respecto de los padres biológicos, sino también a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha (ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 60). En el mismo sentido, la OG conjunta del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares n.º 4, párr. 27, 2017 y del Comité de los Derechos del Niño n.º 23, párr. 27, 2017 dice que: “(...) el término ‘padres’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”.

Si tras la ponderación de las circunstancias se decide a favor de la reunificación familiar en el Estado de acogida, mientras se resuelve su situación como inmigrantes y se evalúa cuáles son los intereses superiores de los niños, la necesidad de mantener unida a la familia no es una razón válida que justifique la privación de libertad de un niño. Cuando el interés superior de este exija que se mantenga a la familia unida, la exigencia imperativa de no privar al niño de la libertad se hace extensiva a los padres del niño y requiere que las autoridades elijan soluciones para toda la familia que no entrañen custodia (Organización de las Naciones, 2017, OG conjunta n.º 4 y 23, párr. 11).

Al contrario, la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de una infracción de las leyes sobre la inmigración relacionadas con la entrada o la estancia es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración. Así, los Comités recomiendan a los Estados que faciliten vías para la regularización de los migrantes en situación irregular que residan con sus hijos, en particular cuando ha nacido un hijo o cuando un hijo ha vivido en el país de destino durante un largo período de tiempo, o cuando el retorno al país de origen de uno de los progenitores iría contra el interés superior del niño (Organización de las Naciones, 2017, OG conjunta n.º 4 y 23, párr. 29). Con todo, si el país de destino no autoriza la reunificación familiar al niño o a su familia, debe proporcionar información detallada al niño, de una manera apropiada a su edad y su condición, acerca de las razones de la negativa y del derecho que tiene a recurrir (Organización de las Naciones, 2017, OG conjunta n.º 4 y 23, párr. 35).

Por otra parte, es posible exigir determinados requisitos para ejercitar la reunificación familiar, tales como el haber permanecido un tiempo mínimo en el país en que se encuentra o acreditar que dispone de los medios económicos necesarios para mantener a los reagrupados. Luego, los Comités son conscientes de que la falta de recursos financieros a menudo obstaculiza el ejercicio del derecho a la reunificación familiar y de que la falta de pruebas en cuanto a unos ingresos familiares suficientes puede constituir un obstáculo para la reunión. Se alienta a los Estados a que proporcionen un apoyo financiero adecuado y otros servicios sociales a esos niños y sus padres, hermanos y, cuando proceda, otros familiares (Organización de las Naciones, 2017, OG conjunta n.º 4 y 23, párr. 38).

1.2. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Por su parte, en el ámbito regional de protección de los derechos humanos, la CADH 1969, en su artículo 17 se refiere a la protección a la familia. En consecuencia, la

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado que cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, debido a la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada.

En la consecución de ese fin, el Estado debe analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quiénes vive el niño, así como el tiempo que el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo del niño, de forma tal que se ponderen estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger. De este modo, la Corte ha mantenido que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. Por consiguiente, las separaciones legales de un menor de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, serie C n.º 282, párr. 360, 414-7; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, *Caso Familia Pacheco*, serie C n.º 272, párr. 218).

En efecto, por aplicación del principio del interés superior del niño se desprende la necesidad de la unidad familiar, pues los niños son sujetos de derechos y no objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres. Por tanto, el Estado ha de tomar medidas especiales de protección orientadas en el principio del interés superior del niño, cuyo fundamento es la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, es preciso ponderar las características particulares de la situación en la que se hallen los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, serie C n.º 282, párr. 344 y 357; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, *Caso Familia Pacheco*, serie C n.º 272, párr. 226 y 228; Ceriani, 2013).

Por su parte, la Opinión Consultiva (OC) sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, OC-21/14, Serie A n.º 21, párr. 167), señala que, en lo referente a los niños no acompañados o separados, el

derecho internacional impone sobre el Estado obligaciones específicas atendiendo a esta situación particular. Los Estados deben garantizar que el niño tenga un lugar adecuado donde alojarse; priorizando soluciones basadas en la familia o la comunidad antes que la institucionalización. Los Estados se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de la identidad y composición familiar del niño en tal situación; localizar a su familia y propender a su reunificación familiar, teniendo en cuenta su opinión e interés superior, y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta.

2. Examen de compatibilidad entre el estándar internacional sobre reunificación familiar y la legislación chilena

Los Estados que han contraído obligaciones internacionales de respeto de los derechos humanos, deben procurar una armonización con el ordenamiento jurídico interno, pues la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos no se limita a evitar la concurrencia de conductas transgresoras de tales derechos, sino que además implica que los Estados deben emprender acciones necesarias para su ejercicio y goce. Entre estas acciones positivas se incluye la revisión de la legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ellas y las normas internacionales, pues es el derecho interno el encargado de disolver los obstáculos que pueda encontrar la implementación de las obligaciones provenientes del Derecho internacional. En efecto, el principio de la imposibilidad de invocar el derecho interno para eludir las obligaciones internacionales asumidas por un Estado (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, art. 27) se traduce en el deber del Estado de armonizar la legislación interna con el orden internacional, lo cual ha sido recogido a nivel convencional universal y regional (ONU, PIDCP, 1969, art. 2.2, 1966; CADH, art. 2; Díaz, 2015). Pero, la ley chilena sobre migraciones es de antigua data y concebida bajo un paradigma en el cual predomina la seguridad nacional, en consecuencia, se refiere, principalmente, a las normas relativas a ingreso y permanencia en el país de extranjeros, tipos de visados, infracciones, sanciones administrativas y causales de expulsión, y carece del reconocimiento de los derechos de las personas migrantes en consonancia con los cánones desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos, por tanto, no responde a los parámetros que debiera considerar un Estado democrático parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos (Díaz, 2016).

Así, en materia de protección efectiva de los derechos de las personas migrantes, especial atención requieren los parámetros internacionales revisados en el apartado anterior sobre protección de la familia en el contexto de procesos

administrativos de expulsión. Si bien la Constitución chilena reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad como base de la institucionalidad chilena (artículo 1º inciso 2º), aún no se verifica en plenitud una adecuación al estándar internacional, en tanto la ley migratoria no recoge un enfoque de derechos humanos, por lo que omite referencia expresa a sus derechos (Díaz, 2016; Domínguez Valverde, 2016; Bassa y Torres, 2015). En efecto, es posible observar una falta de reconocimiento expreso de la protección de la familia, la unidad o reunificación familiar y el interés superior del niño como principios y parámetros relevantes para decidir sobre la expulsión de una persona.

Luego, es pertinente destacar que el texto del proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín n.º 8970-06) aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados (Legislatura 366, sesión 126, Oficio n.º 14.470 de 16 de enero de 2019), y que se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado con su discusión general aprobada (Legislatura 367, sesión 40, Diario de sesiones del Senado, de 13 de agosto de 2019), este incluye un listado de derechos de los extranjeros con el expreso objeto de promover el respeto y garantía de los derechos humanos de los extranjeros que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria (artículo 3). Así, refiere expresamente al interés superior del niño (artículo 4) y a la reunificación familiar (artículo 19) -aunque solo respecto de quienes ya han adquirido la categoría migratoria de residentes-, con expresa referencia a las obligaciones establecidas en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículos 3, 4, 21), además de precisar que la normativa migratoria se interpretará conforme a la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos (artículo 10) y el principio *pro homine* (artículo 11). Además, se destaca que dispone expresamente como criterio de ponderación a considerar por la administración al fundamentar la dictación de una medida de expulsión, a la unidad familiar (artículo 125). También, tratándose de la medida de privación de libertad para asegurar la ejecución de la expulsión, expresamente se dispone en el artículo 131 que en ningún caso se aplicará a niños. Por tanto, se observa que se encuentra en una mayor armonización con los estándares interamericanos de protección de las personas migrantes en comparación con el DL 1094 en actual vigencia.

En cuanto a los menores no acompañados, el proyecto, establece que no podrán ser expulsados, sino que dispone de un procedimiento de retorno asistido en el artículo 128, el cual privilegiará el interés superior del niño, el derecho a ser oído, y el de no devolución, con pleno respeto a sus derechos y garantías consagrados en la Constitución y en tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Procedimiento que deberá iniciarse en el plazo más breve posible, y que en ningún caso podrá superar los tres meses desde el ingreso del niño. Se le informará al niño de su situación y derechos, de los servicios a los que tiene acceso y del procedimiento de retorno al que será sometido, así como

del lugar y condiciones en que se mantendrá en el país mientras no se realice el retorno. Además, se notificará al consulado del país de nacionalidad o residencia del niño de su ubicación y condiciones. Asimismo, se promoverá la búsqueda de familiares adultos, tanto en el territorio nacional, como en su país de origen, en coordinación con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño. Los niños quedarán bajo la tutela de la autoridad encargada de su protección mientras dura el procedimiento de retorno asistido y no podrá privarse de su libertad para hacer efectiva esta medida. Este mecanismo, también es un avance respecto de la actual regulación, la cual permite su expulsión en virtud del artículo 16 n.º 4 del DL 1094. No obstante, se deja constancia de la existencia de una visa temporaria para niños con independencia de la situación migratoria de sus padres o que se encuentren en situación de no estar acompañados por ellos (DEM, Circular n.º 16, 26 julio 2017). Además, la Circular n.º 30722, 10 septiembre 2014, asevera que “bajo ninguna circunstancia y en ningún caso se debe sancionar a un menor de edad con la medida de expulsión del país”.

3. Jurisprudencia chilena sobre amparos en reclamación de órdenes de expulsión de extranjeros: especial referencia a la aplicación de la CDN

La CDN, aplicable en virtud del artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República, ha sido expresamente invocada por los tribunales de justicia chilenos en acciones de amparo del período que cubre la muestra en casos de extranjeros sujetos a expulsión, especialmente tratándose de los artículos 3 (interés superior del niño), 7 (derecho a adquirir una nacionalidad y a ser cuidado por sus padres), 8 (derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y las relaciones familiares) y 9 (no separación de sus padres). Los 39 casos que se refieren expresamente a la Convención se circunscriben en tres causales de expulsión, dos de ellas imperativas de aplicación para la administración y una de aplicación facultativa (ver Tabla n.º 5. Se previene que en período 2008-12 no se presentan casos de aplicación directa de la CDN en amparos acogidos dejando sin efecto órdenes de expulsión).

Tabla 5. Distribución de casos que aplican la CDN, de acuerdo con la causal legal que funda la medida de expulsión, período 2013-18

Causal facultativa	Causal imperativa por infracción migratoria	Causal imperativa por revocación de permiso de residencia
29	5	5

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

La causal de exclusión facultativa es la de mayor ocurrencia dentro de la muestra, representando un 74 % de los casos y consiste, de conformidad al artículo 17 n.º 2 del DL 1094, en extranjeros que durante su residencia incurran en algún acto de tráfico ilícito de drogas o armas, contrabando, tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres. Esta causal incluye una amplia discrecionalidad por parte de la autoridad administrativa, pues qué se entenderá por “moral o buenas costumbres”. Así, en el proceso de aplicación de esta causa legal, el órgano administrativo debe apreciar los hechos que rodean la situación para determinar si es posible la subsunción del hecho concreto a la norma. En este ámbito, late siempre la amenaza de que se utilice a la causal legal como fuente legitimadora de la arbitrariedad; ello justifica la revisión de los actos administrativos por parte de los tribunales (Ponce de León, 2018).

Luego, las causales imperativas de exclusión consisten en dos hipótesis distintas, una referida a aquellos extranjeros que son sancionados con motivo de una infracción migratoria consistente en ingreso al país o intento de egreso de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley 1094, art. 68); o bien, extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, con o sin concurrencia de causales de impedimento o prohibición de ingreso (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley 1094, art. 69). La otra causal imperativa de exclusión se refiere a aquellos extranjeros cuyo permiso de residencia ha sido revocado (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley 1094, art. 67), siendo esta revocación de permiso de residencia facultativa si quedan comprendidos en algunos de los casos listados en el art. 64, Ministerio del Interior (1975), Decreto Ley 1094:

- (n.º 1) Condenados en Chile por crimen o simple delito.
- (n.º 2) Hagan declaraciones falsas al efectuar cualquier gestión ante las autoridades;
- (n.º 3) Realicen actos que puedan significar molestias para algún país con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o para sus gobernantes;
- (n.º 4) Queden comprendidos en los Nos 4 o 5 del art. 15, con posterioridad a su ingreso a Chile. Esto es: si no tienen o no pueden ejercer profesión u oficio, o carecen de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social; sufren enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional;
- (n.º 5) Infrinjan las prohibiciones o no cumplan las obligaciones impuestas;
- (n.º 6) No observen las normas, sobre plazos establecidos en este decreto ley y su reglamento, para impetrar el respectivo beneficio;

- (n.º 7) Los residentes sujetos a contrato que por su culpa dieren lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo, y
- (n.º 8) Los que no cumplan con sus obligaciones tributarias.

Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacionales.

En cuanto a la aplicación de la CDN, se observan dos modalidades de incorporación por parte de los tribunales, la mayor parte de las veces, representando un 72 % de los casos, es utilizada como argumento complementario para acoger el amparo (*obiter dictum*), en contraste en un 28 % de los casos, en los cuales el uso de la CDN es dentro de la *ratio decidendi* o motivo principal para acoger el amparo, pues se la considera como parámetro para medir la razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria.

3.1. Casos de incorporación de la CDN como *obiter dictum*

En los casos en los cuales el uso de la CDN es parte de las consideraciones complementarias o adicionales (72 % de los casos), se alude al interés superior del niño como derrotero *sine qua non* en todos los asuntos y decisiones en que deban intervenir las autoridades y órganos públicos, entre los cuales ciertamente los tribunales, nunca habrán de decidir sin considerarlo. Luego, este interés se concreta en atención al artículo 9 de la CDN, el cual “obliga a cualquier esfuerzo para que el niño no se mantenga separado de sus padres”. Si bien la expulsión tiene como sujeto exclusivo al extranjero, lo que no quiere decir que su consumación conlleve la disgregación de su matrimonio y de su paternidad; son elementos que se deben considerar para decidir sobre mantener una sanción que por otros motivos principales sería improcedente. Si además los hijos del extranjero sujeto a la medida de expulsión tienen la nacionalidad chilena, no solo implicaría la separación con sus padres sujetos a la medida de expulsión, sino que además afectaría la identidad familiar y nacional del niño (Corte Suprema, 2013, rol n.º 66, párr. 6; rol n.º 3057-2013, párr. 6; rol n.º 3694-2015, párr. 6-8; rol n.º 5277-2015, voto de prevención del magistrado Dolmestch; rol n.º 33257-2016, párr. 4º; rol n.º 50031-2016, párr. 3; rol n.º 19208-2017, párr. 4; rol n.º 37229-2017, párr. 5; CAS (Corte de Apelaciones de Santiago), rol n.º 803-2017, de forma similar, aludiendo en párr. 7 al “principio de corresponsabilidad parental, que se traduce en la obligación del Estado de garantizar el derecho del adolescente a permanecer y ser cuidado por ambos padres hasta que alcance la mayoría de edad”).

Luego, los motivos principales para acoger los amparos han sido, respecto de la causal facultativa del art. 17 n.º 2 del DL 1094:

a). La desproporcionalidad de la medida.

a.1) *Por falta de habitualidad del delito.* Así, la desproporcionalidad de la medida se verifica en aquellos casos en los cuales el hecho ilícito es aislado, sin constituir una habitualidad de la conducta, tal como lo exige el artículo 15 n.º 2 al indicar: “*Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas*” (el subrayado es nuestro) (Corte de Apelaciones de Santiago, 2013, rol n.º 1244, párr. 5-6; Corte Suprema, 2013, rol n.º 13038, párr. 4-6).

a.2) *Por falta de gravedad del delito para tener la entidad de los descritos en el artículo 15 n.º 2 del DL 1094.* También, la medida de expulsión se entiende desproporcionada en relación con los tipos penales que constituyen un simple delito, los cuales no tienen la misma gravedad y entidad de los enumerados en el referido numeral (Corte Suprema, 2013, rol n.º 66, párr. 3-5 (delito de hurto); Corte Suprema, 2013, rol n.º 3057-, párr. 3-5 (infracción a la Ley de Propiedad Intelectual)).

a.3) *Por ser el delito un único reproche, encontrándose la sanción cumplida.* Además, a partir del 2018, fallos de la CS, en los cuales, en interpretación de la concurrencia de la causal legal del artículo 15 n.º 2 del DL 1094, y la frase “ejecuten actos contrarios a la moral o las buenas costumbres”, afirma se trata de conceptos jurídicos indeterminados a los que la autoridad debe otorgar contenido, y que el fundamento de una medida de expulsión se desvanece si el acto delictual “es el único reproche que se atribuye al amparado, cuya sanción penal ha sido íntegramente cumplida” (Corte Suprema, 2018, rol n.º 2268, párr. 2; rol n.º 2269-2018, párr. 2; rol n.º 2540-2018, párr. 2) (además, en este caso “los ilícitos acaecieron hace más de una década” y el decreto de expulsión data de 2009, por lo que la Corte afirma también, párr. 4, que, “la inejecución de la medida de expulsión, que data de mayo de 2009, supone aceptación por la autoridad administrativa de la permanencia del recurrente en el país”).

b) *La falta de un debido proceso en la instancia administrativa de reclamación.* El año 2015, resulta interesante fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique, el cual incluye como razonamiento adicional, alusión a la falta de un debido proceso en la sede administrativa:

aun cuando se trata de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento (...) el principio del debido proceso no se satisface si el amparado no ha contado con asistencia letrada, oportuna -desde la primera etapa del procedimiento de expulsión. Idónea, técnica, accesible y en un proceso contradictorio, fuera de naturaleza administrativa o judicial. (Corte de Apelaciones de Iquique, 2015, Rol n.º 70-, párr. 5)

c) *La falta oportunidad de la medida de expulsión.* Jurisprudencia a partir del año 2017, considerando la data de la comisión del delito (Corte Suprema, 2017, rol n.º 12208 (el delito que fundaba la causal de expulsión invocada por la Admi-

nistración data del año 2009), párr. 4; rol n.º 16754-2017 (delito de data 2013), párr. 3; CAS, rol n.º 31-2016 (delito data 2007), párr. 5).

Respecto de la causal de expulsión imperativa por comisión de delito migratorio (artículo 68 o 69 DL 1094), los motivos principales para acoger los amparos han sido, la arbitrariedad de la medida por falta de fundamento ya sea por haber existido sobreseimiento definitivo del delito migratorio (Corte Suprema, 2013, rol n.º 6693, párr. 2-4), o extinción de la responsabilidad penal por desistimiento de la acción (Corte Suprema, 2014, rol n.º 7804, párr. 2-5; rol n.º 9081-2014, párr. 4-6. CAS, rol n.º 284-2018, párr. 3-6).

Finalmente, respecto de casos analizados que versan sobre causales de expulsión imperativas por revocación del permiso de residencia, siendo esta revocación facultativa, el motivo principal para acoger el amparo, en uno de los casos, es la desproporcionalidad y falta de justificación de la decisión de rechazo del permiso de residencia. Se trataba de un caso de solicitud de permiso de residencia sujeto a contrato de trabajo, por tener antecedentes penales en su país de origen, consistente en un delito de hurto calificado sancionado con 24 meses de prisión, cometido hace 9 años. La CS considera a la CDN como *obiter dictum*, en tanto, el extranjero tiene en Chile a su cónyuge e hijas, todas de nacionalidad colombiana, la primera con visa permanente sujeta a contrato de trabajo y las niñas insertas en el sistema escolar. En este caso el rechazo de la visa se funda por tener el extranjero, antecedentes penales en país de origen de antigua data, por lo que la Corte Suprema (2013, rol n.º 3436, párr. 2-3), estima que el rechazo facultativo de la visa es injustificado:

[E]l solicitante ha ingresado en forma legal al territorio nacional y no es sujeto de persecución penal alguna, por lo que no es posible colegir, sin prueba suficiente, que de permanecer en el territorio nacional ejecute alguna conducta ilícita o inconveniente para la nación. La autoridad ha invocado “razones de conveniencia y utilidad nacional”, cláusula general, que exige mirar las características del caso específico. El recurrente registra condena en su país de origen, delito común, no de aquellos del artículo 15 N° 2 del D.L. 1094, de una antigüedad de 9 años, donde no es requerido por autoridad judicial alguna en su país. Luego, nada hay pendiente sobre la materia. (Corte Suprema, 2013, rol n.º 3436, párr. 2-3)

En los otros casos, teniendo el extranjero permiso de residencia definitiva de larga data (Corte Suprema, 2015, rol n.º 5277, párr. 3; rol n.º **50031-2016, párr. 1-2**) o calidad de refugiado (Corte Suprema, 2017, rol n.º 30361, párr. 7), estos no habían sido revocados previamente a la dictación del decreto de expulsión, por lo que es el motivo principal para acoger el amparo, ya que aún son titulares de tales permisos y al no haber sido revocados, restan mérito a la justificación de la orden

de salida forzosa, en cuanto pretenden expulsar del territorio a una persona que está autorizada por el Estado para mantenerse en Chile sin limitación en el tiempo.

3.2. Casos de incorporación de la CDN en la *ratio decidendi*

En el 28 % de los casos, la CDN ya no se cita como un argumento en adición, sino se la considera en la *ratio decidendi* como un parámetro para medir la razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión administrativa de expulsión no arbitraria, en el contexto de la aplicación de una causal de expulsión facultativa como lo es la del artículo 17 en relación con el artículo 15 n.º 2 del DL 1094. Así, la CS, afirma que, a diferencia de las causales de expulsión imperativas, en las facultativas la autoridad administrativa para decidir si ejerce o no la facultad, ha de ponderar otros elementos diversos a los que el propio precepto enumera, entre estos, la protección de la familia del extranjero sujeto a la medida de expulsión. La legalidad de la decisión de expulsión requiere de un análisis sustancial de los antecedentes por sobre la constatación de la concurrencia de una mera legalidad formal, la adopción de la medida no puede ser fruto de la arbitrariedad del agente estatal, contra quien se dirige la acción constitucional de amparo, por lo que se debe verificar la razonabilidad, proporcionalidad y motivación del acto impugnado, sin desatender las circunstancias familiares del amparado (Corte de Apelaciones de Temuco, 2015, rol n.º 1171, párr. 3-9; Corte de Apelaciones de Iquique, 2016, rol n.º 139, párr. 4; Corte de Apelaciones de Arica, 2017, rol n.º 196, párr. 5-10; Corte Suprema, 2013, rol n.º 6366, párr. 3-4; rol n.º 6649-2013, párr. 4-5; rol n.º 2309-2015, párr. 6-8; rol n.º 5276-2015, párr. 3-5; rol n.º 50010-2016, párr. 7; rol n.º 1152-2018, párr. 3).

Lo propio tratándose de la causal imperativa de expulsión por comisión de delito migratorio, la CDN se utiliza en la *ratio decidendi* como parámetro de evaluación de la pertinencia de la medida, pues habiendo desistimiento de la acción y habiéndose consecuentemente extinguido la responsabilidad penal, el acto administrativo debe revisar las circunstancias familiares del amparado (Corte Suprema, 2015, rol n.º 12356, párr. 3-4).

Finalmente, respecto de casos analizados que versan sobre causales de expulsión imperativas por revocación del permiso de residencia, siendo esta revocación facultativa, la CDN se utiliza en la *ratio decidendi* como parámetro para evaluar la razonabilidad y motivación de la revocación facultativa del permiso de residencia. Así, la medida de revocación de la visa es desproporcionada y carente de motivación, si no considera la protección de la familia y el deber de no separación del niño con sus padres (CDN, art. 9.1) (Corte de Apelaciones de Temuco, 2015, rol n.º 497, párr. 3-7).

Conclusiones

1. El derecho a la reunificación familiar entendido como el derecho de los extranjeros a mantener la unidad de su familia en el país al que se han desplazado no se encuentra expresamente establecido en el derecho internacional convencional, pues ello implicaría escindir el principio de soberanía que permite a cada Estado regular la entrada y permanencia de extranjeros dentro de sus fronteras. Sin embargo, diversos tratados internacionales de derechos humanos aplicables en materia de migración, tales como el ONU, PIDCP 1966, la CDN 1989, la CTMF 1990, la CADH 1969, consagran a la familia como elemento esencial y básico de la sociedad, el cual es objeto de especial protección, por tanto, los Estados no pueden expulsar a los extranjeros, aún fundados en alguna causal legal, de conformidad a sus respectivas normativas de regulación del derecho de extranjería, de manera discriminatoria o arbitraria. Si la reunificación familiar se invoca para ingresar o para no ser expulsado, la autoridad debe realizar una ponderación de las circunstancias familiares del afectado versus la motivación de la medida. Ahora si son miembros de esta familia, niños menores de edad, especial consideración reviste la CDN, pues en este caso lo que prima es el interés superior del niño.
2. La Constitución de la República de Chile reconoce como base de la institucionalidad a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, sin embargo, la anacrónica ley de migraciones vigente no incorpora alusión a los derechos de los extranjeros en situación de expulsión, ni a la protección de la familia, o a la unidad familiar o interés superior del niño como parámetros a considerar para decidir sobre una expulsión. Esto es una evidencia de la obsolescencia de esta norma, la cual no se encuentra adecuada a los compromisos internacionales asumidos por Chile mediante ratificación y puesta en vigencia interna de los tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables en la materia. Luego, en relación con el proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso, este avanza en el enfoque de derechos humanos incorporando explícitamente normas en relación con los principios de la unidad familiar y el interés superior del niño; sin embargo, la reunificación familiar se reconoce de manera estricta, solo respecto de aquellos extranjeros que posean la categoría migratoria de residentes. Además, en el caso de los menores migrantes no acompañados separados de su familia la cual se encuentra en el Estado de origen, contempla el inicio inmediato de un proceso de retorno asistido, sin caber la posibilidad de evaluar la reunificación familiar en Chile o, al menos, evaluar si está devolución atenta contra el interés superior del niño.
3. El Estado de Chile es parte del sistema universal de protección de los derechos humanos, como Estado miembro de las Naciones Unidas y al haber ratificado y puesto en vigencia interna la CDN, sus tribunales de justicia como

órganos del Estado deben incorporar el estándar internacional de unidad familiar e interés superior del niño en caso de que uno o ambos padres de los niños queden sujetos a una medida de deportación. La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilena hace un lustro aplican la CDN en casos de amparos que revisan la restricción de libertad de extranjeros en virtud de órdenes de expulsión. En el 72 % de los casos analizados el uso de la Convención es como argumento complementario a otro principal, solamente en el 28 % restante se aplica de forma directa, considerando la protección de la familia y el interés superior del niño como parámetro de evaluación de la razonabilidad, proporcionalidad o motivación de la medida de expulsión, o bien se utiliza como parámetro de evaluación de la pertinencia de la revocación del permiso de residencia, pues siendo esta determinación facultativa, ha de revisarse su justificación y proporcionalidad. En caso de expulsión de uno o ambos padres de un niño, en virtud de los principios del interés superior del niño y de la unidad familiar, se deben al menos analizar el tiempo de estadía en el Estado receptor, los lazos familiares -tipo de relación, tiempo y ejercicio de estos-, la nacionalidad de los miembros de la familia del extranjero sujeto a la medida de expulsión, y la perturbación que se causaría en la vida diaria del niño si se tuviera que separar de su padre o acompañarlo fuera del país. Es fundamental reconocer a los niños como sujetos de derecho independiente de sus padres, su derecho a expresar su opinión y a que esta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan, sin importar el estatus migratorio de sus padres, pues su interés se ve afectado si con la expulsión se produce la separación con uno de sus padres y, por tanto, su identidad familiar. Ahora, si los niños, tienen la nacionalidad chilena, si tuviesen que acompañar fuera del territorio nacional a su padre sujeto a la medida de expulsión, se vería, además, vulnerada su identidad nacional.

Referencias bibliográficas

- Aleinikoff, T. (2002). *Diálogo Internacional sobre la Migración n° 3. Un análisis sobre normas jurídicas internacionales y migración*. Ginebra: OIM.
- Arlettaz, F. (2016). La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49(145), 13-45.
- Bassa, J. y Torres, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios Constitucionales*, 13(2), 103-124.
- Ceriani, P. (2013). Entrada y permanencia de migrantes: notas críticas desde un enfoque de derechos. En H. De la Fuente (ed.), *Le Monde diplomatique, Migraciones. Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y prácticas* (pp. 15-21). Chile: Editorial Aún creemos en los sueños.

- Chile, Corte de Apelaciones de Arica, (2017) rol n.º 196.
- Chile, Corte de Apelaciones de Iquique, (2015) rol n.º 70.
- Chile, Corte de Apelaciones de Iquique, (2016) rol n.º 139.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, (2013) rol n.º 1244.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, (2016) rol n.º 31.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, (2018) rol n.º 284.
- Chile, Corte de Apelaciones de Temuco, (2015) rol n.º 1171.
- Chile. Ministerio del Interior. (1975). Decreto Ley N° 1094. Establece normas sobre extranjeros en Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Serie C n.º 272, 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Serie C n.º 282, 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Serie A n.º 21, 2014.
- Chile. Constitución Política de la República de Chile. (1980). Constitución Política de la República de Chile.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 66.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 3057.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 6366.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 6649.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 13038.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 3436.
- Chile, Corte Suprema, (2014). rol n.º 7804.
- Chile, Corte Suprema, (2014). rol n.º 9081.
- Chile, Corte Suprema, (2015). rol n.º 2309.
- Chile, Corte Suprema, (2015). rol n.º 3694.
- Chile, Corte Suprema, (2015). rol n.º 5276.
- Chile, Corte Suprema, (2015). rol n.º 5277.
- Chile, Corte Suprema, (2016). rol n.º 33257.
- Chile, Corte Suprema, (2016). rol n.º 50010.
- Chile, Corte Suprema, (2016). rol n.º 50031.
- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 12208.

Expulsión de extranjeros:....

- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 6754.
- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 19208.
- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 30361.
- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 37229.
- Chile, Corte Suprema, (2018). rol n.º 1152.
- Chile, Corte Suprema, (2018). rol n.º 2268.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
- Chile, Corte Suprema, (2018). rol n.º 2269.
- Chile, Corte Suprema, (2018). rol n.º 2540.
- Díaz, R.I. (2015). *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Díaz, R.I. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 179-220.
- Domínguez Valverde, C.A. (2016). Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 189-217.
- Fernández, P. (2001). El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros. *Derecho y conocimiento*, 1, 375-394.
- Goic, J. M. (2004). El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes. *UNED. Teoría y realidad constitucional*, 14(2), 239-271.
- Nash, C. (2013). El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En H. Nogueira Alcalá (ed.), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (pp. 155-199). Santiago, Chile: Librotecnia.
- Nash, C. y Núñez, C. (2017). Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile. *Estudios Constitucionales* 15(1), 15-54.
- Núñez, C. (2015). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos* 11, 157-169.
- O'Donnell, D. (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. México D.F.: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Editorial Tierra Firme.
- Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité de Derechos del Niño. (2005). *Observación General n.º 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 2005 (Documento CRC/GC/2005/6).

Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2005%2f6&Lang=en

Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité de Derechos del Niño (2013). *Observación General n.º 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 2013 (Documento CRC/C/GC/14). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en

Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité de Derechos Humanos. (1986). *Observación General n.º 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986* (Documento HRI/GEN/1/Rev.9). Recuperado de [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.II\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II))

Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité de Derechos Humanos. (1990). *Observación General n.º 15. La familia (artículo 23), 1990*. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6620&Lang=es

Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño. (2017). *Observación general conjunta n.º 4, 2017 y n.º 23, 2017, respectivamente. sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno* (Documento CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f4&Lang=en

Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. (2015). *Recomendación General XXX. La discriminación contra los no ciudadanos*. Recuperado de

ONU, PIDCP. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ponce de León, S. (2018). ¿Existe clara distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa? En E. Soto (ed.), *El Derecho Administrativo y la Protección de las Personas* (pp. 61-77). Santiago: Ediciones UC.



**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Programas de Retorno Voluntario. El caso chileno*

*Marcos Andrade Moreno***

Resumen

En el artículo se busca determinar la naturaleza jurídica del Plan Humanitario de Regreso Ordenado de Extranjeros (PHRO). Para ello, se reconstruye la práctica jurídica de expulsión de extranjeros en Chile, la que se compone de dos regímenes: uno penal y otro administrativo. Se muestran las diferencias y semejanzas de dichos regímenes y se les compara con el PHRO. Este ejercicio muestra que, a pesar de las diferencias, el PHRO alcanza los mismos efectos que los regímenes penal y administrativo de expulsiones, pero sin el control de la efectiva protección a los Derechos Humanos que ofrecen los Tribunales. Desde este punto de vista, el PHRO sería una especie expulsión velada, ya que consigue los mismos efectos jurídicos que los regímenes de expulsión, apelando a dudosas consideraciones humanitarias y basado en una "lógica del apartamiento".

Palabras clave: plan de retorno voluntario; expulsión de extranjeros; sanción administrativa; pena, lógica del apartamiento.

Voluntary return programs. The Chilean case

Abstract

The article seeks to determine the legal nature of the Humanitarian Plan for the Organized Return of Foreigners (PHRO, for its acronym in Spanish). To do this, the legal practice of expulsion of foreigners in Chile is reconstructed. This practice is composed of two regimes: one of them is criminal and the other is administrative. The differences and similarities of these regimes are shown and compared to the PHRO. This exercise demonstrates that, despite the differences, the PHRO has the same effects as the criminal and administrative expulsion regimes, but without the oversight of the effective protection of Human Rights provided by the Courts. From this point of view, the PHRO would be a veiled species of expulsion, since it has the same legal effects as the expulsion regimes, appealing to doubtful humanitarian considerations and based on a "logic of isolation".

Keywords: voluntary return plan, expulsion of foreigners; administrative penalti; penalti; logic of isolation.

Programas de retorno voluntário. O exemplo chileno

Resumo

O artigo busca identificar a natureza jurídica do Planejamento Humanitário de Retorno de Exilados (PHRO). Para isto, é refeita a prática legal da expelida de expatriados no Chile, constituída por dois regimes: um criminoso e um administrativo. As diferenças e semelhanças naqueles regimes são apresentadas num versus comparativo ao PHRO. Esta metodologia demonstra que, embora existam diferenças, o PHRO atinge os mesmos resultados que os regimes criminais e administrativos de expulsão, porém sem nenhuma controladoria nem salvaguarda eficaz dos direitos humanos oferecida pelas varas tribunais. Desde este ponto de vista, o PHRO seria uma espécie segreda de expulsão, uma vez que atinge iguais resultados legais desses regimes de expulsão, apelando a razões humanitárias duvidosas e afincadas nessa "lógica do afastamento".

Palavras-chave: planejamento do retorno voluntário; expelida dos expatriados; penalidade administrativa; penalidade; lógica do afastamento.

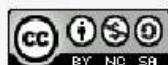
* Artículo de reflexión. Proyecto de Investigación Postdoctoral (POP) BES-2014-068127 "Normas alternativas de derechos como fundamento de la flexibilidad normativa", Área de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra. Proyecto financiado por el Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad en I+D+i Subprograma Estatal de Formación, España. Tutor: Dr. José Juan Moreso; Investigador responsable: Dr. Marcos Andrade Moreno. Duración 2017-2018.

** Profesor Auxiliar; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Chile. Abogado y Magíster en Derecho, Universidad de Chile; Doctor en Derecho, Universitat Pompeu Fabra. Instituto de Derecho Público y Ciencias del Derecho UACH. Correo electrónico: marcos.andrade@uach.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2796-207X>

Cómo citar este artículo: Andrade, M. (2020). Programas de Retorno Voluntario. El caso chileno. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 87-117

Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a04

Fecha de recepción: 23/09/2019 Fecha de aprobación: 1/11/2019



Programas de Retorno Voluntario. El caso chileno

1. Introducción

En la década de los noventa, con el retorno a la democracia en Chile, la migración intrarregional comenzó a incrementarse sostenidamente (Revista Colecciones Jurídicas: “Migrantes”, 2019). En la última década Chile ha visto crecer dicha migración de manera sostenida (Martínez y Orrego, 2016), siendo últimamente, entre abril de 2017 y diciembre de 2018, dos grupos regionales los que destacan: los venezolanos y los haitianos (Instituto Nacional de Estadística [INE], 2018; Instituto Nacional de Estadística [INE] y Departamento de Extranjería y Migración [DEM], 2019). Por ejemplo, según datos de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI), en 2017 un total de 424.739 turistas continuaron permaneciendo en Chile más allá del plazo legal. En ese mismo año, entraron a Chile como turistas 111.761 haitianos, de los cuales solo 2.381 salieron de Chile y 132.492 venezolanos, de los cuales solo 34.118 dejaron de Chile; lo que representa, respectivamente, el 25,74 % y 23,16 % del total de turistas que siguieron permaneciendo en Chile.

Con la instalación del nuevo gobierno, en marzo de 2018, se adoptaron diversas medidas administrativas sobre migración, algunas de ellas específicas para los grupos de migrantes mencionados, y semejantes a medidas adoptadas en otros países de la región¹: a) Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8.970-06), que busca reemplazar regulación vigente del Decreto Ley 1094, en actual discusión en el parlamento; b) Proceso Extraordinario de Regularización; c) se eliminó la posibilidad de que los turistas puedan cambiar su calidad migratoria a residente estando en Chile (mediante visado de residencia temporaria); d) Visa Temporaria de Oportunidades y Visa Temporaria de Orientación Nacional e Internacional; e) Visado Consular de Turismo Simple para ciudadanos haitianos y recientemente para ciudadanos venezolanos; f) Visa de Responsabilidad Democrática para ciudadanos venezolanos; g) Sistema de Reserva de Horas en

1 Véase Stang, Lara y Andrade (2019) y Domenech (2017).

aplicación web; g) Plan humanitario de regreso ordenado para extranjeros (en adelante, PHRO)².

La medida que me propongo analizar aquí es el PHRO, establecido por el gobierno chileno en octubre de 2018, con el propósito de regular el “regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros”³.

¿Cuál es el carácter jurídico del PHRO? El presente trabajo busca dos objetivos. El primero, mostrar que, si bien el PHRO es un plan de retorno voluntario, no es un plan humanitario desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. El segundo, que el PHRO se parece bastante a una forma encubierta de deportación masiva y selectiva de extranjeros, si se la analiza a la luz de la práctica jurídica de expulsión de extranjeros que contempla el sistema jurídico chileno⁴.

En una primera aproximación, la expulsión de extranjeros puede entenderse “como una salida coactiva del territorio nacional acompañada de la prohibición temporal de entrada en él” (Muñoz Ruiz, 2014, p. 05:7). Conforme al derecho internacional de los derechos humanos⁵, las regulaciones de derecho interno en materia de expulsiones deben establecerse considerando ciertos estándares mínimos⁶. Es dicha práctica jurídica de las expulsiones contemplada en el derecho chileno,

2 Minuta Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería (2018).

3 Resolución Exenta N°5744 de 2018. Cabe destacar que, en el derecho chileno, las Resoluciones Exentas no pasan por el trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República, órgano que revisa la legalidad de los actos de la administración.

4 Aquí, uso la noción de práctica jurídica en un sentido laxo, como una especie de práctica social compleja, que configura un cuerpo jurídico adquirido (acquis), producto de la interacción entre el material legislativo y su interpretación y aplicación en decisiones administrativas y judiciales. Esto implica que, dado que “el derecho es una empresa normativa [...] la distinción entre teoría y práctica jurídica es a lo sumo una cuestión de grado” (Sunstein, 1995, p. 267). Dicha gradualidad se expresa en el tipo de teoría acerca de la práctica social que llamamos derecho que se busca desarrollar. Véase Bix (2006).

5 *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica (7 al 22 de noviembre de 1969), establece en su artículo 22 el Derecho de Circulación y de Residencia, señalando específicamente que: los extranjeros solo podrán ser expulsados “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” (22.6); que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (22.8); y que está “prohibida la expulsión colectiva de extranjeros” (22.9). *La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Nueva York (18 de diciembre de 1990), establece en el artículo 22 la prohibición de expulsión colectiva y garantías procedimentales en los procesos de expulsión individual; y en el artículo 23, la protección consular. Esto, incluso, se aplica en el caso de los trabajadores en situación irregular, como señala Observación General NN°2 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (28/08/2013), párrafos 50 y 51.

6 Los estándares internacionales de derechos humanos no prohíben a los Estados regular el ingreso, salida, permanencia o salida coactiva de extranjeros del territorio del Estado, sino que establecen límites a tales regulaciones en dos aspectos claves. Primero, “la expulsión no debe ir acompañada de daños, vejaciones o sufrimientos innecesarios, que pudieran considerarse inhumanos”. Segundo, “el Estado debe articular y conceder un trámite de audiencia y un derecho de recurso en favor del extranjero” (Díaz, 2016, p. 197). Es decir, en materia de expulsión de extranjeros, se refieren tanto a sus causales como al debido proceso.

valorada a la luz de estos límites, la que será reconstruida aquí como parámetro de comparación del PHRO.

Con este fin, se requiere mostrar, en primer lugar, qué se entiende por un plan de retorno voluntario y qué justifica su carácter de humanitario por el Derecho Internacional, a fin de mostrar el carácter problemático de calificar al PHRO como tal. En segundo lugar, se precisa reconstruir la práctica jurídica de expulsión de extranjeros, para lo cual se debe tratar conceptualmente de manera integrada los regímenes penal y administrativo de expulsión de extranjeros que contempla el sistema jurídico chileno, a fin de mostrar sus similitudes y diferencias, ya que, solo a partir de ellas, es posible apreciar por qué es problemática la naturaleza jurídica del PHRO, el que, a pesar de ser un plan voluntario y aparentemente beneficioso para el extranjero, posee en realidad los mismos efectos jurídicos que los regímenes de expulsión.

En lo sucesivo, se tratará de explicar las razones que subyacen a estas afirmaciones. Para lo cual, en la sección segunda se mostrará por qué al PHRO no corresponde llamarlo un plan humanitario. En la sección tercera, se describirán a grandes rasgos el régimen penal y administrativo de expulsión de extranjeros. En la sección cuarta se compararán dichos regímenes con la PHRO y se presentarán las conclusiones.

2. Plan de retorno voluntario y su calificativo de “humanitario”

Son varias las razones que expresa la Resolución Exenta que estableció el PHRO, justificando su adopción: 1) La solicitud de la propia comunidad, mencionando “a nacionales haitianos” (letra a y b); 2) Aludiendo a que los retornos voluntarios asistidos y estrategias de reintegración son parte de la perspectiva global de gobernanza migratoria que promueve Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (letra c); 3) El interés nacional en “dotar al país de una migración ordenada, segura y regular” (letra d); 4) Obligación de cooperar en regreso ordenado de trabajadores migratorios y sus familiares al Estado de origen, según dispone la *Convención sobre los trabajadores migratorios* (letra e)⁷.

Entre estas razones, la principal es la que se señala en la letra d):

Se hace indispensable atender a la situación planteada por las comunidades migrantes de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, por no haber logrado una eficaz integración, sustentabilidad o regularidad en el país, por razones

7 Resolución Exenta N°5744 de 2018.

laborales, idiomáticas, socioculturales o por no poder cumplir con los requisitos establecidos para acceder a los diferentes medios de regularización ordinaria o extraordinaria. (Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Subsecretaría del Interior, 2018)

En este sentido, el PHRO se enmarcaría en una política de retorno de migrantes⁸, a través de la implementación de un plan de retorno voluntario asistido. Estos planes se entienden como “la provisión de asistencia para el retorno voluntario de las personas que se acogen al mismo”, es decir, “es una acepción restringida del término retorno voluntario” (Sánchez & Fernández, 2010, pp. 138-139). Esto, porque obviamente un migrante puede retornar por cuenta propia a su país de origen, sin asistencia de organismos públicos o privados.

Estos programas son promovidos por diversos organismos y foros internacionales, especialmente la OIM⁹, y se dirigen tanto hacia migrantes con residencia en vigor o en situación de irregularidad. Aunque no es el propósito de este trabajo, se deben mencionar brevemente las formas en que teóricamente se ha abordado el fenómeno de retorno de migrantes a sus países de origen.

En términos generales, según muestra la evidencia empírica (para el caso español), en la decisión de retorno al país de origen “sobresalen tres factores determinantes: la situación laboral, familiar y legal en el país de acogida” o destino (Resino, Jiménez y Arranz, 2018, p. 110).

Sobre lo anterior, hay dos conjuntos de teorías que buscan dar cuenta de dicho fenómeno. En primer lugar, las teorías reduccionistas, que circunscriben dicho fenómeno a parámetros económicos, ya sea, al análisis costo-beneficio, al ciclo de vida laboral o la imperfección de los mercados, todos los cuales explican el retorno al país de origen en términos del fracaso económico del migrante en el país de acogida o destino, basándose “en la idea de un hombre libre que escoge la alternativa que más le conviene desde un punto de vista de beneficio económico” (Resino et al., 2018, p. 94).

8 El término migrante es definido por la OIM (2018) como: “Cualquier persona que se mude o se haya mudado a través de una frontera internacional o dentro de un Estado fuera de su lugar de residencia habitual, independientemente de (1) el estado legal de la persona; (2) si el movimiento es voluntario o involuntario; (3) cuáles son las causas del movimiento; o (4) cuál es la duración de la estadía” Organización Internacional para las Migraciones (p. 1). Nótese que desde la perspectiva del derecho chileno el migrante siempre es extranjero, como señala el artículo 5 del Decreto con Fuerza de Ley N°69 de 1953, que establece: “Inmigrante es el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones del presente Decreto con Fuerza de Ley”. Por ello, para el ordenamiento jurídico chileno, migrante y extranjeros son términos jurídicos equivalentes, razón por la cual el PHRO es parte de una política estatal dirigida a un colectivo específico: extranjeros que se encuentren en Chile bajo ciertas condiciones.

9 Recientemente, la OIM aprobó un marco general para los programas de retorno asistido, el que contempla una serie de principios generales que dichos programas deben cumplir: “voluntariedad, respuesta centrada en el migrante, seguridad, sustentabilidad de la reintegración, confidencialidad, diálogo institucional y asociatividad y programas basados en evidencia” Organización Internacional para las Migraciones (2018, p. 7).

En segundo lugar, las teorías no reduccionistas, que reconocen la complejidad del fenómeno migratorio, ya sea, el enfoque transnacional, que entiende a la migración como un proceso “complejo y sistémico, que incluye relaciones económicas, sociales y culturales entre las sociedades de origen y las de destino, mediadas por un constante intercambio de recursos, dinero, bienes, ideas, información y valores” (Resino et al., 2018, p. 96); o la circularidad migratoria, que pone énfasis en el movimiento incesante de migrantes entre distintos países de origen y destino, donde el retorno “es una etapa más en un proceso que lleva al migrante a un nuevo destino de emigración” o bien retorna “al reconsiderar la vuelta al país de inmigración como una opción mejor” (Resino et al., 2018, p. 96).

Por otra parte, más allá de la discusión anterior, el tipo de asistencia que los planes de retorno voluntario contemplan, generalmente, varía según sea el estatus migratorio de sus beneficiarios. En el caso de migrantes con residencia legal, pero con problemas de integración social, incorporación al mercado laboral o vulnerabilidad social, la asistencia se extiende a la provisión “de una renta mensual en su país de origen que, aunque sea de cuantía inferior a la que le hubiese correspondido percibir como consecuencia de derechos adquiridos en el país de acogida, puede resultar interesante al extranjero retornado por el distinto nivel de vida entre los dos países” (Sánchez y Fernández, 2010, p. 139).

En el caso de migrantes en situación de irregularidad, “estos programas constituyen una alternativa a la expulsión, y permiten al extranjero elegir las condiciones de su retorno (lugar y momento), beneficiándose de una ayuda económica y de la asistencia en la preparación del retorno” (Sánchez y Fernández, 2010, p. 139). Por ello, en este último caso, se ha señalado que una de las ventajas de estos programas de retorno voluntario asistido tiene que ver con un uso más eficiente de los recursos públicos, en la medida de que facilita la repatriación de extranjeros porque poseen “un coste menor que el que conlleva la expulsión” (Sánchez y Fernández, 2010, p. 139).

Por ello, este último caso es el más interesante, toda vez que provoca que la distinción entre retorno voluntario y forzoso sea borrosa, “en la medida que las personas implicadas no tienen posibilidad legal de permanecer en el país de acogida” (Sánchez y Fernández, 2010, p. 139). Lo anterior es una razón que justifica analizar el PHRO a la luz de la práctica de expulsiones, lo que se hace en la sección final.

En torno a lo señalado, ¿cómo es la asistencia al retorno que provee el PHRO? El único beneficio que contempla consiste en lo siguiente: “disponiéndose de medios de transporte o pasajes de forma gratuita para su traslado -nacional e internacional- desde su lugar de residencia en Chile hasta el país de su nacionalidad” (Resolución Exenta N°5744 de 2018, N°3 parte Resolutiva). Asimismo, el PHRO no determina el tipo de beneficios según el estatus migratorio de sus

beneficiarios, por el contrario, el PHRO contempla los mismos beneficios para todos los migrantes, sin distinguir su estatus migratorio, según se desprende de sus requisitos (Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Subsecretaría del Interior, 2018, Nº5 parte Resolutiva).

Por otra parte, la otra cuestión central que surge respecto del PHRO es si las razones esgrimidas por el gobierno para implementarlo son realmente razones humanitarias: esta es la denominación que la propia Resolución Exenta utiliza. En el derecho internacional de los derechos humanos, se entiende por humanitario: “Cualquier cosa beneficiosa para la humanidad en general o para un grupo particular de personas en una circunstancia particular: garantizar el respeto por la dignidad humana de los seres humanos” (Victor Condé, 2004, p. 144).

En este sentido debe entenderse la asistencia humanitaria que deben prestarse los Estados, como miembros de la comunidad internacional, la que generalmente se vincula con “proveer de suministros de socorro, alimentos y medicamentos a personas que están expuestas a un desastre público, natural o provocado por el hombre” (Victor Condé, 2004, p. 144).

La asistencia humanitaria tiene dos sentidos, como ayuda humanitaria o de emergencia y como asistencia para el desarrollo: “La primera, se otorga a los países en situaciones de emergencia, como un desastre natural, mientras que la segunda se refiere a un cambio planificado, incremental y sostenible a largo plazo” (Mónico y Smith Rotabi, 2014)¹⁰.

De allí que el PHRO no puede ser humanitario en el primer sentido antedicho, ya que en Chile no estamos frente a ninguna situación de emergencia o catástrofe que justifique la implementación de un plan humanitario. Tampoco el PHRO puede ser considerado humanitario en el segundo sentido, como asistencia para el desarrollo, ya que el gobierno chileno no se ha comprometido a largo plazo con el bienestar de los migrantes que se han acogido al plan, principalmente haitianos, una vez que se encuentren en su país de origen.

Esto es concordante con lo señalado por la OIM, en cuyo concepto, un programa de retorno voluntario asistido debe venir acompañado de medidas efectivas, tales como la asistencia para la reintegración a corto y mediano plazo¹¹.

10 Cabe destacar, que no se debe confundir la asistencia humanitaria con la asistencia humanitaria a las víctimas de la guerra del Derecho Internacional Humanitario, que es el derecho internacional de la guerra, el *jus in bellum*, el que busca proteger a las víctimas de los conflictos armados, estableciendo límites a los medios y métodos de hacer la guerra, así como facilitando la asistencia humanitaria a dichas víctimas. Se contiene fundamentalmente en las cuatro Convenciones de Ginebra, enfocadas en los conflictos armados entre Estados y sus protocolos adicionales.

11 “El Marco propone una hoja de ruta para abordar el retorno voluntario y la reintegración de manera integral, una que responda a las necesidades de los retornados individuales, las necesidades de las comunidades a las que regresan y las prioridades de los gobiernos interesados, llamando a la adopción de medidas coordinadas,

Por otra parte, el cambio de acento en la política migratoria chilena se expresa, como vimos, en las medidas administrativas arriba mencionadas, las que incluyen el PHRO, y en la urgencia e indicaciones dadas al proyecto de Ley sobre Migración y Extranjería¹².

Tal cambio de acento se ha apreciado en otras legislaciones y se le ha denominado *giro gerencial* de las políticas de control migratorio, vale decir: “la organización de la selectividad, el reajuste eficiente del control migratorio, la cooperación entre agencias de acuerdo con objetivos sistémicos o la mejora del rendimiento del régimen de deportación” (Fernández y Brandariz, 2016, p. 7)¹³. Por ejemplo, llama la atención que el PHRO se haya aplicado de manera selectiva primeramente a la comunidad haitiana, a pesar de que la propia Resolución Exenta, señala como materia que “dispone Plan Humanitario de regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros” (Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Subsecretaría del Interior, 2018).

La razón de ello se encuentra, aparentemente, en que dicho plan habría sido solicitado por la propia comunidad haitiana, como señala la Resolución Exenta que estableció el PHRO¹⁴. No obstante, la comunidad haitiana resulta ser la más vulnerable para la aplicación del plan, teniendo en cuenta las barreras lingüísticas que impiden determinar a cabalidad si la manifestación de la voluntad de acogerse a dicho plan se realizó de manera libre y voluntaria y en pleno conocimiento de “los derechos y obligaciones que le asisten como extranjero habitante de la República de Chile”¹⁵, fórmula que se repite en varias partes de la Resolución Exenta que estableció el PHRO¹⁶.

Por ello, el concepto mismo de voluntariedad que el PHRO presupone queda en tela de juicio, si se le mira desde el punto desde las directrices internacionales sobre el tema. Así, para la Organización Internacional para las Migraciones (2018):

Se supone que existe voluntariedad si se aplican dos condiciones: (a) libertad de elección, que se define como la ausencia de presión física o psicológica para inscribirse en un programa de Retorno Voluntario Asistido y Reintegración; y (b) una decisión informada, que requiere la disponibilidad de información oportuna, imparcial y confiable sobre

políticas y prácticas entre las partes interesadas responsables de la gestión y el desarrollo de la migración a nivel internacional, nacional y local” (OIM, 2018, p. 2).

12 Boletín N°8.970-06 (04/06/de 2013).

13 También llamada *migration management* o gobernabilidad migratoria. Para el desarrollo de este enfoque gerencial sobre la migración en Sudamérica. Véase Domenech (2018).

14 Resolución Exenta N°5744 de 2018, letras a) y b) de su parte Considerativa.

15 Un informe del Departamento de Extranjería señala justamente las dificultades no solo lingüísticas de la población haitiana para insertarse en la sociedad chilena y conocer y exigir sus derechos. Véase DEM (2016).

16 Resolución Exenta N°5744 de 2018, número 5 letras b), f), g) y j).

la cual basar la decisión. En algunos casos, profesionales calificados pueden necesitar una evaluación para determinar en qué medida una persona es capaz de tomar tal decisión libre e informada, y quien, si la persona carece de tal capacidad, podría tomar la decisión legalmente, en su nombre. (p. 6)

En este sentido, el PHRO no establece mecanismos para controlar públicamente que ambas condiciones de la voluntariedad que señala la OIM se cumplan. El PHRO no dispone de medidas efectivas que protejan o apoyen la decisión de acogerse al PHRO dada la situación de vulnerabilidad en que se encuentran quienes se acogen a él. Presumir la libertad de elección plena, es la marca distintiva del enfoque reduccionista del retorno de migrantes antedicho.

Por otra parte, se debe tener presente lo que señala la *Convención sobre los trabajadores migratorios* respecto de las personas que hayan solicitado o ya posean estatus de refugiado, caso que queda excluido de la aplicación de dicha Convención¹⁷. Por el contrario, el PHRO se aplica también al caso de extranjeros que hayan solicitado o ya posean estatus de refugiado¹⁸.

El aspecto antedicho del PHRO, no solo va en contra de las advertencias de la Agencia de la ONU para los refugiados (ACNUR) de que “carece de sentido trazar una línea estricta entre lo que son el desplazamiento voluntario y el desplazamiento forzado de personas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003), dada la complejidad del fenómeno migratorio actual, lo que se expresa en la dificultad de “la determinación de una línea clara entre migrantes y refugiados” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003)¹⁹; sino que a su vez muestra “la erosión de derecho de asilo”: la tendencia a colapsar el derecho individual subjetivo de asilo en la facultad discrecional del Estado de concederlo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003)²⁰.

La evaluación del PHRO ha puesto el acento en los estándares internacionales respecto del propósito, forma, garantías y beneficios que deben contemplar los planes de retorno y su calificación como plan humanitario. Ahora bien, ¿qué resultados se obtienen si se compara el PHRO a la luz del sistema de expulsiones chileno? En lo sucesivo se ofrecerá una reconstrucción de dicho sistema y una evaluación del PHRO a partir de él.

17 *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Nueva York (18 de diciembre de 1990), artículo 3 letra d).

18 Resolución Exenta N°5744 de 2018, letra g parte Resolutiva. Las condiciones para el retorno voluntario de refugiados poseen una regulación especial según el derecho internacional. Véase Derechos Humanos de Personas Migrantes. Manual Regional (2017, p. 111).

19 Intervención de la ACNUR.

20 Voto concurrente del juez AA. Cançado Trindade.

3. Formas expulsión de extranjeros en Chile

En Chile un extranjero que enfrenta un proceso de expulsión por infracción administrativa a la ley migratoria tiene menos garantías a sus derechos que si enfrenta dicho proceso de expulsión producto de la comisión de un delito. Esto impacta de manera significativa la práctica jurídica de expulsión de extranjeros en Chile.

Esta situación se produce porque en nuestro sistema jurídico coexisten dos regímenes de expulsión de extranjeros: el penal y el administrativo, pero, como veremos, con una marcada tendencia hacia su convergencia. Si bien, es relevante distinguir ambos sistemas, que es lo que se hará a continuación, se deben presentar, al mismo tiempo, de manera sistemática como parte de una misma práctica jurídica, ya que ello permitirá apreciar la naturaleza jurídica del PHRO. En la siguiente tabla se resumen a grandes rasgos estos mecanismos:

3.1. Régimen penal

El primer régimen de expulsión se inserta en un proceso penal, el que está altamente reglado y donde existen garantías para el debido proceso. En él, la expulsión es concebida como una alternativa “que permite sustituir determinadas condenas impuestas a extranjeros” (Maldonado, 2015, p. 251)²¹, en los casos en que un extranjero sin residencia legal en Chile cometiera un delito en territorio nacional y fuera condenado “a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo” (Ley N°18.216, 1983, art. 34). Aquí, “el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional” (Ley N°18.216, 1983, art. 34). Dicha expulsión incluye la prohibición “de regresar al territorio nacional en un plazo de diez años” (Ley N°18.216, 1983, art. 34).

Bajo este régimen, durante la audiencia donde se resuelve la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión de territorio nacional “deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído” (Ley N°18.216, 1983, art. 34) y si se ordena la expulsión “deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma” (Ley N°18.216, 1983, art. 34)²².

21 Esta forma de expulsión se encuentra contemplada en el artículo 34 de la Ley N°18.216 de 1983, modificada por la Ley N°20.603 de 2012.

22 Dicha posibilidad fue introducida tomando en cuenta la experiencia de la legislación española que contempla la expulsión como pena sustitutiva (Salinero, 2012, p. 489). Véase también Salinero (2011, p. 114 y ss). Lo mismo puede deducirse de la historia fidedigna de la Ley N°18.216. Véase Historia de la Ley N°20.603 (2012, p. 1007).

Tabla 1. Expulsión de Extranjeros Vigente

Vía	Causal	Situación extranjero	Tipo	Regulación
Penal	Delito común con pena igual o inferior a cinco años de prisión o reclusión menor en su grado máximo.	Con residencia legal	Penas sustitutivas	Art. 34 Ley 18.216
Penal	Ingreso o regreso al país con documentos falsificados, adulterados o expeditados a nombre de otra persona o falso uso de ellos durante su residencia.	Con o sin residencia legal	Medida de seguridad	Arts. 68 Dl. 1094 y 145 Ds. 597
Penal	Ingreso o regreso clandestino del país.	Con o sin residencia legal	Medida de seguridad	Arts. 69 Dl. 1094 y 146 Ds. 597
Penal	Condenado por delito de usura o naciónalizado norteamericano por el mismo delito	Con o sin residencia legal	Penas accesorias	Art. 472 CP
Administrativa	Seguir permaneciendo en Chile con permisos vencidos.	Con residencia legal	Sanción administrativa	Arts. 71 Dl. 1094 y 148 Ds. 597
Administrativa	Informaciones graves o reiteradas al deber de las siguientes obligaciones: a) registrarse, obtener cédula de identidad, comunicar a la autoridad el cambio de su domicilio o actividad; b) desarrollo de actividades remuneradas sin autorización (art. 147); c) continuar permaneciendo en Chile con permisos vencidos.	Con residencia legal	Sanción administrativa	Arts. 72 Dl. 1094 y 149 Ds. 597
Administrativa	Obtener visado mediante simulación o fraude en la celebración del contrato de trabajo.	Con residencia legal	Sanción administrativa. Sin perjuicio de sanción penal	Arts. 75 Dl. 1094 y 154 Ds. 597
Administrativa	Realizar actividades que, en forma directa o indirecta, puedan significar una acción contraria al Gobierno de su país.	Con anexo político	Sanción administrativa	Art. 62 Ds. 597
Administrativa	Por renovación o rechazo de permisos y autorizaciones	Con residencia legal o turista	Sanción administrativa	Arts. 67 del Dl. 1094 y 141 en relación al 137 y 26, 138, 139 y 140; 142 y 142 bis Ds. 597
Administrativa / Constitucional	Estado de asamblea	Con o sin residencia legal	Medida administrativa de carácter constitucional	Art. 14 de la Ley 18.415 (Decreto de excepción en relación al Art. 43 CP)

Fuente: Creación propia

Lo común a todos estos casos es el efecto jurídico que producen, a saber: “en todos esos casos se puede afirmar concretamente que el condenado ha cumplido con la obligación impuesta en su condena, con total independencia de que para ello no haya satisfecho la pena determinada inicialmente en dicho instrumento” (Maldonado, 2015, p. 252).

Se ha dicho que la expulsión en este caso tiene un carácter ambiguo, debido a que ella podría potencialmente beneficiar al extranjero. Por ello, según el punto de vista “podrá ser una suspensión condicional de la pena o una retribución en su sentido clásico” (Salinero, 2011, p. 125)²³.

Se adujo como una de las razones para contemplar esta pena sustitutiva que:

La normativa vigente en materia de extranjería [Decreto Ley Nº1094 y Decreto Supremo Nº597] contempla la posibilidad de expulsar a todo condenado que haya cumplido su pena y el proyecto pretende adelantar la expulsión al momento en que tal pena es impuesta. (Historia de la Ley Nº20.603, 2012, p. 1007)

Por ello, estamos más bien ante un caso de “excepción o renuncia a la pena aplicable a una determinada especie de personas. Sería una causa levantamiento de pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas” (Salinero, 2011, p. 123). Hacia el final volveremos a esta idea, que opera en base a una lógica del apartamiento.

Por otra parte, también integran el régimen penal los delitos especiales descritos en el Decreto Ley Nº1094 y el Decreto Supremo Nº597. A pesar de su naturaleza de legislación administrativa, dichos decretos “contempla una serie de disposiciones que [...] tienen naturaleza penal, pues, existe una descripción típica sancionada con una pena” (Salinero, 2011, p. 113).

Se trata de las sanciones a los extranjeros que ingresen o egresen del país mediante “documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia”²⁴ o lo hagan “clandestinamente” (Ministerio del Interior, 1975, artículo 68 y 69, y Ministerio del Interior, 1984, artículo 145 y 146).

Las sanciones a los extranjeros, además de las penas señaladas, incluyen su expulsión una vez cumplida su pena y el impedimento o prohibición de ingreso²⁵.

23 En el mismo sentido, Muñoz Ruiz (2014, p. 05:11).

24 Cabe destacar que este tipo penal no se aplica en casos de solicitantes de asilo político.

25 Decreto Ley Nº1094 de 1975, artículo 15, y Decreto Supremo Nº597 de 1984, artículo 26.

Para ambos delitos, se deberá imponer la expulsión una vez cumplida la pena²⁶. En la doctrina penal se ha discutido si la expulsión en estos casos se trata “de una pena, de una medida de seguridad, de un sustitutivo penal, de una condición suspensiva o de una medida administrativa” (Salinero, 2011, p. 119).

En cualquier caso, para estos delitos, el titular exclusivo de la acción penal pública la tiene el Ministerio del Interior o los Intendentes Regionales cuando se haya realizado delegación, mediante denuncia o requerimiento, “quienes tiene la facultad de desistirse de la denuncia o requerimiento en cualquier tiempo, dándose por extinguida la acción penal” (Ministerio del Interior, 1975, artículo 78, y Ministerio del Interior, 1984, artículo 158). Este desistimiento no evita la expulsión, a pesar de la extinción de la acción penal.

Finalmente, la expulsión también se contempla en el régimen penal en el caso de delito de usura²⁷. Al igual que en el caso de los delitos especiales, aquí también se configura la prohibición de ingreso, lo que impide el regreso a Chile del migrante²⁸.

3.2. Régimen administrativo

El segundo régimen de expulsión, por el contrario, es discrecional. En principio, es una medida de autoridad administrativa facultada para disponerla. Aquí la expulsión se adopta como consecuencia de alguna infracción a lo señalado en los referidos Decreto Ley N°1094 y Decreto Supremo N°597.

Las causales de este tipo de expulsión son las siguientes: seguir permaneciendo en Chile con permisos vencidos²⁹; por infracciones graves o reiteradas al deber de las siguientes obligaciones: a) registrarse, obtener cédula de identidad, comunicar a la autoridad el cambio de su domicilio o actividad, b) desarrollo de actividades remuneradas sin autorización, c) continuar permaneciendo en Chile con permisos vencidos³⁰; obtener visación mediante simulación o fraude en la celebración del contrato de trabajo³¹; en el caso de asilados políticos, realizar ac-

26 Por ello, aquí el legislador “privilegia un criterio de prevención general, al exigirse el cumplimiento de la pena impuesta para la infracción respectiva, debiendo luego, ejecutarse la expulsión que es resorte privativo de la administración” (Salinero, 2011, p. 114).

27 Si se condena “por usura un extranjero, será expulsado del país; y condenado como reincidente en delito de usura un nacionalizado, se le cancelará su nacionalización y se le expulsará del país”. Estableciéndose que “En ambos casos la expulsión se hará después de cumplida la pena” (Código Penal, artículo 472, inciso segundo y tercero).

28 La supervivencia del sistema penal de expulsión de extranjeros se enmarca dentro de la tesis de la crimmigración, esto es, “la creciente interrelación entre control migratorio y sistema penal” (Brandariz, Dufraix y Quinteros, 2018, p. 742), que en este sentido no se opone, sino que complementa al giro gerencial que ha adoptado la política migratoria chilena desde 2018.

29 Decreto Ley N°1094 de 1975, artículo 71, y Decreto Supremo N°597 de 1984, artículo 148.

30 Decreto Ley N°1094 de 1975, artículo 72, y Decreto Supremo N°597 de 1984, artículo 149.

31 Decreto Ley N°1094 de 1975, artículo 75, y Decreto Supremo N°597 de 1984, artículo 154.

tividades que, en forma directa o indirecta, puedan significar una acción contraria al Gobierno de su país³²; por revocación o rechazo de permisos y autorizaciones³³.

Por otra parte, la expulsión de extranjeros también puede decretarse como una medida administrativa de carácter constitucional, en el estado de excepción constitucional de asamblea³⁴.

Los puntos más cuestionables de estas medidas de expulsión administrativa han sido tres. El primero, más que la variedad de sus causales ha sido la forma en cómo se aplican dichas medidas, ya que, tal como señalan dichos cuerpos legales³⁵, corresponden al ejercicio de una potestad discrecional del Ministerio del Interior, la que queda constreñida explícitamente en lo sustancial, “a la conveniencia o utilidad que reporte al país la concesión de estos permisos, y a la reciprocidad internacional” y en lo formal, a un informe previo de la Dirección General de Investigaciones (Meza-Lopehandía, 2014, pp. 11-12).

Sobre este aspecto se pronunció el Tribunal Constitucional chileno³⁶, señalando la necesidad de reemplazar la máxima discrecionalidad administrativa del Ministerio del Interior por un enfoque de derechos humanos³⁷. Asimismo, el Tribunal señala algo muy relevante sobre la norma del artículo 13: que ella sería parte de la legislación de la dictadura, adoptada sin criterios constitucionales de derechos fundamentales, “preconstitucionales”, ni de derecho internacional de derechos humanos, “pre-convencionales”, razón por la cual “deben ajustarse a la condición de derechos que tiene un extranjero que ya ingresó legalmente al país y que sorteó los requisitos iniciales habilitantes contemplados por el legislador, según lo dispone la Constitución” (*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del ciudadano haitiano Daniel Alerte* (2013), considerando trigésimo séptimo)³⁸.

32 Decreto Supremo N°597 de 1984, artículo 62.

33 Decreto Ley N°1094 de 1975, artículo 67 en relación al 63, 63, 64, 65 y 66, y Decreto Supremo N°597 de 1984, artículo 141 en relación, al 137 y 26, 138, 139 y 140; 142 y 142 bis.

34 Ley N°18.415 de 1985, artículo 14 en relación Constitución Política, artículo 43.

35 Decreto Ley N°1094 de 1975, artículo 13, y Decreto Supremo N°597 de 1984, artículo 13.

36 *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del ciudadano haitiano Daniel Alerte* (2013), considerando trigésimo cuarto. En un caso semejante, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ciudadana haitiana Sonia Fortilus* (2013), cuya sentencia es muy próxima a la mencionada, el Tribunal Constitucional rechazó la declaración de inconstitucionalidad de dicho artículo.

37 El Ejecutivo ha venido realizando esfuerzos en este sentido. Primero, con el envío de proyectos de ley que buscan sustituir el Decreto Ley N°1094, Boletín N°8.970-06 (04/06/2013), el que actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional, y Boletín N°11.395-06 (23/08/2017). Asimismo, con la creación del Consejo de Política Migratoria, mediante el Decreto N°1393 de 2014, y el Consejo Técnico de Política Migratoria, mediante Decreto N°108 de 2015. En todos estos casos se buscaba adoptar una perspectiva de derechos para la regulación de la migración. Jarufe (2019).

38 Se ha señalado que el Decreto Ley N°1094 más que una norma preconstitucional y preconvencional “es resultado de una legislación anómala, propia de la ruptura del orden democrático, una normativa marginal

En segundo lugar, se ha criticado que la expulsión de régimen administrativo sea solo una medida de autoridad administrativa facultada para disponerla de manera discrecional. Más bien, ella posee una naturaleza sancionatoria, la que la hace equiparable a la sanción que contempla el régimen penal³⁹. De esta manera, si ambos regímenes, el penal y el administrativo, establecen sanciones, entonces los estándares del debido proceso, tanto sustantivos como procesales, deberían aplicarse en ambos, aunque de manera atenuada en el caso del régimen administrativo, como han señalado la jurisprudencia y buena parte de la doctrina nacional⁴⁰.

Sobre esto, se ha enfatizado que el régimen administrativo de expulsiones no satisface las garantías del debido proceso, ya que carece de “un proceso administrativo establecido y objetivo” (Díaz, 2016, p. 206)⁴¹, y la decisión de la autoridad administrativa es ciega a factores relevantes como “arraigo familiar, antecedentes judiciales, de vulnerabilidad o peligro de retorno del migrante a su país de origen” (Bassa y Torres, 2015, p. 118). Asimismo, que afecta el acceso a la justicia, considerando los brevísimos plazos de impugnación judicial de los decretos de expulsión⁴².

Esto es especialmente relevante, ya que en la práctica lo que ha ocurrido es que la autoridad ha tenido a aplicar el régimen administrativo de forma sustitutiva al régimen penal. Ello, porque, como vimos, el titular exclusivo de la acción penal pública la tiene el Ministerio del Interior o los Intendentes Regionales, señalándose que dichas autoridades podrán desistirse de la denuncia o querella extinguendo la acción penal.

que opera bajo la ausencia de límites, que, dicho sea de paso, se conciben en el Estado democrático a partir de los derechos fundamentales” (Galdámez, 2013, pp. 779-780).

39 En este mismo sentido, Carrasco y Parra (2019).

40 Por ejemplo, *Compañía Minera Zaldívar Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud* (2014), considerando decimotercero. Véase Cordero Quinzacara (2012, 2013 y 2014); Enteiche (2014). En general, se considera en Chile que cualquier procedimiento administrativo sancionador debe respetar al menos las siguientes garantías: “el oportuno conocimiento de la acción”, “la existencia de un debido emplazamiento”, “el establecimiento de un plazo de investigación”, “la existencia de una conducta sustantivamente descrita” (tipicidad), “la asistencia de un abogado defensor”, “la bilateralidad de la audiencia”, “la aportación de pruebas pertinentes y el derecho a impugnar lo resuelto mediante recursos ordinarios o especiales” (Carrasco y Parra, 2019, p. 337-349). No obstante, hay también buenas razones para comprender la potestad sancionadora administrativa de forma tal de diferenciarla de las sanciones penales, justamente en base a las diferentes garantías que se aplicarían en uno y otro caso. Véase Letelier (2017).

41 Así, “en cuanto a instancias de reclamación, si bien el decreto ley las establece tanto para el rechazo o revocación de la solicitud, como para la orden de expulsión, están lejos de cumplir con los estándares internacionales que prevén la posibilidad de defenderse en un debido proceso [...] pues resultan prácticamente imposibles de ejercer, en consideración de los plazos breves que se disponen y el contexto coercitivo que las rodean, máxime si una persona jamás ha conocido, litigado, alegado derechos y, previsiblemente incluso, no conozca el idioma que lo permita” (Díaz, 2016, p. 206).

42 Afecta el acceso a la justicia, ya que solo es posible presentar un recurso de reclamación contra un decreto de expulsión, dentro del plazo de 24 horas y ante la Corte Suprema, Decreto Ley N°1094 de 1975, artículo 89, y Decreto Supremo N°597 de 1984, artículo 174. Pero, la razón fundamental consiste en que “durante la resolución del recurso, el inmigrante puede ser privado de libertad, medida que no es decretada por un tribunal de justicia, sino por la autoridad administrativa” (Bassa & Torres, 2015, p. 118).

Lo que ha ocurrido en la práctica es preocupante. Por ejemplo, en el caso del delito de ingreso clandestino, “el Intendente Regional realiza la respectiva denuncia para iniciar un proceso penal. Inmediatamente después, la administración se desiste de la acción. Esto apareja dos consecuencias, una es la extinción de la responsabilidad penal del migrante, y la otra es que habilita a la administración a dictar el decreto de expulsión” (Cruz, 2018, p. 11).

Las posibles razones para adoptar esta estrategia por parte del órgano administrativo son: la menor complejidad argumentativa y probatoria del proceso sancionatorio de expulsión respecto del proceso penal, los menores costos de transacción y la mayor previsibilidad de expulsar a extranjeros por vía administrativa. Estos elementos, como vimos, son típicos del giro gerencial en la política de migración.

La Corte Suprema, conociendo de recursos de amparo con motivo de expulsiones, a propósito del delito especial de ingreso clandestino, ha desarrollado tres criterios jurisprudenciales a fin de atajar el problema de la sustitución de los régimenes: “El primer criterio es el llamado ‘germen de arraigo’”, donde la Corte ha valorado positivamente diversas situaciones que benefician al migrante: trabajo, matrimonio con un nacional, hijos nacidos en Chile, entre otras⁴³. El segundo criterio “es la exigencia de una investigación penal previa al decreto de expulsión” (Cruz, 2018, p. 6), a fin de evitar la estrategia de sustituir el régimen penal por el administrativo en el caso de expulsiones⁴⁴. El tercer criterio, consiste en no tener en cuenta los criterios anteriores, en la medida que el extranjero cuente con antecedentes penales⁴⁵.

En tercer lugar, dicho régimen de expulsión administrativa es, desde el punto de vista de sus normas, disperso, ya que, junto a los principales cuerpos normativos mencionados, su regulación se completa mediante “otras normas específicas y una

43 Por ejemplo, sentencias de los casos *Marlenay Moreno de la Cruz con Intendencia de Arica y Parinacota* (2017); *Leonarda Pujols Rosario con Intendencia de la Región de Arica y Parinacota* (2017); y *Ayda Riascos Asprilla con Intendencia regional de Los Lagos* (2017).

44 Por ejemplo, sentencias de los casos *Marisol Marte Rodríguez con Intendencia Regional de Arica y Parinacota* (2017); y *Juana Geraldo Domínguez contra Intendencia Regional de Arica y Parinacota* (2017).

45 Por ejemplo, sentencia en los *Leidy Gálvez Ospina con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2019). Esto ha sido relevante también en casos mediáticos recientes, como el de *Reilly con Ministerio del Interior y otro* (2017); y el de Recurso de Amparo presentado por el INDH ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta en favor de 6 ciudadanos colombianos, que fueron citados por la PDI mediante engaños, el que fue rechazado, atendiendo entre otros argumentos al desarrollado en el considerando octavo: “A mayor abundamiento, no es procedente utilizar el argumento de la protección y arraigo familiar, para obviar la hipótesis legislativa, sostener dicha tesis significaría desvirtuar los fines de la norma, los cuales se identifican con la seguridad nacional” (Instituto Nacional de Derechos Humanos con Departamento de Extranjería y Migración, 2019). Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema en sentencia causa *Rivera Constanza y otros (INDH) con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y otro* (2019).

variada regulación administrativa a través de oficios, instructivos y circulares" (Bassa y Torres, 2015, p. 106).

Pero esta dispersión no debe llevar a conceptuar de manera separada los diversos regímenes de expulsión de extranjeros en Chile. Por ello, para comprender a cabalidad la verdadera naturaleza jurídica del PHRO, se debe describir la práctica jurídica como un todo, la que, si bien encuentra su principal fundamento en el Decreto Ley N°1094 y el Decreto Supremo N°597, se ha ido desarrollando en la aplicación de dichas normas por parte de la administración y los tribunales superiores de justicia, tratando de conformarlas a un paradigma de derechos.

Asimismo, dicha dispersión, ha permitido que, en la medida que cambien las circunstancias políticas, se alteren los criterios de aplicación de la legislación migratoria. Esto muestra la urgencia y necesidad de contar con una nueva regulación migratoria, acorde con un Estado democrático y con una perspectiva de Derechos Humanos.

En este sentido, la dispersión de las fuentes no solo contribuye a acrecentar la falta de claridad sobre los sistemas de expulsión de extranjeros en Chile, sino que impide apreciar la verdadera naturaleza jurídica del PHRO, a saber, las consecuencias de la aplicación del PHRO para los extranjeros que se acogen a él: la prohibición de regreso. En lo sucesivo nos abocaremos a este asunto.

4. El PHRO a la luz de los regímenes de expulsión

¿Cuál sería la naturaleza jurídica de la expulsión en los regímenes penal y administrativos antedichos? Varios actores que participan de la práctica de expulsiones tienen opiniones diversas.

Para la Defensoría Penal Pública, la expulsión posee un carácter mixto, ya que es "al mismo tiempo una sanción administrativa y penal, incluyendo su carácter de pena sustitutiva" (Departamento de Estudios y Proyectos. Defensoría Penal Pública, 2014, p. 13). Asimismo, destaca el carácter ambiguo del régimen administrativo de expulsiones, ya que considera que "La expulsión administrativa es a la vez una sanción y una facultad administrativa. Es una sanción porque puede decretarse en casos de extranjeros denominados irregulares" (Departamento de Estudios y Proyectos. Defensoría Penal Pública, 2014, p. 13).

El problema clave parece ser el carácter ambivalente del régimen administrativo de expulsiones, en el entendido de que ordenar la expulsión de un extranjero sería el ejercicio de una potestad entregada por la Ley a un órgano administrativo, pero, al mismo tiempo, sería una sanción de naturaleza administrativa que dicho órgano puede imponer a un extranjero.

Si se tratare de una sanción, y, como tal, resultado del ejercicio del *ius puniendi* estatal, “las garantías del orden penal se aplican con matices al Derecho Administrativo sancionador” (Enteiche, 2014, p. 294)⁴⁶, especialmente las de tipicidad y legalidad, tal y como ha señalado mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia nacional, y que, como vimos, ha sido una de las críticas que se han dirigido a este régimen, especialmente al procedimiento y sus brevísimos plazos establecidos en el artículo 89 del Decreto Ley Nº1094.

Por el contrario, si se tratase de una facultad, a pesar de la necesidad de adoptar un enfoque de derechos, como sostuvo el Tribunal Constitucional, lo que obligaría a cautelar el estándar del debido proceso, sí cabría un grado de discrecionalidad a la administración, aunque no máximo, dadas las potestades entregadas a ella por la Ley y Reglamento de Extranjería vigentes para decidir respecto de la expulsión de extranjeros.

Por ello, partiendo del supuesto carácter facultativo y discrecional del régimen administrativo de expulsiones, es evidente que dicho régimen establece un estándar de argumentación y control judicial menor respecto del régimen penal. Este ha sido el caso, como se señaló, del delito de ingreso clandestino, donde los órganos de administrativos han preferido sustituir el régimen penal de expulsiones por el régimen administrativo, hasta el límite que impuso la Corte Suprema mediante sus criterios jurisprudenciales.

La relevancia de este punto queda de manifiesto, si se atiende a los límites que el derecho internacional de los Derechos Humanos establece a las expulsiones de extranjeros en régimen administrativo:

Se debe considerar que la medida de expulsión no es una pena, sino el fruto de una potestad de policía de seguridad; por tanto, si fuese una medida inmotivada o carente de fundamento, aun tratándose de medidas aplicadas en virtud de alguna disposición de la Ley de Extranjería, se generaría responsabilidad del Estado, que puede ser ventilada ante un órgano jurisdicctor de derecho internacional por el Estado a que pertenece el extranjero. (Díaz, 2016, p. 197)

46 Además de la referida sentencia de la Corte Suprema en el caso *Compañía Minera Zaldívar Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud* (2014), se encuentran las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de compañía eléctrica san isidro S.A. y otras* (2006), considerando décimo, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley Nº4.601, Ley de Caza* (2006), considerandos noveno y décimo, y *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de don Hernán Pfeifer Frenz y otros* (2010), considerando sexto; y en diversos dictámenes de la Contraloría General de la República: Dictamen 063697N11 (7 de octubre de 2011) y Dictamen 013790N13 (28 de febrero de 2013). Para el caso específico de las expulsiones mediante un procedimiento administrativo, deberían aplicarse todas las garantías del debido proceso, tanto las sustantivas como las procesales. Véase Carrasco y Parra (2019).

En este sentido, como vimos, los estándares internacionales en materia de expulsiones reconocen la potestad de los Estados de restringir la libertad de circulación, de escoger residencia y de salir de cualquier país que tienen los extranjeros, aunque las someten a ciertos límites⁴⁷. Esto, en el entendido de que se trata de regímenes administrativos que son una manifestación del ejercicio de una potestad pública facultativa, aunque no ilimitada, de la autoridad de los Estados y, por ende, propia del derecho interno.

Por ello, aquí hay una doble tensión entre la protección internacional y el derecho interno. Por una parte, el régimen chileno es mixto: penal y administrativo, a diferencia de lo que indican los estándares internacionales, que tienden a no criminalizar la migración ilegal. Por otra, dentro de nuestra cultura jurídica hay razones para considerar al régimen administrativo de expulsiones como una manifestación del *ius puniendi estatal* y, por ende, sujeto también a las garantías atenuadas del debido proceso (al menos, tipicidad y legalidad). En este último punto, dado los pobres estándares en materia de debido proceso que contempla el Decreto Ley N°1094, el Estado chileno sí estaría incumpliendo con obligaciones internacionales en materia de derechos. Esta es quizás la razón más poderosa para que Chile modernice su legislación migratoria.

No obstante, no hay unanimidad en nuestra cultura jurídica respecto a considerar la expulsión de extranjeros como parte del ejercicio del derecho administrativo sancionador. Ello se apoya, no solo en lo señalado en el mencionado artículo 13 del Decreto Ley N°1094 y del Decreto Supremo N°597, que alude a que las “atribuciones” del Ministerio del Interior “serán ejercidas discrecionalmente”, sino que también al uso invariable del legislador de la expresión “pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión”, que indica su carácter facultativo. En estos casos, entonces, estaríamos frente una medida de la autoridad facultada para disponerla.

Esta interpretación es la que, por ejemplo, ha seguido la Contraloría respecto del Decreto Ley N°1094 y Decreto Supremo N°597, ya que ha sostenido que “la expulsión constituye una medida de la autoridad facultada para disponerla y no una sanción administrativa” (Contraloría General de la República, 2016, 13 de mayo de). Dicha interpretación claramente tensiona la interpretación que, como vimos, ha realizado el Tribunal Constitucional.

47 En este sentido, con respecto al artículo 12 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Nueva York (16 de marzo de 1966), se ha dicho: “La cuestión de si un extranjero se encuentra ‘legalmente’ dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado” (Observación General N°27 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas [2 de noviembre de 1999], párrafo 4).

Por otra parte, dicha ambigüedad sobre la naturaleza de la expulsión en el régimen administrativo también contribuye a obscurecer sus similitudes con las del régimen penal, en lo que respecta a los efectos de tales expulsiones. Este punto es clave para determinar la naturaleza jurídica del PHRO.

En principio, los regímenes penales y administrativos contemplan la prohibición de regreso al territorio nacional como consecuencia de la expulsión. La cuantía temporal de dicha prohibición posee una salvedad: como vimos, en el caso del régimen penal en el caso de la expulsión como pena sustitutiva, dicha prohibición de regresar al territorio nacional tiene un plazo de diez años⁴⁸. El plazo antedicho, es semejante al que dispone el PHRO, que contempla una prohibición de regreso en un plazo de nueve años desde su salida del territorio nacional como beneficiarios del PHRO⁴⁹. ¿Por qué un plan de retorno con un supuesto carácter humanitario tiene una prohibición de regreso tan estricta como la del régimen penal de expulsiones? La razonabilidad, constitucionalidad y convencionalidad de un plazo tan extenso para la prohibición de regreso, ha sido compartida por la Corte Suprema en un caso reciente⁵⁰.

Respecto de las demás hipótesis del régimen penal y del régimen administrativo, dicho plazo se considera indefinido. Así lo ha establecido la Contraloría⁵¹. Ello quiere decir que la prohibición de regresar al país es indefinida, aunque, como señala el Decreto Ley N°1094: “podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento”⁵².

En la siguiente tabla se muestra una comparación del PHRO y de los regímenes de expulsión según sus efectos:

48 Ley N°18.216 de 1983, artículo 34. Se considera a esta medida como una “renuncia del Estado al *ius puniendi*” Salinero (2011) p. 123, teniendo en cuenta que dicha expulsión se da en el caso de extranjeros sin residencia legal en Chile. Esto se ve refrendado por lo que señala la parte final del mismo artículo 34 de la Ley N°18.216 de 1983: en el caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo de la prohibición, en cuyo caso “se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta”. Esto debe interpretarse como una excepción a dicha renuncia.

49 (Resolución Exenta N°5744 de 2018, punto 5 letra f).

50 La Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa *Haitianos con Ubilla* (2019), conociendo de un recurso de protección en favor de 160 ciudadanos haitianos que se acogieron al PHRO, discutió la razonabilidad de la prohibición de regreso que contempla dicho plan. En su considerando octavo señala que “la recurrida ha explicitado todas y cada una de las razones que motivaron la dictación de la Resolución Exenta N°5.744, de 2018”, entre las que se encuentran que obedece a hechos de notoriedad y escrutinio público, a la legislación nacional, al contexto internacional y “la coherencia que la misma tendría con Convenios Internacionales que se encuentran vigentes”, por lo a juicio de la Corte “no se visualiza ningún atisbo de reproche en la prohibición incorporada a la misma”.

51 Dictamen N°025128N14 (9 de abril de 2014).

52 Decreto Ley N°1094 de 1975, artículo 84.

Tabla 2. *Tabla comparativa de mecanismos de expulsión de extranjeros.*

Régimen	Causal	Pena	Modalidad Expulsión	Efectos	Duración
Penal	Delito común	Pena correspondiente	Pena sustitutiva	Prohibición de regreso	10 años
	Delito de usura	Pena correspondiente	Pena accesoria?	Prohibición de regreso?	Indefinida?
	Delitos especiales DL 1094	Pena correspondiente	Medida de seguridad?	Prohibición de regreso	Indefinida
Administrativo	Infracción grave DL 1094	No hay	Sanción administrativa	Prohibición de regreso	Indefinida
	Voluntaria (PHRO)	No hay	Decisión adm. facultativa	Prohibición de regreso	9 años

Fuente: Creación propia.

Una duración tan extensa de la prohibición de regreso en el caso del PHRO contrasta con la experiencia internacional en la implementación de planes de retorno voluntario, donde dicha prohibición no es ni punitiva ni indefinida. Por ejemplo, en el caso español, dicho plazo se establece en tres años y busca más bien salvaguardar una serie de prestaciones sociales que se pagan por anticipado al extranjero que retorna voluntariamente a su país de origen. Asimismo, “una vez agotado el plazo durante el cual se comprometió el no-regreso, los retornados a su país que deseen reemprender su vida laboral en España serán tratados de forma privilegiada” (Sánchez y Fernández, 2010, p. 154), en lo que respecta la obtención de sus permisos de residencia y trabajo.

5. Conclusiones

Conceptualmente, un plan humanitario en materia migratoria consistiría en facilitar el ingreso al país de extranjeros que se encuentren en una situación de precariedad económica y social en su país de origen, o bien implementar un plan de retorno que contemple reintegración, acogida y desarrollo de proyectos productivos, en el país de origen para los extranjeros que deseen regresar a él⁵³. De las razones que se expresan en la implementación del PHRO, se desprende más bien un enfoque reduccionista y economista de la decisión de retorno, sustentado en la voluntariedad de la decisión de acogerse al plan.

53 Un buen ejemplo, es el plan establecido por la Unión Europea, que en 2008 creó el Fondo Europeo para el Retorno, establecido mediante Decisión N°575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

El PHRO no sería un plan humanitario, sino solo un mero plan de retorno voluntario con una pobre asistencia, el que, además, carece de las medidas para la reintegración a corto y mediano que promueve la OIM, cuya implementación sí daría el carácter de humanitario al PHRO. Más bien, el PHRO facilita o incentiva el regreso a la misma precariedad económica y social en el país de origen del extranjero y que, con toda probabilidad, fue la que en primer lugar le impulsó a migrar.

Por otra parte, a la luz de los estándares internacionales, el PHRO queda severamente cuestionado como plan de retorno o regreso, ya que se aplica también al caso de extranjeros que hayan solicitado o ya posean estatus de refugiado⁵⁴. Estos cuestionamientos se ven acrecentados, considerando que la implementación del plan se realizó no por una ley en sentido estricto, sino mediante una resolución exenta, lo que implica en la legislación chilena la omisión del control de legalidad que ejerce la Contralaría General de la República sobre los actos de la administración: un control de tal órgano habría probablemente prevenido que el PHRO incluyera como potenciales beneficiarios a extranjeros que hayan solicitado o ya se encuentren en situación de asilo.

De esta manera, no son infundados los temores de la sociedad civil sobre el PHRO, ya que, al haberse aplicado primeramente a la comunidad haitiana, incluso en casos donde se ha solicitado formalmente asilo o ya se goza del estatus de refugiado, se refuerza la idea de que dicho plan constituye una deportación velada⁵⁵.

Las consideraciones abordadas en las secciones anteriores ayudan a perfilar el argumento central de este trabajo, a saber, que el PHRO es, en realidad, una forma encubierta de deportación que, aunque voluntaria, es masiva y selectiva. Sus efectos son semejantes al de los regímenes de expulsión contemplados en la legislación chilena.

Frente al panorama esbozado sobre el PHRO y su relación con los regímenes de expulsión, hay dos preguntas muy relevantes que surgen, pero cuyo desarrollo rebasa los límites de este trabajo, por lo que solo ofreceré un ensayo de respuesta.

La primera, ¿cuál es la justificación de que la prohibición de regreso sea tan extensa en el caso del PHRO? Como se señaló, ello obedecería a una *lógica del apartamiento*, una que busca apartar del trato social a ciertas categorías de personas: extranjeros vulnerables que decidieron emigrar a Chile. Esto, en vez de socorrerlos e integrarlos en la sociedad. Por ello tiene sentido reconstruir y hablar del sistema de expulsiones como un todo, en su dimensión penal y administra-

54 Resolución Exenta N°5744 de 2018, letra g parte Resolutiva. Las condiciones para el retorno voluntario de refugiados poseen una regulación especial según el derecho internacional. Véase Derechos Humanos de Personas Migrantes. Manual Regional (2017, p. 111).

55 Por ejemplo, esta ha sido la opinión de los principales dirigentes de migrantes. Véase Loyola y Urbina (2018) y Cancino Ávila (2018).

tiva, ya que “ambos sistemas, el derecho penal y el derecho migratorio, son, en su núcleo, sistemas de inclusión y exclusión. Están diseñados de manera similar para determinar cómo se incluye a los individuos como miembros de la sociedad y cómo se excluyen” (Stumpf, 2006, p. 380).

Esta lógica es la que subyace finalmente a cualquier sistema de expulsión de extranjeros. Dicha lógica sería contraria a la hospitalidad que, en el Estado moderno, no consiste en un deber moral, como sí lo es para la tradición judeocristiana, sino que un derecho: “Significa hospitalidad el derecho de un extranjero a no recibir un trato hostil por el mero hecho de ser llegado al territorio de otro” (Kant, 1998, p. 27). Sostiene aquí la idea de que a todos los seres humanos nos asiste “el derecho a presentarse en una sociedad” (Kant, 1998, p. 27), es decir, a no ser privados del trato⁵⁶. Por ello, se ha recalcado elocuentemente: “que ‘pensar la inmigración significa pensar el Estado’ y que es ‘el Estado el que se piensa a sí mismo pensando la inmigración’” (Sayad, 1996, p. 8).

La segunda, ¿es plausible la comparación por sus efectos de los regímenes de expulsión con el PHRO? Esto, porque a pesar de sus similitudes, a primera vista, una pena, una sanción administrativa y un beneficio solicitado voluntariamente por un interesado, parecen poseer una naturaleza jurídica completamente distinta.

Sobre esto, cabe señalar que la semejanza o diferencia de los regímenes penal y administrativo, en comparación con el PHRO, puede realizarse atendiendo a diversos elementos.

Una forma de hacerlo es apelando a la naturaleza administrativa o penal de las normas que los regulan, donde existen marcadas diferencias entre el PHRO y los regímenes penal y administrativo (órganos, procedimientos, estándares de valoración y fines distintos). Otra forma es apelando a su aplicación coactiva o voluntaria, donde el PHRO también sería claramente distinto de los regímenes penal y administrativo. Finalmente, apelando a los efectos que el PHRO y dichos regímenes poseen: en todos ellos los efectos son semejantes, ya que suponen la prohibición de regreso por un periodo extenso o indefinido de tiempo.

No hay razones para preferir un elemento por sobre otro, a la hora de comparar los regímenes de expulsiones con el PHRO, sobre todo si se busca describir la práctica de expulsiones de forma conjunta, como he tratado de hacer aquí.

No obstante, comparar o determinar la naturaleza jurídica de las normas por sus efectos es problemático. Lo es, porque atenta contra uno de los dogmas

56 Por ello, de estas ideas que Kant presenta en dicha obra, se puede llegar a la conclusión de que “Cuanto más se exprese el contenido de derechos humanos existente en la Ley Fundamental tanto más se asimila el estatuto jurídico de los no-ciudadanos que viven en la República Federal con el de los ciudadanos” (Habermas, 1997, pp. 81-82).

de la teoría del derecho. En un famoso pasaje, Kelsen (1982) señala: "No es casi posible determinar el concepto de una pena (sanción penal) según su finalidad. Puesto que la finalidad de la sanción penal no proviene -o no proviene en forma inmediata- del contenido del orden jurídico" (p. 124).

Esta idea, de que no es posible develar la naturaleza jurídica de las normas a partir de los efectos que producen, está muy bien asentada en nuestra cultura jurídica. La ciencia penal posee la misma convicción, expresada en la idea de que la finalidad de la norma penal obedece a una cuestión de política criminal. En otras palabras, la verdadera naturaleza de las normas estaría en su estructura, no en sus fines. No obstante, la consecución de los mismos efectos jurídicos con normas o estatutos jurídicos distintos es parte de la práctica jurídica ordinaria.

De allí que, considerando que comparar las normas por los efectos que producen no es solo un problema teórico, sino también uno práctico, es posible concebir la práctica jurídica de las expulsiones de extranjeros como integrada por tres tipos de procedimientos: uno penal, uno sancionatorio administrativo y otro voluntario, los que cumplen el mismo objetivo, a saber, impedir el retorno al país de ciertas categorías de extranjeros que han sido deportados de manera coactiva o de manera voluntaria, mediante una prohibición con un plazo extenso o indefinido⁵⁷.

Su justificación estaría en un enfoque reduccionista de la migración y del retorno, la que obedece a una lógica del apartamiento, contraria a la hospitalidad entendida como un derecho al trato entre seres humanos, derecho que cualquier Estado moderno y democrático debería respetar.

En suma, dado que el PHRO tiene las mismas consecuencias jurídicas que los regímenes administrativo y penal, el PHRO sería una expulsión velada, ya que comparte los mismos efectos que los regímenes administrativo y penal, pero sin el control de la efectiva protección de los Derechos Humanos que ofrecen los tribunales. Como sus efectos son semejantes, se desdibujaría aún más su carácter de plan de retorno del PHRO, a lo que se suma los cuestionamientos a su voluntariedad, atendiendo a las condiciones en las que los migrantes que se acogen a él prestan su consentimiento. Por último, la naturaleza del PHRO como plan de retorno se ve trastocada, en la medida en que pueden acogerse a él quienes, incluso, poseen el estatus de refugiado o hayan solicitado dicha protección.

57 Esta realidad no mejora en el actual proyecto de Ley de Migraciones y Extranjería, Boletín N°8.970-06 (4 de junio de 2013), que se discute en el parlamento. Si bien suprime parcialmente el régimen penal de expulsión: deroga delitos especiales del Decreto Ley N°1.094, el régimen penal sigue vigente en el caso del delito de usura y como pena sustitutiva. En este sentido, el proyecto colapsa los delitos especiales de los artículos 68 y 69 del Decreto Ley N°1094 en el régimen administrativo, estableciéndolos solo como prohibiciones imperativas de ingreso. Además, agudiza la lógica del apartamiento, en la medida que mantiene la prohibición de regreso indefinida y establece la reconducción y reembarco o devolución inmediata de extranjeros.

Referencias bibliográficas

- Bassa, J. y Torres, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios Constitucionales*, 13(2), 103-124.
- Bix, B. (2006). Teoría del Derecho: tipos y propósitos, *Isonomía*, (25), 57-68.
- Brandariz, J., Dufraix, R. y Quinteros, D. (2018). La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration?. *Política criminal*, 13(26), 739-770.
- Cancino Ávila, S. (17 de octubre 2018). ¿Deportación disfrazada? Comienza a regir el Plan Humanitario de Regreso Ordenado. *Radio JGM Universidad de Chile*. Recuperado de <https://radiojgm.uchile.cl/deportacion-disfrazada-plan-humanitario-de-regreso-ordenado/>
- Carrasco, I. y Parra, R. (2019). La expulsión de extranjeros: una revisión actual y futura a la luz del debido proceso administrativo sancionador. En Charney, J. (ed.), *Derecho y Migración. Actas de las XLVII Jornadas Chilenas de Derecho Público* (pp. 333-352). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Código Penal de la República de Chile. (1874).
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (02 de noviembre de 1999). Observación General N°27 “Libertad de circulación (art. 12)”.
- Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. (28 de agosto de 2013). Observación General N°2 “Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares”.
- Constitución Política de la República de Chile. (1980).
- Convención Americana sobre Derecho Humanos, San José, Costa Rica (7 al 22 de noviembre de 1969).
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Nueva York (18 de diciembre de 1990).
- Convenciones de Ginebra: Primera, para aliviar la suerte de la condición de los heridos de los ejércitos en campaña, Ginebra, Suiza (1864, 1906, 1929 y 1949); Segunda, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos, enfermos o naufragos en las fuerzas armadas en el mar, Ginebra, Suiza (1906, 1929 y 1949); Tercera, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el relativo al trato de los prisioneros de guerra, Ginebra, Suiza (1929 y 1949); Cuarta, para la protección de personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, Suiza (1949).
- Cordero Quinzacara, E. (2012). El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. *Revista de derecho*, 25(2), 131-157.
- Cordero Quinzacara, E. (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 20(1), 79-103.

- Cordero Quinzacara, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42, 399-439.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de septiembre de 2003). Opinión Consultiva OC-18/03 “Sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”.
- Cruz, J.F. (2018). *¿Cómo aplica la Corte Suprema la legislación migratoria? (Serie Informe Justicia)*. Instituto Libertad y Desarrollo. Recuperado de <https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/10/SIJ-18-C%C3%B3mo-aplica-la-Corte-Suprema-la-legislaci%C3%B3n-migratoria-agosto2018.pdf>
- Chile. Cámara de Diputados. (04 de junio de 2013). Boletín N°8.970-06 Proyecto “Ley de Migración y Extranjería”.
- Chile. Cámara de Diputados. (23 de agosto de 2017). Boletín N°11.395-06 Proyecto “Nueva Ley de Migraciones”.
- Chile. Contraloría General de la República. (7 de octubre de 2011). Dictamen 063697N11 “Sobre cargos formulados por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles a las empresas Transelec S.A., Transelec Norte S.A. y Chilectra S.A., por la interrupción del servicio de energía eléctrica del Sistema Interconectado Central, ocurrida el 14 de marzo de 2010”.
- Chile. Contraloría General de la República. (28 de febrero de 2013). Dictamen 013790N13 “Sobre la juridicidad de lo resuelto por el Instituto de Salud Pública de Chile en un sumario instruido en contra de Laboratorio Pasteur S.A.”.
- Chile. Contraloría General de la República. (09 de abril de 2014). Dictamen 025128N14 “Sobre el plazo de duración de la medida de expulsión del territorio nacional dispuesta por la autoridad administrativa”.
- Chile. Contraloría General de la República. (13 de mayo de 2016), Dictamen 035511N16 “Sobre la medida que dispone la expulsión de extranjero del territorio del país”.
- Chile. Corte de Apelaciones de Antofagasta. (3 de abril de 2019). *Instituto Nacional de Derechos Humanos con Departamento de Extranjería y Migración*. Sentencia en causa Rol N°40-219 (acción constitucional de amparo).
- Chile. Corte de Apelaciones de Santiago. (3 de enero de 2019). *Haitianos con Ubilla* (2019). Rol N°80259-2018 (acción constitucional de protección).
- Chile. Corte Suprema. (6 de marzo de 2014). *Compañía Minera Zaldívar Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud*. Rol N°7558-2013 (casación en la forma y el fondo).
- Chile. Corte Suprema. (7 de marzo de 2017). *Ayda Riascos Asprilla con Intendencia regional de Los Lagos*. Rol N°7007-2017 (apelación de amparo).
- Chile. Corte Suprema. (10 de abril de 2017). *Leonarda Pujols Rosario con Intendencia de la Región de Arica y Parinacota*. Rol N°11650-2017 (apelación de amparo).

- Chile. Corte Suprema. (3 de mayo de 2017). *Reilly con Ministerio del Interior y otro. Rol Nº68862-2016* (acción constitucional de protección).
- Chile. Corte Suprema. (22 de mayo de 2017). *Marlenay Moreno de la Cruz con Intendencia de Arica y Parinacota. Rol Nº19144-2017* (apelación de amparo).
- Chile. Corte Suprema. (21 de agosto de 2017). *Juana Geraldo Domínguez contra Intendencia Regional de Arica y Parinacota. Rol Nº37160-2017* (apelación amparo).
- Chile. Corte Suprema. (4 de septiembre de 2017). *Marisol Marte Rodríguez con Intendencia Regional de Arica y Parinacota. Rol Nº38057-2017* (apelación amparo).
- Chile. Corte Suprema. (15 de abril de 2019). *Rivera Constanza y otros (INDH) con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y otro. Rol Nº9216-2019* (apelación de amparo).
- Chile. Corte Suprema. (15 de abril de 2019). *Leidy Gálvez Ospina con Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Rol Nº9217-2019* (apelación amparo).
- Chile. Ley Nº18.216 (14 de mayo de 1983), Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.
- Chile. Ley Nº18.415 (14 de junio de 1985), Ley Orgánica Constitucional de los estados de excepción.
- Chile. Ley Nº20.603 (27 de junio de 2012), Modifica la ley Nº18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.
- Chile. Ministerio de Hacienda. (27 abril de 1953). Decreto con fuerza de ley Nº69, Que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia.
- Chile. Ministerio del Interior. (19 de julio 1975). Decreto Ley Nº1094, Establece normas sobre extranjeros en Chile.
- Chile. Ministerio del Interior. (24 de noviembre de 1984). Decreto supremo Nº597, Aprueba nuevo reglamento de extranjería.
- Chile. Ministerio del Interior. (11 de julio de 2014). Decreto Nº1393, Crea Consejo de Política Migratoria.
- Chile. Ministerio del Interior. (27 de enero de 2015). Decreto Nº108, Ministerio del Interior, Crea Consejo Técnico de Política Migratoria.
- Chile. Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Subsecretaría del Interior. (26 de octubre de 2018). Resolución Exenta Nº5744, Dispone plan humanitario de regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros.
- Chile. Tribunal Constitucional chileno. (26 de agosto de 1996). *Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley Nº4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna. Rol Nº244-96.*
- Chile. Tribunal Constitucional chileno. (8 de agosto de 2006). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Compañía Eléctrica San Isidro S.A. y otras respecto del artículo 15 de la ley Nº18.410, Orgánica de la Superintendencia de*

Electricidad y Combustibles, en autos sobre recursos de reclamación de ilegalidad que indica, de los que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago: Rol N°479-06.

Chile. Tribunal Constitucional chileno. (21 de octubre de 2010). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de don Hernán Pfeifer Frenz y otros respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en la causa Rol N°3.073-2009 sobre recurso de amparo preventivo interpuesto en contra del Instituto de Salud Pública ante la Corte de Apelaciones de Santiago caratulado Pfeifer Frenz y otros contra Instituto de Salud Pública. Rol N°1518-09-INA.*

Chile. Tribunal Constitucional chileno. (4 de julio de 2013). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del ciudadano haitiano Daniel Alerte respecto de los artículos 13, 64, N°2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N°1.094, en la causa Rol N°21751-2012 sobre recurso de protección, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago caratulada Alerte con Subsecretario del Interior y otros. Rol N°. 2273-12-INA*

Chile. Tribunal Constitucional chileno. (10 de septiembre de 2013). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ciudadana haitiana Sonia Fortilus respecto de los artículos 13, 64, N°2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N°1.094, en la causa Rol N°6118-2012 sobre recurso de protección, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago caratulada Fortilus con Ministro del Interior y otros. Rol N°2257-12-INA.*

Departamento de Estudios y Proyectos. Defensoría Penal Pública. (2014). *Guía Básica. Derecho de las personas extranjeras y migrantes ante el sistema penal.* Recuperado de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/12253.pdf>

Departamento de Extranjería y Migración (DEM). (2016). *Primer Boletín informativo. Migración haitiana en Chile.* Recuperado de <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/09/boletin-1.pdf>

Díaz, R. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales, 14(1)* 179-220.

Domenech, E. (2017). Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociología e Política, 8(1)*, 19-48.

Domenech, E. (2018). Gobernabilidad migratoria: producción y circulación de una categoría de intervención política. *Temas de Antropología y Migración, (10)*, 83-128.

Jarufe, J.P. (2019). El fenómeno migratorio: Evolución legislativa nacional, experiencia comparada y principales puntos de conflicto en la actual discusión legislativa. Asesoría Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional. Recuperado en: https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDoctoro&iddoctoro=6088&tipodoc=docto_comision

Enteiche, N. (2014). Sobre el estatuto penal aplicable a las sanciones administrativas en Chile. *Revista Actualidad Jurídica, (30)*, 293-303.

- Fernández, C. y Brandariz, J. (2016). Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, (4), 2-25.
- Galdámez, L. (2013). Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L. N°10.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol N°2257-12-INA. *Estudios Constitucionales*, 11 (2), 769-782.
- Gobierno de Chile. (8 de abril de 2018). *Minuta Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería (2018)*. Recuperado de https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf
- Habermas, J. (1997). La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años. *Isegoría*, 16, 61-90.
- Historia de la Ley N°20.603. (2012). Historia de la Ley. *Biblioteca del Congreso Nacional*. Recuperado de <https://www.bcn.cl/historiadaley/nc/historia-de-la-ley/4505/>
- Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. (2017). *Derechos Humanos de personas migrantes. Manual Regional (2017)*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística (INE). (2018). *Características de la inmigración internacional en Chile, Censo 2017*. Santiago: INE Chile.
- Instituto Nacional de Estadística (INE) y Departamento de Extranjería y Migración (DEM). (2019). *Estimación de Personas Extranjeras Residentes en Chile. Presentado en Santiago*. Santiago.
- Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua* (J. Abellán trad.). Madrid, Tecnos.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo trad.). México D.F.: UNAM.
- Letelier, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política criminal*, 12(24), 622-689.
- Loyola, I. y Urbina, M.E. (9 de noviembre de 2018). Radiografía a la ola de mensajes en Twitter que generó el plan de retorno para haitianos. *CIPER Chile*. Recuperado de <https://ciperchile.cl/2018/11/09/radiografia-a-la-ola-de-mensajes-en-twitter-que-genero-el-plan-de-retorno-para-haitianos/>
- Maldonado, F. (2015). Efectos del cumplimiento de la condena precedente en el acceso al régimen de penas sustitutivas previstas en la ley 18.216. Consideraciones sobre el estatuto aplicable a la reiteración delictiva, al margen de la agravante de reincidencia. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 22(2), 243-277.
- Martínez, J. y Orrego, C. (2016). *Nuevas tendencias y dinámicas migratorias en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL.
- Mónico, C. y Smith Rotabi, K. (2014). International Aid, Relief, and Humanitarian Assistance. *Encyclopedia of Social Work*. Recuperado de <http://oxfordre.com/socialwork/view/10.1093/acrefore/9780199975839.001.0001/acrefore-9780199975839-e-957>

- Muñoz Ruiz, J. (2014). La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-05, 05:1-05:44. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-05.pdf>
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2018). *A framework for assisted voluntary return and reintegration*. Recuperado de https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/DMM/AVRR/a_framework_for_avrr_online_pdf_optimized_20181112.pdf
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Nueva York (16 de marzo de 1966).
- Parlamento Europeo y del Consejo. (23 de mayo de 2007). Decisión N°575/2007/CE “Por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios»”.
- Meza-Lopehandía, M. (2014). Regulación de la Migración en Chile y España. Asesoría Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional, 2014 (n base a trabajos de Finsterbusch, C. y Cifuentes, P). Recuperado de https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20215/5/FINAL%20_%20Meza_Lopehandia%20_%20Finsterbusch%20y%20Cifuentes%20_%20Regulacion%20de%20la%20migracion%20en%20Chile%20y%20Espana_v2.pdf
- Resino, R., Jiménez, B. y Arranz, M. (2018). Retorno migratorio desde España: un flujo variable y complejo. *Migraciones*, (44), 91-118. DOI: mig.i44.y2018.004
- Revista Colecciones Jurídicas: “Migrantes”. (2019). Dirección de Estudios de la Corte Suprema. *Revista Colecciones Jurídicas: “Migrantes”*. Recuperado de <http://decs.pjud.cl/migrantes-nueva-publicacion-sobre-colecciones-juridicas-de-la-corte-suprema/>
- Salinero, S. (2011). La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. *Política criminal*, 6(11), 106-141.
- Salinero, S. (2012). Recensión: TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *La expulsión de extranjeros en el Derecho penal*, Madrid: La Ley, 2012, 322 páginas. *Política Criminal*, 7(14), 489-491.
- Sánchez, C. y Fernández, B. (2010). Retorno voluntario de migrantes. *Trabajo. Revista iberoamericana de relaciones laborales*, (23), 138-139.
- Sayad, A. (1999). Immigration et ‘pensée d’État’. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 129, 5-14. DOI: <https://doi.org/10.3406/arss.1999.3299>
- Stang, F., Lara, A. y Andrade, M. (2019). *Retórica humanitaria y expulsabilidad: migrantes haitianos y gobernabilidad migratoria en Chile* [Inédito].
- Stumpf, J. (2006). The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, 56(2), 367-419.
- Sunstein, C. (1995). On Legal Theory and Legal Practice. *Nomos*, 37, 267-287.
- Victor Condé, H. (2004). *A Handbook of International Human Rights Terminology*. Lincoln and London: University of Nebraska Press.

CONSEJOS PARA PERSONAS MIGRANTES

Si vas a otro país y estás de paso por Colombia

- ✓ Guarda tus documentos en una bolsa plástica hermética para evitar que se dañen con el agua.
 - ✓ Desconfía de ofertas de trabajo fáciles. Pueden ser falsas y peligrosas.
 - ✓ Lleva ropa adecuada para el clima frío y cálido, y calzado resistente.
 - ✓ Procura viajar de día y en grupo.

Mantén el contacto con tu familia

- ✓ Si una persona que viaja contigo es detenida, desaparece, sufre un accidente o fallece, informa a las autoridades, a la Cruz Roja y si es posible a sus familiares.
 - ✓ Evita usar teléfonos de desconocidos. No permitas que marquen el número y borra los registros de tus llamadas.
 - ✓ Entrega a tu familia copias de tus documentos importantes y una fotografía reciente.
 - ✓ Memoriza sus teléfonos. Avisales antes de cruzar una frontera y cuando llegues a tu destino.

Si viajas con menores

- No te separe nunca de ellos. Asegúrate de que memoricen tus datos de contacto (tu nombre, tu dirección y tus datos de identidad (nombres y fecha de nacimiento) y un plan a seguir en caso de separación.
 - Si no los encuentras, notifícalo y pide ayuda a las autoridades o a la Cruz Roja.
 - Si tienes que dejarlos a cargo de otro adulto de confianza, ten en cuenta que las autoridades podrían exigir una autorización notarial.
 - Si usas baños alejados, pide a alguien de confianza que te acompañe y no dejes que los niños vayan solos.

En ruta...

- Al iniciar una caminata: evita deshidratarte o sufrir quemaduras por el sol. Camina en sentido opuesto a los vehículos, usa ropa clara y con elementos reflectivos. Evita que los niños se expongan a los vehículos.
 - No olvides llevar contigo: una linterna, linternas o encendedor; bloqueo de ropa de cambio en una bolsa plástica, y calzado cómodo, resistente y cómodo.
 - Si caminas trayectos largos: evita caminar solo, bebe agua o suero en cantidades suficientes.
 - No te ocultes en vehículos o en espacios reducidos donde podrías asfixiarte o enfermar.
 - No subas solo al vehículo de una persona desconocida.

Cuida tu salud

- En caso de sufrir una agresión sexual, acude cuanto antes (sin esperar más de 3 días) al centro de salud público más cercano para recibir atención gratuita.
 - Si tienes una enfermedad crónica o usas anticonceptivos, lleva tus medicinas, aprende sus nombres o lleva la fórmula médica.
 - Si estás embarazada, trata de descansar lo suficiente, alimentarte bien y evitar esfuerzos innecesarios. Realiza tus controles prenatales. En caso de dolor de cabeza intenso, sangrado o pérdida de líquidos por la vagina acude de inmediato a un puesto de salud.
 - Tienes derecho a recibir atención gratuita en caso de emergencia médica.
 - Usa repelente.



Fotografia de Frank So

Estudios de Derecho

Fundada en 1912

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio*

Lila García**

Resumen

Este artículo sistematiza los estándares actuales de las garantías del debido proceso, en torno a las distintas instancias del control migratorio para analizar sus posibilidades de interpretación en pos de una mejor protección de la persona humana en movilidad. Estos estándares son los que surgen principalmente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y son complementados con aquellos del sistema universal de protección. En particular, en los últimos años el SIDH ha sido prolífico en jurisprudencia contenciosa y consultiva, así como en informes y otros documentos referidos al control migratorio, y ha dedicado especial énfasis a las garantías del debido proceso aplicables. En pos de aprovechar estos desarrollos, que con frecuencia refieren de manera genérica el "proceso", el "control" o las "políticas" migratorias, la sistematización que llevará adelante este trabajo busca identificar estas garantías, tal como se han plasmado explícitamente para las tres instancias más visibles de este control: el ingreso y el rechazo en frontera, la circulación y la detención, y finalmente, la expulsión o deportación; identificando además a qué categoría alude cada estándar (extranjero/a, migrante, solicitante de asilo, refugiado/a, etc.). A partir de estos estándares concretos se evaluarán las posibilidades de extensión de tales garantías a otras instancias o categorías.

Palabras claves: garantías del debido proceso; migraciones; Derechos Humanos; política migratoria; sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Standards of the Inter-American Human Rights System on guarantees of due process in immigration control

Abstract

This article systematizes the current standards of due process guarantees around the different instances of immigration control to analyze their possibilities of interpretation in order to better protect the person in mobility. These standards are those that arise mainly from the Inter-American Human Rights System (IACHR) and are complemented by those from the universal protection system. In particular, in recent years the IACHR has been prolific in contentious and advisory jurisprudence, as well as in reports and other documents related to immigration control, and has devoted special emphasis to the due process guarantees applicable. In order to take advantage of these developments, which are often referred to in a generic way as the "process", the "control" or the migration "policies", the systematization that will carry out this study seeks to identify these guarantees, as they have been explicitly expressed by the three most visible instances of this control: entry and rejection at the border; circulation and detention, and finally, expulsion or deportation. We also identified which category each standard refers to (foreigner, migrant, asylum seeker, refugee, etc.). Based on these specific standards, the possibilities of extending such guarantees to other instances or categories will be evaluated.

Keywords: guarantees of due process, migrations; Human Rights, immigration policy; Inter-American Human Rights System.

Modelos do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos referentes às garantias do devido processo no controle da imigração

Resumo

Este artigo sistematiza os padrões vigentes das garantias do devido processo, ao redor das diversas autocracias do controle da imigração, para analisar suas possibilidades de interpretação, visando proteger melhor a pessoa humana em mobilidade. Estas normas são aquelas que surgem primordialmente do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos (CIDH) e são aprimoradas por aquelas do sistema de proteção universal. Em especial, nos últimos anos, a CIDH tem sido abastada em jurisprudência contenciosa e consultiva, bem como em informes e outros textos de suporte referentes ao controle da imigração, e dedicou ênfase especial às garantias do devido processo, executáveis. Pra tirar proveito destes desenvolvimentos, que geralmente resultam atinentes naquele jeito genérico ao "processo", e com as políticas de "controle" ou "migração", a sistematização que fará esta dissertação anseia assinalar ditas garantias, acorde expressamente, àquelas expressas para as três instâncias mais notórias neste controle: entrada e rejeição na fronteira, circulação e interditado e, finalmente, a expelida ou deportação; determinando igualmente - a qual categoria cada norma - resultar atinente (expatriado, migrante, requerente de asilo, refugiado etc.). Afincados nestes padrões específicos, serão examinadas as alternativas de pospor tais garantias a outras instâncias ou categorias.

Palavras-chave: garantias dum processo pertinente; migração, Direitos Humanos; política de imigração; sistema Interamericano dos Direitos Humanos.

* Artículo de investigación. Este trabajo comenzó y se convirtió en un primer borrador durante mi estancia en la Universidad de Fortaleza (Ceará, Brasil) durante noviembre-diciembre de 2015 y gracias al financiamiento del MINCyT (Argentina) y CAPES (Brasil). Desde allí comenzó un derrotero accidentado que demoró su publicación hasta ahora, no obstante, lo cual es una versión lo más actualizada posible. Finalizado en 2017, actualizado a 2019.

** Investigadora adjunta y de tiempo completo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) con lugar de trabajo en la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Doctora por la Universidad de Buenos Aires, Magíster en Relaciones Internacionales. Correo electrónico: garcia.lila@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4666-9717>

Cómo citar este artículo: García, L. (2020). Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 119-144
DOI: 10.17533/udea.esde.v77n169a05

Fecha de recepción: 14/09/2019 Fecha de aceptación: 05/11/2019



Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio

Presentación

La referencia a los Derechos Humanos se ha vuelto un lugar frecuente en los estudios y políticas de migraciones en América Latina. En los últimos años, la producción internacional sobre las implicaciones de la incorporación de los Derechos Humanos en el ámbito de las migraciones ha sido prolífica, desde preocupaciones en contextos más amplios (Freeman, 2006; Joppke, 1998; Mártnora, 2002; Sassen, 1998) a estudios específicos (Benhabib, 2004; Bruch, 2007; Bustamante, 2002b; Money, 1998; Noll, 2010). En Argentina, por ejemplo, las leyes de migraciones (25871) y de refugiados (26165), las cuales recogen una perspectiva de Derechos Humanos, “abrieron una etapa en el estudio de la política argentina” y en particular, “la nueva legislación migratoria [...] continuó concentrando la atención de la mayoría de las investigaciones sobre las políticas migratorias en Argentina” (Domenech y Pereira, 2017, pp. 94-95).

Buena parte de este interés se debió a la sinergia (García, 2016a) producida desde los procesos de integración regional, los consultivos de migraciones, los cambios domésticos, sobre todo, a partir de la renovación de marcos legales de los países de la región y los desarrollos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Muy particularmente, los órganos principales del SIDH (la Comisión o CIDH y la Corte o Corte IDH) han sido bastante prolíficos estos últimos años en temas de migraciones, asilo y refugio. Desde 2003 cuando se emitiera la Opinión Consultiva (OC) n.º 18 sobre trabajadores migratorios (mudando así la idea de “extranjeros” a que refería la OC-16/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999) se han producido varios documentos, entre informes, sentencias en casos contenciosos y otra opinión consultiva.

En orden cronológico, se cuentan el caso “Vélez Loor” (2010) y el mismo año, el informe de la CIDH sobre detenciones de migrantes en Estados Unidos; los casos “Nadege Dorzema” (2012), “Pacheco Tineo” (2013) y el informe de la Comisión

sobre el tránsito de migrantes en México (también de 2013), y en 2014, el caso sobre “Personas Dominicanas” y la Opinión Consultiva n.º 21 sobre niñez migrante, solicitada desde el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). En 2015, la Comisión emitió su informe “Refugiados y migrantes en Estados Unidos. Familias y niños no acompañados” donde responde a la “crisis humanitaria” y plantea estándares generales (tales como no devolución, no detención, etc.) y específicos para ciertos grupos (solicitantes de asilo, familias y niños, niñas y adolescentes, [NNA]) y más recientemente (2016), uno sobre estándares en movilidad humana.

Mayormente, estos desarrollos se concentran en un aspecto particular de las políticas migratorias llevadas a cabo por los Estados: el control migratorio¹. Aunque la Corte mantiene un concepto estrecho de lo que significa la política migratoria en general al definirla como “todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativas, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de la población nacional o extranjera fuera de su territorio” (Corte IDH, 2003, párr. 163), esto no hace más que subrayar la importancia del control migratorio (entendido básicamente como aquél dirigido a administrar la entrada, circulación y salida de población extranjera) dentro de la política migratoria de un Estado, ya que llega a cooptar la definición misma de política migratoria².

En este marco, la presente contribución se propone sistematizar los principales estándares en Derechos Humanos desarrollados principal, pero no exclusivamente, por el SIDH en torno a las garantías del debido proceso aplicables a personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas en tres momentos cruciales del control migratorio: el ingreso y el rechazo en frontera; la circulación y la detención y, finalmente, la expulsión o devolución. Para ello, se basa en un relevamiento documental de las fuentes específicas (jurisprudencia, informes, etc.) producidos por el sistema de protección de Derechos Humanos en los últimos años³.

-
- 1 Otros casos referidos a personas migrantes, como “Niñas Yean y Bosico”, no son abordados en este artículo ya que no tratan de control migratorio sino, en todo caso, de las consecuencias de la aplicación de una cierta política migratoria.
 - 2 Existe acuerdo en señalar que “las políticas migratorias son parte de las políticas públicas y, por tanto, corresponde al gobierno de cada Estado tomar las decisiones básicas para definirlas y poder aplicarlas” (Mármora, 2002, p. 79) En este sentido, incluso los organismos de protección de derechos humanos a nivel internacional han reconocido que “en el ejercicio de su facultad de fijar las políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la Convención Americana” (Corte IDH, 2010, párr. 97, énfasis agregado).
 - 3 Tal propósito no se debe a la carencia de *raccontos* en torno a garantías del debido proceso. El SIDH ha emprendido tal tarea en uno de los primeros cuadernos de jurisprudencia de la Corte IDH (el n.º 2, sobre migrantes, publicado en 2015) y también la Comisión IDH ha publicado en 2016 su informe *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. En el primer documento, las garantías del debido proceso son abordadas en una gran sección (“Debido proceso, art. 8”) y en tres subsecciones: a propósito de la determinación de la condición de refugiado/a, de la libertad personal (“revisión judicial de la medida de detención y recursos efectivos”) y del extranjero sujeto a expulsión o deportación. Por su parte, la CIDH dedica un capítulo específico a las “garantías procesales en el marco de procedimiento de

La utilidad de emprender esta sistematización busca identificar (i) a qué instancia del control se refiere la jurisprudencia (ingreso, residencia, expulsión, etc.) y (ii) a cuál figura protege específicamente (migrante, solicitante de asilo y refugiado/a) para así identificar las lagunas o desarrollos más débiles y evaluar luego las posibilidades de interpretación y extensión a otras instancias y personas. Como aspiración de máxima, se espera que el presente trabajo sirva para el quehacer de defensores, activistas y operadores jurídicos.

Por último, si bien estas garantías no evitan que una persona extranjera sea devuelta o expulsada, su desarrollo y codificación progresivos permiten identificar situaciones en las cuales su aplicación efectiva podría tener tal efecto y, en todo caso, los estándares interamericanos son mejores en este punto que los europeos: Anquela (2016) es quien señala (aún con toda la sorpresa que esto pueda suponer) que el sistema europeo no prevé garantías para el control migratorio. En un contexto regional que ha puesto en marcha la maquinaria xenófoba y expulsiva de migrantes (Estados Unidos, Brasil, Argentina, etc.), sedimentar las herramientas existentes en materia de Derechos Humanos se presenta como uno de los últimos recursos.

Garantías del debido proceso: algunos puntos de partida

Las garantías del debido proceso cuentan con aportes tempranos en el marco del SIDH y se señala que han desarrollado una amplia jurisprudencia respecto de su alcance (CIDH 2016, párr. 288). Según la antigua definición de la misma Corte (en la Opinión Consultiva n.º 9/87), basada en el artículo 8 de la CADH⁴, las garantías

deportación o expulsión". En cuanto a la producción académica, el minucioso trabajo de Mendos y Muñoz (2013) se refiere a las garantías procesales en procesos de **expulsión** de migrantes.

4 “**Artículo 8. Garantías Judiciales.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absoluto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

del debido proceso legal abarcan aquellas condiciones que deben reunirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos están bajo consideración judicial. Luego, se especificó su vigencia dentro de los procedimientos administrativos, especialmente aquellos con carácter sancionatorio (Corte IDH, 2001) y particularmente, con respecto a personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas (Corte IDH, 2013., párr. 130; 2014a, párr. 349).

El esquema argumentativo para afirmar sus garantías tiene tres capas: (i) primero, que el debido proceso debe ser garantizado para todas las personas sin discriminación, esto es, sin diferenciación por estatus legal; (ii) segundo, que han sido reconocidas como un grupo con particular vulnerabilidad y (iii) tercero, que mayores obligaciones pueden ser exigibles en función de ella.

En primer lugar y a nivel de garantías generales, los organismos de protección han reiterado, frente a las prácticas estatales, que “el debido proceso es un derecho que debe ser garantizado independientemente del estatus migratorio de la persona” (Corte IDH, 2003, párr. 107; 2010, párr. 142; 2012, párr. 157)⁵. Por ejemplo, en el caso “Nadege” (Corte IDH, 2012) la Corte refuerza aquel argumento al reafirmar que el debido proceso “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante **cualquier acto del Estado que pueda afectarlos**” (Corte IDH, 2012, párr. 156). Este punto de partida nos habilitará, hacia el final, para cubrir con garantías del debido proceso las distintas instancias de control migratorio (frontera, detención, expulsión, etc.) y, en definitiva, cualquier acto dentro de la política migratoria que pueda afectar a personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas donde podemos incluir los pedidos de residencia, regularización, cambio de categoría, etc.

En cuanto a sus particulares necesidades de protección, existe acuerdo entre los organismos de Derechos Humanos en reconocer la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes (Bustamante, 2002a; Corte IDH, 2003, párr. 112; 2010, párr. 98; 2012, párr. 152). Esta vulnerabilidad que Bustamante señala como “estructural” ocurre por el solo hecho de cruzar una frontera hacia un Estado del cual la persona no es nacional y se ve agravada o “interseccionada” por otras variables: ejemplo, si la persona está detenida (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2012, párr. 15; Corte IDH, 2012, párr. 164), si se trata de personas refugiadas o que soliciten asilo (Corte IDH, 2013, párr. 128)⁶, niños/

5 Paralelamente, el Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas (órgano de supervisión de la *Convención de Trabajadores Migrantes y sus familias*) ha reconocido, por ejemplo, que “cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad o en la condición migratoria constituye una discriminación” (Comité de Trabajadores Migratorios-NU, 2013, párr. 18).

6 Bustamante (2002a), por ejemplo, entiende la vulnerabilidad, como sujetos de derechos, de las personas migrantes en los siguientes términos: el estado o condición de carencia de derechos y de acceso a recursos para su protección.

as, personas de edad, personas con discapacidad, mujeres embarazadas (Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros-UN, 2014, sec. 16). Estas condiciones activan la obligación de elevar las garantías mínimas de debido proceso. Como consecuencia, se afirma que “la base de las políticas de migración debería ser la protección de los migrantes, independientemente de su condición jurídica o el modo de entrada” (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes -NU, 2011, párr. 21).

Lo interesante es que, a diferencia de otras situaciones de vulnerabilidad, aquí son los Estados mismos quienes crean la situación estructural que genera la condición de vulnerabilidad, principalmente por vía de los regímenes legales de extranjería o de migración (García, 2016a). Entonces, a diferencia de otras condiciones de vulnerabilidad que son mayormente sociales (ser niño, ser mujer, ser anciano/a, etc.), la de las personas en movilidad es creada específicamente, administrada y recreada por el Estado. Mientras que aquellas diferencias se diseminan en los pliegues del conjunto social, la vulnerabilidad en torno a ellas irradia primeramente desde un formato legal⁷. Esta circunstancia es importante para pensar en la responsabilidad más agravada del Estado y para extremar la interpretación pro persona.

A continuación, repaso entonces tres momentos del control migratorio y las garantías que corresponden a cada uno: (i) el ingreso y rechazo en frontera; (ii) la residencia, circulación y la detención; (iii) la expulsión.

1. Ingreso y rechazo en frontera

Esta es la etapa con menos desarrollo y cuenta con las limitaciones derivadas de la falta de reconocimiento de un derecho humano a ingresar o migrar a un país distinto al de la nacionalidad; aunque varias normativas internas han reconocido aquél derecho (Argentina, Bolivia, Ecuador, Uruguay) y se han hecho varios esfuerzos interpretativos para derivar su existencia de los instrumentos internacionales vigentes, según Heffes y Goldar (s.f.), la realidad es que el derecho humano a migrar no existe de manera vinculante a nivel internacional. Otra limitación está dada por el tránsito humano entre países, una dimensión de análisis en sí misma: pese a la obligación de los Estados de proteger a toda persona presente en el territorio o sujeta a su jurisdicción, la transitoriedad parece licuar tal mandato. En ese

7 Esto, por supuesto, no suprime la dimensión social de la condición de vulnerabilidad (que traduce en distintos niveles de la sociedad aquella diferencia estructural) ni tampoco, lo que la Corte IDH llama “la dimensión ideológica que es mantenida de jure o de facto” (Corte IDH, 2003, párr. 112; 2010, párr. 98), una dimensión que naturaliza la diferenciación de población entre “nativos”, “naturales” (lo natural es nacer y “ser” de un Estado) y extranjeros. Es una construcción social (Bustamante, 2002a), pero acogida, mantenida y reproducida por los Estados.

sentido, la superación de los regímenes legales que planteaba Arendt en torno a los “derechos del hombre” se encuentra en la práctica con que las obligaciones estatales son aún fuertemente territoriales y dependen en buena medida de sus andamiajes legales. La movilidad, en este sentido, desafía no solo las fronteras y demás componentes constitutivos del Estado (territorio, soberanía, población nacional) sino la misma concepción sobre la aplicación del Derecho Internacional.

Un punto de partida para las garantías en esta etapa es que la entrada o residencia irregular no debe considerarse un delito y por lo tanto no puede dar lugar a una respuesta punitiva por parte de los Estados (CTM, 2013, párr. 24; Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes -NU, 2011, párr. 19; Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2003, párr. 43 y 73; Corte IDH, 2010, párr. 169). Este criterio, reafirmado por la Corte (Corte IDH, 2014b, párr. 151) es, en definitiva, el de la “no criminalización”: el ingreso no autorizado no es delito y la detención tampoco podrá realizarse con fines punitivos.

Las garantías específicas de esta instancia de control migratorio desarrolladas por la Corte IDH se enumeran a continuación.

1.1. A la información

Si bien el derecho a la información se relaciona específicamente con la detención (art. 7 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* -CADH- por caso), en la deliberación n.º 5 citada, el principio 1 la reconoce también al momento de ser “interpelado” en la frontera o en territorio nacional. Así, se establece que al ser interpelada en la frontera, toda persona migrante, solicitante de asilo o refugiada deberá ser informada, verbalmente por lo menos y en un idioma que comprenda, de la naturaleza y los motivos de la decisión de negarle la entrada (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Naciones Unidas, 1999, sec. 1). Esta interpellación e información implican, además, que pueda ser necesaria la asistencia de un traductor o intérprete.

Para el caso de NNA, la información debe ser clara y entendible para ellos (Corte IDH, 2014b, párr. 85), comunicada de acuerdo a su edad y madurez (Corte IDH, 2014b, párr. 197).

1.2. A ingresar, permanecer y no ser rechazado en frontera

En general, la posibilidad de rechazar a una persona en frontera está derivada de la inexistencia de un derecho de las personas extranjeras a ingresar en un territorio distinto al de su nacionalidad y los lineamientos del SIDH se han dirigido a fijar límites a ese principio. Un aspecto a tener en cuenta es que a los efectos del primer contacto con el Estado (en la frontera, en alta mar, etc.) es una persona y

nada más, después operarán respecto de ella las categorías que la clasifican como migrante, refugiada, trabajadora, etc. En un sentido práctico, lo cierto es que solo luego de puesto en marcha el dispositivo burocrático estatal, se determina si la persona puede acogerse al estatus de refugiada, revistar como migrante, etc. Esto podría ser identificado como principio de vida (en el sentido más biológico del término) o humanidad en la frontera⁸.

Otro aspecto importante es la consideración de que el no rechazo en frontera e incluso el derecho, en ciertos casos, a permanecer en el territorio, es una garantía en el marco de ciertos procesos migratorios: como mínimo, de aquellos donde se solicite asilo o la condición de refugiado o se alegue un riesgo en la devolución. De lo contrario, el proceso deviene ilusorio. Así como la Comisión consideró, apoyándose en jurisprudencia propia, que la orden de deportación “debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre” (CIDH, 2016, párr. 323), pues de lo contrario el derecho a recurrir no sería eficaz; el equivalente en frontera para proteger de manera efectiva los derechos de los migrantes es el no rechazo.

Veamos entonces los desarrollos al respecto.

1.2.1. *Aplicación general*

En primer lugar, la Corte ha definido pautas en torno al no rechazo en frontera para los procesos de determinación del estatus de refugiado, al establecer que el recurso de apelación (frente a una decisión desfavorable) debe tener efectos suspensivos y “debe permitirse al solicitante [de asilo] que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso e incluso mientras esté pendiente el medio de impugnación” (Corte IDH, 2013, párr. 159; Corte IDH, 2014b, párr. 259). Ateniéndonos siempre a la letra de lo resuelto, esta previsión parece dejar por fuera a aquellas personas que no soliciten el estatus, sea en frontera o en un control migratorio posterior. Veremos a partir del desarrollo del principio de no devolución si puede interpretarse que alcanza también a aquellas personas que se hallen en situaciones similares.

Luego y aunque en el marco de la OC-21, sí se ha dispuesto que toda persona debe poder recurrir la decisión que deniegue el ingreso: “[...] la Corte reafirma el derecho de toda persona a recurrir todas aquellas definiciones finales que se adopten en el marco de procesos migratorios...especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación o denieguen un permiso de ingreso o residencia” (Corte IDH, 2014b, párr. 140, énfasis agregado). Para estos casos, el recurso judicial debe

8 Debo esta idea a las interesantes inquietudes de una tesisista italiana con la que me reuniera en el Instituto Gioja hace ya algunos años. Lamentablemente, no recuerdo su nombre.

tener efectos suspensivos (Corte IDH, 2014b, párr. 142). Esto permitiría afirmar la existencia de un proceso (con sus garantías, incluso de que el rechazo se suspenda mientras dura la tramitación) para todas las personas extranjeras.

1.2.2. Aplicación para niños, niñas y adolescentes

A tenor de los estándares contenidos en la OC-21, el no rechazo en frontera para NNA solicitantes de asilo se complementa con una obligación más por parte del Estado: “no obstaculizar el ingreso es parte del derecho a buscar y solicitar asilo” (Corte IDH, 2014b, párr. 261). Y para todos los NNA extranjeros, se dispone que los Estados “no deben impedir el ingreso (...) al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos” y más aún “resulta indispensable que los Estados permitan el acceso al territorio” (Corte IDH, 2014b, párr. 83). Ello, en función de la obligación de realizar un procedimiento, con sus garantías, de evaluación inicial a los efectos de identificar si requieren protección internacional. Para este proceso, la designación de un tutor para aquellos NNA no acompañados o separados de sus familias es vital y debe realizarse “lo antes posible” (Corte IDH, 2014b, párr. 132), “aún en las zonas de frontera” (párr. 133).

Adicionalmente, tampoco pueden “exigirles documentación que no pueden tener” (Corte IDH, 2014b, párr. 83).

1.3. A la no devolución

El principio de *non-refoulement* o no devolución cuenta con extensos desarrollos en el marco del Derecho Internacional de los refugiados y establece que “un individuo no debe ser expulsado, extraditado o rechazado en la frontera de un país donde su vida o libertad puedan correr peligro como consecuencia de dicha devolución” (Anquela, 2016, p. 74). Entonces, aunque no es específico de la situación en frontera, sino que rige para cualquier instancia donde se procure la exclusión del territorio, es en las dinámicas expeditas que imponen los Estados en sus bordes (e incluso mucho antes de llegar) donde cobra mayor relevancia la aplicación de la no devolución, que puede ser pensada como una garantía complementaria y consecuente al no rechazo en frontera. Incluso, rige para “aquellos [solicitantes de asilo y refugiados, antes incluso de ser reconocidos formalmente como tales] que crucen la [frontera] sin ser admitidos formal o legalmente” (Corte IDH, 2014b, párr. 210).

1.3.1. Aplicación general

Aunque este principio tradicionalmente se reconoce a solicitantes de asilo y refugiados/as, la Corte también ha dejado en claro que se aplica respecto de las personas extranjeras en general.

En el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera y no solamente asilados y refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país donde se encuentre. (Corte IDH, 2013, párr. 135)

De hecho, enfáticamente reconoció que “es inequívoca la voluntad de los Estados de extender el principio de no devolución a todo extranjero y no limitarlo a los refugiados” (Corte IDH, 2014b, párr. 216).

Esta convergencia entre el Derecho Internacional de los refugiados y el de los Derechos Humanos busca, en definitiva, aplicar el estándar que mejor proteja a la persona humana, sea cual sea el régimen de derecho donde este estándar haya sido alojado. En la práctica, implica que no sería necesaria siquiera el pedido de estatus de asilado o refugiado, sino solamente la alegación de que el derecho a la vida, a la libertad o a la integridad se encuentra en riesgo (Corte IDH, 2014b, párr. 215 y 217). Esto es exigible, además, “por cualquier persona extranjera sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo control efectivo con independencia de que se encuentre en territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado” (Corte IDH, 2014b, párr. 219). Aunque esto se afirmó en la opinión consultiva referida a niños migrantes, la redacción no deja lugar a dudas sobre que se trata de un principio aplicable a todas las personas extranjeras y no solo migrantes, solicitantes de asilo, refugiados/as o niños/as.

Como consecuencia de la aplicación de este principio, también se ha enfatizado la obligación de realizar una evaluación abreviada para determinar al menos provisoriamente si existe el riesgo alegado:

Cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de este Estado deberán al menos entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. (Corte IDH, 2013, párr. 136)

Lo que es aún más interesante es que esta evaluación “implica respetar las garantías mínimas referidas” (Corte IDH, 2013 párr. 136), es decir: a la información, incluyendo los motivos de expulsión; a la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal y asistencia consular, incluyendo los servicios de un intérprete o traductor, ambos de manera gratuita; a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante la autoridad a tal fin y finalmente, a una decisión fundamentada que le sea debidamente notificada (Corte IDH, 2013, párr. 133).

1.4. No rechazo en frontera y no devolución

Estas previsiones nos permiten afirmar que existe una obligación estatal de llevar adelante un proceso de manera previa al rechazo en frontera, como mínimo, para aquellos casos donde la persona alegue un riesgo para su vida, integridad o libertad en caso de ser devuelta, pero también, como resultado de la suspensión de la ejecución del rechazo cuando se interponen en general recursos contra decisiones que denieguen el ingreso (Corte IDH, 2014b, párr. 140 y 142). En tanto este análisis “adecuado e individualizado de sus peticiones” no se realice, “no pueden ser rechazadas en frontera o expulsadas” (Corte IDH, 2013, párr. 151 y 153; Corte IDH, 2014b, párr. 210) y si el riesgo se constata, no “deberían” ser devueltas a su país de origen o donde exista el riesgo (Corte IDH, 2013 párr. 136). Esto marca uno de los lazos entre el no rechazo en frontera y la no devolución, caras de la misma idea de protección, sea que se solicite asilo o no.

Este no es un dato menor frente a las prácticas sistemáticas de rechazo en frontera e incluso mucho antes de la llegada a ella. Al respecto, la Corte recoge un estándar para todas las personas extranjeras y no solo NNA:

En cuanto a la interceptación de solicitantes de asilo en aguas internacionales para no permitir que sus solicitudes sean evaluadas en potenciales Estados de acogida, la Corte entiende que esta práctica resulta contraria al principio de no devolución, pues no permite evaluar los factores de riesgo concretos de cada persona. (Corte IDH, 2014b, párr. 220)

1.4.1. *Aplicación para niños, niñas y adolescentes*

Para NNA, la aplicación del principio de no devolución “se extiende a otro tipo de violaciones graves”, como los relacionados con la alimentación y la salud (Corte IDH, 2014b, párr. 231) incluso cuando sea por agentes no estatales o por inercia estatal (Corte IDH, 2014b, párr. 231). Más aun, la devolución en general solo puede fundarse en su interés superior (Corte IDH, 2014b, párr. 242). Incluso, la detención, expulsión o deportación de sus progenitores también debe considerar de manera previa el interés superior del niño/a o adolescente, ya que “todo procedimiento migratorio en el que se encuentre inmerso un niño migrante o alguno de sus padres, debe estar orientado a la salvaguarda del principio del interés superior del niño y del principio de unidad familiar” (CIDH, 2016, párr. 299).

1.5. Asistencia consular en frontera

La asistencia consular como garantía se encuentra bien desarrollada para los casos de detención de personas extranjeras y en un momento posterior, para

los casos de expulsión. De allí que el tratamiento en profundidad se encuentre en la siguiente sección.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte ha dejado entrever algunos casos en que esta garantía se aplica en frontera. El caso más claro es el de NNA: en la OC-21 ha dicho que “el acceso efectivo a la comunicación consular debe darse sin dilación” (Corte IDH, 2014b, párr. 126). Esto lo dice bajo el apartado “garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a NNA”. Recordamos aquí que hay que leer esto a la luz de la obligación de abrir procesos migratorios antes de decidir un rechazo en, como mínimo, todos los casos donde se solicite asilo, refugio o se alegue un riesgo en la devolución. Para NNA particularmente, los procesos deben incluir evaluaciones para identificar si necesitan protección internacional. Para ambos procesos, en cuanto tales, rige el derecho a la asistencia consular, aunque no haya referencias a la situación concreta del ingreso y el rechazo en frontera. Por supuesto, con las salvedades respecto a personas solicitantes de asilo o refugiadas que pueden preferir evitar el contacto con sus gobiernos.

2. Residencia, circulación y detención

Sobre la residencia, los estándares explícitos son bastante escasos. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya ha señalado que “una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto” (CDH, 1986, párr. 6), lo que significa en particular que:

Deben (...) tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un procedimiento judicial. (CDH, 1986, párr. 7)

Más aún, dirá que “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona” (CDH, 1999, párr.1)⁹.

Con base en su jurisprudencia, la Comisión ha reconocido, por ejemplo, que los procesos donde deben regir las garantías del debido proceso incluyen también aquellos “procedimientos migratorios que se dan al ingresar a un país [y] al solicitar la residencia o regularización” (CIDH, 2016, párr. 285). Cabría entonces incluir los pedidos

⁹ Agradezco aquí a la evaluación anónima que me recordó este último antecedente. Sin dudas, los artículos mejoran mucho a raíz de los “diálogos” que suponen los referatos.

de cambio de categoría, cada oportunidad en que se solicite renovar la residencia, los cambios de categoría (sean incoados de oficio o pedidos por la persona), los pedidos de reunificación familiar, de actualización de la fecha de ingreso, etc.

Bastante más se ha dicho respecto de la detención. Primero, que debe cumplir, en términos generales y como mínimo, con los parámetros del artículo 7 de la CADH y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP): ambos (que no reproduczo por razones de espacio) contienen previsiones generales y específicas que deben respetarse en todos los casos.

Entre estas últimas, se destaca la aplicación del principio de no criminalización: de la misma manera que ni la entrada ni la estancia irregular debe tratarse como delito, la detención de personas por incumplimiento de leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos (Corte IDH, 2010, párr. 171; 2013, párr. 131; Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros-NU, 2014, sec. 19.a).

Además, el inciso 3 del artículo 7 de la CADH establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario”. En ese sentido, se ha especificado que “serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares” (Corte IDH, 2010, párr. 171; 2013, párr. 131). Así,

Las razias y detenciones programadas y colectivas, que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen de revisión judicial son incompatibles con el respecto a los derechos fundamentales...por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna. (Corte IDH, 2014a, párr. 348)

Finalmente, la Corte ha dicho también que “artículo 7.5 de la [CADH] debe ser satisfecho siempre que exista una retención o detención a causa de su situación migratoria” (Corte IDH, 2010, párr. 107).

En este marco, podemos identificar los siguientes estándares para las personas migrantes en esta instancia: (i) a la información detallada; (ii) a la comunicación; (iii) a ciertas asistencias específicas (intérprete, traductor, representación legal, etc.), (iv) a la intervención judicial (derecho a ser llevada ante juez, ser oído por él, recurrir la sentencia); (v) a otras garantías específicas. Algunas de estas garantías surgen del mismo artículo 7 (como el ser llevado sin demora ante un juez) y otras, del artículo 8 (asistencias de intérprete, traductor, abogado/a, etc.).

2.1. Información detallada y notificaciones

El principio de información al momento de la detención, de las razones de ella y los derechos que la asisten se encuentra recogido de manera específica para

personas migrantes en la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (artículo 16.5), en los principios 10 y 13 del “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (Asamblea General, 1988) y otros instrumentos internacionales (CTM, 2013, párr. 28). En general, debe ser notificado de los procedimientos administrativos en su contra y de los cargos formulados (CIDH, 2016, párr. 307 y 308).

Es posible afirmar que la información sobre la detención tiene dos momentos: uno verbal y otro escrito. Primero, las autoridades responsables de la detención de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos (Asamblea General, 1988, sec. 13); en el ámbito migratorio, la Corte ha estimado también que “resulta relevante que la persona sea informada de los procedimientos disponibles para cuestionar la restricción o privación de la libertad, a fin de procurar su puesta en libertad” (Corte IDH, 2014b, párr. 196).

Además, la medida de retención será notificada por escrito en un idioma comprensible para la persona, con detalle de los motivos (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 8). Esta notificación, además, debe ser sin demora (Corte IDH, 2012, párr.132); así está establecido también en el principio 10 del “Conjunto de principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (Asamblea General, 1988).

De igual manera, la detención debe expresar los fundamentos sobre la procedencia y necesidad de tal medida; recordemos, en este sentido, que todas las restricciones a derechos deben fundamentarse y que la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los parámetros (objetividad, proporcionalidad, etc., y otros requisitos de las restricciones en general) recae en el Estado. De otra forma, “pareciera”, dice la Corte no sin cierta ironía a mi entender, que es automática (Corte IDH, 2010, párr. 118), pero incluso si la detención es por razones de seguridad y orden público (que es lo que suelen alegar los Estados), deben cumplirse con los parámetros de la CADH. Con todo, no puede perderse de vista que las garantías del debido proceso no son factibles de ser suspendidas en ningún caso, ni siquiera bajo una declaración de guerra o peligro público, y sus equivalentes en materia migratoria, como motivos de “seguridad nacional”.

2.2. Comunicación

Toda persona migrante, refugiada o solicitante de asilo tendrá la posibilidad, durante su retención, de comunicarse con el exterior, en particular por teléfono, fax o correo electrónico (Asamblea General, 1988, sec. 15; Grupo de Trabajo so-

bre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 2); en particular, tendrá la posibilidad, durante su retención, de ponerse en contacto con un abogado, representante consular o sus familiares (Asamblea General, 1988, sec. 15 y 18.1; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 2), sobre todo para notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado (Corte IDH, 2014b, párr. 199).

Prontamente después de su arresto y después de cada traslado, la persona tendrá derecho a notificar, o pedir se notifique, a su familia u otras personas idóneas que ella designe, su detención, traslado y el lugar donde se encuentra (Asamblea General, 1988, sec. 19) y tendrá derecho a ser visitada, en particular por sus familiares (Asamblea General, 1988, sec. 19).

Para el caso de NNA, la notificación de que han sido colocados/as bajo custodia del Estado cobra particular relevancia, por lo cual se ha establecido que deben tomarse providencias específicas para asegurarse que la notificación ha sido efectiva (Corte IDH, 2014b, párr. 200) e incluye la posibilidad de contactar a ciertos organismos internacionales como el ACNUR, el Comité de la Cruz Roja y UNICEF (Corte IDH, 2014b, párr. 201). Si se trata de niños/as no acompañados o separados de sus progenitores, debe además designarse un tutor si todavía no lo tiene (Corte IDH, 2014b, párr. 205). Este derecho a establecer contacto es especialmente enfatizado para el caso de NNA, e incluye además de familiares, representante legal, tutor y organismos internacionales, amigos/as (Corte IDH, 2014b, párr. 201).

2.3. Asistencia consular

Como se adelantó, la asistencia consular cuenta con mayores desarrollos para el caso de la detención. Si bien primero se pensó específicamente como derecho en el marco de procesos penales (tal la OC-16/99), se extiende también a detenciones por motivos migratorios (Corte IDH, 2010), aunque casi siempre en el marco de procesos de expulsión o deportación. Aunque esto obedece al ensamblaje con que se dan detención-expulsión, no quita que sea aplicable a otros procesos de solo detención por razones migratorias.

La formulación general es que las personas migrantes y extranjeras, en general, tienen derecho a ser informadas del derecho a la asistencia consular en tanto este derecho es un componente de las garantías mínimas (Corte IDH, 2010, párr. 157). Tiene tres componentes: (i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*; (ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con un funcionario consular y (iii) el derecho a la asistencia misma (Asamblea General, 1988, sec. 16.2; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 106, 2010, párr. 153, 2012, párr. 166).

Uno de los aspectos más importantes es que no se debe informar a las autoridades sin el conocimiento y consentimiento de la persona; se debe informar únicamente si el migrante, ya informado de este derecho, lo solicita (CTM, 2013, párr. 31; Relator Migrantes-NU 2012, párr. 20); en similar sentido está regulado en la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* en el art. 16.7 ya citado. Es importante que la comunicación consular quede en decisión de la persona extranjera: por ejemplo, la solicitud por parte del gobierno griego (como de cualquier otro) de confirmar la identidad de los peticionantes de asilo provenientes de Siria es señalada como peligrosa para la seguridad de los solicitantes (MSF, 2014). Esta asistencia consular debe ser, además, efectiva. En el caso “Vélez Loor”, por ejemplo, la Corte hizo notar que aunque los funcionarios consulares habían visitado al detenido, no fue una defensa efectiva, ya que el procedimiento de expulsión se decidió sin que fuese oído.

2.4. Intervención judicial

Bajo este tópico se integran distintos tipos de intervención judicial: es el órgano ante el cual la persona detenida es llevada, el que debe oírla sin demora, el “adjudicador competente, independiente e imparcial” y el que tramita finalmente los recursos. Aunque hay excepciones (ya que en ocasiones “otro funcionario autorizado” puede suplir alguna función), mayormente se trata de órganos judiciales.

En primer lugar, toda persona migrante, solicitante de asilo o refugiada retenida deberá **comparecer** cuanto antes ante un juez u otra autoridad (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 3). En el caso “Vélez Loor”, se precisó que esta otra autoridad debe ser “otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” (Corte IDH, 2010, párr. 109). En esta comparecencia personal, se establece que no debe haber dilación entre la detención y la primera vista del juez, para así tutelar directamente la libertad personal o física.

Esta autoridad debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que este proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad (Corte IDH, 2010, párr. 109). Incluso, la Comisión ha establecido, con base en su jurisprudencia, que este derecho de argumentar es incluso anterior al derecho a la revisión del caso, por lo que “la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencias u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento” (CIDH, 2016, párr. 310). Asimismo, el plazo para la ejecución de las medidas debe ser razonable, de modo que las personas puedan preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, “garantía que resulta imposible de ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irra-

zonablemente breve" (CIDH, 2016, párr. 311). De allí que "los procedimientos sumarios de deportación" (tales como el aprobado en Argentina en 2017 a través de un decreto del Poder Ejecutivo) o "las políticas de devolución directa resultan contrarios a las garantías del debido proceso" (CIDH, 2016, párr. 310).

En tercer lugar, la Comisión también ha sostenido que los procedimientos migratorios deben ser llevados por un "adjudicador competente, independiente e imparcial": no pueden ser delegados en funcionarios policiales o administrativos no especializados que no sean además responsables ante la ley, sus superiores jerárquicos y organismos de control (CIDH, 2016, párr. 313). En palabras de la Corte, el funcionario autorizado a ejercer funciones jurisdiccionales debe cumplir con las características de imparcialidad e independencia; esto incluye a los funcionarios administrativos (Corte IDH, 2010, párr. 108). Para el caso de NNA, debe existir personal capacitado "para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial" (Corte IDH, 2014b, párr. 117).

Por último, al notificarse la medida de detención administrativa bajo aquellas características, se precisarán asimismo las condiciones en las que la persona migrante, solicitante de asilo o refugiada podrá **presentar recurso** ante un juez (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 8). Estas prescripciones se aplican a "toda persona presente en el territorio de un Estado...sin distinción por raza, origen nacional o cualquier otra condición" (Asamblea General, 1988, sec. 5). y en particular, se reconoce que se aplica al control migratorio (Comité de Derechos Humanos, 1982; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 5)¹⁰. Estos recursos, además, deben ser efectivos (Corte IDH, 2010, párr. 129).

2.5. Otras garantías

Algunas garantías específicas son relevantes tratándose de personas que pueden no comprender el idioma o el sistema legal del Estado de que se trate. La primera asistencia específica es entonces la del traductor o intérprete¹¹ la cual debe ser gratuita (Corte IDH, 2012, párr. 163; Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros-NU, 2014, sec. 19 y 26). Otra, la de representación legal o asistencia letrada: las personas

10 El Comité de Derechos Humanos ha señalado a propósito del trato a las personas privadas de su libertad que "(...) es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc." (párrafo 1, énfasis agregado).

11 Un caso que en 2014 captó el interés de los defensores de derechos humanos en Argentina fue el de una mujer quichua que estuvo detenida más de un año sin que su testimonio fuera escuchado debido a la falta de intérpretes en su lengua. Noticia disponible en: <http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/es-kichwua-y-estuvo-detenida-un-ano-sin-poder-dar-su-testimonio-701.html>.

migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo tienen derecho a estar representadas ante la autoridad competente (Corte IDH, 2012, párr. 163) y a contar con asistencia, gratuita si fuese necesario, de un abogado/a (Asamblea General, 1988, sec. 17; Corte IDH, 2012, párr. 164). Asimismo, tendrán derecho a comunicarse con su abogado/a en confidencialidad, consultararlo/a, disponer de tiempo y medios adecuados para ello, ser visitada por él/ella (Asamblea General, 1988, sec. 18). Para el caso de NNA, también se incluye la designación de un/a tutor/a para aquellos que estén no acompañados o bien, separados de sus familias (Corte IDH, 2014b, párr. 205).

Existen tres aspectos adicionales que tienen que ver con la competencia de la autoridad, el plazo y la revisión. Sobre la primera, la decisión debe partir de una autoridad competente a esos efectos que tenga un grado de responsabilidad suficiente; se basará en criterios de legalidad establecidos por la ley (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas, 1999, sec. 6). En cuanto al plazo, la ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva (Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-un, 1999, sec. 7).

Para el caso de niños, niñas o adolescentes, directamente no pueden ser detenidos, ya que rige respecto de ellos el principio de no privación de la libertad por su situación migratoria (Corte IDH, 2014b, párr. 144 y ss), mejorando así la pauta de que la detención es de *última ratio*, principio que la Corte considera no operativo en el ámbito migratorio (Corte IDH, 2014b, párr. 150). Si fueran no acompañados o separados, enfáticamente señala que “la privación de libertad resulta improcedente” (Corte IDH, 2014b, párr. 157). Incluso, la detención de sus padres/madres debe evaluar y proteger el interés superior del niño (Corte IDH, 2014b, párr. 70) por lo que “los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentren junto a sus progenitores... para cautelar los fines de un proceso migratorio” (Corte IDH, 2014b, párr. 160).

Finalmente, y en cuanto a la revisión de la detención o retención, en los casos excepcionales en los que proceda la privación de libertad, esta debe reunir una serie de condiciones a los fines de asegurar su proporcionalidad y razonabilidad en relación a los objetivos que deben alcanzarse: la privación de la libertad debe estar prescripta por la ley, tener un plazo de duración lo más breve posible (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2012, párr.21), bajo ninguna circunstancia debe ser indefinida (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2012, párr. 23), debiéndose examinar periódicamente la decisión sobre su prolongación a fin de evaluar los motivos que la justifican. De hecho, esta revisión periódica de la detención administrativa de las personas migrantes debería realizarse de manera automática (Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU, 2012, párr. 21, 33) y la carga de la prueba sobre la necesidad de extender la medida recae sobre las autoridades que efectúan la detención (CTM, 2013, párr. 33).

3. Expulsión

Toda persona tiene el derecho a salir de cualquier Estado, sea el de su nacionalidad o no, aunque la manera usual de ejercicio por el Estado de sus facultades de control migratorio para el egreso de personas extranjeras es la expulsión o la deportación. Una primera garantía del debido proceso que debe acompañar aquel acto de exclusión (sobre el que además hay acuerdo sobre su carácter de sanción, ej. Corte IDH, 2012, párr. 139, donde se refiere a la “sanción de expulsión”) es la prohibición de que sea colectiva; segundo y nuevamente, (i) a la información; (ii) a la revisión judicial. Si bien la letra de los instrumentos internacionales (art. 22 CADH; art. 13 PIDCyP) indica que el debido proceso solo se aplicaría respecto a personas en situación legal¹², el Comité de Derechos Humanos determinó que “si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13” (CDH, 1986, párr. 9).

3.1. Prohibición de la expulsión colectiva

La expulsión colectiva se prohíbe con respecto a todas las personas extranjeras, con independencia del estatus otorgado (art. 22.9, CADH). Con base en desarrollos del sistema universal y europeo, una expulsión es colectiva cuando no existan garantías suficientes de que se han tenido en cuenta las circunstancias personales de cada una de las personas afectadas (Corte IDH, 2013, párr. 173): “debe ser individual, de modo de evaluar las circunstancias personales de cada sujeto”... “no discriminar en razón de la nacionalidad, raza, lengua, [etc.] y observar garantías mínimas” (Corte IDH, 2012, párr. 175). Esta individualización “requiere, como mínimo, identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su situación migratoria” (Corte IDH, 2013, párr. 381).

3.2. Información

El derecho a la información en el marco de la expulsión comprende el de ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de expulsión o deportación, incluyendo en la notificación la siguiente información sobre: 1) posibilidad de exponer sus razones y de oponerse a los cargos; 2) posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular; 3) asesoría legal; 4) traducción e interpretación (Corte IDH, 2012, párr. 175). Asimismo, el derecho a ser notificado/a de la decisión de expulsión es en sí mismo un derecho y esta notificación debe ser efectiva.

12 El art. 22.6 de la CADH dispone que: “6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”.

3.3. Asistencia letrada y revisión judicial

Como decíamos, la revisión judicial para esta instancia incluye el derecho a recurrir la decisión de expulsión, presentar razones en contra de las expulsiones y, en suma, a presentarse y someter su caso a revisión judicial (Corte IDH, 2012, párr. 175). En particular para poder alegar los riesgos en caso de devolución.

¿Qué pautas deberían tenerse en cuenta en esa revisión judicial? Muñoz y Mendos (2013) listan los criterios que el tribunal europeo ha tenido en cuenta para decidir la expulsión de personas extranjeras: duración de la estadía en el país, edad que tenía al ingresar, vínculos familiares, etc. Por su parte, la Corte IDH ha establecido algunas “circunstancias particulares del caso concreto” que “el Estado deberá analizar” antes de decidir la separación familiar:

a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quiénes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger” (Corte IDH, 2014a, párr. 357).

Asimismo, rige por supuesto el derecho a la asistencia letrada en todo el proceso de expulsión. La Corte ha dicho al respecto que:

En procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación o expulsión, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. (Corte IDH, 2010, párr. 146)

Este servicio público debe ser especializado en el tema.

Casi para finalizar esta sección, quisiera una vez más llamar la atención sobre el tema del “plazo razonable” para la expulsión: la mayor celeridad no acude a cumplir con esa razonabilidad y, de hecho, demasiada premura atenta contra las garantías del debido proceso. De manera similar a lo ocurrido en el caso “Nadege” (donde las víctimas carecieron “de oportunidad para accionar un recurso adecuado que tutele la legalidad de la detención”) mas también en “Pacheco Tineo”, ello puede ocurrir al momento de la expulsión.

Finalmente, la expulsión solo podrá efectuarse tras decisión fundamentada conforme a la ley, una vez agotadas las vías recursivas y mediante notificación debida (Corte IDH, 2012, párr. 175), ya que como vimos, durante tal tramitación la ejecución debió estar suspendida. Para el caso de NNA, “la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior” (Corte IDH, 2014b, párr. 139).

Conclusiones

Como hemos visto en las secciones anteriores, algunas garantías están claramente especificadas para los tres momentos fundamentales del control migratorio abordados en este trabajo (tal es el caso del acceso a la información), otras mayormente en dos instancias (como la asistencia consular). Igualmente, a veces se refieren a personas extranjeras en general, otras a solicitantes de asilo o refugio y, finalmente, solo a niños, niñas y adolescentes. Con todo, a lo largo del texto se prestó cuidadosa atención a la redacción de los documentos en la jurisprudencia para lograr advertir si podía ampliarse a otras instancias del control migratorio u a otras personas en movilidad.

Lo que surge claramente es que las garantías del debido proceso en el ingreso (que también apareja debe aparejar un proceso), residencia, regularización, cambio de categoría, cancelación de residencia, deportación o expulsión y otros procesos migratorios, son para todas las personas extranjeras, independientemente si tienen estatus regular o no. Esto obliga a los Estados latinoamericanos a, por ejemplo, regular un recurso efectivo y con las debidas garantías contra los rechazos en frontera.

Durante la tramitación de tales procesos e incluso durante el trámite de los recursos judiciales contra las decisiones, el rechazo, devolución o expulsión deben quedar suspendidos. ¿Pueden las personas estar detenidas durante tales trámites? Para niños, niñas y adolescentes, la jurisprudencia ha sido clara en sentido negativo. Para las demás personas, debe tenerse en cuenta que el principio es la no detención y que esta no puede tener una duración excesiva.

También, que el no rechazo en frontera es para todos los casos en que se alegue un riesgo en la devolución y por supuesto, cuando se solicite asilo o refugio; otro tanto ocurre con la devolución o expulsión en general, aunque no sea en frontera. El principio alcanza a cualquier persona extranjera que se encuentre bajo control efectivo del Estado, aun cuando no se encuentre en su territorio. Otro estándar interesante se refiere a la continuidad entre la aplicación del principio de no devolución, el no rechazo en frontera y el derecho a permanecer en el territorio.

Igualmente, se destaca que la notificación de todas las decisiones debe ser efectiva, lo que pone seriamente en crisis el sistema de notificaciones fictas o por “nota” o a domicilios donde la persona no reside. Varios casos en la jurisprudencia argentina de los últimos años anularon decisiones de detención administrativa por no estar debidamente cursada la notificación (García, 2016b). Justamente, los estándares sistematizados ponen de relieve la importancia de la intervención judicial en todas sus variantes y es de esperar que pronto la posibilidad de que intervenga en algunos casos “otra autoridad” se vuelva inoperante, tal como vimos que sucedió con aquél de la “última ratio” para la detención de NNA. En algunos casos como el argentino, el poder judicial tiene mandatos específicos en control migratorio y siendo así, no puede ser suplido por otra autoridad.

Como se ve, en el SIDH (a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo) no existe pauta alguna que permita a los Estados privar a las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas del goce efectivo de garantías del debido proceso. De hecho, las previstas en los instrumentos internacionales (ej. art. 7 y 8 CADH; arts. 9, 10, 14, PIDCyP) son el mínimo: de por sí, la vulnerabilidad estructural de estas personas requiere la adopción de mayores garantías y en particular, ciertas personas o situaciones imponen aún mayores previsiones (niños/as, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o adultos mayores).

Referencias bibliográficas

- Anquela, L. (2016). *Non refoulement en las fronteras marítimas del Sur de Europa* (tesis inédita de Maestría). Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/62006>
- Asamblea General (AG), NU. (1988). *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>
- Benhabib, S. (2004). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa.
- Bruch, E. (2007). Open or closed: balancing border policy with human rights. *Kentucky Law Journal*, 96, 197-229. Recuperado de https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=law_fac_pubs
- Bustamante, J.A. (2002a). *La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de derechos humanos* (Documento sobre Mejores Prácticas Relativas a Trabajadores Migrantes). Recuperado de http://www.revistainterforum.com/espanol/pdfes/jorge_5Fbustamante_5Fvulner_5Fesp.pdf
- Bustamante, J.A. (2002b). *Migración internacional y derechos humanos*. México: IIJ-UNAM.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2016). *Movilidad Humana. Estándares Interamericanos* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15. 31 diciembre 2015).
- Comité de Derechos Humanos UN. (1982). *Observación General nro. 8, "Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales"* (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 147). Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html
- Comité de Derechos Humanos UN. CDH (1986). *Observación General nro. 15, "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto"* (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 Vol.I). Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html
- Comité de Derechos Humanos UN. CDH (1999). *Observación General nro. 27, "La libertad de circulación (art. 12)"* (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 Vol.I). Recuperado de: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html
- Comité de Trabajadores Migratorios NU. CTM (2013). *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares* (CMW/C/GC/2, 28 de agosto de 2013).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (Opinión Consultiva OC-16/99. Serie A nro. 16).
- Corte IDH. (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).
- Corte IDH. (2010). Caso "Vélez Loor vs. Panamá", Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C nro. 218.
- Corte IDH. (2012). Caso "Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana", Sentencia del 24 de octubre de 2012. Serie C nro. 251.
- Corte IDH. (2013). Caso "Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia", Sentencia del 25 de noviembre de 2013. Serie C nro. 272.
- Corte IDH. (2014a). Caso "Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana", Sentencia del 28 de agosto de 2014. Serie C nro. 282.
- Corte IDH. (2014b). *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional* (Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014).
- Domenech, E. y Pereira, A. (2017). Estudios migratorios e investigación académica sobre las políticas de migraciones internacionales en Argentina. *ICONOS. Revista de Ciencias Sociales*, (58), 83-108.
- Freeman, G.P. (2006). La incorporación de migrantes en las democracias occidentales. En Portes, A. y DeWind, J. (coords.), *Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas* (pp. 131-156). México: Porrúa.

- Médicos sin Frontera (MSF). (2014). Invisible Suffering. Prolonged and systematic detention of migrants and asylum seekers in substandard conditions in Greece. *Médicos Sin Fronteras*. Recuperado de https://www.msf.org.uk/sites/uk/files/invisible_suffering_2014.pdf
- García, L. (2016a). Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?. *Colombia Internacional*, (88), 107-133.
- García, L. (2016b). Personas migrantes y acceso a la justicia. Notas para pensar una tutela judicial efectiva a partir de los casos judicializados de personas en situación de expulsión. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, 15, 4-21.
- Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria-Naciones Unidas. (1999). *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la tortura y la detención* (Deliberación nro. 5, "Situación relativa a los inmigrantes y a los solicitantes de asilo". E/Cn.4/2000/4, 28 de diciembre de 1999).
- Heffes, E, y Goldar, F. (s.f.). *Niñez migrante y protección internacional de los derechos humanos, Observación presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/38/38.pdf>
- Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). (2016). Migración, derechos humanos y política migratoria. *Cuadernillo nro. 1. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) y Organización Internacional para las Migraciones (OIM)*. Recuperado de <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Migraci%C3%B3n-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf>
- Joppke, C. (1998). Why Liberal States Accept Unwanted Migration. *World Politics*, 50(2), 266-293.
- Mármora, L. (2002). *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós.
- Mendos, L. y Muñoz, R. (2013). *Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes. Estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino*. Recuperado de <http://www.mpd.gov.ar/pdf/Garant%C3%ADas%20procesales%20en%20procesos%20de%20expulsi%C3%B3n%20de%20migrantes.pdf>
- Money, J. (1998). Human Rights Norms and Immigration Control. *Journal of International Law and Foreign Affairs*, 3. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jilfa3&div=25&id=&page=>
- Noll, G. (2010). Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants. *European Journal of Migration and Law*, 12, 241-272. Doi:10.1163/157181610X496894
- Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU. (2003). *Informe presentado por la Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro* (E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002. Vol. 16258).
- Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes -NU. (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante* (A/HRC/17/33. Naciones Unidas).

Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...

Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes-NU. (2012). *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, François Crépeau (A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012. Vol. 12599).

Relator Especial sobre la Expulsión de Extranjeros-NU, Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas. (2014). *Texto del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, aprobado en segunda lectura* (A/69/10. Vol. 1).

Sassen, S. (1998). *Los espectros de la globalización*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.



Rescatado de UNICEF-Ecuador. Cuenta en Flickr

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

La condición del migrante irregular. Una reflexión de la noción “apátrida” desde Hannah Arendt y Giorgio Agamben*

Nathalia Rodríguez Cabrera**

María José Ovalle Román***

Resumen

Uno de los retos contemporáneos estatales son las migraciones masivas. Muchas de estas ocurren irregularmente, generando situaciones en donde los derechos humanos no son garantizados. El migrante irregular afronta un limbo jurídico, donde la eficaz reclamación de sus derechos humanos es comprometida por la no pertenencia real a un Estado. Hannah Arendt y Giorgio Agamben analizan cómo la consecuencia de la apatridia es la ineffectividad de sus derechos humanos al no verse cobijado por un Estado garante. De ahí surge la pregunta: ¿de qué forma el migrante irregular contemporáneo se constituye en apátrida desde el diálogo existente entre Hannah Arendt y Giorgio Agamben? Para responderla, se describe cómo la decadencia del Estado-nación sirvió de antecedente para el surgimiento de la apatridia y sus consecuencias; se conceptualiza la noción de migrante irregular aludiendo a su estatus jurídico, y, finalmente, se relaciona al migrante irregular contemporáneo con la noción de apátrida de Arendt y Agamben. Esto último para entender cómo el migrante irregular contemporáneo al no contar con una eficaz práctica y protección de sus derechos humanos representa el apátrida de Arendt y Agamben. Este artículo es resultado de una metodología hermenéutica crítica.

Palabras clave: apatridia; estado-nación; apátrida; migración irregular; derechos humanos.

The condition of the irregular migrant: A reflection of the “stateless” notion from Hannah Arendt and Giorgio Agamben

Abstract

One of the contemporary state challenges is mass migration. Many of these migrations occur irregularly, generating situations where human rights are not guaranteed. Irregular migrants face a loophole, where the successful claim of their human rights is compromised by the actual non-belonging to a State. Hannah Arendt and Giorgio Agamben analyze how the consequence of statelessness is the ineffectuality of their human rights by not being sheltered by a guarantor State. Hence the question arises: *How does the contemporary irregular migrant become stateless according to the dialogue between Hannah Arendt and Giorgio Agamben?* To answer this, we described how the decline of the nation-state concept served as a prelude to the emergence of statelessness and its consequences. The notion of irregular migrant is conceptualized by alluding to their legal status, and, finally, the contemporary irregular migrant is related to the notion of the stateless person according to Arendt and Agamben. In the previous argument it is important to understand how the contemporary irregular migrant, by not having an effective practice and protection of their human rights, represents the stateless person of Arendt and Agamben. All of the above is a result of the implementation of a critical hermeneutical methodology.

Keywords: statelessness; nation-state; stateless person; irregular migration; human rights.

Condición do exilado ilegal. Um refletir da noção “apátrida” de Hannah Arendt e Giorgio Agamben

Resumo

Um dos desafios estaduais do momento é a migração massiva. Muitas daquelas acontecem de jeito dissonante, decorrendo numas situações nas quais os direitos humanos nem são garantidos. O expatriado ilegal apanha num limbo legal, onde um resarcimento real dos seus direitos humanos é atrapalhado pelo fato de não pertencer ao Estado. Hannah Arendt e Giorgio Agamben debatem como a consequência da apatridia é a inutilidade do reconhecimento dos seus direitos humanos por não serem salvaguardados por nenhum Estado garante. Daí surge o questionamento: como o exilado ilegal atual se torna apátrida a partir dumha conversa entre Hannah Arendt e Giorgio Agamben? Para contestar, é definido como a queda do Estado-nação serviu de prelúdio ao nascimento da apatridia e as decorrentes consequências; a noção de exilado dissonante é conceituada atinente ao seu status legal e, conclusivamente, o expatriado ilegal - de hoje em dia - está vinculado à noção dos apátridas de Arendt e Agamben. Isto último, para compreender como um estrangeiro ilegal atual, por não ter uma prática nem defesa verdadeiras dos seus direitos humanos, reencarna o apátrida de Arendt e Agamben. O último como resultante dumha metodología hermenéutica crítica.

Palavras-chave: apatridia; estado-nação; apátrida; migração irregular; direitos humanos.

* Artículo de reflexión. Se realiza en el marco del proyecto de investigación: *Modelo de reintegración: giros y continuidades del discurso securitario* adscrito al Grupo de investigación sobre Estudios Críticos de la Universidad Pontificia Bolivariana/Medellín.

** Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia. Investigadora asociada al Grupo de investigación sobre Estudios Críticos de dicha Universidad. Correo electrónico: natalia.rodriguezcab@upb.edu.co ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0295-2542>

*** Estudiante del último año de Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia. Asistente de investigación asociada al Grupo de investigación sobre Estudios Críticos de la Universidad. Correo electrónico: maria.ovalle@upb.edu.co ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4313-2161>

Cómo citar este artículo: Rodríguez, N. y Ovalle, M. J. (2020). La condición del migrante irregular. Una reflexión de la noción “apátrida” desde Hannah Arendt y Giorgio Agamben. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 145-166
Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a06

Fecha de recepción: 23/09/2019 Fecha de aprobación: 06/11/2019



La condición del migrante irregular. Una reflexión de la noción “apátrida” desde Hannah Arendt y Giorgio Agamben

Introducción

Uno de los grandes retos que los Estados contemporáneos enfrentan son las migraciones masivas desde y hacia sus territorios. Muchas de estas migraciones se dan de manera irregular, generando problemas de carácter jurídico y social en las personas o poblaciones que se ven sujetos a ellos. Se origina, entonces, una situación de exclusión, desprotección y discriminación hacia este tipo de migrante, quien, al no verse eficazmente protegido por la ley, agrava su condición de extrema vulnerabilidad. La protección de los derechos humanos de estas poblaciones, ha sido uno de los focos de trabajo de distintas organizaciones como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). No obstante, el migrante irregular contemporáneo sigue condenado a un limbo jurídico donde la eficacia en la reclamación y el respeto de sus derechos humanos se ve comprometida debido a la no pertenencia *de facto* a un Estado.

Desde Hannah Arendt (1906-1975), precisamente, el mayor problema con las personas en condición de apátrida es la ineficacia de sus derechos al no contar con la tutela de un Estado que los garantice. En palabras más exactas, Arendt advierte que la cuestión central no es la titularidad de derechos, sino la ineficacia de estos frente a un estado de alegalidad no voluntaria del migrante irregular por su condición de apátrida. Este problema genera una especie de paradoja en el ámbito de los derechos humanos entre el deber ser frente al ser, pues la experiencia empírica, desde Arendt, supone que se descubra de su condición humana a aquellas personas que no pertenezcan jurídicamente a un Estado. Arendt (2002), entiende al apátrida como alguien que ha sido excluido al negarle la pertenencia a una comunidad.

En este mismo sentido, Giorgio Agamben, filósofo italiano -bien conocido como ávido lector de Arendt-, explica cómo la figura del apátrida es quien pone en crisis el vínculo Estado-nación-territorio, ya que, al no contar con un vínculo de ciudadanía, se encuentra en un espacio de indeterminación entre el derecho y el hecho, donde ocurre

el abandono de la vida y su deshumanización. De esta forma, el filósofo italiano busca complementar, desde sus lecturas de Arendt, cómo la decadencia del Estado-nación tiene el apátrida como la figura central de la historia política, poniendo en dificultad el concepto original de soberanía, marcando una ruptura entre la identidad del hombre y del ciudadano, entre el nacimiento y la nacionalidad. De allí que, y a partir de la lectura paralela de ambos autores, surja la pregunta de esta composición: ¿de qué forma el migrante irregular contemporáneo se constituye en apátrida desde el diálogo existente entre Hannah Arendt y Giorgio Agamben?

Para analizar de manera precisa cómo el migrante irregular contemporáneo se puede entender como apátrida desde Arendt y Agamben, como primera instancia, se explorará el fenómeno de la decadencia del Estado-nación, que Arendt describe como aquel evento donde una nación en particular toma preponderancia dentro de la figura del Estado sobre una variedad de naciones que conviven dentro del mismo, creando de esta manera, desde su vivencia en la Segunda Guerra Mundial, la categoría de apátrida. En Arendt (2002), la figura del apátrida se presenta como la característica principal de la decadencia del Estado-nación. Retomando el análisis de la filósofa, Giorgio Agamben realiza un análisis del apátrida como una figura política central, que denota la conducta del soberano hacia una desprotección de este al no configurarse frente a él el vínculo de nacionalidad, siendo una crítica hacia el vínculo Estado-nación y su estructuración desde los derechos del hombre y el ciudadano.

Entendiendo entonces como el apátrida, desde Arendt y Agamben, resulta de la decadencia del Estado-nación se proseguirá a despejar la categoría de apátrida desde estos autores. En el caso de Arendt, esta noción se encuentra abordada especialmente en su obra: *Los Orígenes del Totalitarismo* (1951), específicamente, en el segundo tomo de dicha obra, donde nos enfocaremos en el noveno capítulo titulado: “La Decadencia de la Nación-Estado y el Final de los Derechos del Hombre”. Es en este punto, donde Arendt elabora lo que, desde su vivencia como judía sin Estado, es un apátrida, quien está caracterizado particularmente por no tener un gobierno que lo represente y lo proteja, estando condenado a vivir, entre otras cosas, bajo la condición absoluta de ilegalidad (Arendt, 2002). Durante este capítulo, Arendt apunta a la desnacionalización como un “arma poderosa de la política totalitaria”, evidenciando de esta manera la “incapacidad constitucional de las Naciones-Estados europeas para garantizar los derechos humanos a aquellos que habían perdido los derechos nacionalmente garantizados (...)” (Arendt, 2002, pp. 394-396). En Agamben, el asunto se desarrolla, principalmente, en el ensayo *Nosotros los refugiados* de 1995. Quien, partiendo de la lectura de Hannah Arendt, explica su teoría frente a esta figura, su relevancia política y la paradoja misma del vínculo Estado-nación desde la declaración de los Derechos hombre y el ciudadano.

En un tercer momento, se entrará a conceptualizar la noción de migrante irregular aludiendo a su estatus político y jurídico, acudiendo a organizaciones como la CIDH, especialmente, a sus informes sobre movilidad humana. En este, se lee

como migrantes en “situación irregular” a aquellos que hayan ingresado de forma irregular a un territorio del que no son nacionales, o que hayan permanecido en dicho territorio por más tiempo de lo autorizado (CIDH, 2015). Se hará un enfoque en aquellos que hayan entrado a dichos territorios no de forma voluntaria sino obligados por diferentes factores de sus lugares de origen, es decir, en aquellas personas que entran a un Estado foráneo ya abandonados jurídica y políticamente por su lugar de origen. En un cuarto momento, se relacionarán los conceptos de migrante irregular contemporáneo con el de apátrida de Arendt y Agamben.

El presente trabajo se desarrollará bajo una metodología hermenéutica-crítica, utilizando técnicas de recolección documental de textos científicos que desarrollen el tema, acudiendo a fuentes directas e indirectas como tesis, artículos de revista y lectores de los autores a estudiar. Se analizarán dos textos base: *Los Orígenes del totalitarismo* de Hannah Arendt (1951) y *Nosotros los Refugiados* (1995) de Giorgio Agamben, con la finalidad de develar el mensaje que contienen ambos autores en torno a la noción del apátrida, buscando, en los mismos pensadores, develar el paradigma del migrante irregular que se presenta actualmente. En este artículo, se llevará a cabo un análisis que pone en diálogo dos autores, entrelazando el análisis político y filosófico de Arendt, desde su experiencia como judía sin patria, y el análisis que realiza Agamben en la crisis de los refugiados en Europa, lo cual resulta enriquecedor para el mundo académico. De esta manera, se visibilizan las problemáticas sociales, políticas y culturales debido a la degradación que ha tenido la figura de aquel que migra de manera irregular, llevando a la desprotección de sus derechos humanos, lo que conduce a una deshumanización en los casos más extremos. He aquí la cuestión crítica.

Como resultado de lo último, se evidenciará la situación en virtud de la cual los migrantes contemporáneos en condiciones irregulares, al verse abandonados por Estados tanto de origen como de destino y viéndose sometidos a una condición de extrema vulnerabilidad, pasarán a un estado de alegalidad, esto es, fuera del marco jurídico, lo cual, afecta especialmente la eficaz reclamación y ejercicio de sus derechos humanos. La anterior ineficacia se da puesto que los marcos jurídicos existentes no resultan útiles a la hora de evitar ni manejar su estatus jurídico y político, conduciéndolos, de esta manera, a poder ser clasificados, desde Arendt y, por supuesto, desde Agamben, como apátridas.

La decadencia del Estado-nación

Para el presente artículo se hace necesario develar las perspectivas de Hannah Arendt y Giorgio Agamben en torno al paradigma Estado-nación, su surgimiento y los efectos de este alrededor de la categoría del apátrida. Ambos autores explican el paradigma desde su complejidad histórica y sus consecuencias, siendo esta una

categoría nodular a través de la cual es posible entender los orígenes del apátrida arendtiano, cuya principal característica es el abandono sistemático del Estado y su consecuente pérdida de acción y protección de derechos humanos, que, posteriormente, Agamben acoge bajo una perspectiva moderna. Todo lo anterior para un entendimiento del papel del apátrida en un Estado moderno.

Desde estos autores el vínculo Estado-nación significa un Estado que hace de la natividad o nacimiento la base de su propia soberanía, generando la inscripción de la vida natural en el orden jurídico. El vínculo con el Estado se teje en virtud de la nacionalidad, el nacional es entonces ciudadano, acreedor de derechos y obligaciones. Desde la perspectiva de Arendt, se entenderá que en sus inicios el requisito fundamental para la creación de un Estado-nación viable, sería la homogeneidad de su población, seguido por el enraizamiento natural del suelo en donde se habita (Arendt, 2002). A partir de allí, la autora señala que la desintegración y posterior decadencia de lo que se concibe como Estado nación europeo, comenzó después de la Primera Guerra Mundial, con la aparición de aquellas minorías creadas por los tratados de paz originados de esta guerra y del movimiento creciente de refugiados creados como consecuencia de las revoluciones que la misma ocasionó (Arendt, 2002). A partir de esta problemática, se elimina el requisito de la homogeneidad poblacional, dejando un único camino para la existencia en coexistencia de los Estados naciones europeos: el reconocimiento de la pluralidad humana como receptora de protección estatal con independencia de las propiedades que la caracterizan (Arendt, 2002). De este modo, se pone en cuestionamiento la fórmula según la cual se entrelazan los lazos con el Estado a partir de la nacionalidad.

En *Los Orígenes del Totalitarismo*, Arendt aborda la problemática de las minorías y su desprotección, lo que la lleva a un hallazgo importante: solo los nacionales podían ser ciudadanos y, únicamente, ellos podían gozar de una completa protección legal, pues en los mismos tratados de minorías se contemplaba que la protección de los no-nacionales no sería una obligación de los Estados-nación, sino de la recientemente creada Sociedad de Naciones (Arendt, 2002). Posteriormente, las políticas totalitarias europeas¹ utilizaron la desnacionalización de las personas pertenecientes a minorías, tanto étnicas como culturales, como un arma política a fin de lograr sus cometidos, demostrándole al mundo de esta manera la incapacidad constitucional de las naciones-Estados europeas para garantizar los derechos humanos de las personas que habían perdido los derechos “nacionalmente garantizados” (Arendt, 2002, p. 394).

Al desnacionalizar, los Estados europeos, por medio de diferentes tratados, amontonaron y sectorizaron muchos pueblos, creando así un nuevo grupo de nacionalidades (Arendt, 2002). En palabras de Arendt (2002), estos grupos eran

1 Desarrolladas durante la Segunda Guerra Mundial.

sumamente pequeños y “se hallaban demasiado dispersos para alcanzar una nacionalidad completa” (p. 398). El problema con estos tratados se manifestó cuando en la práctica solo se aplicaban a los grupos de personas que contarán con un número considerable de miembros, dejando de lado a todas las demás nacionalidades que no contaban con esta característica (Arendt, 2002). En otras palabras, aquellos tratados no solucionaban la situación de la persona en calidad de apátrida, personas sin nación que en tantos casos individuales no lograban ser acogidos por los mismos, quedando sin Estado y sin derechos que pudiesen tutelar.

Desde el análisis de Arendt, la experiencia del pueblo judío en la Segunda Guerra Mundial, evidenció que “el pueblo, sin un gobierno nacional propio, se halla privado de los derechos humanos” (Arendt, 2002, p. 399). En este orden de ideas, solo se le pueden salvaguardar los derechos humanos a aquellas naciones con un gobierno propio que los represente. Esta es, precisamente, la gran decadencia del Estado-nación a la que Arendt se refiere a lo largo del capítulo estudiado², puesto que se ubican los intereses de la nación preponderante por encima de los intereses de la población en general, ocasionado una “transformación del instrumento de la ley en un instrumento de la nación” (Arendt, 2002, p. 403). La nación triunfa sobre el Estado dejando a los que no pertenecen a la misma en un estado de desprotección absoluto, quedando roto finalmente el equilibrio entre Estado y nación. Sin este equilibrio, los derechos humanos para aquellos no pertenecientes a la nación (apátridas) se convierte, desde la perspectiva de Arendt (2002), en un “idealismo sin esperanza” (p. 395). Se entiende, entonces, que la pérdida de los derechos nacionales se identifica con la pérdida de los derechos humanos (Arendt, 2002). Esto resulta definitivo en la cuestión examinada.

Debido a esta decadencia, Arendt considera que la conformación de Estados-nación en Europa fundamentados en la pluralidad de su población, no resultan aplicables puesto que aquellas naciones que quedaron despojadas de un Estado propio se verían en un estado de desprotección resultante de la invisibilización de sus derechos fundamentales, al quedar rezagados a un estatus de minoría. Sobre esto, Arendt (como se citó en Sampedro y Lorenzo, 2016) apunta que:

Las minorías de forma activa estaban bajo la lógica de que la verdadera emancipación, la verdadera libertad, sólo se podría alcanzar con la autodeterminación de la nación; sólo en ese marco, los derechos humanos estaban garantizados, una lógica que se gestó en la Revolución Francesa”. Consecuentemente, “se transformaba así el estado, pasando de ser un instrumento de la ley a ser un instrumento de la nación. La nación había conquistado al estado. El interés nacional tenía prioridad

2 Capítulo: “La Decadencia de la Nación-Estado y el Final de los Derechos del Hombre”.

sobre la ley bastante antes de que Hitler pronunciase que “el derecho es lo que es beneficioso para el pueblo alemán”. (párr. 3)

De la misma manera, y desde su experiencia como exiliada y apátrida, Arendt examina el desarraigo estatal, territorial y las migraciones masivas forzadas de grandes grupos poblacionales, que sirven de antecedentes a la creación de fenómenos sociales como la apatridia y, consecuentemente, al triunfo del totalitarismo, marcando de esta manera la consecuencia principal de la decadencia del Estado-nación: la invisibilización sistemática e institucional de los grupos minoritarios que habitan dentro de los Estados modernos europeos, despojándose de esta manera de sus derechos fundamentales (Arendt, 2002). Dicha afirmación resurge con cierto dramatismo cuando el análisis se traslada hacia la problemática de los refugiados y apátridas, momento en el cual los derechos supuestamente inalienables mostraban a todas luces que solo podían ser disfrutados por los ciudadanos de las naciones más prósperas (Benente, 2017).

De la misma forma, y siguiendo esta lectura, Agamben identifica el paradigma Estado-nación como aquel que adopta la figura de la *nation*-nación-nacer como el fundamento propio del Estado soberano. Lo anterior implica que el vínculo de la nacionalidad proporciona cabal funcionamiento a la antigua trinidad de Estado-territorio-nación. De manera que el nacimiento vincula la vida de los individuos al Estado. Bajo este contexto, para el autor, la crisis del Estado-nación se hace evidente, cuando crecientes porciones de la humanidad fracturan esta antigua trinidad. “La novedad de nuestra época, que amenaza los fundamentos mismos de la Nación-Estado es que las crecientes porciones de la humanidad ya no pueden ser representados en su seno” (Agamben, 1995, p.115). Con esta frase, Agamben explica su pensamiento refiriéndose, específicamente, a la crisis de refugiados en Europa, lo que para el autor es un vivo ejemplo del declive del vínculo Estado-nación.

Para Agamben, lo anterior se vislumbra claramente al leer los primeros tres artículos de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789, donde se muestra la sinergia existente entre la nación y el Estado, al suscribir el elemento nativo en cualquier asociación política³. La ficción implícita aquí es que el nacimiento se convierte inmediatamente en nación, de tal manera que no puede haber distinción entre los dos momentos. Los derechos son atribuibles al hombre solo en la medida en que él es el presupuesto inmediato de ciudadano (Agamben, 1995).

Esta condición resulta problematizadora al momento en que surgen individuos que ponen este vínculo en tela de juicio, al no poseer nacionalidad no se

3 6. La Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 en su artículo 3 establece que: El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella.

hacen acreedores de la protección de un Estado. En su análisis, es menester dejar de concebir las “declaraciones de derechos como simples proclamaciones de valores metajurídicos y suprahistóricos, y dar cuenta de su papel histórico en la constitución de los Estados nación” (Castro, 2008, pp. 59-60). Para el autor italiano, “las declaraciones de derechos representan la figura originaria de la inscripción de la vida natural en el orden jurídico-político del Estado nación” (Agamben, 1998, pp. 161-162). De este modo, si analizamos la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano advertimos que es propiamente “la vida natural, es decir el puro hecho del nacimiento, lo que se presenta aquí como fuente portadora del derecho” (Agamben, 1998, pp.161).

Es por lo anterior que, si en el marco de los Estados nación modernos, la figura del refugiado o apátrida resulta tan compleja es porque “al romper la continuidad entre hombre y ciudadano, entre nacimiento y nacionalidad, ponen en crisis la ficción originaria de la soberanía moderna” (Agamben, 1998, p. 167). Luego de la Primera Guerra Mundial, el nexo nacimiento-nación comienza a disociarse, algo que puede detectarse en el número de Estados europeos que dictaron leyes de desnaturalización y desnacionalización de sus propios ciudadanos y, en la misma línea, el nazismo solo enviaba a los campos de exterminio a los judíos que antes hubiesen sido debidamente desnacionalizados (Benente, 2017). Solo fracturado el vínculo de nacionalidad se dejaba desprotegidas a poblaciones enteras, todo esto como muestra del vínculo Estado-nación y su crisis a la luz de los derechos y de personas que al no considerarse ciudadanos quedaban sin ser sujeto de los mismos.

Siguiendo tanto a Arendt como Agamben, la llegada de nuevas poblaciones empieza a desestructurar el Estado-nación, pues el migrante como nuevo poblador será el que desquicie la antigua trinidad y, por lo tanto, los fundamentos mismos del Estado-nación. Pero si sucede esta crisis es, precisamente, porque ocasiona la ruptura entre hombre y ciudadano, entre el nacimiento y la nacionalidad. Para Agamben, este migrante pone en tela de juicio el fundamento propio de la soberanía, y al no hacerse presentes, la nacionalidad ni la ciudadanía, dejan al hombre al descubierto, desamparado ante un derecho que no lo protege y un Estado que no lo reconoce.

Es así como ante el reciente incremento de poblaciones migrantes, la adopción de la nacionalidad como vínculo para el reconocimiento de derechos deja en un punto de indeterminación a estas personas. Dejando suspendidos los derechos de aquellos que no son ciudadanos de un Estado. El declive del Estado-nación es, justamente, cuando se deja por fuera de la protección estatal a individuos que no pueden ser categorizados dentro de los esquemas de la ciudadanía. De esta manera se observa cómo la decadencia del Estado-nación, para los autores referidos, origina dinámicas de poder peligrosas en términos de las relaciones de ciudadano-Estado, en tanto, los individuos que no logran constituir dicho vínculo quedan en total desprotección estatal. Lo último, generaría un estado de apatridia

para con estos sujetos, siendo los mismos invisibilizados institucionalmente, perdiendo así su capacidad de reclamar y accionar aquellos derechos supuestamente inalienables.

Los apátridas

Durante su obra: *Los Orígenes del Totalitarismo* (1951), Arendt expresa claramente que la condición en la que fueron colocados los judíos durante la Segunda Guerra Mundial -entre estos, ella misma- al abandonar su Estado fue la de apátrida, consistente en la pérdida de protección por parte de sus gobiernos, lo cual, no solo se reducía a esto, sino que también despojó a la persona de toda identidad oficialmente reconocida (Arendt, 2002). A lo largo de su vida, Arendt comprende que su propia vivencia de exilio “(...) no se reduce a la separación de la tierra (...), sino más bien, al hecho de perder el derecho a tener derechos, es decir, a ser marginada de la comunidad de los hombres” (Pilatowsky, 2018, p. 66). Para Arendt, el problema central de estar en condición de apátrida no reside en la posición de ser iguales ante la ley sino en el hecho de que no existe ley alguna para ellos (Arendt, 2002).

De esta manera, la condición humana de cada persona queda reducida a la pertenencia a una comunidad, a un estatus político, en cuya ausencia se despoja al individuo de su humanidad: para Arendt (2002) “los Derechos del Hombre supuestamente inalienables, demostraron no ser aplicables (...) allí donde había personas que no parecían ser ciudadanos de un Estado soberano” (p. 426). Las personas en condición de apátrida, al quedar desprotegidos y sin ningún tipo de reconocimiento entran a un estado indefinido de alegalidad, entendida como aquello que está por fuera de todo marco jurídico. Esta circunstancia frente al apátrida es de mayor vulnerabilidad, inclusive más que la de la persona que comete un accionar que esté por fuera de la ley. Sobre esto Arendt (2002) comenta:

El mejor criterio por el que decidir si alguien se ha visto expulsado del recinto de la ley es preguntarse si se beneficiaría de la realización de un delito (...) si un pequeño robo puede mejorar al menos temporalmente, su posición legal se puede tener la seguridad de que ese individuo ha sido privado de sus derechos humanos. (p. 417)

Dentro de los Estados, las personas que cometen delitos cuentan con más derechos que el apátrida descrito por Arendt, puesto que, en teoría, cuentan con la posibilidad de ser escuchados y a un juicio justo, algo que con el despojo de una identidad oficial nacional, el apátrida no puede acceder, reafirmando así su estatus de alegalidad (Arendt, 2002). Se comprende, entonces, que la raíz del fenómeno de la apatridia se basa en aquellos apátridas creados a partir de la Primera

y Segunda Guerra Mundial cuya vivencia representa: “La abstracta desnudez de ser solamente humano” (Arendt, 1998, p. 249).

De la misma manera, Adriano Correia (2017) apunta en su artículo “Vida y derecho en Hannah Arendt”, que los apátridas y los refugiados son en la actualidad los puntos ciegos de “de los derechos humanos qué presumidos cómo naturales, no es, sin embargo, el de quién no se decidió actuar, pero sí el de quien es impedido hacerlo” (p. 189). Desde Arendt, el fenómeno de la apatridia pone en tela de juicio la misma universalidad de los Derechos Humanos ya que el individuo al perder sus derechos positivos pierde con los mismos la capacidad de velar y hacer valer sus derechos fundamentales inalienables, por lo menos formalmente.

Desde Arendt, se puede decir, entonces, que la privación de todos los derechos humanos y la alegalidad frente al apátrida se manifiesta en tres consecuencias (Sánchez, 2015), a saber: primero, la “privación de un lugar en el mundo que haga significativas las opiniones y efectivas las acciones” (Arendt, 2002, p. 430), es decir, la privación no del derecho a la libertad sino del de acción; segundo, la privación del entramado social que solía cobijar la persona, la pérdida de un lugar en el mundo al que puedan llamar “hogar”, y, por último, la pérdida de la protección de su gobierno, lo cual, no solo conlleva a la falta de un estatus legal dentro de sus fronteras sino también de un estatus legal en cualquier lugar del mundo (Arendt, 2002).

Por su parte, y teniendo en cuenta las aportaciones de Arendt, para Agamben, el apátrida resulta ser la figura central de la historia política, quien se encuentra entre el derecho y el hecho, desquiciando la antigua trinidad Estado-país-territorio- y dando paso a lo que el autor denomina como la “nuda vida”. La *nuda vida* o vida desnuda no es otra que la vida desprovista de toda cualificación, una vida que en principio se encontraba fuera del ordenamiento, perviviendo en un espacio de excepción donde es víctima de violencia. La “vida desnuda” es la vida en cuanto fenómeno biológica, la vida aislada, considerada solo como un trozo de materia, un elemento individual de la naturaleza que existe solamente de una manera física (Luis, 2012). Del mismo modo, y tal como acontecía con Arendt, el apátrida o refugiado es una vida simplemente humana sin un estatus que la protege, quedando fuera del ordenamiento. Agamben (2013), sostiene que en la modernidad esa “vida” es la que forma la “materia prima” de la política. Vida que parece revestirse de derechos y obligaciones, pero que, en últimas, resulta ser solo un manto que esconde una realidad ineludible, un dejamiento vil, un abandono sin remordimiento alguno.

Desde el punto de vista de Agamben, y retomando los conceptos de Jean-Luc Nancy, el apátrida se encuentra en una relación de *bando*, es decir, de abandono y desprotección, indicando con ello que no forma parte del cuerpo político y de un ordenamiento jurídico; puesto que es el ciudadano, quien ya no se encuentra

en un estado natural ni puede considerarse por tanto en mero viviente, aquel que representa, en su supuesto, una vida cualificada de derechos y acogidas por el ordenamiento. De manera que, explica el autor, el ordenamiento legal pone la vida natural, la vida que no es considerada como merecedora de derecho, en *bando*, abandonada. Aquella vida desprotegida es representada por el apátrida, aquel que se encuentra abandonado y cuyos derechos han sido fracturados y relegados, y que, por tanto, no es más que una nuda vida.

El *bando* considerado como la “estructura” histórico-ontológica de la excepción soberana:

Es esencialmente el poder de entregar algo a sí mismo, es decir, el poder de mantenerse en relación con un presupuesto que está fuera de toda relación. Lo que ha sido puesto en bando es entregado a la propia separación y, al mismo tiempo, consignado a la merced de quien lo abandona, excluido e incluido, apartado y apresado a la vez. (Agamben, 2006, p. 142)

Así, pues, aquello que el bando tendría a su haber será, precisamente, la vida que, en su estar entregada a la separación, se sitúa al mismo tiempo, como excluida e incluida, apartada y apresada (Bolton, 2012). Desde este análisis, Agamben advierte que el apátrida no es simplemente excluido del ordenamiento, como bien lo había expuesto Arendt, sino apresado por el mismo, en una zona de indistinción a condición del poder y expuesta a la muerte, encontrándose en una relación que él denomina como exclusión-inclusiva. De manera que la vida desnuda (es decir, la vida excluida de toda cualidad política), haya terminado ingresando de esta forma al centro del espacio político occidental, generando una politización de la vida desnuda sin precedentes (Bolton, 2012).

Es así como desde la perspectiva agambeniana, *bando* vendrá a designar la estructura ontológico-política del estado de excepción, cuya característica central sería la de ser un dispositivo a través del cual el poder soberano logra capturar a la vida, en la medida que, en dicha relación, la vida queda liberada de la ley y, a la vez, apresada al poder (Bolton, 2012). Lo anterior, devela para el autor la paradoja existente según la cual, la relación originaria de la ley con la vida no sería la de su aplicación sino la del abandono (Agamben, 2006). Por ello, el “bando” como estructura ontológico-política del estado de excepción constituye un dispositivo biopolítico que incluye a la vida en el orden jurídico solo en la forma de una exclusión (Bolton, 2012).

Siguiendo esta lógica Agamben percibe en la figura del apátrida el límite en que se muestran las diversas contradicciones que vinculan el derecho con la vida humana en los Estados modernos y en la política occidental (Ruiz, 2014). En el

apátrida⁴, es posible visualizar la forma a través de la cual el derecho amenaza la vida con su suspensión, puesto que el mismo se ve sometido a una continuada suspensión de derechos y se ve obligado a pervivir en lugares de anomia absoluta. En los campos de refugiados la vida queda excluida a un espacio donde la ley queda suspendida, un perpetuo estado de excepción donde, como dice con Hannah Arendt: “todo es posible” (Arendt, 2002). El hombre recluido en ellos es marginado de la sociedad por el propio Estado. Así al fracturar la nacionalidad como vínculo con la soberanía se expulsa la vida fuera del derecho y la captura en una zona de indistinción, donde la vida está a merced de la violencia. Poniendo en contraste ambos autores, para Arendt y Agamben el apátrida será un ser desprotegido, con un estado de alegalidad, fuera de la ley y, desde el análisis agambentiano, estará en una relación de inclusión-exclusiva, puesta en bando y víctima de violencia, será un ser humano expuesto a la muerte.

El migrante irregular contemporáneo

En su Informe sobre Movilidad Humana realizado en el año 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos define al migrante irregular como aquella persona que ha ingresado al territorio de un Estado del cual no es nacional, sin encontrarse dentro del ordenamiento jurídico migratorio del Estado receptor, o, que haya “permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados a permanecer” (CIDH, 2015b, p. 67). Se entiende, entonces, que la característica principal del migrante irregular es que al momento de ingresar a un territorio foráneo en calidad de no-nacional no se acomode a lo que conviene la ley como migración regular. La misma, estando ligada con el concepto de migración legal. De esta manera, estas personas no cuentan con un estatus jurídico ni político claramente definido dentro del Estado receptor. Debe advertirse que, aunque la condición migratoria de una persona no se acomode al ordenamiento jurídico de un Estado, no es correcto calificarlo como “persona ilegal” debido que la ilegalidad es una acción no una persona *per se* (CIDH, 2015b).

Por el hecho de no contar con un estatus legal claramente definido, el migrante irregular contemporáneo se ve sujeto a un estado de vulnerabilidad, viéndose obligado a vivir en la absoluta clandestinidad (CIDH, 2015b). Lo anterior, oca-sionando que estas personas sean particularmente proclives a ser víctimas de violaciones a sus derechos humanos “por parte de autoridades y de particulares” (CIDH, 2015b, p. 14). Se entiende, en consecuencia, que este tipo de migrantes no

4 Para Agamben las distinciones entre refugiado y apátrida son severamente sutiles porque quien no quiere retomar o devolverse a su patria y prefiere por el contrario quedarse fuera de esta resultan sin duda ser unos “apátridas de facto” (Agamben, 1995,115).

cuentan *de facto* con un Estado que les garantice su protección integral, adicionándose el temor que los mismos migrantes siente de recurrir a las instituciones estatales “por las consecuencias que esto pueda desencadenar, principalmente, el ser detenidos y posteriormente deportados” (CIDH, 2015b, p. 14). Desde Arendt, se puede interpretar lo anterior como la privación del “derecho a tener derechos”, puesto que, aunque el migrante irregular todavía cuente *de jure* con la titularidad de sus derechos humanos, *de facto* no hay institución alguna capaz de garantizarlos (Arendt, 2002).

En este orden de ideas, podemos concebir como migrante irregular contemporáneo a toda persona que haya ingresado de manera no regular a un territorio del cual no se le considere nacional, cuya facultad de una eficaz reclamación y ejercicio de derechos humanos en el país que reside es casi nula, viéndose de esta manera sujeto a vivir bajo un constante estado de miedo a las diferentes instituciones estatales del país donde reside, puesto que, un paso en falso, puede significar la encarcelación o deportación (CIDH, 2015a). Por ende, dentro de esta clasificación entran, entre muchas otras, las personas en calidad de refugiados⁵, solicitante de asilos⁶, los apátridas, víctimas de trata de migrantes⁷ o de personas⁸ o, individuos que ingresen con documentos falsos a un Estado en el cual pretenden residir. Todos estos, compartiendo por supuesto, la titularidad de sus derechos humanos, pero, tal como lo advierte Arendt (2002), también comparten la falta de acción concreta sobre su protección.

La falta de acción concreta puede explicarse también por la desarticulación institucional frente al tema migratorio dentro de la normativa migratoria existente. El régimen de la migración internacional constituye una arquitectura institucional y jurídica compleja, y en ocasiones, por ende, fragmentada, particularmente en temas de cooperación internacional y el diálogo sobre cuestiones migratorias. De hecho, no existe un organismo o marco institucional único, unificado y global que tenga un mandato en materia de migración internacional (Unión Interparlamentaria, 2015). Sobre esto, el director general de 2015 de la Organización Internacional

5 “(...) el término ‘refugiado’ hace relación a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” (CIDH, 2015b, p. 68).

6 “El término ‘solicitante de asilo’ hace relación a la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada en forma definitiva en el país de acogida” (CIDH, 2015b, p. 69).

7 El tráfico de migrantes es “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (CIDH, 2015b, p. 70).

8 “Se entenderá por trata de personas la captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación” (CIDH, 2015b, p. 70).

de Trabajo (OIT), Juan Somavia, indicó que: “Lo que llama la atención en el trabajo multilateral que se lleva a cabo en el ámbito de la migración es su elevado grado de fragmentación institucional” (Unión Interparlamentaria, 2015, p. 159).

Una explicación más política sobre la falta de consenso en este ámbito, tiene que ver precisamente con la visión de que la decisión sobre quién cruza las fronteras de un Estado y sobre a quién se permite ser miembro de la sociedad de ese Estado son asuntos fundamentales de la soberanía nacional, que se vería inevitablemente socavada con una intervención multilateral en este asunto (Unión Interparlamentaria, 2015). Por lo que resulta un sistema apenas reglamentado y que cuenta con múltiples actores, que a menudo compiten entre sí, podría limitar de hecho la soberanía nacional, y que la gobernanza de la migración en el plano internacional debería ser vista como un reclamo de soberanía y no como una cesión de la misma (Unión Interparlamentaria, 2015)

Las migraciones irregulares no son un fenómeno novedoso, ya bien Arendt detectaba la situación de migraciones cuyo carácter estaba por fuera de la norma durante la Segunda Guerra Mundial (Sánchez, 2015). A estas les daban vida individuos obligados a huir de sus hogares de manera imprevista, impulsados por el miedo de ser llevados a campos de concentración donde su humanidad se vería anulada (Sánchez, 2015). Arendt interpretaba todas estas migraciones como la consecuencia directa de los gobiernos totalitarios europeos, que al haber quebrado el equilibrio entre el Estado y nación buscaban “transformar la pluralidad humana (...) en un solo hombre” (Sánchez, 2015, p. 57). En la actualidad, lamentablemente, aquellas migraciones que preveía Arendt hacen más de seis décadas continúan indiscriminadamente. Es decir, los desplazamientos transnacionales por personas que han sido desplazadas por guerras, motivos económicos, culturales, raciales, entre otros (Sánchez, 2015), constituyen la raíz de la migración irregular contemporánea.

El migrante irregular: el apátrida contemporáneo

A pesar de que Arendt no aborda la noción de migrante irregular durante su obra, sino de la condición de apátrida, puede hoy analizarse como este tipo de migrante cumple con las características a las que la alemana les asignó, hace ya 68 años⁹, a todas aquellas personas cuyas identidades oficialmente reconocidas les fueron despojadas (Arendt, 2002). Aquella similitud es, especialmente, palpable al analizar las condiciones de extrema vulnerabilidad en la que este tipo de migrantes viven en sus Estados receptores. Si bien el migrante irregular contemporáneo cuenta

9 En el año 1951, se publica *Los Orígenes del Totalitarismo*, cuyas páginas describen lo que Arendt concibe como un apátrida

de jure con un Estado que los reconoce como nacionales, a diferencia del apátrida arendtiano, este mismo al migrar de manera irregular se ve privado de su derecho de acción a reclamar un eficaz respeto y garantía de sus derechos humanos (Arendt, 2002). El mismo Estado le condena a vivir en el anonimato, reduciendo su condición humana a la posesión de un estatus político (Arendt, 2002).

La Oficina del Alto comisionado de Derechos humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH) señala que, al pasar de los años “resulta cada vez más evidente que la falta de un sistema de coordinación de la migración basado en los derechos humanos de ámbito mundial, regional y nacional” (ACNUDH, s.f., párr. 2). Lo anterior ocasiona que en la actualidad exista una profunda crisis en el ámbito de acceso a derechos fundamentales para los migrantes irregulares (ACNUDH, s.f.). En otra palabra, derechos como el acceso a la educación, a los servicios de salud y el derecho a una identidad, se convierten en figuras casi inalcanzables para estas personas (ACNUDH, s.f.). En términos de Arendt (2002) “el mismo término ‘derechos humanos’ se convirtió (...) en prueba de un idealismo sin esperanza o de hipocresía chapucera” (p. 395).

La violación de estos derechos “suelen estar estrechamente vinculadas a (...) prácticas discriminatorias y actitudes muy arraigadas de prejuicio y xenofobia” (ACNUDH, s.f., párr. 4). Se evidencia cómo la sociedad humana no ha superado aquellas ansias, que bien describe Arendt como una de las características de los gobiernos totalitarios europeos, de “transformar la irreductible pluralidad humana en un solo hombre, es decir, reducir la limitada pluralidad de los seres humanos (...) a un único espécimen (...)” (Sánchez, 2015, p. 57). Ejemplos de violación de derechos a migrantes irregulares no son escasos, tal como acontece con la Sentencia 168 del 2013 del Tribunal Constitucional dominicano, donde se generó la privación de la nacionalidad a todo hijo de migrante irregular nacido desde 1929 en la República Dominicana¹⁰ (CIDH, 2015a), familias centroamericanas en tránsito irregular hacia EE.UU., cuyos niños son detenidos en la frontera con México viéndose separados de sus padres por tiempos indefinidos¹¹ (Noticias ONU, 2016), o a aquellos venezolanos que huyendo de la precaria condición social y económica de su país llegan a Colombia en busca de suplir necesidades básicas (Noticias ONU, 2018), y donde el Estado colombiano tampoco se verá en capacidad ni obligación vinculante de cumplir.

10 Esta sentencia privó “arbitrariamente de su nacionalidad dominicana a miles de personas de ascendencia haitiana (...)” (CIDH, 2015a, p. 123), ocasionando una situación de apátrida, novedosa, en nuestro continente.

11 “(...) en los primeros seis meses de 2014, más de 44,500 niños no acompañados fueron detenidos en la frontera de Estados Unidos con México; el número se redujo a casi 18,500 en el mismo período de 2015 y aumentó de nuevo a casi 26,000 hasta junio de 2016” (Noticias ONU, 2016, párr. 2).

La desnacionalización en masa de la que fue testigo el mundo durante la Segunda Guerra Mundial no solo se reducía a darle muerte de la persona jurídica¹² (Sánchez, 2015), es decir, a la privación del derecho a tener derechos; sino que también a eliminar a la persona moral suponiendo “(...) acabar con toda traza de solidaridad humana” (Sánchez, 2015, p. 60). De esta forma, se evitaba que las personas tuvieran acceso a la acción de reclamar sus derechos humanos; no obstante, conservándolos formalmente. El migrante irregular contemporáneo¹³, vive en la clandestinidad, especialmente, producto del temor a las reacciones que el respectivo Estado receptor pueda tomar en su contra. Lo anterior genera que a estas personas se les prive de su derecho de acción, viéndose sujetas a una especie de “olvido organizado” (Sánchez, 2015, p. 62), tal y como se efectuó con el apátrida judío que Arendt describe.

Desde Agamben, es posible afirmar que la figura del apátrida como migrante irregular encarna desde los conceptos previamente desarrollados a una figura de ser humano expuesta, es nuevamente una materialización de la nuda vida, insacritable y, a la vez, expuesta a la muerte. Los refugiados o apátridas, en sus diversas versiones, son poblaciones indeseadas que deben ser controladas, vigiladas, expulsadas, incluso, en algunos casos, queda clara la expectativa política del exterminio (Ruiz, 2014). Encarnan, si se quiere, una vida abandonada, desprovista de toda cualificación y solo incluida bajo la forma de la excepción; y es por estos factores que es posible vincular íntimamente apátrida como nuda vida.

En la actualidad, se puede vislumbrar los efectos que Agamben denuncia frente a la nuda vida de los migrantes irregulares, en lugares como los grandes campos de refugiados, las zonas de espera en los aeropuertos internacionales, en zonas fronterizas etc., lugares que se convierten en espacios para la vida desnuda, expuesta y vulnerable en un umbral de indeterminación donde la tutela de los derechos se pierde entre el entramado de las máquinas burocráticas. Un caso revelador es el sucedido en República Dominicana en 2013, donde por medio de una sentencia judicial del Tribunal Constitucional, fueron expulsadas del territorio miles de personas al dictaminarse la pérdida de la nacionalidad dominicana de forma retroactiva a quienes la habían obtenido siendo migrantes de origen haitiano, lo que dejó desprotegidas a generaciones enteras de personas que habían cultivado una vida en este país, teniendo que abandonar sus hogares para ser reubicados en campamentos de desplazados en la zona fronteriza con Haití. Estos dominicanos que pertenecían a la primera, la segunda e incluso (algunos de ellos) a la tercera generación de los migrantes haitianos, se encontraron de un día para otro sin

12 Entiéndase persona jurídica como ser humano sin estatus político reconocido.

13 Descrito en el acápite anterior.

nacionalidad, en el único país que conocen y en el que han vivido; convirtiéndose en los nuevos apátridas del siglo XXI (Loudor, 2014).

Estos campos de haitianos desnacionalizados y deportados no solo recuerdan a los campos de la Segunda Guerra, sino que además dan cuenta de una vida desnuda que ha sido excluida por el ordenamiento, pero que pervive en una zona de indistinción, siendo privadas de sus derechos y prerrogativas, siendo a su vez vulnerables y víctimas de la violencia. El apátrida como migrante irregular es entonces una figura que pone ciertamente en dificultad el concepto original de soberanía, y que, marcando una ruptura entre la identidad del hombre y del ciudadano, entre el nacimiento y la nacionalidad; siendo una materialización de la nuda vida, vida desprovista de cualificación y puesta en bando. Por lo que la figura del apátrida nos permite reflexionar las formas en las que el derecho se vincula con la vida, denunciado la paradoja existente frente a la cual aquel hombre apátrida que se haya entonces en una zona de indistinción entre el derecho y el hecho; es precisamente el hombre que se pretendía reconocer o proteger en las proclamaciones de derechos, lo cual resulta ciertamente en un contrasentido.

Cabe analizar en este punto que, ante las crisis migratorias actuales, las cifras en aumento de los refugiados en el mundo y su clara condición de precariedad ocasiona que los países se enfrentan hoy en día es una masa residente permanente de los no ciudadanos (Agamben, 1995). Tan solo hasta al año 2014 las cifras de ACNUR revelaron un “dramático aumento del desplazamiento masivo provocado por guerras y conflictos, que alcanzó una vez más niveles sin precedentes en la historia reciente” (ACNUR, 2014, p. 5). En 2014, ACNUR anunció que los desplazamientos forzados en el mundo habían afectado ya a 51,2 millones de personas, un nivel nunca visto desde la Segunda Guerra Mundial. Doce meses después, esta cifra llegó a 59,5 millones, con un aumento de 8,3 millones de personas, durante 2014, los conflictos y la persecución obligaron a una media diaria de 42.500 personas a abandonar sus casas y buscar protección en otro lugar, dentro de las fronteras de su país o en otros países. Unos 13,9 millones de personas se convirtieron en nuevos desplazados por los conflictos o a la persecución en 2014. Entre ellos había 11 millones de nuevos desplazados dentro de las fronteras de su propio país. Los otros 2,9 millones de personas eran nuevos refugiados (ACNUR, 2014).

Las cifras de desplazamientos forzados no muestran ningún declive a través del tiempo, para final del año 2018, ACNUR reportó que a nivel global 70,8 millones de personas se vieron desplazadas debido a la persecución, los conflictos, la violencia o las violaciones de los derechos humanos, consecuentemente, estos “números globales se situaron de nuevo en una cifra récord” (ACNUR, 2019, p. 2). De estos 70,8 millones de personas 13,6 millones son reconocidos por ACNUR como nuevos desplazados; de los cuáles 10.8 millones fueron “desplazados dentro de su país y 2.8 millones” (ACNUR, 2019, p. 2), y representan “nuevos refugiados y solicitantes de asilo” (ACNUR, 2019, p. 2). Respecto a las últimas cifras, el Alto

Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados Filippo Grandi afirma que las mismas son “una nueva confirmación de la tendencia creciente a largo plazo de personas urgidas de seguridad respecto a guerras, conflictos y persecuciones” (ACNUR, 2019, p. 4). Cabe anotar, que, para el final del 2018, “lo sirios siguieron siendo la mayor comunidad de desplazados con 13 millones de personas (...), los colombianos fueron el segundo mayor grupo con 8 millones de desplazados forzados, (...), la mayor parte de ellos (98 %) dentro de su país” (ACNUR, 2019, p. 6).

Las cifras de refugiados se sitúan con frecuencia en cifras de muertos. Los miles en botes naufragantes hacia Europa se convierten rápidamente en miles de botes de muertos vivientes, nadie los desea, los Estados los desprecian y su realidad carente de derecho y de humanidad casi es arrojada por la borda. Y es que, si bien se hacen esfuerzos para su protección, su condición de no ciudadanos se traduce para los países, en muchos casos, en un claro desprecio de personas que encarnan una carga más para el Estado y para las sociedades se traducen en casos de discriminación y xenofobia. Todo lo anterior permite, a su vez, identificar el estado de indeterminación, su posición en bando como nuda vida del apátrida que nos describe Agamben en sus textos. Posicionándose en un umbral de indeterminación entre el derecho y el hecho, fuera del ordenamiento y expuestos a la muerte violenta. Con todo lo anterior puede el apátrida ser sin duda alguna un elemento que nos ayude a pensar nuevas formas de política en donde encuentre lugar ya no el nacional sino el puro hombre sin nación.

Conclusiones

Bajo lo expuesto en este texto, podemos apreciar la manera en la que el migrante irregular cumple con las características centrales descritas como la de una persona en condición de apátrida por Hannah Arendt, encontrándose especialmente en el punto común de la pérdida del “derecho a tener derechos”, de la privación del derecho de acción dentro del ámbito estatal en que residen, viéndose profundamente comprometidos el respeto y la eficacia de sus derechos humanos. El hecho de que este tipo de discriminación sistemática siga ocurriendo en la actualidad, se debe entender como un llamado las autoridades estatales a:

Combatir las expresiones de racismo y xenofobia, de formular cargos contra los perpetradores de actos de violencia o discriminación contra los migrantes y de fomentar un discurso público que promueva una mentalidad abierta a las diferencias, la aceptación de los cambios sociales y la celebración de la diversidad. (CIDH, 2013, párr. 4)

No obstante, no es solo deber de los Estados volver a incorporar a aquella persona que por diversas situaciones se vio apartada de un “mundo compartido,

despojada de los vínculos sociales y políticos de la comunidad (...)" (Sánchez, 2015, p. 46). Se debe comprender que "todos los migrantes, en virtud de su dignidad humana, (...) se deben concebir en igualdad de condiciones que los ciudadanos, independientemente de su situación administrativa (...)" (CIDH, 2013, párr. 6), superando de esta manera la concepción del ser humano, considerado solo como aquel individuo con un estatus político claramente definido, el cual, fue objeto de estudio en la obra de Arendt.

Ahora bien, es claro que existen mecanismos de derecho internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás tratados y convenios internacionales que pretenden brindar una verdadera y efectiva protección de los derechos humanos para aquellos que se encuentran en una situación tanto jurídica y social en donde se dificulta el ejercicio de estos. Lastimosamente, dichas herramientas siguen siendo tardías, no solamente por la maquinaria burocrática por la que se debe pasar para lograr acceder a estos mecanismos, sino también porque todo queda reducido a la voluntad de los Estados, quienes, de no ejecutar las órdenes judiciales o sanciones terminan por violar derechos humanos sin repercusión alguna.

Las cifras de desplazamientos forzados no muestran ningún declive a través del tiempo, para el final del año 2018, ACNUR (2019) reportó que a nivel global "70,8 millones de personas se vieron desplazadas debido a la persecución, los conflictos, la violencia o las violaciones de los derechos humanos" (p. 2), consecuentemente, estos "números globales se situaron de nuevo en una cifra récord" (p. 2). De estos 70,8 millones de personas 13,6 millones son reconocidos por ACNUR como nuevos desplazados; de los cuales 10,8 millones fueron "desplazados dentro de su país y 2,8 millones" (p. 2), representan, "nuevos refugiados y solicitantes de asilo" (p. 2). Respecto a las últimas cifras, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados Filippo Grandi afirma que las mismas son "una nueva confirmación de la tendencia creciente a largo plazo de personas urgidas de seguridad respecto a guerras, conflictos y persecuciones" (ACNUR, 2019, p. 4). Cabe anotar, que, para el final del 2018, "lo sirios siguieron siendo la mayor comunidad de desplazados con 13 millones de personas (...), los colombianos fueron el segundo mayor grupo con 8 millones de desplazados forzados, (...), la mayor parte de ellos (98 %) dentro de su país" (ACNUR, 2019, p. 6).

Resulta devastador el escenario que miles de personas enfrentan en la actualidad, aquellas personas a las que el hambre y la desesperación las lleva a cultivar el anhelo de escapar de su pobre y precaria vida para vislumbrar un futuro mejor, pero a quienes se les niega siquiera soñar con tal posibilidad. La crisis hoy de los inmigrantes limita con la condición de seres humanos, pues aquellos caminantes sin hogar, sin sueño y en medio de la precariedad, son los rostros manifiestos de vidas incipientes, de vidas desnudas. Reflexionar que el vínculo Estado-nación ya no resulta suficiente y que marca la conversión del apátrida en vida desnuda,

marca la necesidad de repensar estas categorías para una nueva vinculación que nos permite no llevar a una vida en posición de bando, abandono, sino por el contrario acogerla verdaderamente por el ordenamiento y no solo por las instituciones humanitarias que acogen la vida plena en ausencia de su protección.

Referencias bibliográficas

- Agamben, G. (1995) *We Refugees. Symposium: A Quarterly Journal in Modern Literatures* 49 (2), 114-119.
- Agamben, G. (1998). *Homo Sacer, el poder soberano y la nuda vida*. Valencia: PRE-TEXTOS.
- Agamben, G. (2003). *Estado de excepción. Homo sacer, II*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Agamben, G. (2006). *El tiempo que resta*. Madrid: Trotta.
- Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR). (2014). Mundo en guerra. *UNHCR-ACNUR*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072.pdf>
- Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR). (2019). Tendencias globales desplazamiento forzado en 2018. *UNHCR-ACNUR*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/5d09c37c4.pdf>
- Arendt, H. (1951). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid, Taurus.
- Arendt, H. (2002). La Decadencia de la Nación-Estado y el Final de los Derechos del Hombre. En H. Arendt (ed.), *Los Orígenes del Totalitarismo* (pp. 392-438). Madrid, España: Alianza.
- Arroyo, F. (22 de abril de 2016). Giorgio Agamben: “el ciudadano es para el Estado un terrorista virtual”. *El país*. Recuperado de https://elpais.com/cultura/2016/04/19/babelia/1461061660_628743.html
- Benente, M. (2017). El ciudadano y el refugiado en la obra de Agamben. *VOX JURIS*, 33(1), 89-100. Recuperado de: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6058760.pdf
- Bolton, K. (2012). La máquina gubernamental. Soberanía y gobierno en el pensamiento de Giorgio Agamben. *Revista de filosofía política*. 28, 159-193. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/RPUB/article/view/47880>
- Castro, E. (2008). *Giorgio Agamben. Una arqueología de la potencia*. Buenos Aires: Unsam.
- Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados. (1951). *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (18 de diciembre de 2013). Los migrantes son seres humanos con derechos humanos. *OAS*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/102.asp>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (31 de diciembre de 2015a). Situación de derechos humanos en República Dominicana (Doc. 45/15). *OAS*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/RepublicaDominicana-2015.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (31 de diciembre de 2015b). Movilidad humana Estándares interamericanos (Doc. 46/15). *OAS*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>
- Correia, A. (2017). Vida y derecho en Hannah Arendt. *Eikasia: revista de filosofía*, (75), 185-192. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6799661>
- Loudor, W. (15 de agosto de 2014). El drama humano que viven los dominicanos de origen haitiano. *América latina en movimiento*. Recuperado de <https://www.alainet.org/es/active/76239>
- Luis. (9 de octubre de 2012). Vida desnuda [Mensaje en un blog]. *Filomasnou*. Recuperado de <http://filomasnou.blogspot.com.co/2012/10/vida-desnuda.html>
- Noticias ONU. (23 de agosto de 2016). UNICEF alerta de aumento de niños detenidos en la frontera sur de Estados Unidos. *News*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2016/08/1362991>
- Noticias ONU. (13 de marzo de 2018). La crisis de desplazados venezolanos “es un desastre humanitario absoluto”. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/03/1429032>
- Oficina del Alto comisionado de Derechos humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH) (s.f.). Migración y derechos humanos. *Ohchr*. Recuperado de <https://ohchr.org/SP/Issues/Migration/Pages/MigrationAndHumanRightsIndex.aspx>
- Pilatowsky, M. (2018). Hannah Arendt y la elaboración teórica de su propio exilio. *Las Torres de Lucca: revista internacional de filosofía política*, 7(12), 41-68.
- Ruiz, C. B. (2014). Los refugiados, umbral ético de un nuevo derecho y una nueva política. *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, (6). Recuperado de <https://revdh.revues.org/988>
- Sánchez, C. (2015). Estar (políticamente) en el mundo. Barcelona, España: Bonalletra Alcompas.
- Sampedro, V. y Lorenzo, A. (08 de agosto de 2016). Hanna Arendt y los refugiados: de apátridas a desplazados [Mensaje en un blog]. *Público*. Recuperado de <https://blogs.publico.es/el-cuarto-poder-en-red/2016/08/08/hannah-arendt-y-los-refugiados-de-apatridas-a-desplazados-ii/>
- Unión Interparlamentaria. (2015). Migración, derechos humanos y gobernanza. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Migration-HR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf



**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

La relación globalización-mercado de trabajo: un análisis por medio de los efectos del comercio en los salarios para la economía mexicana en el periodo 1970-2016*

Faustino Vega Miranda**

Resumen

La globalización, en su versión económica, ha modificado las condiciones en el mercado de trabajo mundial, los países en vías de desarrollo están inmersos en esta dinámica y los cambios han llevado a la pérdida de derechos de los trabajadores. El documento es relevante, pues pone en perspectiva la discusión académica que se centra en exaltar los aspectos negativos de la globalización, relegando la evidencia empírica que provee argumentos para promover una política laboral alternativa. Por lo que, el objetivo general de la investigación es analizar la relación entre globalización y mercado de trabajo desde una perspectiva cuantitativa, por medio de las exportaciones y las remuneraciones, para el caso de México desde 1970 hasta 2016. En primer lugar, se estima una regresión, vía Mínimos Cuadrados Ordinarios, para determinar que la relación entre globalización y mercado de trabajo es negativa, lo que implica que las remuneraciones se contraen a medida que se abre la economía al mundo. En segundo lugar, se verifica la independencia entre exportaciones y salarios, por medio de la prueba de causalidad en el sentido de Granger. Estos resultados son reveladores porque explican claramente los movimientos recientes en los Estados Unidos y el Reino Unido para regular la globalidad, cuando los gobiernos de estos países fueron sus promotores a finales del siglo pasado y ahora escuchan las críticas, reconociendo el peligro de la creencia ciega en el mercado.

Palabras clave: globalización; mercado de trabajo; flexibilización del trabajo; métodos cuantitativos.

The relationship between globalization and the labor market: an analysis of the effects of trade on wages for the Mexican economy in the period 1970-2016

Summary

In economic terms globalization has changed the conditions in the global labor market, developing countries are immersed in this dynamic and changes have led to a loss of workers' rights. This paper is relevant because it brings perspective to the academic discussion, which focuses highlighting the negative aspects of globalization, dismissing empirical evidence that provides arguments to promote alternative labor policy. Therefore, the study aims to analyze the relationship between globalization and the labor market from a quantitative perspective by examining exports and wages, in the case of Mexico from 1970 to 2016. We estimated a regression with Ordinary Least Squares to determine that the relationship between globalization and the labor market is negative, which implies that wages decline as the economy opens to the world. Secondly, we verified the independence between exports and wages by testing Granger causality. These results are revealing as they clearly explain the recent movements in the United States and United Kingdom to regulate globality, when their governments promoted this phenomenon at the end of the last century and are now listening to criticism, recognizing the danger of a blind belief in the market.

Key words: globalization; labor market; labor flexibilization; quantitative methods.

A relação globalização-mercado de trabalho: uma análise por meio das afetações do comércio atinentes aos salários da economia no México no período 1970-2016

Resumo

A globalização, em sua versão econômica, tem modificado as condições no mercado de trabalho mundial, as nações em desenvolvimento estão imersas nessa dinâmica e as mudanças têm resultado na perda dos direitos dos trabalhadores. Este texto é de saliência porque aloca em perspectiva um discorrer acadêmico que se foca em salientar os aspectos nocivos da globalização, desprezando as evidências empíricas que oferecem argumentos para justificar uma política trabalhista alternativa. Portanto, o intuito geral desta pesquisa é analisar esse relacionamento entre globalização e o mercado de trabalho com uma perspectiva quantitativa através das exportações e a remuneração, no caso do México no intervalo que vai desde 1970 até 2016. Uma regressão é estimada com a metodologia de Quadrados Mínimos Ordinários, para estabelecer que a relação entre globalização e mercado de trabalho é desfavorável, o que decorre em que os salários sejam contraídos enquanto que a economia se expande. Em segundo lugar, a independência entre exportações e salários é verificada com as ferramentas do teste de causalidade no sentido de Granger. Esses resultados são reveladores porque explanam com clareza os movimentos recentes nos Estados Unidos e no Reino Unido para regular a globalidade, quando os mesmos governos dessas nações foram seus incentivadores no final do século passado e agora escutam as críticas, reconhecendo o risco de uma crença dogmática no mercado.

Palavras-chave: globalização; mercado de trabalho; flexibilidade do trabalho; métodos quantitativos.

* Artículo de investigación científica. Se realiza desde un enfoque cuantitativo, la pesquisa se deriva del interés del autor por obtener evidencia empírica para fomentar la discusión sobre una política laboral alternativa en el contexto de la actualización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 2018. naciones e rn. Al contrario, os o se han percibido del todo en los on ayuda de asado. ientos

** Profesor adscrito a la Facultad de Estudios Superiores Cuautitlán, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México. Economista, Maestro en Economía y estudiante del doctorado en Pedagogía en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. Líneas de investigación: Política educativa, Financiarización y métodos cuantitativos. Correo electrónico: kopola9@yahoo.com.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1879-2467>

Cómo citar este artículo: Vega, F. (2020). La relación globalización-mercado de trabajo: un análisis por medio de los efectos del comercio en los salarios para la economía mexicana en el periodo 1970-2016. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 167-184. Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a07

Fecha de recepción: 09/08/2020 Fecha de aprobación: 19/11/2020



La relación globalización-mercado de trabajo: un análisis por medio de los efectos del comercio en los salarios para la economía mexicana en el periodo 1970-2016

1. Introducción

Los organismos internacionales son instituciones que establecieron los países desarrollados para promover crecimiento y desarrollo en el mundo, promocionando reformas estructurales de primera generación como la reducción de la participación del Estado en la actividad económica y la eliminación de barreras al comercio y a la inversión. Desde finales de la década de los ochenta, el trabajo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2004), fue establecer los elementos para que dichas políticas, también catalogadas neoliberales, se extendieran en la mayoría de todos los países bajo el argumento que fomentar mecanismos de mercado implicaría crecimiento de la riqueza. Para la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2019), la globalización es un fenómeno inevitable en la historia humana con efectos positivos para todos los países. Desde la perspectiva del Banco Mundial (BM) (2016), en el mundo en desarrollo, el fenómeno global ha generado un alto crecimiento y avances tecnológicos.

Sin embargo, los efectos positivos que citan las instituciones financieras no se han percibido claramente en todas las naciones. Desde la perspectiva de los países en vías en desarrollo, la globalización es un fenómeno inacabado porque le falta regulación, humanización y civilización (Samper, 2004).

En su versión económica, con la apertura comercial, la globalización ha modificado las condiciones en el mercado de trabajo mundial reduciendo los derechos laborales. En este orden de ideas, algunos autores hablan de una pauperización de las condiciones de trabajo (Beck, 1998; Garrido, 1998; García, 1998), por lo que la conjectura de este escrito postula la existencia de una relación inversa entre el proceso globalizador mexicano y la dinámica de los salarios, es decir, un aumento en el grado de apertura comercial impacta negativamente en el índice salarial mexicano.

Para ello, el propósito de la investigación es analizar la relación entre la globalización y el mercado de trabajo por medio de las exportaciones y salarios. Dicha tarea busca contribuir al debate académico, mostrando evidencia empírica para fomentar la discusión sobre una propuesta de política laboral alternativa.

De esta forma, el texto se compone de cuatro secciones. En la primera sección se estudia el concepto globalización, seguido del análisis de su impacto en el mercado de trabajo, en la tercera sección se analizan los datos que mejor se aproximan a medir el fenómeno; así como la enunciación de la metodología para establecer la regresión. Y en la última se investiga el modelo económico y sus resultados. El documento cierra con la exposición de algunas conclusiones.

2. El concepto de globalización, una aproximación

Al abordar el concepto de globalización existe una amplia literatura de referencia en la cual se trata el tema desde su origen como categoría (Expósito, 2012) hasta sus implicaciones. Sin embargo, aún no existe una concepción única del término o un consenso (Giménez, 2007), de hecho, algunos autores abusan de su uso (Jalife-Rahme, 2007).

No obstante, se pueden identificar dos grandes grupos dentro de las definiciones. El primero presta mayor importancia a los factores económicos y el segundo asume la importancia económica para explicar los cambios sociales.

Dentro del primer grupo, García (1998) menciona que la forma actual y concreta de la globalización es el crecimiento económico, prestando mayor atención a los aspectos cuantitativos por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y, en menor medida, personas a través de las fronteras (Stiglitz, 2002).

En el mismo sentido, Moreno (2001) entiende que la globalización es el resultado de la modernidad o el proceso que instaura en el planeta un único sistema en lo económico. Mientras Beck (1998), propone que este fenómeno es un proceso irreversible donde los Estados se entremezclan mediante actores transnacionales comerciales, modificando las relaciones de poder, las orientaciones, las identidades, entre otros aspectos.

En una segunda aproximación, Giménez (2007) expone que la globalización es una fase de desterritorialización de los sectores más importantes dentro de las relaciones sociales; dando un énfasis particular a la cultura. Olivé (2008), plantea que estos cambios son consecuencia del desarrollo tecnológico y el término se emplea en muchos sentidos, desde lo económico hasta lo informático. Sin embargo, el autor concibe a la globalización como el intercambio de información, conocimiento e interacción entre las distintas naciones.

Castells (2008) entiende que la globalización es el núcleo fundamental de la economía mundial y este cambio ha generado exclusión social, especialmente en los países en vías de desarrollo de América Latina. Jalife-Rahme (2007) habla de una globalización real desde la óptica de la civilización que implica seis características que van desde lo social hasta lo ambiental:

1. concentración del ingreso,
2. procesos antidemocráticos,
3. sistema de interdependencias,
4. costo social laboral,
5. disminución de la soberanía nacional y
6. crisis ambiental.

Finalmente, la globalización implica mucho más que la expansión del comercio y la inversión entre las naciones (Wild & Wild, 2018), por lo cual, el concepto debe ser analizado como un proceso histórico que establece un espacio común en las sociedades (Cruz, 1999). En este sentido la investigación del concepto debe asignar un mismo énfasis a los cambios en las relaciones económicas y sociales (Reich, 1998), porque el debate a menudo se plasma en una división entre los partidarios y los opositores de la globalización (Lee & Vivarelli, 2006), en lugar de aportar pruebas empíricas para apoyar su regulación. De hecho, según Galbraith (2013), no existen estudios que den cuenta de este fenómeno entre globalización y mercado de trabajo, lo único cierto es que los diferentes estudios muestran un patrón global de aumento en la desigualdad. Por lo tanto, en esta investigación se propone un estudio de los impactos de la globalización en el mercado de trabajo, en específico, en los salarios. De esta forma, en la siguiente sección se investiga la literatura que aborda dicha relación para poder definir las variables y medir el fenómeno.

3. La relación globalización-mercado de trabajo: revisión de la literatura especializada

3.1. Estudios cercanos a las ciencias sociales

La crisis de la década de 1980 en la mayoría de los países del orbe sentó las bases para la implantación del modelo neoliberal y facilitó el proceso globalizador. Chomsky (1998) analiza dicha crisis por medio de dos elementos: la automatización y el comercio internacional; considerando la arista automatización como un mecanismo de dominio sobre el sujeto, confiriendo un papel pasivo al mercado de trabajo.

En América Latina el proceso globalizador expuso, en primera instancia, la formación de un mercado de trabajadores cualificados (Castells, 1999). Sin embargo, con el paso del tiempo la inclusión fue desigual y desproporcionada, dado que, existe un sector ligado a la formalidad con gran potencial de desarrollo y otro sector excluido con altos índices de desempleo y vinculado a la informalidad. En otras palabras, concurre un mercado de trabajo segmentado.

Este mercado segmentado cuenta con una serie de características: la eliminación de los sindicatos Beck (1998), supresión de la legislación que regula el salario mínimo y la seguridad social (Garrido, 1998), desempleo estructural (Jalife-Rahme, 2007) por la nueva internacionalización y automatización del capital productivo (García, 1998), entre otras.

En la misma línea argumentativa, Betrán y Pons (2004) investigan la relación entre globalización y mercado de trabajo, concluyendo que, tanto en países desarrollados como aquellos en vías de desarrollo, la globalización y el cambio tecnológico han aumentado la desigualdad salarial. Gómez (2004) también aporta evidencia donde muestra que las políticas establecidas con el fin de disminuir las diferencias de ingresos entre los trabajadores de distinto nivel de calificación han dado resultados contradictorios en los principales países de América Latina.

3.2. Los estudios de los organismos internacionales

El Fondo Monetario Internacional (FMI) en un documento sucinto expone que la participación del comercio en la producción proporciona una medida inmediata del alcance de la globalización del mercado de productos (Slaughter y Swagel, 1997); es decir, analizar la dinámica de exportaciones e importaciones de los países. Con esta propuesta cuantitativa, el organismo internacional enfatiza los efectos positivos del comercio en la producción desde el fin de la Segunda Guerra Mundial en economías avanzadas y en países en desarrollo.

Sin embargo, en una investigación posterior, el mismo FMI (2007) reconoce que el mercado laboral de la zona euro ha enfrentado una serie de reformas en términos de la liberalización del trabajo a tiempo parcial y los contratos temporales. Tales acciones se han manifestado en una caída suave de los salarios desde 1992.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) realizó un estudio que analiza el impacto de la globalización sobre ciertas variables, encontrando que la tasa de desempleo mundial ha aumentado en la última década y en América Latina las cifras de desempleo han tenido un ascenso constante desde la década de 1990 (ILO, 2004).

La OCDE (2007) argumenta a favor de la apertura comercial porque implica un incremento en los ingresos; también explora las adversidades de la globalización en los empleos y registra que el comercio crea tantos empleos como destruye. Este contexto lo complementa un reporte de las Naciones Unidas en el cual se muestra

que la capacidad de respuesta del empleo ante el crecimiento económico ha sido menor en América Latina y el Caribe que en África del Norte, el Sudeste Asiático y el Pacífico; y no ha superado el resto de Asia y las economías en transición de Europa Sudoriental (UN, 2008).

Consecuentemente, la visión contemporánea de los principales organismos internacionales, es asumir que la globalización tiene efectos negativos en el empleo, arista que la academia ha discutido ampliamente desde 1990 cuando se intensificaron los procesos de integración comercial. Sin embargo, lo importante es buscar formas para reducir esas imperfecciones en los mercados laborales. Una propuesta es la integración en las políticas internas que incluya el acceso a educación y programas sostenidos para mejorar las habilidades de la fuerza laboral (ILO, 2016) con el fin de reducir el costo de ajuste que reciben los trabajadores desplazados.

3.3. La perspectiva de la investigación empírica: exportaciones contra salarios

Brambilla, Chauvin & Porto (2015) estiman una modelo panel (estudio transversal) para países ricos y pobres, en ingresos, explorando la relación entre exportaciones, empleo y salarios. Los resultados muestran que existen beneficios del aumento en las exportaciones, pero también riesgos en el empleo por la competencia global, de forma tal que los autores proponen políticas para mitigar los efectos de la globalización.

En otro estudio cuantitativo, Onaran (2008) establece un modelo panel para medir las implicaciones económicas del aumento de exportaciones e importaciones en el empleo y salarios en países con altos y bajos ingresos (al autor le interesa el caso de Austria). Los resultados econométricos exponen que la integración de Austria a la economía global afectó negativamente los salarios y participación salarial, pues según el autor los resultados en la degradación del poder adquisitivo de los sectores económicos, por ejemplo, los servicios y la industria pierden poder en las negociaciones salariales, pero los trabajadores manuales son los más afectados.

Finalmente, en un estudio interesante, desde la perspectiva de los economistas, Betrán, Ferri & Pons (2007), se determinan los principales factores (comercio, migración y flujos de capital) que contribuyen a la desigualdad salarial (brecha salarial de ingresos brutos de trabajadores de tiempo completo) en Reino Unido, por medio de la calibración de un modelo de equilibrio general con base en el periodo 1880-1913. El objetivo del documento es generar evidencia empírica para poder aprender de los hechos del pasado, pues existen elementos comunes en los cambios derivados de la globalización, por ejemplo, un choque comercial y tecnológico disminuye los salarios de trabajadores calificados y no calificados. Cabe aclarar que el impacto varía de acuerdo al país, ya que existen factores compensatorios que favorecen u obstruyen el desenvolvimiento de los hechos, tales como acciones de política económica.

En suma, el análisis de los diversos estudios ayuda a comprender que la variable adecuada para medir el fenómeno llamado globalización son las exportaciones y el mercado de trabajo se calcula por medio de los salarios.

4. Metodología y datos

4.1. La propuesta econométrica

La técnica econométrica que se emplea en la investigación es la regresión lineal múltiple, estimada por medio de Mínimos Cuadrados Ordinarios (MCO). Para la deducción de los estimadores, se utiliza álgebra lineal. El desarrollo matemático inicia con el planteamiento de un modelo general donde la variable dependiente tiene varios argumentos:

$$\text{Ecuación 1 } y_i = \alpha_0 + \alpha_1 x_{i1} + \alpha_2 x_{i2} + \cdots + \alpha_k x_{ik} + e_i$$

La ecuación 1 se escribe en su forma matricial para manipular las variables involucradas en el análisis de una manera más sencilla (Pindyck y Rubinfeld, 2001). Donde la variable Y tiene una dimensión de n por 1, X es una matriz de n por k , el vector α es de k por 1 y el vector de los *residuos* mide n por 1:

$$\text{Ecuación 2 } \begin{pmatrix} y_1 \\ y_2 \\ \vdots \\ y_n \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} 1 & x_{11} & x_{21} & \dots & x_{1k} \\ 1 & x_{21} & x_{22} & \dots & x_{2k} \\ \vdots & \vdots & \vdots & \ddots & \vdots \\ 1 & x_{n1} & x_{n2} & \dots & x_{nk} \end{pmatrix} \begin{pmatrix} \alpha_1 \\ \alpha_2 \\ \vdots \\ \alpha_n \end{pmatrix} + \begin{pmatrix} e_1 \\ e_2 \\ \vdots \\ e_n \end{pmatrix}$$

$$Y = X\alpha + e$$

Por lo que después de una serie de transformaciones y pasos algebraicos, la deducción de los estimadores viene dada por la ecuación 3. Donde la matriz p tiene dos propiedades, simétrica e idempotente.

$$\text{Ecuación 3 } \hat{Y} = X\hat{\alpha} = X((X'X)^{-1}X'Y)$$

$$\hat{Y} = pY \text{ donde } p = X(X'X)^{-1}X'$$

Sin embargo, emplear MCO implica una serie de problemas que pueden ser detectados por medio de las pruebas básicas de diagnóstico: normalidad, homocedasticidad y correlación serial. Actualmente ya no es habitual determinar dichas dificultades porque se han desarrollado variantes al enfoque econométrico estructural como Mínimos Cuadrados Ponderados, estimaciones con Cochrane-Orcutt y

estimaciones robustas, estas últimas son los instrumentos más socorridos en los estudios contemporáneos porque la técnica da lugar a inferencias asintóticamente válidas, incluso si no se conoce la forma de la función de la varianza condicional (Stock y Watson, 2012) y no es necesario especificar la forma de heterocedasticidad y/o autocorrelación. Por estas dos ventajas se utiliza la estimación robusta para determinar las relaciones entre globalización y salarios.

4.2. Datos

Las variables *proxy* empleadas en la investigación son las remuneraciones o el indicador de la dinámica de los salarios, el Producto Interno Bruto (PIB) que se refiere al desempeño del ingreso nacional y las exportaciones son el indicador de globalización; una medida del grado de integración de la economía en el mundo (De Lombaerde & Iapadre, 2012).

Por medio de una estimación robusta, se determina un modelo donde es el índice salarial, es el ingreso nacional y la variable para medir el proceso globalizador.

$$\text{Ecuación 4 } w = \alpha_0 + \alpha_1 x + \alpha_2 y + e$$

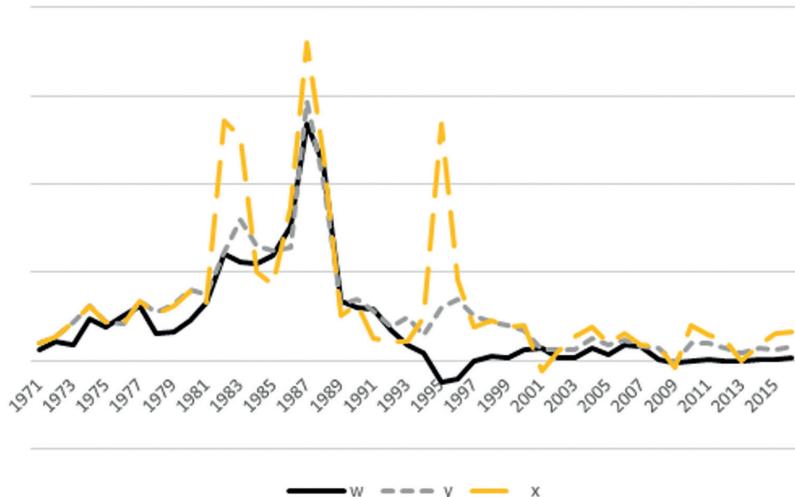
Los datos de la investigación provienen del FMI, son anuales y reales, con año base 2010. Las tres variables se homogeneizaron a través de un índice y se calcularon sus tasas de crecimiento para que la interpretación de los coeficientes de la regresión se facilitara.

En la Gráfica 1 se muestra el comportamiento de las tres variables desde 1971 hasta 2016, en donde se aprecia una tendencia creciente de los indicadores hasta 1988; posteriormente es hasta 1994, con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que hay un fuerte crecimiento de corta duración de las exportaciones, al cual sigue débilmente el ingreso nacional y el índice salarial es negativo. Este periodo corto es significativo porque se observa un desajuste estructural de las tres variables en claro contraste con el periodo corto que tiene el pico en 1987; y es a partir de 1997 que las tasas de crecimiento tienden a la convergencia, pero en un promedio inferior al del periodo 1971-1981.

No obstante, en el periodo reciente las exportaciones han manifestado un comportamiento irregular; paradójicamente, el índice salarial mostró el mayor crecimiento en el año de 1987 (134.18 %) justo en el año pico de la hiperinflación (150 %) para estancarse desde 1984.

Desde un punto de vista estadístico, se distingue una relación indirecta entre el mercado laboral y el proceso globalizador, es decir, un aumento del grado de globalización influye negativamente en los salarios. Dicha relación se verifica con la estimación del modelo.

Gráfica 1. Tasas de crecimiento del índice salarial, PIB y exportaciones. México (1971-2016)



Fuente: elaboración propia con base en el FMI

5. El modelo

En el Cuadro 1 se muestran los resultados de la regresión vía MCO robustos, la constante y las dos variables explicativas son significativas. En la estimación normal (véase anexo), la R cuadrada o bondad de ajuste es adecuada, en otras palabras, el modelo estimado tiene un alto poder predictivo; las exportaciones y el PIB explican en 88.89 % a los salarios.

La teoría económica propone una relación directa entre el nivel de empleo y el PIB en donde, dado un nivel de productividad, mayor crecimiento del producto conlleva a un aumento del empleo neto y, en consecuencia, a una mejora en los salarios (Sánchez, 2006). La regresión para la economía mexicana aporta evidencia empírica para establecer una relación más que proporcional entre el índice salarial mexicano y el PIB; en efecto, las remuneraciones aumentan en 1.23 % ante un aumento de 1 % en el ingreso nacional.

El signo negativo entre los salarios y las exportaciones revela una relación inversa, un incremento de 1 % en la apertura comercial reduce los salarios en 0.19 %; evidencia que contradice los postulados de “modernidad” y los estudios de los organismos internacionales; la globalización rara vez es el factor primario que fomenta la moderación salarial en el trabajo (FMI, 2008).

Cuadro 1. *Modelo de globalización*

Modelo de globalización		
<i>[Método MCO robustos con datos del periodo 1971 a 2016]</i>		
$w = -8.00457 - 0.19796x + 1.23236y$		
(1.49) (0.10) (0.13)		
<i>Significado de las variables:</i>		
w: tasa de crecimiento del índice salarial.		
x: variación porcentual de las exportaciones.		
y: variación de porcentual del PIB.		
Cifras en paréntesis debajo de los coeficientes significan errores estándar.		

Fuente: elaboración propia

Cuadro 2. *Pruebas de causalidad en el sentido de Granger*

Rezago	F	Probabilidad	Rezago	F	Probabilidad
1	2.8594	0.09825	6	1.4659	0.2272
2	2.785	0.07403	7	4.1395	0.004083
3	1.4055	0.257	8	3.1917	0.01565
4	0.9314	0.4578	9	2.35	0.05872
5	0.9176	0.483	10	2.3179	0.06873

Fuente: elaboración propia

Desde una óptica de econometría *a posteriori*, se determinó la prueba en el sentido de Granger para comprobar si las exportaciones causan al salario. En el Cuadro 2 se muestran los cálculos del *test*, se establecieron con base en diez rezagos. Al considerar un 99 % de nivel de significancia, los resultados indican que no existe relación entre las variables analizadas, al menos hasta el sexto rezago de manera consecutiva, conclusión extraída al rechazar la hipótesis nula, no causalidad. En otras palabras, la evidencia empírica sugiere que el aumento del comercio en México, impulsado por el modelo exportador, no ha favorecido una mejor distribución de los ingresos.

¿Cómo explicar estos resultados? En el periodo del llamado Estado Benefactor, el mercado de trabajo es un ente que dignifica a las personas, no es concebido solo como una actividad para generar ingresos, sino que forja satisfacción personal. En otras palabras, se cumplen dos funciones: económica y social.

No obstante, el cambio de modelo económico reemplaza la dinámica del trabajo. El naciente capitalismo ya había convertido a la fuerza de trabajo en una mercancía, el modelo de producción siembra las condiciones para convertir cualquier elemento en una mercancía. Con el proceso globalizador todo aspecto de la vida cotidiana debe ser instantáneo (Bauman, 2008) y el trabajo no es la excepción. La apertura comercial ha transformado el ritmo de consumo en los mercados, modifica la forma en que se concibe el proceso laboral y ahora su aporte en la actividad económica debe ser instantáneo y desecharable, o sea, se exacerbó la función económica. Se evita el empleo constante y perene, so pretexto de libertad.

Pero ¿A quién conviene este tipo de cambios? Puesto que, la desregulación de los mercados de trabajo no parece asegurar *per se* la generación de empleo cualificado (Bonal, 2009), la explicación real involucra a todos los trabajos cualificados, pero no siempre con la misma intensidad y en la misma dirección: reducción de costos a favor de mayores ganancias.

6. Conclusiones

Después de estimar la regresión, en el modelo se obtuvieron los signos esperados por la teoría económica. En primer lugar, existen pruebas que afirman la relación directa entre el PIB y los salarios y, en segundo lugar, se confirma, en el periodo reciente, una aportación negativa de la globalización hacia el mercado laboral mexicano, inclusive la relación entre exportaciones y salarios se verifica con la prueba de causalidad en el sentido de Granger; las variables son independientes. Dicho de otro modo, no hay un impacto de las exportaciones en los salarios, al menos es términos estadísticos.

Este último resultado es el reflejo de los problemas estructurales del mercado de trabajo mexicano que se manifiestan en una degradación del salario a lo largo de todo el periodo de estudio. Con el cambio del modelo económico y la entrada en vigor del TLCAN, los organismos internacionales pronosticaron ventajas del comercio y también un amplio crecimiento económico y bienestar para la mayoría de la población. A perspectiva, tales eventos solo han quedado en el imaginario y nos hemos quedado del lado infortunado, aunque las instituciones supranacionales publiquen que el empleo agregado general no se ve afectado o minimicen los efectos negativos de la globalización, al contrario, la economía mexicana está inmersa en una segunda ola de reformas estructurales que involucran la flexibilización del

trabajo, agudizando el problema laboral y legitimando procesos en contra de los derechos de los trabajadores.

Por último, la evidencia empírica que se muestra en este estudio plantea la necesidad de manifestar un replanteamiento del modelo económico y de la política laboral-educativa, pues los eventos en los países desarrollados solo dan mayor empuje a la necesidad de un cambio de ideas y también muestra que no son ineludibles. La academia discute las características del nuevo modelo, lo único cierto es que son dos aristas que se deben considerar, por un lado, el papel del Estado como regulador de la economía y, por otro lado, los beneficios de la globalidad que pueden y deben ser para la mayoría de la población.

7. Referencias

- Banco Mundial (BM). (2016). *La globalización es la única respuesta*. Recuperado de <https://www.bancomundial.org/es/news/opinion/2016/08/08/globalization-is-the-only-answer>
- Bauman, Z. (2008). *Los retos de la educación en la modernidad líquida*. Buenos Aires: Editorial Gedisa.
- Beck, U. (1998). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Editorial Paidós.
- Betrán, C. y Pons, M. (2004). ¿Fue/Es la globalización causa de la desigualdad salarial?. *Revista Cuadernos Económicos*, (70), 97-126.
- Betrán, C., Ferri, J. & Pons, M.A. (2007). *Wage inequality and globalisation: what can we learn from the past? A general equilibrium approach* [working paper n.º 352]. Recuperado de https://www.uv.es/fferri/Nueva_carpeta/Research/Wagein_05_06.pdf
- Bonal, X. (2009). La educación en tiempos de globalización: ¿quién se beneficia?. *Revista Educação & Sociedade*, 30(108), 653-671.
- Brambilla, I., Chauvin, N.D. & Porto, G. (2015). *Wage and employment gains from exports avidence from developing countries* [working paper n.º 28]. Recuperado de http://www.cepii.fr/PDF_PUB/wp/2015/wp2015-28.pdf
- Cadena, E. (2005). El neoliberalismo en México: saldos económicos y sociales. *Revista Quivera*, 7(1), 198-236.
- Castells, M. (1999). *Globalización, identidad y Estado en América Latina*. Santiago de Chile: PNUD.
- Chomsky, N. (1998). Democracia y mercados en el nuevo orden mundial. En Chomsky, N. y Dieterich, H. (eds.), *La sociedad global. Educación, mercado y democracia* (pp. 30-35). México: Joaquín Mortiz.

- Cruz, L. (1999). Hacia un concepto de globalización. *Revista de Contaduría y Administración*, (195), 31-48.
- De Lombaerde, P. & Iapadre, P.L. (2012). Indicadores de la globalización. *Revista Cuadernos de Economía*, 31(57), 1-20.
- Expósito, F. (2012). La globalización. Concepto, características, factores y consecuencias de la "aldea global". *Revista Digital para Profesionales de la Enseñanza*, (18), 1-9.
- Fondo Monetario Internacional (FMI). (2007). *Perspectivas de la economía mundial. Globalización y desigualdad*. Washington: Estudios económicos y financieros del FMI.
- Fondo Monetario Internacional (FMI). (2008). *Globalization: a brief overview. Issues Brief* [working paper n.º 2]. Recuperado de <https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2008/pdf/053008.pdf>
- Galbraith, J. (2013). Desigualdad y globalización. *Revista Ola Financiera*, 6(14), 1-18. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fe.18701442e.2013.14.40404>
- García, J. (1998). Un mundo único, desigual y antagónico. En Cortina, A. (ed.), *10 palabras clave en Filosofía Política* (pp. XX). Navarra: Editorial Verbo Divino.
- García, J. (2003). De la primera a la segunda generación de reformas del Estado en América Latina; giro ideológico y cambio conceptual. *Revista Cuadernos de Economía*, 22(38), 95-125.
- Garrido, L. (1998). La crítica del neoliberalismo realmente existente". En Chomsky, N. y Dieterich, H. (eds.), *La sociedad global. Educación, mercado y democracia* (pp. 10-13). México: Editorial Joaquín Mortiz.
- Giménez, G. (2007). Culturas particulares e industrias en tiempos de globalización. En Giménez, G. (ed.), *Estudios sobre la cultura y las identidades sociales* (pp. 265-290). México: CONACULTA.
- Gómez, A. (2004). Desigualdad salarial: ¿Causa o consecuencia de la integración de los mercados?. *Revista de la Universidad EAFIT*, 40(133), 8-21.
- ILO. (2004). *A fair globalization: creating opportunities for all*. Suiza: ILO Publicaciones.
- ILO. (2016). *Global wage report 2016/17. Wage inequality in the workplace*. Suiza: ILO Publicaciones.
- Jalife-Rahme, A. (2007). *Hacia la desglobalización*. México: Jorale Editores.
- Labra, A. (2004). Reformar las reformas: consenso de México a debate. *Revista Economía UNAM*, 1(1), 43-62.
- Lee, E. & Vivarelli, M. (2006). The Social Impact of Globalization in the Developing Countries [working paper n.º 1925]. IZA. Recuperado de <http://ftp.iza.org/dp1925.pdf>
- Lomelí, L. y Vázquez, M.L. (2016). Cambio estructural y migración. El caso de México. *Revista Economía UNAM*, 13(39), 3-25. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.economia.2016.08.001>

- Moreno I. (2001). Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-Nación. En Carbonell, M. y Vázquez, R. (eds.), *Estado Constitucional y Globalización* (pp. 73-76). México: UNAM.
- Olivé, L. (2008). *La ciencia y la tecnología en la sociedad del conocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Onaran, Ö. (2008). The effects of globalization on employment, wages and the wage share in Austria. *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Abteilung Wirtschaftswissenschaft und Statistik*, 34(3), 337-360.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2019). *Los objetivos de desarrollo del milenio*. Recuperado de <https://www.un.org/es/aboutun/booklet/globalization.shtml>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2004). *Ganar el reto de la globalización. La OCDE en un mundo cambiante*. Paris: OCDE.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2007). *Globalization, jobs and wages* [working paper]. Recuperado de <https://www.oecd.org/els/emp/Globalisation-Jobs-and-Wages-2007.pdf>
- Pindyck, R. y Rubinfeld. D. (2001). *Econometría: modelos y pronósticos*. México: McGraw Hill.
- Reich, S. (1998). What is globalization? Four possible answers [working paper # 261]. *Kellogg Institute*. Recuperado de https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/_old_files/documents/261.pdf
- Slaughter, M. & Swagel, P. (1997). *The effect of globalization on wages in the advanced economies*. [FMI working paper n.º P/97/43]. Recuperado de <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9743.pdf>
- Sánchez, A. (2006). Crecimiento económico, desigualdad y pobreza: una reflexión a partir de Kuznets. *Revista Problemas del Desarrollo*, 37(145), 11-30.
- Samper, E. (2004). Educación y globalización. En OEI *et al.* (coord.), *Educación y globalización: los desafíos para América Latina* (pp. 43-44). Bogotá: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura-Naciones Unidas (CEPAL) y Corporación Escenarios.
- Stiglitz, J. (2002). *El malestar en la globalización*. Madrid: Editorial Taurus.
- Stock, J. y Watson, M. (2012). *Introducción a la econometría*. Madrid: Pearson Educación.
- UN. (2008). *Development and globalization: facts and figures*. Nueva York: Publicaciones Naciones Unidas.
- Wild, J. & Wild, K. (2018). *International Business: The Challenges of Globalization*. Boston: Pearson Educación.

8. Anexo estadístico

Año	Índice salarial	PIB	Exportaciones	Año	Índice salarial	PIB	Exportaciones
1971	6.50090	9.64362	9.64362363	1994	4.15868	14.76098	24.4171059
1972	10.77356	13.91402	13.9140203	1995	-12.57801	29.77325	134.105577
1973	9.34485	21.45636	21.4563597	1996	-9.89383	34.98257	45.4850328
1974	23.96656	31.31154	31.3115482	1997	-0.57897	25.71727	18.706597
1975	18.90221	21.76100	21.6060272	1998	2.83000	21.58758	22.7431424
1976	25.39783	20.90003	20.6824841	1999	1.52012	19.85887	19.4745635
1977	30.88328	33.36972	33.4392018	2000	5.96986	16.80148	20.3162046
1978	15.20591	27.21207	26.3937602	2001	6.72331	6.06268	-5.7829278
1979	16.45696	31.88575	31.2355719	2002	1.86051	6.59557	4.91811603
1980	22.66027	40.59924	39.6201422	2003	1.19786	5.92176	13.9206021
1981	32.51473	37.06542	33.1871345	2004	7.00116	12.96343	19.0323562
1982	60.15759	61.00122	135.549631	2005	3.58971	8.60565	9.9885631
1983	56.09763	80.12604	126.176686	2006	8.69086	11.61660	15.7673874
1984	54.86768	64.86007	50.7741214	2007	7.86370	8.20971	8.93564974
1985	59.56409	62.20405	42.6147899	2008	0.86659	7.48558	8.09620138
1986	75.70666	64.13673	86.9149795	2009	-0.75924	-1.32965	-3.5145043
1987	134.18278	147.01905	179.927058	2010	-0.69458	9.82456	20.2561957
1988	112.15531	103.01959	117.043008	2011	0.23315	9.54636	14.6536506
1989	33.65385	32.01301	25.6813463	2012	0.09692	7.40132	12.1441244
1990	30.49835	34.83153	31.8171726	2013	0.13387	4.16129	-0.1120694
1991	29.09893	28.63198	13.0135932	2014	0.46246	7.33714	9.36418434
1992	17.47675	18.91115	10.3970036	2015	0.77000	6.09602	15.0578882
1993	8.61929	24.19048	11.1165851	2016	2.05150	8.43234	16.367003

Fuente: elaboración propia con base en el FMI

Modelo MCO						
Call: lm (formula = w ~ x + y)						
Residuals:						
Min 1Q Median 3Q Max						
-35.996 -4.478 1.644 4.392 21.877						
Coefficients:						
Estimate Std. Error t value Pr(> t)						
(Intercept) -8.00457 2.12981 -3.758 0.000511 ***						
x -0.19796 0.07456 -2.655 0.011077 *						
y 1.23236 0.10734 11.481 1.11e-14 ***						

Signif. codes: 0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1						
Residual standard error: 10.18 on 43 degrees of freedom						
Multiple R-squared: 0.8889, → Adjusted R-squared: 0.8837						
F-statistic: 172 on 2 and 43 DF, p-value: < 2.2e-16						

Modelo MCO Robustos						
t test of coefficients:						
Estimate Std. Error t value Pr(> t)						
(Intercept) -8.00457 1.49699 -5.3471 3.225e-06 ***						
x -0.19796 0.10956 -1.8068 0.0778 .						
y 1.23236 0.13368 9.2186 9.608e-12 ***						

Signif. codes: 0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1						

Prueba de causalidad					
Res 1. Df Df F Pr(>F)			Res 6. Df Df F Pr(>F)		
1 42			1 27		
2 43 -1 2.8594	0.09825		2 33 -6 1.4659	0.2272	
Res 2. Df Df F Pr(>F)			Res 7. Df Df F Pr(>F)		
1 39			1 24		
2 41 -2 2.785 0.07403 .			2 31 -7 4.1395	0.004083	
Res 3. Df Df F Pr(>F)			Res 8. Df Df F Pr(>F)		
1 36			1 21		
2 39 -3 1.4055	0.257		2 29 -8 3.1917	0.01565	
Res 4. Df Df F Pr(>F)			Res 9. Df Df F Pr(>F)		
1 33			1 18		
2 37 -4 0.9314	0.4578		2 27 -9 2.35	0.05872	
Res 5. Df Df F Pr(>F)			Res 10. Df Df F Pr(>F)		
1 30			1 15		
2 35 -5 0.9176	0.483		2 25 -10 2.3179	0.06873	



Rescatado de Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cuenta en Flickr

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Migrantes temporários e estudantes em instituição de ensino superior militar brasileira: experiências de mobilidade humana*

Hercules Guimarães Honorato**

Resumo

O objetivo central desta pesquisa é apresentar o processo de formação de estudantes estrangeiros nas academias militares brasileiras, analisando a experiência desses migrantes temporários na (con)vivência diária, suas dificuldades de adaptação à cultura local, e verificar como esses elementos interferem na construção de sua identidade social e individual. O cenário foi a Escola Naval, instituição de formação dos oficiais da Marinha do Brasil. Esta pesquisa é de abrangência qualitativa, com pesquisas documental e bibliográfica. Foi aplicado um questionário para os gestores responsáveis e outro para os estudantes estrangeiros sujeitos deste estudo. Os seguintes conceitos foram explorados: migração, migrante, diáspora, mobilidade humana, internacionalização, estudante internacional, migração temporária e especial, identidade individual e social. O ser jovem e migrante, que procura na formação superior uma melhor qualidade de vida, impulsionado por projeto de vida individual, familiar e político, tem a possibilidade futura de retornar e ajudar no desenvolvimento de seu país natal. Como resultado, foi observado que esses migrantes, após conclusão do ensino superior militar no Brasil, serão pessoas diferentes. Apesar da manutenção de elementos de suas origens, seus trajetos de formação como cidadãos diferenciam-se daqueles que ficaram. Às suas identidades foram incorporadas novas relações sociais, novos conhecimentos e uma nova cultura.

Palavras-chave: escola naval; formação superior militar; identidade; internacionalização; migrante temporário especial.

Migrantes temporales y estudiantes en la institución militar brasileña de educación superior: experiencias de movilidad humana

Resumen

El objetivo principal de esta investigación, es presentar el proceso de formación de estudiantes en la vida diaria, sus dificultades para adaptarse a la cultura local y ver cómo estos elementos interfieren en la construcción de su identidad social e individual. El escenario fue la Escuela Naval, una institución de entrenamiento para oficiales de la armada brasileña. Esta investigación fue de corte cualitativo, documental y bibliográfico, utilizando un cuestionario para los gerentes responsables y otro a los estudiantes extranjeros. Se exploraron los siguientes conceptos: migración, migrante, diáspora, movilidad humana, internacionalización, estudiante internacional, migración temporal y especial, identidad individual y social. El ser joven y migrante, que busca en la educación superior una mejor calidad de vida, impulsado por un proyecto de vida individual, familiar y política, tiene la posibilidad futura de regresar y ayudar en el desarrollo de su país natal. Como resultado, se observó que estos migrantes, al finalizar la educación superior militar en Brasil, pueden ser personas diferentes, porque la experiencia de migración y estudio en otro país tiene un peso importante en la constitución de esta identidad en la formación de los sujetos de investigación. A pesar del mantenimiento de elementos de sus orígenes, sus caminos de formación como ciudadanos difieren de los que se quedaron en sus países de origen. A sus identidades se incorporaron nuevas relaciones sociales, conocimientos y aspectos cultura.

Palabras clave: escuela naval; educación superior militar; identidad internacionalización migrante temporal especial.

Temporary migrants and students in the brazilian military institution of higher education: experiences of human mobility

Summary

This study aims to present the process of training students in their daily life, their difficulties in adapting to the local culture and aims to see how these elements interfere with the construction of their social and individual identity. The setting was the Naval Academy, a training institution for officers of the Brazilian Navy. This study was qualitative, documentary and bibliographical, using a questionnaire for those in charge and another for foreign students. The following concepts were explored: migration, migrant, diaspora, human mobility, internationalization, international student, temporary and special migration, individual and social identity. Young migrants seeking a better quality of life in higher education, driven by an individual, family and political life project, have the future possibility of returning and assisting in the development of their native country. As a result, we observed that these migrants can become different people at the end of their Military Higher Education in Brazil, because the experience of migrating to and studying in another country has a significant bearing on the constitution of this identity in the research subjects' training. Despite the maintenance of elements of their origins, their training pathways as citizens differed from those who remained in their countries of origin. New social relationships, knowledge and cultural aspects were incorporated into their identity.

Keywords: naval academy; military higher education; identity; internationalization; migrant; temporary special.

* Artigo de investigação. O artigo é de um projeto de pesquisa com dados longitudinais, acompanho estudantes estrangeiros desde 2014 e este é o terceiro artigo. O projeto é financiado com recursos próprios e tem o título: "Imigrantes estrangeiros e temporários em uma instituição militar de ensino superior" Conclusão do Projeto - 21 de setembro de 2019.

** Chefe da Divisão Psicossocial da Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro - Brasil. Mestre em Educação e Doutor em Política e Estratégia Marítima. E-mail: hghhhma@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7340-1532>

Cómo citar este artículo: Guimarães, H. (2020), Migrantes temporários e estudantes em instituição de ensino superior militar brasileira: experiências de mobilidade humana. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 185-211
Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a08

Fecha de recepción: 22/09/2019 Fecha de aprobación: 3/12/2019



Migrantes temporários e estudantes em instituição de ensino superior militar brasileira: experiências de mobilidade humana

Introdução

Falando sério, foi muito difícil no ano de adaptação, porque tinha muita saudade da minha família. Depois consegui me adaptar, agora já estou acostumado, mas o mais difícil é a saudade mesmo

(Chérif Ismaila Babou¹).

No mundo globalizado atual, uma nação é muito mais do que um território habitado por uma população ou um espaço físico pré-determinado, margeado por fronteiras fixas, “estamos todos em movimento [...] a distância não parece importar muito” (Bauman, 1999, p. 85). O Estado pós-moderno se define a partir da existência de valores comuns e da luta de seu povo para manter e reforçar esses ideais, que constituem e definem seu pertencimento à construção de sua própria identidade.

O século XXI é caracterizado por ambivalências e complexidades das relações entre Estados no cenário internacional, que tem a globalização como destino irremediável do mundo. **Ban Ki-moon, ex-Secretário-Geral da ONU**, em mensagem de 16 de novembro de 2012, ratifica que o “Nosso objetivo deve ser mais do que a coexistência pacífica. A verdadeira tolerância requer o livre fluxo de ideias, uma educação de qualidade para todos, o respeito pelos direitos humanos e o compartilhamento de culturas para um entendimento mútuo”².

O argumento de Ban Ki-moon tem respaldo na Declaração Mundial sobre Educação Superior no século XXI, de 1998 e da Conferência Mundial sobre Ensino Superior, de 2009, ambas em Paris, estruturadas que foram na Declaração Universal

1 Estudante da Nigéria, formado na Escola Naval em dezembro de 2016.

2 Recuperado de <https://nacoesunidas.org/mensagem-do-secretario-geral-da-onu-sobre-o-dia-internacional-para-a-tolerancia/>

de Direitos Humanos, que em seu artigo XXVI, parágrafo primeiro, estabelece que “toda pessoa tem o direito à educação”, e como o foco deste estudo é a educação superior, esta “deverá ser igualmente acessível a todos” (UNIC/RIO, 2009, p. 14). Segundo a UNESCO (2019), citando as Nações Unidas, “o número de migrantes internacionais em todo o mundo cresceu 41% [...] Na América latina e no Caribe há cerca de 9 (nove) milhões de migrantes internacionais” (p. 6).

Nesta relação entre mundo globalizado e juventude, deparamo-nos com o que Gusmão (citado por Faria, 2009, p. 61) chamou de “trajetória nômade estudantil”. Isto é, o rompimento das barreiras físicas, geográficas e culturais pelos alunos, os quais procuram em universidades estrangeiras o espaço que acreditam ser ímpar para seu futuro. Assim, jovens brasileiros emigram para universidades americanas e europeias, na maioria das vezes, e nós recebemos em nossas Instituições de Ensino Superior (IES) jovens estrangeiros que entendem que aqui encontrarão uma possibilidade de melhoria da sua condição social e de vida familiar, além do reconhecimento do seu país no fortalecimento das estruturas de elites existentes, tanto no que tange ao aspecto intelectual como profissional, a serem construídas ou até mesmo reconstruídas.

Em nossa pesquisa, observamos que as IES brasileiras recebem contingentes de jovens estrangeiros, estudantes em busca de formação profissional em primeiro lugar, mas também da construção de sua identidade - individual, coletiva ou social. As instituições de formação superior militar - Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN), Exército Brasileiro; Academia da Força Aérea (AFA), Força Aérea Brasileira; e Escola Naval (EN), Marinha do Brasil - também recebem estrangeiros para se graduar, participando, desde meados do século passado, na internacionalização da educação superior.

Para iniciar a pesquisa, este autor realizou um amplo levantamento no banco de teses e dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e no sítio do Google acadêmico, utilizando-se como critério de busca inicialmente as seguintes palavras-chave: “Migração” e “Ensino Superior”, tendo sido encontrados apenas estudos cujo foco principal era a diáspora africana, em especial no que se refere a estudantes dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP). Ao acrescentarmos a palavra “Militar” no ensino superior, encontramos apenas o estudo realizado por este autor na EN, em 2014, cujo título é “Imigrantes temporários, jovens e estudantes: ser estrangeiro em instituição de ensino superior militar”.

Assim, surgiu a inquietação inicial e a motivação deste autor em continuar os estudos sobre este tema tão relevante e pouco explorado nas lides acadêmicas, que culminou com a seguinte pergunta síntese desta pesquisa: Como se desenvolve a construção da identidade do jovem estrangeiro que procura sua formação su-

perior em uma IES militar brasileira? Os objetivos desta pesquisa, portanto, são: apresentar ao meio acadêmico como se desenvolve a formação de estrangeiros nas academias militares brasileiras, visto que não há estudos sobre esta temática; e analisar o que esses jovens experimentam na (con)vivência diária, bem como suas dificuldades de adaptação à cultura local, à barreira linguística e à vida acadêmica e militar, em especial na construção de sua identidade social e individual. Este estudo não trata das migrações forçadas e do tema sobre refugiados.

Este artigo é composto de três seções principais, além da Introdução e das Considerações Finais. Inicialmente, é apresentada a metodologia aplicada; a seção seguinte trata do marco teórico, onde são apresentados os principais conceitos associados à mobilidade estudantil, a construção da identidade social e individual, a legislação pertinente e os acordos bilaterais e intercâmbios sobre a formação superior no Brasil. Na terceira parte são analisados e discutidos os questionários aplicados aos responsáveis pela gestão, tanto acadêmica quanto administrativa, das academias congêneres e dos estudantes da EN.

Metodologia

Esta pesquisa é de abrangência qualitativa, pois atravessa disciplinas, campos e temas, com o uso e a coleta de uma variedade de materiais, sendo, portanto, segundo Denzil & Lincoln (2010), “um conjunto de atividades interpretativas, não privilegia nenhuma única prática metodológica em relação a outra” (p. 20), e sua escolha teve como escopo a ênfase na interpretação, “na compreensão das motivações, culturas, valores, ideologias, crenças e sentimentos que movem os sujeitos, que dão significado à realidade estudada e não aos fatos observáveis e passíveis de serem medidos estatisticamente” (Ivenicki & Canen, 2016, p. 11).

O caminhar deste estudo contou com pesquisas documental e bibliográfica como técnicas exploratórias iniciais, onde se buscou estabelecer relações sobre a migração temporária e especial para formação acadêmica superior, tanto em academias militares quanto em universidades brasileiras, e a reconstrução desse sujeito social. Conforme Ivenicki & Canen (2016), a análise documental é um exemplo da metodologia qualitativa, por isso mesmo que este pesquisador mergulhou sobre fontes escritas e destinou-se à interpretação do material levantado para a nossa investigação.

O cenário deste estudo foi a Escola Naval, instituição de formação dos oficiais da Marinha do Brasil (MB). A metodologia empregada compreendeu ainda a aplicação de dois questionários com perguntas abertas aos sujeitos do estudo, a saber: (i) aos estudantes estrangeiros em graduação na instituição; e (ii) aos gestores responsáveis pelo desenvolvimento acadêmico e administrativo desses discentes.

A opção por esse instrumento de coleta de dados teve sua motivação na busca rápida das respostas dos sujeitos, além de obter informações mais amplas sobre conhecimentos, crenças, sentimentos, valores, interesses, expectativas, aspirações, comportamento presente e passado (Gil, 2009).

De posse dos resultados dos questionários e mais específico dos discentes estrangeiros, efetuou-se uma análise do material gerado e, após esta fase, foi elaborada uma integração dos resultados encontrados nas respostas, tanto dos gestores como dos estudantes, com o objetivo de extrair as inferências necessárias e importantes para o atingimento do objeto central em resposta a questão de estudo, fazendo sempre uma ligação com o referencial teórico abraçado.

Marco teórico

Nesta seção são apresentados os principais conceitos desvelados durante a leitura do material disponibilizado na fase exploratória nos diversos ambientes de armazenamento acadêmico, tanto documentos que normalizam a mobilidade estudantil no Brasil, quanto a bibliografia recuperada no trato da migração com a finalidade de formação superior. Como explicado anteriormente, não foram encontrados resultados quando a busca tinha a palavra-chave “ensino superior militar”. Porém, quando foram associadas as palavras-chave “migração” apenas com “ensino superior”, um número razoável de achados foi levantado.

Um ponto importante a se destacar foi que os achados, em sua grande maioria, tratavam da migração de estudantes oriundos dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), não encontrando nenhum estudo sobre a migração dos discentes dos demais continentes e regiões externas ao Brasil. Interessante constatação que os estudos, entre teses, dissertações e artigos científicos, foram desenvolvidos pelos próprios estudantes africanos, contando e apresentando suas trajetórias universitárias em terras brasileiras.

Para que este estudo não enviesse em um prolongamento de repetições e também para um aprofundamento das questões inerentes a cada um dos países constituintes dos PALOP, e que são expressos nos achados acadêmicos, citaremos a seguir os seus principais autores e representantes: Cabo Verde - Hirsch (2009), Santos (2014), Tolentino (2006); Moçambique - Subuhana (2005; 2009); Angola - Faria (2009); Guiné-Bissau - Lima & Lima (2016); Ribeiro (2018); e São Tomé e Príncipe - Cardoso (2015). Ratifica-se que todos os autores citados tratam do tema migração estudantil para o Brasil.

O fenômeno da migração é antigo, “existe desde o surgimento do homem, que sempre usou tal artifício para sobreviver” (Santos, 2014, p. 26). E com certeza é complexo, diversas citações começando pela história antiga poderiam ser expostas,

o que se tornaria uma repetição do que os autores referenciados explanam em maior profundidade. Por isso mesmo, alguns termos são desenvolvidos em seus conceitos simplificados de uma maneira que sejam, em certa medida, estruturantes no processo de desenvolvimento do quadro teórico.

Assim, inicialmente exposto, passamos a apresentar, em uma ordem de citações nas referências acadêmicas, os principais conceitos envolvidos na temática desta pesquisa, ou seja, a migração temporária e especial de estudantes estrangeiros com a finalidade de formação superior no Brasil.

Diáspora, Migrante, Migração e Mobilidade Humana

O estudo científico dessa mobilidade humana internacional teve como seu primeiro autor um cartógrafo e geógrafo alemão-inglês Ernst Georg Ravenstein, que em 1885 apresentou as “leis da migração”, baseado em seus estudos empíricos. Esta lei inicial era composta de oito itens, sendo que quatro deles se mostram interessantes para este estudo: (i) a maioria dos migrantes se move apenas a uma curta distância; (ii) os migrantes de longa distância vão para um dos grandes centros de comércio e indústria; (iii) as mulheres são mais migratórias que os homens; e (iv) fatores econômicos são a principal causa da migração (Ravenstein, 1885, tradução livre). Podemos afirmar que os fatores citados na lei inicialmente exposta ainda se mostram aplicadas aos dias atuais.

A partir dessa pequena introdução à seção, são apresentados os principais conceitos envolvidos na temática da migração, começamos pelo sujeito que é o principal responsável pelo início de todo o processo, o *migrante*. O vocábulo *migrante* é abrangente, não definido pelo direito internacional, que designa quando uma pessoa se afasta do seu local de residência habitual, seja dentro de um país ou através de uma fronteira internacional, temporária ou permanentemente, e por uma variedade de razões. Ojima, Aguirre, Silva & Lima (2014), assevera que deve existir da pessoa ou do coletivo de pessoas uma “mudança permanente ou semipermanente de residência dentro de um determinado intervalo de tempo” (p. 169).

Tolentino (2006, grifo nosso) argumenta ainda que *migrante* é “toda a pessoa que atravessa as fronteiras do país de origem para *trabalhar* num país estrangeiro durante pelo menos um ano. O emigrante na origem é imigrante no destino” (p. 58), o que ratifica o entendimento de Santos (2016), ao afirmar que é todo o sujeito que “realiza um processo de deslocamento, enquanto o conceito de emigração refere-se a visão desse que saí de sua terra de origem, e a imigração é a visão do migrante no seu local de destino” (p. 4). Este estudo resolveu se guiar pelo termo genérico *migrante*, independente se sai ou entra no país.

Como exposto por Subuhana (2005), retomando Sayad, a *migração* consiste no deslocamento de populações por todas as formas de espaço socialmente constituídos e qualificados, sendo um “fato social completo” (p. 13). Os fenômenos migratórios “são heterogêneos, não ocorrem de uma mesma maneira [...] cada fenômeno deve ser compreendido em sua unidade” (Santos, 2016, p. 6). Mazza (2011) argumenta que a *migração* nada mais é do que o deslocamento dos indivíduos no espaço e o cruzamento de uma fronteira, porém, desde o final do século XX, o motivador principal “é a nova crise socioeconômica da terceira revolução industrial e possui caráter global” (p. 240). Porém, no ambiente da conjuntura, estamos vivenciando uma quarta revolução industrial ou indústria 4.0, impulsionada pela era do conhecimento e da alta tecnologia, o que amplifica o tema *migração*, especialmente para a busca de uma melhor condição de vida.

Não devemos esquecer que o conjunto de migrantes pode gerar um determinado fluxo migratório, que segundo Cohen citado por Mazza (2011, p. 240) podem ser: “trabalhadores legais ou ilegais; refugiados e pessoas deslocadas; movimentos internos em grande escala; turismo; migrantes especializados - passagem; migrantes especializados de longa duração; e as mulheres”. Neste último caso, Mazza (2011) ainda ressalta que as mulheres representam hoje quase a metade do total mundial de imigrantes, não são protagonistas secundárias nem passivas, uma constatação atual interessante e que integra uma das leis da migração de Ravenstein (1885).

Entendemos por *mobilidade humana internacional* o deslocamento de pessoas do território de um Estado nacional até o território de outro Estado nacional, envolvendo a passagem por uma fronteira internacional, com o objetivo de estabelecer-se por um período de tempo ou de maneira permanente, de forma voluntária ou forçada, com ou sem consentimento, nesse segundo Estado. Suas causas podem ser múltiplas, tais como, econômicas, sociais, políticas, ambientais entre outras. (UNESCO, 2019). Em tal conceito existe uma similaridade com o da migração, porém alguns autores se utilizam dele em relação ao anterior, mas são correlatos.

Bartlett, Rodriguez & Oliveira (2015) salientam ainda que nos dias atuais a *mobilidade humana* é sem precedentes, cujas causas são por: demandas de mão de obra; crises econômicas; urbanização; pobreza arraigada; instabilidade política; projetos de desenvolvimento; e conflitos. No caso específico do refugiado, que não é o foco deste estudo, porém carece de ser conceituado no momento, pois seria “uma pessoa qualificada para a proteção das Nações Unidas” (ION, 2019, p. 168). Cardoso (2015) conceitua a *mobilidade* como sendo “um conjunto de competências linguística, técnicas ou sociais facilitadoras da deslocação espacial dos indivíduos, dentro do país e além-fronteiras” (p. 111), uma visão acadêmica do tema.

Ampliando o campo, nós temos a *mobilidade populacional*, um processo complexo e multifacetado (Ojima *et al.*, 2014). Desse ponto surge o termo *diáspora*,

que também tem o caminho na separação do sujeito em seu coletivo de sua terra de nascimento, como afirma Tolentino (2006), “é uma população geograficamente dispersa, originária da emigração e que reside em um país ou países estrangeiros, mantendo fortes laços afetivos, materiais e simbólicos com a origem” (p. 55). Santos (2014), ao descrever a diáspora cabo-verdiana, apresenta-a como toda a comunidade que está dispersa pelo mundo inteiro, e que sempre estará ligada às suas raízes culturais.

Podemos fazer um resumo dos termos elencados nesta seção, que em suma, teriam a mesma raiz de formação. Assim poderemos conceituá-los como sendo o deslocamento de um sujeito ou de um povo de sua terra natal para um outro lugar, atravessando ou não suas fronteiras geográficas, que pode ser forçado ou por vontade própria, em busca de melhores condições de vida, atendendo aos ditames de um mundo globalizado, um espaço possível de oportunidades de melhoria da qualidade de vida, tanto individual quanto familiar.

Internacionalização, Estudante Internacional e Migração Temporária e Especial

Um dos motivos para o deslocamento de indivíduos de sua terra natal é para melhorar as condições de vida dos seus familiares, visto que são oriundos de países, que estão em fase de reconstrução de suas estruturas políticas, sociais e econômicas. Visto por esse ponto, o fenômeno migratório passa a ser um projeto político da nação e também familiar do indivíduo. No caso político, ressalta-se o compromisso dos migrantes para o desenvolvimento socioeconômico dos seus países (Lima & Lima, 2016; Rodrigues, 2013; Mazza, 2011; Gusmão, 2012; Subuhana, 2009; Lima & Feitosa, 2017).

No projeto familiar de migração há o envolvimento de toda a família, em especial no apoio para a decisão individual do migrante, mas, em certas situações, do aporte financeiro para o desenvolvimento da formação superior em outro país. Gusmão (2014), ao citar Sá-Chaves, destaca que a viagem pode, na maioria das vezes, ser uma surpresa do que vai ser encontrado do outro lado da fronteira, “[...] que a viagem exige navegar em ‘ignotos mares de incerteza, mas também da possibilidade e da descoberta’” (p. 40).

A *internacionalização* da educação superior tem sua origem mais recente a partir da década de 1990, quando se inicia os processos de cooperação internacional e a expansão da sociedade do conhecimento, como previsto no artigo 15 da Declaração Mundial sobre Educação Superior de Paris (UNESCO, 1998). Assevera-se a necessidade de “compartilhar conhecimentos teóricos e práticos entre países e continentes” (p. 9), esse compartilhamento de conhecimentos deveria ser entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, para beneficiar, particularmente, os Estados nacionais menos favorecidos.

Na Conferência Mundial sobre Ensino Superior de 2009, foi dado destaque à importância que os países devem ter em “investir na educação superior como força maior na construção de uma sociedade inclusiva e de conhecimento diversificado, além de avançar em pesquisa, inovação e criatividade” (UNESCO, 2009). Nesta mesma conferência existe uma seção específica para internacionalização, regionalização e globalização, que tem em seu artigo 25 um importante ponto de reflexão e anuência para os países signatários, que as IES “ao redor do mundo têm uma responsabilidade social de ajudar no desenvolvimento, por meio da crescente transferência de conhecimentos cruzando fronteiras, especialmente nos países subdesenvolvidos [...]” (p. 2).

Castro & Cabral Neto (2012) conceituam a *internacionalização* como uma das

[...] tendências que tem despertado um extraordinário interesse dos diversos países, notadamente a partir da década de 1990, quando a educação em seus vários níveis e modalidades passa a ser um serviço internacional possível de ser comercializado como um bem de mercado. (p. 72)

Bonfim, Pimentel e Souza (2019), em argumento de Knight (2004), ressaltam que a internacionalização é o “processo de integrar uma dimensão internacional, intercultural ou global com o objetivo, as funções ou o oferecimento do ensino pós-secundário” (p. 116).

Esses mesmos autores ressaltam ainda que no contexto de globalização, a cooperação internacional e a integração intercultural são características inerentes à contemporaneidade (Bonfim *et al.*, 2019), ou seja, uma circulação cultural e social dos indivíduos está sendo incrementada. O que corrobora tal afirmação é o que Ferreira (2018) apresenta como estimativa para 2010, em que cerca de 7 (sete) milhões de estudantes vivem fora dos seus Estados natais, “[...] apontando, deste modo, para uma tendência crescente desse tipo de movimento migratório, que possui contornos bem particulares” (p. 110).

Ferreira (2018) destaca que, dentro da literatura disponível sobre a temática em estudo, é possível identificar classificações ou nomenclaturas distintas para os estudantes originários de outros Estados nacionais, como exemplos: estudantes estrangeiros, estudantes internacionais, estudantes em mobilidade, migrantes qualificados e migrantes temporários entre outras classificações. No caso em estudo, vamos utilizar o termo *migrante temporário e especial*, acrescentando o especial que será explicado a seguir.

O *estudante internacional* seria uma pessoa que se mudou para além de uma fronteira internacional do seu local de residência habitual para efeitos de empreender um programa de estudo (ION, 2019). Esses considerados “novos estudantes” são sujeitos que valorizam o ‘capital cultural’ obtido por meio da escolarização e

encontram no diploma de nível superior uma possibilidade de se tornarem elites em seus países de origem" (Gusmão, 2014, p. 41). Este mesmo autor deixa claro que esse estudante internacional, sujeito de sua formação acadêmica superior, tem memória, tradição, história de vida, valores, sentimentos e emoções (Gusmão, 2012), o sujeito na terra do outro.

As migrações, a partir de um contexto de temporalidade obrigatória, ou seja, o sujeito se desloca por vontade própria para uma formação acadêmica em um outro país de acolhimento, por um período de tempo, retornando ao término do período da graduação ou pós-graduação, podemos classificá-la como *migração temporária*. Esses fluxos de estudantes internacionais que normalmente "movem-se financiados por acordos diplomáticos, políticas multilaterais e organizações públicas e privadas de financiamento à educação e a pesquisa" (Mazza, 2011, p. 241), por isso o complemento da palavra-chave com *especial*.

Assim, a *migração temporária e especial* é, neste primeiro momento, um processo social, inserido também num campo de tensão cultural e política, além de individual e coletiva. Gusmão (2012) resume esse sujeito como aquele que está "fora de seu lugar, na terra do outro" (p. 32), que busca por intermédio de uma mobilidade social e profissional. O "acesso à universidade parece estar relacionado às ambições pessoais e, ao mesmo tempo, à possibilidade de promoção social, algo que não seria possível se permanecessem em seus países sem estudar" (Lima & Feitosa, 2017, p.6).

O Programa de Estudantes-Convênio de Graduação (PEC-G)

A educação tornou-se um dos temas que conseguiu diversificar as relações de cooperação internacional nas últimas décadas. Para Lanni (citado por Desidério, 2005), trata-se de um tema "inerente à mundialização da questão social" (p. 3). Neste estudo não entraremos em detalhes em todos os convênios no campo educacional existentes no Brasil. Porém, o Programa de Estudantes-Convênio de Graduação (PEC-G) é apresentado a seguir de uma maneira breve, para o seu aprofundamento conheçam os estudos de Rodrigues (2013), Santos (2014), Subuhana (2005) e Tchan (2012).

O PEC-G é desenvolvido pelos Ministério das Relações Exteriores (MRE) e pelo Ministério da Educação (MEC), em parceria com universidades públicas - federais e estaduais - e particulares, contando atualmente com 109 IES. O programa seleciona jovens estrangeiros, na faixa etária entre 18 e 25 anos, com ensino médio completo, para realizar estudos de graduação no país.

O Decreto n.º 7.948 (12 de março de 2013), que dispõe sobre o programa, em seu art. 1º evidencia a sua destinação que é à formação e à qualificação de estudantes estrangeiros por meio de oferta de vagas gratuitas em cursos de graduação

em IES brasileiras, independentemente se públicas ou privadas. O parágrafo único deste artigo expõe que a cooperação internacional no campo educacional destina-se a países em desenvolvimento e que, ao final do curso de graduação, obtendo o diploma, o estudante deve retornar obrigatoriamente para o seu país de origem.

Segundos dados obtidos por intermédio da Divisão de Assuntos Educacionais do MRE, a partir da década de 2000, houve mais de 9.000 selecionados. A África é o continente de origem da maior parte dos estudantes, com 76% dos selecionados. Atualmente, são 62 os países participantes, sendo 26 do continente africano, 25 das Américas, 9 (nove) da Ásia e 3 (três) da Europa. Entre as nações africanas participantes, destacam-se Cabo Verde, Guiné-Bissau e Angola. São disponibilizados cursos nas mais diversas áreas, sendo os de Administração, Ciências Biológicas, Comunicação Social, Letras e Pedagogia os mais requisitados.

Há alguns requisitos previstos no decreto supracitado e que merecem ser citados, a saber: o candidato tem que ser aprovado no teste de proficiência em língua portuguesa para estrangeiros; ter concluído o ensino médio em seus países; ter o visto temporário de estudante habilitado - condição imigratória regular de responsabilidade do estudante -; e ter condições financeiras de subsistência no país. Os alunos estrangeiros que por ventura sejam reprovados no teste de proficiência de português - CELPE-Bras -, realizado também no Brasil quando na impossibilidade de fazê-lo em seu país de origem, são desligados do Programa e deverão obrigatoriamente retornar aos seus países.

As seguintes constatações foram levantadas durante a leitura do referencial teórico (Cardoso, 2015; Gusmão, 2014; Lima & Feitosa, 2017; Ribeiro, 2018; Santos, 2014; Subuhana, 2009; Tchan, 2012), tanto pelo aspecto negativo quanto positivo que merecem ser citadas como fechamento desta seção:

- i. a emigração surge como um espaço de oportunidade individual e familiar;
- ii. a discriminação e de racismo científico;
- iii. custo de vida nas capitais mais caro;
- iv. impossibilidade de trabalhar regularmente e de carteira assinada;
- v. distanciamento entre brasileiros e africanos;
- vi. sem ideia do que seja o curso escolhido;
- vii. aprendizado de uma segunda língua, novos conhecimentos e nova cultura;
- viii. falta de IES nos países de origem;
- ix. solidão, longe dos seus familiares, de suas práticas religiosas, seus costumes etc; e
- x. a barreira da língua inclusive para lusófonos.

Identidade individual e social

O dinamismo da modernidade, com o que Giddens (2002) ressalta a produção de certas formas sociais distintas e em especial o Estado-nação, soma-se ao advento da globalização e da crise econômica e política deste século, trouxeram a baila componentes que explicam esse caráter peculiarmente dinâmico da vida social, o da migração, a saber: (i) a separação do tempo e espaço - condição de articulação das relações sociais; (ii) mecanismos de desencaixe, fichas simbólicas e sistemas especializados; e (iii) flexibilidade institucional, o uso regularizado de conhecimento sobre as circunstâncias da vida social. O que se encontra nesse dinamismo - o indivíduo como sujeito da construção do seu "eu" e das conexões sociais, ou seja, o sujeito inserido na sociedade, o sujeito social.

Neste caminhar inicial para desvelar esse sujeito, o conceito de *identidade* surge quando existe uma relação de reconhecimento com o outro ou de pertencimento com sua coletividade. Porém, Bauman (2005) amplia o tema quando afirma que "[...] ter uma 'identidade' não vai ocorrer às pessoas enquanto o 'pertencimento' continuar sendo o seu destino, uma condição sem alternativa" (p. 18). Como seria então essa identidade a ser construída? Uma resposta possível vem desse mesmo autor, quando ressalta que "no admirável mundo novo das oportunidades fugazes e dasseguranças frágeis, as identidades ao estilo antigo, rígidas e inegociáveis, simplesmente não funcionam" (Bauman, 2005, p. 33).

A identidade seria, segundo Hall (2003, p.15), "um lugar que se assume, uma costura de posição e contexto, e não uma essência ou substância a ser examinada", o que, em certa medida, coaduna-se com o pensamento de Bauman (2005). Hall (2005) também afirma que o conceito do que venha a ser identidade está sendo extensamente discutido na teoria social, em função especialmente do indivíduo moderno, até então considerado como um sujeito unificado, o que ele considera que não o é. No mesmo caminhar dos autores anteriores, Deschamps & Moliner (2009) definem identidade como "um fenômeno subjetivo e dinâmico resultante de uma dupla constatação de semelhanças e de diferenças entre si mesmo, os outros e alguns grupos" (p. 14).

Ressalta-se ainda e com propriedade que o conceito em estudo da identidade é complexo. Dubar (2005), em seu estudo sobre a construção das identidades sociais e profissionais, ratifica essa complexidade, quando expõe que

Eu nunca posso ter certeza de que minha identidade para mim mesmo coincide com a minha identidade para o outro. A identidade nunca é dada, ela sempre é construída e deverá ser (re)construída em uma incerteza maior ou menor ou menos duradoura. (p. 135)

Uma clara relação de dualidade entre o "eu" e o(s) "outro(s)", ou seja, uma identidade pessoal para si e uma identidade social para os outros. Assim

exposto, a identidade, independente de qual seja, é construída socialmente, mudando de acordo com as relações sociais dos grupos de referência e de pertencimento a que o sujeito esteja ligado (Santos, 2005). O que pode ser resumido como sendo a identidade “[...] formada na ‘interação’ entre o eu e a sociedade” (Hall, 2005, p. 11).

O que deixa transparente e em especial no caso de estudo, a migração estudantil, quando o sujeito transpõe sua fronteira para estudar na universidade do outro, que a identidade “é realmente algo formado, ao longo do tempo, através de processos inconscientes, e não algo inato, existente na consciência no momento do nascimento” (Hall, 2005, p. 38). Dubar (2005) amplia essa afirmação de Hall (2005) ao deixar claro que a identidade é o resultado a um só tempo estável e provisório, individual e coletivo, subjetivo e objetivo, biográfico e estrutural, dos diversos processos de socialização que, em conjunto, constroem os diversos sujeitos e definem as suas instituições. O que corrobora a complexidade da palavra em questão.

Na construção desse sujeito social, acontecimentos mais importantes podem ser pinçados, como “[...] a **saída do sistema escolar** e a **confrontação com o mercado de trabalho** constituem atualmente um momento essencial da construção de uma identidade autônoma” (Dubar, 2005, p. 148, grifo nosso). O que esta afirmação significa em um contexto de mobilidade estudantil internacional? Destaca a importância de uma formação superior para os sujeitos que migram com projetos de vida e de ascensão social, quer na reconstrução de seu país e na melhoria das condições socioeconômica de sua família.

Ferreira (2018), em seu estudo sobre os estudantes internacionais nas universidades brasileiras, deixa claro que não é correto argumentar que há perda da identidade em decorrência do projeto migratório, “mas em um processo incessante no qual estudantes e demais migrantes modificam-se na experiência do encontro com o outro” (p. 122). Voltando para o argumento de Hall (2005), que ressalta que a globalização torna o mundo mais interconectado, em que as identidades nacionais estão se desintegrando, surgindo algo no campo novo, ou seja, *identidades híbridas*. O que isso significa? A elaboração de algo novo, em especial nos aspectos identitários que se fundem na expressão de um novo “eu”.

Bauman (2005) assevera que “as identidades flutuam no ar, algumas de nossa escolha, mas outras infladas e lançadas pelas pessoas em nossa volta, e é preciso estar em alerta constante para defender as primeiras em relação às ultimas” (p. 19). Estamos, portanto, em um processo de formação de nossas identidades, que individual e social, pois elas não são rígidas e estáveis, pois vivemos na pós-modernidade da globalização dos mercados e da expansão tecnológica sem limites, cujos espaços-tempos são fluidos, o que, em grande medida, aproximam os Estados nacionais de fronteiras movediças, e que as escolhas sejam nossas.

Análises e discussão

Esta seção tem por escopo apresentar brevemente a EN, os quantitativos dos estudantes estrangeiros por IES militar e analisar as respostas obtidas nos questionários, fazendo um paralelo com o quadro teórico montado. Ao final, são trabalhadas em especial as respostas dos discentes estrangeiros da Marinha do Brasil, tendo como fio condutor a construção de sua identidade individual e social, que vive em terras estrangeiras, em regime de aquadramento, fato que diferencia de sobre maneira com os estudantes estrangeiros em IES civis, que têm uma relação mais ampla com a sociedade em que estão inseridos.

O ensino superior militar brasileiro

O artigo n.º 83 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1996, estipula que o ensino militar é regulamentado em lei específica, admitida a equivalência de estudos, de acordo com as normas fixadas pelos sistemas de ensino. O ensino superior militar nas Forças Armadas brasileiras, composto pela Escola Naval (EN), Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN) e Academia da Força Aérea (AFA), tem como tarefa principal a formação dos seus oficiais para os primeiros postos da carreira militar. Os oficiais formados obtêm a certificação em áreas específicas do seu emprego, tornando-se, ao término da graduação, bacharéis em “Ciências Militares”, em áreas de atuação específica de cada força armada singular, com reconhecimento pelo Ministério da Educação (MEC), sendo o curso regular de quatro anos.

Os estudantes estrangeiros nas academias militares

Os dados quantitativos que são apresentados a seguir representam uma fotografia do total de estudantes, cadetes e aspirantes³, estrangeiros por países existentes nas academias militares congêneres em julho de 2019, um total geral de 71. Para facilitar a visualização, utilizamos a tabela 1 a seguir por IES militar e país, com seus respectivos quantitativos.

3 Cadetes - estudantes da AMAN e AFA. Aspirantes - estudantes da EN.

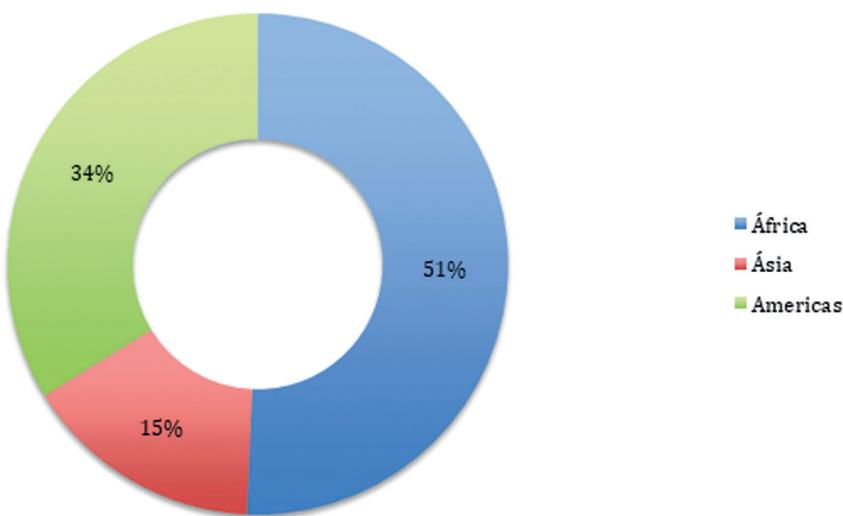
Tabela 1 - Estudantes Estrangeiros por IES militar e Países

Países	AMAN	AFA	EN	Totais
Angola	2	0	0	2
Arábia Saudita	6	0	0	6
Bolívia	0	1	1	2
Cabo Verde	0	1	3	4
Camarões	6	0	2	8
Guatemala	1	0	0	1
Guiana	3	0	0	3
Guiné Bissau	3	0	0	3
Honduras	2	1	1	4
Moçambique	2	0	0	2
Namíbia	5	0	1	6
Panamá	2	0	2	4
Paraguai	3	1	0	4
Peru	1	3	0	4
Rep. Dominicana	0	1	0	1
Senegal	3	2	5	10
Timor Leste	1	0	0	1
Togo	0	1	0	1
Uruguai	1	0	0	1
Vietnam	4	0	0	4
Totais	45	11	15	71

Fonte: As IES militares. Elaboração do autor.

A figura 1 apresenta graficamente o percentual do quantitativo de estudantes estrangeiros por continente, podemos verificar que o continente africano também mantém um maior percentual de alunos cursando uma das academias militares, ou seja, 51%, no caso dos intercâmbios com instituições civis, caso verificado nos dados informados pelo DCE-MRE cerca de 76% são de origem africana, constantes do PEC-G, ou seja, via bolsa de estudos. Se formos tratar do tema de migração temporária para formação de uma amplitude maior, os casos fora do PEC-G, quando a família participa dessa migração com seus recursos ou os estudantes vêm por conta própria, o continente americano participa com 45,6% e o africano com 27,6%, segundo dados do censo da Educação Superior de 2017⁴.

4 Recuperado de <http://www.dce.mre.gov.br/PEC/G/historico/introducao.php>

Figura 1 - Percentual de Estudantes estrangeiros em IES militar por continente

Fonte: As IES militares. Elaborado pelo autor.

Porém, no caso específico dos países africanos, pode-se ratificar alguns pontos observados desse fluxo migratório também no ensino superior militar, tais como: (i) países novos que saíram recentemente de uma guerra civil; (ii) reconstrução de uma elite em suas sociedades; e (iii) a não existência de uma academia para formação superior militar em consonância com as poucas universidades existentes em seus territórios.

Na elaboração deste estudo, foi verificado que o continente africano participa nos programas de intercâmbio do governo federal, MRE e MEC, com 26 países, todos também participam da formação dos seus jovens no ensino superior militar. Porém, do continente asiático, dos países constantes das relações de formação acadêmica com o Brasil, dois não estão integrados aos PEC-G, Vietnam e Arábia Saudita. Tal situação também se verifica nos países das Américas do Sul e Central, pois temos três estudantes da Guiana cursando a AMAN. Tal fato foi um dos motivadores desta pesquisa, visto que na construção e leitura do referencial teórico, em especial a tese de Subuhana (2005) e a dissertação de Tchan (2012), que não citam em nenhum momento o intercâmbio das academias militares na formação de estudantes estrangeiros.

Um outro importante dado na ideia da construção de uma nova identidade dos estrangeiros ao migrarem para uma formação superior militar é o chamado aquartelamento, ou seja, a obrigação de passarem a semana em regime de inter-

nato. Na tabela 2 a seguir, fica bem claro que a adaptação e a nova modelagem identitária deve acontecer, visto que o percentual total de estrangeiros atinge a 2,2% do total de estudantes brasileiros, e principalmente pela constatação que a identidade não é algo rígido, inegociável, e o sentimento de pertencimento desse jovem estudante, iniciado em uma outra cultura, tende também a criar uma hibridação no trato com os demais companheiros de farda.

Tabela 2 - Comparação entre o total de cadetes e o de estrangeiros

IES Militar	Estrangeiros	Cad/Asp	%
EN	15	821	1,83%
AMAN	45	1746	2,58%
AFA	11	655	1,68%
Total	71	3222	2,20%

Fonte: As IES militares. Elaborado pelo autor.

Segundo dados fornecidos no sítio do PEC-G, anualmente ingressam no programa cerca de 400 estudantes para fazerem sua formação superior no Brasil, enquanto cerca de 200 se formam⁵. No caso dos cadetes estrangeiros, em sua maioria conseguem atingir a sua formação superior, mas destacado anteriormente, não fazem parte das estatísticas e dos números tanto do MRE quanto do MEC.

O cenário deste estudo: a Escola Naval brasileira

O cenário da nossa pesquisa foi a Escola Naval, situada na histórica Ilha de Ville-gagnon, Baía da Guanabara, local da expulsão dos franceses, em 1555, e onde se expressou o nosso primeiro Governador-geral da colônia Men de Sá: “*Posto que vi muito e li menos, parece-me a mim que se não viu outra fortaleza tão forte no mundo!*”⁶. O forte, iniciado pelos franceses, foi destruído pelos portugueses e assim permaneceu até 1695, quando se percebeu sua real importância na defesa do Rio de Janeiro e consequentemente foi iniciada a construção da Fortaleza de Nossa Senhora da Conceição de Villegagnon. Ainda hoje, pode-se ver o portão do túnel de acesso à antiga fortaleza, marco de significativas passagens da história brasileira.

A IES militar é a mais antiga instituição de ensino de nível superior do Brasil. Foi criada em 1782, em Lisboa, Portugal, por Carta Régia da Rainha D. Maria I sob

5 Recuperado de <http://www.dce.mre.gov.br/PEC/PECG.php>

6 Recuperado de <https://www.marinha.mil.br/en/historia>

a denominação de Academia Real de Guardas-Marinha. Com a vinda da Família Real para o Brasil, a Academia desembarcou no Rio de Janeiro em 1808, trazida a bordo da nau “Conde D. Henrique”. Instalada primeiramente no Mosteiro de São Bento, lá permaneceu até 1832, e a partir daí sofreu inúmeras mudanças de instalações, tendo funcionado inclusive a bordo de navios. Finalmente, em 1938, a EN veio fixar-se na Ilha de Villegagnon.

A instituição tem como missão formar os oficiais da Marinha do Brasil para os postos iniciais da carreira, nos corpos da Armada, Fuzileiros Navais e Intendentes da Marinha. Para o cumprimento desse propósito a instituição ministra curso de graduação. A partir de 1956, esta IES militar começou a receber em seu Corpo de Aspirantes estudantes estrangeiros, sendo o país com mais formandos a Namíbia, em função do programa anual de intercâmbio, iniciado em 2000, ratificado pelo Decreto nº 4.778, de 11 de julho de 2003, que promulgou o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo a República da Namíbia sobre Cooperação Naval.

Análise das respostas dos Gestores Acadêmicos da EN

O instrumento de coleta de dados contou com quatro perguntas abertas e que foi encaminhado ao Superintendente de Ensino da EN, que o encaminhou para os responsáveis pela gestão direta, tanto acadêmica quanto pela administrativa de Corpo de Aspirantes, onde estão incluídos os estudantes estrangeiros. A ideia precípua deste questionário foi avaliar como a instituição normatiza e trata os seus discentes estrangeiros nos mais diversos aspectos.

A primeira questão aborda se existe alguma norma que regule a vida acadêmica e administrativa do estudante de nações amigas. A resposta foi direta, sim, e foi encaminhado inclusive a Portaria Interna nº 131, de 14 de junho de 2019, que aprova as Normas para os Cursos de Graduação da Escola Naval (NCGEN). Neste ponto é preciso esclarecer que existe um período de pré-matrícula para os estrangeiros, em que se procura fazer o nivelamento nas disciplinas de Matemática e Física e, principalmente, o da língua portuguesa, pois toda a graduação, excetuando a disciplina de Inglês, é ministrada em português. O estágio atualmente conta com seis estudantes, sendo dois de Camarões, três de Cabo Verde e um de Honduras.

Esse estágio de nivelamento consta do estudo deste autor, cujo título é “Estudantes estrangeiros em instituição de ensino superior militar: trajetórias acadêmicas iniciais”, e cujas considerações finais deixam claro que o referido período de pré-matrícula no curso superior regular é uma forma de bem receber os alunos estrangeiros, integrando-os e os adaptando à cultura naval brasileira, também importante em reconhecer e valorizar a diversidade cultural e linguística dos alunos estrangeiros, respeitando a diferença, a identidade étnica, o sistema de crenças e

valores ao qual pertencem os alunos estrangeiros. Porém, foi verificado que eles sentem e reconhecem a dificuldade do idioma português, quando ingressam no curso de graduação regular da Escola Naval (Honorato, 2018).

A segunda pergunta questiona se o currículo de formação superior é o mesmo para todos os estudantes, independentes se estrangeiros ou brasileiros. A diferenciação está contemplada na alínea “f” do item 5.4 das NCGEN, que em função das dificuldades da língua portuguesa e especificidades de disciplinas, poderão ser aplicadas aos estudantes estrangeiros, algumas condições especiais de aproveitamento, tais como tempo para realização das avaliações, possibilidades especiais para repetição de ano sem ter matrícula cancelada.

A questão seguinte procurou verificar quais são as maiores dificuldades em relação às disciplinas constantes do currículo. Segundo os gestores acadêmicos, as disciplinas que mais reprovam, levando ao cancelamento de matrícula, são: Cálculo e Física (com maior incidência); Eletricidade e Mecânica Geral. Por isso mesmo, constata-se a necessidade do estágio de nivelamento, pré-matrícula no curso regular, onde as disciplinas de Matemática (Cálculo) e Física são reforçadas. Um paralelo se faz neste momento onde a questão curricular também traz percalços acadêmicos aos estudantes estrangeiros nas IES brasileiras.

A última questão procurou dar liberdade aos responsáveis pela gestão acadêmica e administrativa em expor as principais dificuldades verificadas com os estudantes estrangeiros. A resposta, em linhas gerais, foi a seguinte: percebe-se que alguns países possuem estudantes mais preparados e que não apresentam dificuldades acadêmicas, em sua maioria, sempre com boas classificações no curso. Enquanto em outras nações amigas, os seus estudantes sempre apresentam dificuldades. A MB disponibiliza o Catálogo de Cursos e Estágios do Ensino Naval, destinados à Pessoal Extra-Marinha (CENPEM), no qual consta todas as informações e requisitos necessários para matrícula nos seus cursos e estágios, independentes se na formação superior ou técnica.

O que podemos verificar é que existe uma preocupação da IES militar no trato do seu estudante estrangeiro, com um estágio de nivelamento e uma possibilidade de um maior tempo para a realização dos testes e provas, mas é claro que o desejável é que o migrante acadêmico venha com uma base propedêutica condizente com um desenvolvimento acadêmico mais tranquilo, onde a preocupação maior seria na relação entre discentes, o que deve ser exposto na próxima seção deste estudo, quando são analisadas as respostas dos estudantes estrangeiros.

Análise das respostas dos Estudantes Estrangeiros

Esse instrumento de coleta de dados contou com 12 perguntas abertas em que se procurou compreender a motivação do jovem estrangeiro em vir estudar no Brasil

e em uma IES militar, dos seus trajetos acadêmicos e de vida social na cidade do Rio de Janeiro, além das suas expectativas e possibilidades ao retornarem a seus países de origem. Porém, foram selecionadas sete questões mais diretamente relacionadas ao objetivo desta pesquisa.

Todos os estudantes conheceram e assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, cujo tema da pesquisa que seria realizado com esses jovens foi sobre a “migração temporária e especial de jovens para formação superior militar”. Dos 15 Aspirantes das Nações amigas, foram retornados 14 respondentes, considerados conspícuos para uma pesquisa de cunho qualitativo. Por uma questão de sigilo das fontes ora investigadas, foram denominados aleatoriamente “Est1” a “Est14”, independente de ordem e ano na graduação, quando suas respostas forem transcritas para este artigo.

A primeira questão procurou avaliar se esses jovens imigrantes tinham uma noção do país que iriam morar e da cidade do Rio de Janeiro, e complementando a pergunta, se a percepção que tinham do que iriam encontrar aqui no Brasil tinha mudado. Dos 14 respondentes, cinco não tinham nenhuma noção do que era o Brasil e nem da cidade do Rio de Janeiro. Os que responderam que conheciam o Brasil atestam que tinham uma noção da cultura, dos costumes brasileiros, o Est2 acrescentou uma questão interessante, *“pois eu estudei algumas coisas sobre a cultura e economia do país no ensino médio”*. O Est6 deixa claro que *“tinha um pouco de noção sobre o Brasil, pois assistia noticiários acerca dos acontecimentos vividos no país”*. Todos os nove que conheciam um pouco do Brasil não modificaram até o presente sua percepção sobre o Brasil e a cidade do Rio de Janeiro.

A questão segunda é direta, questiona porque veio estudar em uma IES militar e se sua perspectiva tem sido atingida. O Est10 expõe que veio estudar no Brasil *“porque queria ser militar e a única oportunidade que se apresentou foi aquela de estudar no Brasil em uma instituição de ensino superior”*. Os demais estudantes informaram que fizeram um concurso nacional em seus países e foram mandados para o Brasil para a formação superior militar. Alguns já eram militares em seus países e tiveram a oportunidade de estudar na Escola Naval brasileira. Todos responderam que suas expectativas estão sendo atingidas.

A pergunta seguinte foi dividida em duas partes, procurando desvelar a maior dificuldade enfrentada pelos estudantes, quer na vida acadêmica e na cidade do Rio de Janeiro. Nove estudantes encontraram dificuldades na barreira da língua portuguesa, três em cálculo e dois em disciplinas que tinham que decorar. Tal constatação também se verifica nos estudantes estrangeiros que estudam em universidades brasileiras. Em relação às dificuldades na cidade do Rio de Janeiro, onze estudantes alegaram que não têm nenhuma, porém, o Est12 deixa claro que *“acho nada, pois fico na EN direto”*; o Est7 salienta sua dificuldade na locomoção da cidade; o Est 1 afirma da insegurança nas ruas; e o Est9 a vida cara da cidade.

Neste último caso também constatado pelos demais migrantes das universidades brasileiras, a vida cara nos grandes centros urbanos.

A quarta questão tentou desvelar o que o migrante temporário e especial espera ao retornar ao seu país como oficial e militar. O Est15 espera “*poder compartilhar todo o aprendido e prestar meu serviço do melhor jeito e apoiar para o futuro do meu país*”, o que é corroborado por outros estudantes, como o Est7, que deixa claro que espera “*poder ajudar no desenvolvimento do meu país*”. O respondente Est12 também se coaduna com os demais colegas ao deixar transparecer que deseja “*por em prática todos os conhecimentos aprendidos na Escola Naval e contribuir ao desenvolvimento de meu país*”. Uma resposta uníssona de todos os estudantes e em certa medida também com os demais migrantes em formação superior no Brasil.

A pergunta seguinte procurou verificar quais são os projetos futuros dos discentes. As respostas foram variadas, mas possuem um fio comum e de uma preocupação imediatista de todos os respondentes: formarem-se na Escola Naval. Uma constante também verificada foi “*ajudar a minha família*”, disse o Est6, ou caminhando no mesmo trilho, o Est2 “[...] *ficar perto da minha família*”, mas também com pensamentos de fixação social em sua terra natal, o Est12 assevera que “*pretendo casar e ter a minha família*”. Mais uma constatação que se assemelha em grande medida nas pesquisas realizadas sobre o tema migração estudantil.

A penúltima questão procurou dialogar com o foco deste estudo, ou seja, da construção desta identidade do jovem estrangeiro imerso em um país do outro, longe de sua família e em regime de aquartelamento. A pergunta foi para que destacassem três mudanças mais relevantes ocorridas em sua formação como homem/cidadão. A grande maioria expôs que se tornou mais maduro e responsável, maturidade, disciplinado, conhecimento profissional, uma experiência cultural, saber interagir com as pessoas, independência, entre outros aspectos relevantes. Uma fala bem interessante foi do Est2 que afirmou que “*aprendi a me relacionar com diferentes tipos de pessoas e aprendi uma nova língua*”. O aprendizado de uma nova língua e de uma nova cultura são grandes motivadores da migração estudantil.

A última questão deixou um campo livre para que escrevessem o que desejassesem tendo como foco a sua construção como jovem estrangeiro em outro país via formação acadêmica militar. Assim, este autor resolveu expor as angústias do Est2, consideradas inquietudes e desafios para os jovens migrantes estrangeiros; “*Considero que é o enriquecimento cultural, intelectual e físico, é muito importante para saber lidar com as diversas situações futuras que irei passar como oficial em meu país e como cidadão em minha sociedade. Considero que é um grande desafio e não é pelo fato de estar fazendo e sim porque é difícil deixar seu país, família, amigos e se aventurar num lugar totalmente desconhecido e ter que aprender uma nova língua, cultura, fazer novos amigos, ter que aprender muitas coisas da vida*”.

Considerações finais

O ser jovem, migrante temporário e especial, que procura em sua formação superior uma melhora de sua qualidade de vida socioeconômica, impulsionado por um projeto de amplitude familiar, oriundos de Estados nacionais que estão em reconstrução, quer advindos de conflitos internos quer impulsionados pela crise econômica mundial, têm a possibilidade futura de retorno aos seus países e proporcionarem o tão almejado desenvolvimento com crescimento.

Tudo isso foi verificado com a pesquisa que montou o quadro teórico e que, caminhando na mesma direção, também podemos apresentar os estudantes em formação superior militar. Uma questão que não foi exposta e que, em muita medida foi apresentada nos relatos dos estudantes estrangeiros, foi a discriminação racial que sofrem nas universidades brasileiras em que estudam; isso não se tornou visível nas falas dos estudantes militares.

Uma constante exposta pelos autores descritos foi a falta de estudos acadêmicos sobre o tema da migração provisória estudantil para formação superior, fato que foi mais um motivador para que este autor realizasse este estudo, tendo como escopo os jovens estrangeiros, em sua maioria do continente africano. Estes estão separados pela fronteira do oceano atlântico, saem com o desafio de, em quatro anos de graduação, retornarem diferentes, maduros, responsáveis, porque são cidadãos do mundo, construtores de pontes de amizade, fraternidade e compa-nheirismo com os nossos estudantes brasileiros, em um mundo atual que procura por uma justiça social plena para todos.

A motivação ainda se torna relevante quando a pesquisa procura apresentar um coletivo de 71 jovens de diversas nacionalidades, ou melhor, dos 15 Aspirantes estrangeiros, que encontram em um ambiente de graduação militar superior uma formação de qualidade que além dos conhecimentos transmitidos em salas de aula e no ambiente de instrução, o respaldo da alta administração da instituição pesquisada que tem uma preocupação em melhor recebê-los e proporcioná-los um primeiro contato antes mesmo da efetiva graduação em seu estágio de nivelamento. Relembrando que a migração é um fato social completo e que há um incremento à trajetória nômade estudantil.

A identidade não é sólida, inegociável e nem rígida, ela flutua no ar, mas é considerada uma construção social dos relacionamentos dos pares, da família e da sociedade em que o indivíduo está inserido. Então o que acontece quando um migrante, jovem, de cerca de 20 anos, desloca-se para uma formação em que os parentes não estão próximos, em que a língua é uma barreira inconteste, em que a cultura é diferente do que até aquele momento ele vivenciou. Por isso, acredita-se que, ao retornarem aos seus países de nascimento, esses migrantes temporários e especiais poderão ser pessoas diferentes, que não abandonarão suas origens de

criação, mas que os seus trajetos de formação como cidadãos foram diferenciados daqueles que ficaram em seus países; suas identidades poderão ter sido hibridizadas com novas relações, novos conhecimentos e novas culturas. Poderão ter se tornado cidadãos do mundo globalizado. Serão identidades transformadas pela trajetória nômade estudantil.

Este estudo não deve e nem pode se fechar nele mesmo, pois há muita questão ainda por caminhar, muitas perguntas ansiando por respostas que tragam à luz acadêmica, mais conhecimento acerca de uma migração temporária e especial. Esta existe e está em amplo crescimento no contexto das relações entre Estados soberanos, com especial atenção para o desenvolvimento de um mundo melhor, com menos diferenças entre as sociedades e que todos se desenvolvam em uma perspectiva de crescimento com sustentabilidade.

Referências bibliográficas

- Bartlett, L., Rodrigues, D. & Oliveira, G. (2015). Migração e Educação: perspectivas socioculturais. *Educação e Pesquisa*, 41, 1153-1171. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-9702201508144891>
- Bauman, Z. (1999). Globalização: as consequências humanas. (Marcus Penchel, trad.). Rio de Janeiro: Zahan.
- Bauman, Z. (2005). *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahan.
- Bonfim, N. R., Pimentel, G. S. R. & Souza, M. S. (2019). Contexto da internacionalização na contemporaneidade: desafios e perspectivas da Universidade do Estado da Bahia. *Revista FAEEBA*, 28(55), 112-126.
- Brasil. Decreto n.º 7.948 (12 de março de 2013), Dispõe sobre o Programa de Estudantes-Convênio de Graduação - PEC-G. Recuperado de www.planalto.gov.br/cccivil_03/_Ato20112014/2013/Decreto/D7948.htm
- Brasil. Decreto n.º 4.778. (11 de julho de 2003), Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Namíbia sobre a Cooperação naval, de 3 de dezembro de 2001. Recuperado http://www.planalto.gov.br/cccivil_03/decreto/2003/D4778.htm
- Brasil. Lei n.º 9.394. (20 de dezembro de 1996), Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF. Recuperado de portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/lein9394.pdf
- Cardoso, M. (2015). Migrações e estratégias de desenvolvimento dos pequenos Estados insulares em desenvolvimento. Estudos de caso: Cabo Verde e São Tomé e Príncipe. *Cadernos de Estudos Africanos*. 29, 103-128. Recuperado de <https://journals.openedition.org/cea/1804>

- Castro, A. A. & Cabral Neto, A. (2012). O ensino superior: a mobilidade estudantil como estratégia de internacionalização na América Latina. *Revista Lusófona de Educação*. 21(21). 69-96. Recuperado de <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rleducacao/article/view/3082>
- Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil [UNIC/RIO]. (2009, janeiro). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Recuperado de <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>
- Denzil, N. K. & Lincoln, Y. S. (2010). *O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens* (2^a ed). (Sandra Regina Netz trad.). Porto Alegre: Artmed.
- Deschamps, J-C. & Moliner, P. (2009). *A identidade em psicologia social: dos processos identitários às representações sociais*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes.
- Desidério, E. (2005). *Migração e políticas de cooperação: fluxos entre Brasil e África*. V ENCONTRO NACIONAL SOBRE MIGRAÇÃO. *Anais...* Rio de Janeiro, pp.16-18.
- Dubar, C. (2005). *A socialização: construção das identidades sociais e profissionais* (Andréia S. M. da Silva, trad.). São Paulo: Martins Fontes.
- Escola Naval. (2019). *Portaria interna nº 131*. Normas para o Curso de Graduação da Escola Naval [NCGEN]. Rio de Janeiro.
- Faria, M. L. de. (2009). Cooperação no âmbito do ensino superior: ser estudante angolano em universidades portuguesas. *Revista Pro-Posições*, 58(20), 45-63.
- Ferreira, R. da S. (2018). Estudantes internacionais nas universidades brasileiras: motivações e produção de diferença. *Revista GeoPantanal*, 13(25), 109-127. Recuperado de <https://periodicos.ufms.br/index.php/revgeo/article/view/7374>
- Giddens, A. (2002). *Modernidade e Identidade*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar.
- Hall, S. (2003). *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. L. Sovik (Org.). Tradução Adelaide La Guardia Resende. Belo Horizonte: EduUFMG; Brasília, DF: UNESCO.
- Hall, S. (2005). *A identidade cultural na pós-modernidade* (10^a ed). (Tomaz Tadeu da Silva & Guacira Lopes Louro trads.). Rio de Janeiro: DP&A Editora.
- Hirsch, O. N. (2009). "A gente parece um camaleão": (re)construções identitárias em um grupo de estudantes cabo-verdianos no Rio de Janeiro. *Revista Pro-Posições*. 20(1), 65-81
- Honorato, H. G. (2018, outubro). Estudiantes extranjeros en institución de Ensino Superior militar: trayectorias académicas iniciales. XVI CONGRESO NACIONAL DE EDUCACIÓN COMPARADA. Facultad de Educación de la Universidad de La Laguna, *Anais Eletrônicos...* San Cristobal de La Laguna, Espanha.
- Gil, A. C. (2009). *Métodos e técnicas de pesquisa social* (6^a ed). São Paulo: Atlas.
- Gusmão, N. M. M. de. (2014). Intelectuais negros: migração e formação entre conflitos e tensões. *Revista o público e o privado*, 23,39-54. Recuperado de <http://www.seer.uece.br/?journal=opublicoeprivado&page=article&op=view&path%5B%5D=793>

- Gusmão, N. M. M. de. (2012). Africanos no Brasil, hoje: imigrantes, refugiados e estudantes. *Revista TOMO*, 21, 13-36. Recuperado de <https://seer.ufs.br/index.php/tomo/article/view/895>
- IOM UN Migration. (2019). *Glossary on Migration*, 34. Recuperado de <https://www.iomGlossary on Migration.int/glossary-migration-2019>
- Ivenicki, A. & Canen, A. G. (2016). *Metodologia da pesquisa: rompendo fronteiras curriculares*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna.
- Lima, L. de S. & Feitosa, G. G. (2017). Sair da África para estudar no Brasil: fluxos em discussão. *Psicologia & Sociedade*, 29. Recuperado de http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822017000100232&script=sci_arttext
- Lima, S de A. & Lima, H. M. F. (2016). Formação acadêmica guineense no Brasil: cooperação e multiculturalismo. *Revista de Ciências Humanas*. 17(28).60-81. Recuperado de <http://www.revistas.fw.uri.br/index.php/revistadech/article/view/2127>
- Marinha do Brasil. (2011). *Catálogo de cursos e estágios do ensino naval destinados a pessoal extra-marinha*. Brasília, DF.
- Mazza, D. (2011). Mobilidade humana e educação: os estudantes estrangeiros na Unicamp. *Cadernos CERV*, 22(1), 239-256. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/ceru/article/view/29474>
- Ojima, R., Aguirre, M. A. C., Silva, B. L. da & Lima, W. de M. (2014). Migrações internacionais motivadas por estudo: uma análise sócio-demográfica dos estudantes estrangeiros radicados no Brasil. *Revista Percursos*, 15(28), 166-189.
- Ravenstein, E. G. (1885). The Laws of Migration. *Journal of the Statistical Society of London*. 48(2), 167-235. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/2979181>
- Ribeiro, R. M. F. (2018). Africanos guineenses: migração para fins estudantis na “Terra da Luz” Fortaleza - Ceará. *Revista África e Africanidades*. 11(28). Recuperado de www.africaafricanidades.com.br
- Rodrigues, S. H. (2013). *Jovens oriundos de países africanos de língua portuguesa na Universidade de Brasília: experiências de migração internacional estudantil* (Tese de doutorado). Universidade de Brasília, Brasil.
- Santos, C. da. (2005). Da identidade pessoal à identidade social. *Revista Interações: Sociedade e as modernidades*, 5(8), 123-144.
- Santos, R. dos. (2016). Discussões sobre imigrantes no Ensino Superior. *Revista Multidisciplinar de Licenciatura e Formação Docente*, 14(01), 1-11. Recuperado de <http://periodicos.unespar.edu.br/index.php/ensinoepesquisa/article/view/413>
- Santos, C. M. R. (2014). A emigração temporária dos cabo-verdianos: ensino superior e ascensão social (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade da Integração da Lusofonia Afro-Brasileira, Redenção, Ceará, Brasil.

- Subuhana, C. (2005). *Estudar no Brasil: imigração temporária de estudantes moçambicanos no Rio de Janeiro* (Tese de Doutorado). Universidade Federal de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.
- Subuhana, C. (2009). A experiência sociocultural de universitários da África lusófona no Brasil: entremeando histórias. *Revista Pro-positões*, 20(1), 103-126.
- Tchan, I. (2012). *A África fora de casa: sociabilidade, trânsito e conexões entre os estudantes africanos no Brasil* (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil.
- Tolentino, A. C. (2006). *Universidade e transformação social nos pequenos estados em desenvolvimento: o caso de Cabo Verde* (Tese de Doutorado). Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.
- UNESCO. (1998). *Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI: visão e ação*. Recuperado de <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-a-Educação/declaracao-mundial-sobre-educacao-superior-no-seculo-xxi-visao-e-acao.html>
- UNESCO. (2009). *Conferência Mundial sobre Ensino Superior 2009: as novas dinâmicas do ensino superior e pesquisas para a mudança e o desenvolvimento social*. Recuperado de http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=4512-conferencia-paris&Itemid=30192
- UNESCO. (2019). *ODS e cidades: mobilidade humana internacional* (guia prático para governos locais da América Latina e Caribe). Brasília, DF. Recuperado de http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/about-this-office/singleview/news/ods_e_cidades_mobilidade_humana_internacionalguia_pratico/



Rescatado de UNICEF- Ecuador. Cuenta en Flickr

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1803

La nueva política migratoria de Paraguay: derechos humanos y seguridad como pilares para el tratamiento político de la inmigración*

Silvana Santi**

Resumen

A tono con las tendencias regionales, Paraguay ha reconfigurado recientemente su política migratoria. En ese camino, este país ha llevado adelante muchas medidas para tratar la inmigración internacional, pese a que históricamente se ha caracterizado por ser un país emisor de población. Este artículo explora las tensiones emergentes entre los derechos humanos y la seguridad en los cambios recientes de la política inmigratoria paraguaya. Esta temática casi no ha sido abordada por la literatura académica y sirve de base para posteriores estudios comparativos. Analizando fuentes normativas e institucionales, se revela el contundente protagonismo de la categoría seguridad en las acciones llevadas adelante por la Dirección General de Migraciones (DGM) entre 2014 y 2019, que superan, incluso, a las acciones emprendidas en pos de los derechos humanos de los migrantes, pese a que es desde esta última óptica que el Estado paraguayo justifica los cambios políticos realizados en torno al tratamiento contemporáneo de los movimientos poblacionales.

Palabras clave: Paraguay; políticas migratorias; seguridad, derechos humanos; OIM.

Paraguay's new migration policy: human rights and security as pillars for the political treatment of immigration

Summary

In tune with regional trends, Paraguay has recently reconfigured its migration policy. In this way, this country has implemented several measures to deal with international migration, despite the fact that it has historically been characterized by being a country of origin. This article explores the emerging tensions between human rights and security in recent changes in the Paraguayan immigration policy. This topic has barely been addressed in the academic literature and serves as a basis for further comparative studies. By analyzing regulatory and institutional sources, we reveal the strong role of the category of security in the actions carried out by the General Directorate of Migration (DGM by its Spanish acronym) between 2014 and 2019, which even surpass the actions undertaken in pursuit of migrants' human rights, although it is from this latter point of view that the Paraguayan State justifies the political changes made to the contemporary treatment of population movements.

Key words: Paraguay; migration policy; security; human rights; IOM.

Nova política para as migrações no Paraguai: direitos humanos e segurança como colunas do tratamento político migratório

Resumo

Alinhado com as tendências regionais, o Paraguai refez recentemente a sua política migratória. Foi assim que dita nação perfilhou muitas regras para lidar com a migração internacional, ainda que tradicionalmente tenha sido classificado como um Estado emissor de população. Esta pesquisa estuda as tensões surgidas entre os direitos humanos e a segurança nas atuais mudanças da política migratória paraguaia. Esse tópico escassamente mencionado pela literatura acadêmica é uma base para estudos comparativos ulteriores. Analisando fontes normativas e institucionais, revela-se o dominante rol da categoria de segurança no acionar efetuado pela Direção-Geral de Migrações (DGM) entre 2014 e 2019, ultrapassando inclusive as ações executadas na procura dos direitos humanos dos expatriados, embora fosse com esta última perspectiva que o Governo paraguaio justifica as modificações políticas adotadas relacionadas com o tratamento atual dos movimentos populacionais.

Palavras-chave: Paraguai; políticas migratórias; segurança; direitos humanos; OIM.

* Artículo de reflexión.

** Doctoranda en Ciencia Política de la Universidad de Belgrano, Argentina. Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Licenciada en Periodismo (Universidad de Belgrano, Argentina). Miembro del Grupo de Estudios "Migraciones, Familias y Políticas Públicas" (IIGG-UBA) y del GT "Migraciones Sur-Sur" (CLACSO). Correo electrónico: silvanasanti@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7388-4631>

Cómo citar este artículo: Santi, S. (2020). La nueva política migratoria de Paraguay: derechos humanos y seguridad como pilares para el tratamiento político de la inmigración. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 213-242
Doi:10.17533/udea.esde.v77n169a09

Fecha de recepción: 23/09/2019 Fecha de aprobación: 15/11/2019



La nueva política migratoria de Paraguay: derechos humanos y seguridad como pilares para el tratamiento político de la inmigración

Introducción

Desde el inicio del nuevo siglo, varios ámbitos políticos sobre migraciones en la región sudamericana han establecido discursivamente una perspectiva de derechos humanos para encarar el fenómeno. Esta tendencia o “giro humanístico” puede advertirse en las políticas migratorias de diversos países y espacios de integración, como el Mercosur y la Unasur, y en el principal proceso consultivo regional sobre el tema, como es la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (CSM) (García, 2016, p. 109).

En este contexto, distintos Estados sudamericanos aprobaron o debatieron nuevas normativas migratorias que tienen en su centro una concepción de las migraciones desde una óptica de derechos humanos. Argentina fue pionera, sancionando en el año 2003 una nueva ley que reconoce a la migración como un derecho humano. Ecuador, en su Constitución de 2008, establece el derecho a migrar y el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes como principio de sus relaciones internacionales. La ley de movilidad humana (2017) de ese mismo país andino, también hace referencia a los derechos humanos en varios de sus considerandos y artículos. La normativa migratoria de Uruguay (2008) reconoce el derecho a la migración como inalienable y deja asentado que la interpretación y aplicación de las disposiciones en su texto deben ser compatibles con los derechos humanos. En tanto, el respeto irrestricto de los derechos humanos está entre los principios de la ley de migración de Bolivia (2013). Recientemente, la normativa sobre migraciones de Brasil (2017) sostiene que uno de los principios y directrices que la rigen es la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Mientras tanto, el decreto legislativo de migraciones de Perú (2017), vela por el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros.

En este momento hay cuatro países de la región que están debatiendo reformas a su política migratoria: Chile, Paraguay, Colombia y Ecuador. Los tres primeros

confluyen en la incorporación de la “migración ordenada”¹ como directriz de sus planteamientos políticos sobre la materia. Mientras Chile, Paraguay y Ecuador han asentado ya en sus proyectos una perspectiva de derechos humanos.

Sin embargo, el apego a los derechos humanos no quiere decir que los países sudamericanos hayan descartado visiones de seguridad dentro de su agenda política sobre migraciones. Algunos estudios de los casos argentino (Courtis y Pacecca, 2007; Domenech, 2011a, 2013; Pereira, 2019), chileno (Concha Villanueva, 2018) y ecuatoriano (Ruiz Muriel y Álvarez Velasco, 2019) han resaltado que el reconocimiento discursivo de la migración como derecho humano convive con enfoques de seguridad y/o control migratorio. En este sentido, Domenech (2013) asegura que bajo el paradigma de la gobernabilidad migratoria:

(...) se desarrolla una política de control con rostro humano: amparado en el discurso de los derechos humanos para obtener la legitimidad necesaria para su instrumentación, el control sobre la inmigración irregular desplaza (no elimina) formas restrictivas o coercitivas, pero no con el propósito de hacer efectivos los derechos humanos de los inmigrantes, sino para obtener mayores resultados en la administración eficaz de los flujos migratorios. (Domenech, 2013p. 2)

Apuntando a acrecentar los antecedentes que indaguen en esta óptica, este artículo tiene por objetivo explorar las tensiones emergentes entre los derechos humanos y la seguridad en los cambios recientes de la política inmigratoria paraguaya. ¿Los derechos humanos han obtenido mayor atención que la seguridad o viceversa? ¿Cómo opera la inclusión de la idea de la “migración ordenada” en el binomio derechos humanos-seguridad? ¿Qué actores internacionales han colaborado en la puesta en marcha de la reciente “Política Nacional de Migraciones”?

A tono con las tendencias regionales, desde 2014, Paraguay ha reconfigurado su política migratoria, llevando adelante numerosas medidas para tratar la inmigración internacional en su territorio, pese a que históricamente se ha caracterizado por ser un país emisor de población. Con esta mira, se seleccionan y analizan distintos materiales oficiales que dan cuenta de los cambios de la política migratoria paraguaya, sobre todo a partir del 2003, año en el que se abre la nueva etapa de confección de una “Política Nacional de Migraciones”. Entre los documentos recopilados, se presta atención principalmente a legislación sobre migraciones (leyes y decretos), comunicaciones institucionales de la Dirección General de Migraciones (DGM) e informes producidos sobre el tema por el Estado

1 Acerca del surgimiento e historización de esta concepción política (véase Santi, 2019).

Distintos trabajos, como los de Domenech (2011a; 2011b; 2013; 2017), Magliano y Clavijo (2011) y Zubrzycki (2018) han prestado atención a la “migración ordenada” vinculada al control y la gestión migratoria o gobernabilidad migratoria.

paraguayo junto con organismos internacionales. El análisis documental de este estudio de caso revela un contundente protagonismo de la categoría seguridad en las acciones llevadas adelante por la DGM, principal institución estatal encargada de la inmigración. Estas superan, incluso, a las acciones emprendidas por la DGM en pos de los derechos humanos de los migrantes, pese a que es desde ésta última óptica que el Estado paraguayo justifica los cambios políticos realizados en torno al tratamiento actual de los movimientos poblacionales.

Si bien hay numerosos estudios académicos sobre el fenómeno emigratorio en Paraguay, existen menos antecedentes que hayan prestado atención a la política de inmigración internacional. Entre estos últimos, se pueden mencionar los textos de Souchaud (2008), Oddone (2011), Palau (2011) y Novick (2012), por ejemplo. En tanto, son escasos los trabajos focalizados en los recientes cambios producidos en este campo.

La estructura del artículo se divide en cinco secciones. La primera, de manera no exhaustiva, caracteriza algunos puntos salientes del tratamiento político-normativo de la inmigración en Paraguay. En un segundo apartado se da cuenta de los cambios recientes en la política migratoria de Paraguay desarrollados a partir del 2014. En tercer y cuarto lugar, se analizan las acciones desplegadas por la DGM, principal institución paraguaya encargada del tema, en torno a las categorías articuladoras sobre las que el Estado fundamenta discursivamente estos cambios: los derechos humanos y la seguridad. Finalmente, se elaboran unas conclusiones finales que ahondan en las consecuencias de la nueva política migratoria paraguaya, que ha allanado el camino hacia un proceso de *securitización*² de las migraciones, en el cual la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha tenido un papel central.

Caracterización del tratamiento político-normativo de la inmigración en Paraguay

Paraguay se ha caracterizado históricamente por ser un país expulsor de población. Datos oficiales recientes muestran que esta tendencia se sigue manteniendo: en 2015 la emigración contabilizaba 845.373 paraguayos/as, un 12 % de la población; mientras la cifra de la inmigración alcanzaba 156.462 personas, representando un 2,4 % de la misma (OIM, 2017). Sobre esta última cantidad, el porcentaje de inmigrantes provenientes de los demás países sudamericanos ascendía a 87,4 % (OIM, 2017).

² Siguiendo a Bigo (2002), la *securitización* de las migraciones se entiende como un enfoque que implica una serie políticas y prácticas ejecutadas por actores públicos y privados que promueven un vínculo entre las migraciones y la seguridad.

Sin embargo, desde 1870, luego de la Guerra de la Triple Alianza, Paraguay ha mantenido políticas promotoras de la inmigración que, de modo paradójico, han impulsado la emigración (Oddone, 2011). Las Cartas Magnas paraguayas de 1870 y 1940 fomentaban la inmigración expresamente americana y europea. Tanto en la Constitución de 1870 como en la de 1967, la inmigración se establecía en relación con el aporte que podía hacer al desarrollo económico del país.

A modo ilustrativo, Oddone (2011) divide la inmigración hacia Paraguay en tres períodos: el primero³, desde 1870 hasta inicios del siglo XX se caracteriza por el impulso a la conformación de colonias agrícolas de inmigrantes europeos, aunque sin grandes frutos; el segundo periodo, se delinea desde la ley migratoria de 1903⁴, con el emplazamiento de nuevas colonias de inmigrantes que permanecen en el territorio y logran ser más estables que en la anterior etapa; el tercer periodo, se produce entre las décadas de los setenta y los ochenta con la llegada de una mayor cantidad de inmigrantes, destacándose el flujo brasileño⁵. La información estadística disponible señala que en 1880 los inmigrantes representaban un 3,2 % de la población total del país; en tanto, en la primera década del siglo era solo un 0,7 % y entre 1910 y 1920 aumenta a un 0,9 %, cayendo a un 0,4 % en la década siguiente, aumentando a 1,3 % durante los años treinta, y reduciéndose nuevamente hasta 0,6 % entre 1940 y 1960 (MRE, OIM y UNFPA, 2003). Sin embargo, varios autores advierten que hay que tomar con cautela estas cifras (MRE *et al.*, 2003; Palau, 2011). Otras fuentes como son los censos de población, apuntan que, sobre el total de población, los nacidos en el extranjero representaban un 3,4 % en 1971, un 5,6 % en 1982, y un 5,5 % en 1992 (MRE *et al.*, 2003).

Tras el fin de la dictadura del general Alfredo Stroessner (1954-1989), con la llegada de la democracia se promulgó la nueva Constitución paraguaya en 1992, en la cual, además de los derechos, garantías, y libertades fundamentales incorporadas, se estableció que la temática migratoria debía reglamentarse por ley considerando los convenios internacionales (Novick, 2012)⁶.

Es así que en 1996 se aprobó la Ley de migraciones n.º 978⁷, que aún hoy está en vigencia. López (2012) precisa que el foco de la misma está en la inmigración, a la que se le dedican 118 artículos frente a los 22 referidos puntualmente a la emigración. Esta norma le otorga al Estado un fuerte control social, protegiendo

3 En este lapso se promulgó la Ley de Inmigración y Colonización (en 1881).

4 Luego devino una nueva Ley de Inmigración en 1937, que favorecía la inmigración de ciertas profesiones.

5 Una mención especial merece el fenómeno de “brasiguayos”. Este tipo de inmigración brasileña con características de circularidad ha sido ampliamente estudiado (Marques, Rodrigues, De Almeida Rezende, Soares y Vélez, 2013).

6 Un antecedente de esta apertura incipiente fue la Ley n.º 1/90 sobre el Código electoral, la cual concedía a los extranjeros residentes la posibilidad de elegir y ser elegidos en el ámbito municipal. Por cuestiones de espacio, no se ahondará en la demás normativa electoral y su relación con la inmigración.

7 Fue reglamentada un año después a través del Decreto 18.295 de 1997.

el empleo interno, defendiendo las fronteras, seleccionando a los migrantes y reconociéndoles limitados derechos, en definitiva, es “(...) cercana a la ideología de los gobiernos militares y su percepción geopolítica de las migraciones” (Novick, 2012, p. 88)⁸. El texto de la Ley n.º 978 (1996) promueve la inmigración calificada con fines de desarrollo, dando preferencia a quienes posean capital y a los agricultores destinados a proyectos de colonización en áreas determinadas por el Estado. Esta misma normativa también impide la admisión de extranjeros con enfermedades infectocontagiosas, transmisibles o mentales; así como aquellos que posean antecedentes penales, que ejerzan la prostitución o trafiquen drogas, quienes no posean profesión u oficio o practiquen la vagancia, mendicidad, ebriedad y quienes ya hayan sido expulsados. Además, la ley migratoria prohíbe trabajar y dar trabajo o alojamiento a los extranjeros que residan “ilegalmente” en el país (art. 62; art. 63; art. 69, Ley n.º 978, 1996). Atendiendo a esta rigidez, la normativa estipula que la “irregularidad” es causal de expulsión. Como observa Novick (2012), la categoría inmigrante en Paraguay ha sido construida “(...) como una amenaza que puede afectar la seguridad nacional” (p. 108).

En pocas líneas, la ley migratoria paraguaya tiene un fuerte sesgo económico, a través de la instrumentalización y justificación de la migración como factor promotor del “desarrollo” económico y *securitario*, por medio de la exaltación de la vigilancia sobre la irregularidad administrativa de los inmigrantes. La normativa sobre migraciones otorga un rol preponderante a la DGM, dependiente del Ministerio del Interior, como institución encargada de los asuntos migratorios. La DGM operativiza controles migratorios, entre ellos los de permanencia que la habilitan a hacer inspecciones en los lugares de trabajo y alojamiento, a aplicar sanciones, a regularizar a los “migrantes ilegales” y a disponer el rechazo y/o expulsión de extranjeros (Ley n.º 978 de 1996, art. 142).

Como otros países sudamericanos, el Estado paraguayo a inicios del nuevo milenio comenzó a dar pasos para redefinir su política migratoria. A pesar de continuar con una ley migratoria restrictiva y asentada en la seguridad interna, Paraguay firmó en el año 2000 la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁹ y ratificó numerosos instrumentos jurídicos para la defensa de los derechos humanos entre 2001 y 2002¹⁰. Otro cambio importante se dio también en el año 2000 a partir de

8 De hecho, la Ley migratoria n.º 978 es una “copia casi *in extenso*” del texto de la anterior Ley n.º 470 de 1974, promulgada por Stroessner, que a su vez copia el Decreto del 28 de febrero de 1947 de Uruguay (OIM, 2013, p. 19). Esto da cuenta de que las normativas replican históricamente tendencias sobre los modos de pensar el fenómeno migratorio, como sucedió con la nueva ley migratoria argentina citada en la introducción.

9 Fue adoptada varios años después por medio de la Ley n.º 3.452 de 2008.

10 Entre ellos: el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la convención para la prevención y sanción del delito de genocidio; el convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el segundo protocolo del

una reunión bilateral sobre migraciones con Brasil, cuando el Estado paraguayo conformó un Grupo de Trabajo Interinstitucional (GTI)¹¹ para forjar su posición frente a los movimientos poblacionales fronterizos. Este equipo actuó como un espacio germinal para los cambios suscitados en la política migratoria paraguaya que pueden rastrearse hasta hoy, sobre todo luego de la incorporación, por Decreto n.º 18.467 de 2002, de la OIM y del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA, por su sigla en inglés)¹². Aquí ya se comienza a evidenciar que la migración se posiciona como un tema emergente para Paraguay y que va de la mano de la política exterior y la cooperación internacional. Leído en el contexto sudamericano, la aparición de la OIM en el escenario paraguayo es clave debido al rol e incidencia de este organismo en los cambios adoptados en materia de políticas migratorias a inicios de nuevo milenio en Argentina¹³, Ecuador¹⁴, Colombia¹⁵, por mencionar solo algunos ejemplos. La OIM ha tenido un papel central en la difusión del paradigma de la gobernabilidad migratoria en la región (Domenech, 2013), marco de entendimiento que encaminará muchas de las acciones del Estado paraguayo en la senda del control migratorio, como veremos más adelante.

El Decreto n.º 18.467 de 2002 posibilitó que el Estado paraguayo, acompañado y asesorado por la OIM y UNFPA, ejecutase el Proyecto: “Lineamientos para la elaboración de una Política Nacional de Migraciones” y elaborase propuestas para trazar la política actual sobre movimientos poblacionales. Esta “Política Nacional de Migraciones” enfatizaba cinco ejes estratégicos: (1) fijar a la población en su lugar de origen; (2) generar migraciones; (3) intervenir en los flujos migratorios para lograr su modificación; (4) recuperar a la población nacional radicada en el extranjero; y (5) incorporar al migrante ya establecido en la sociedad paraguaya (MRE *et al.*, 2003). En el primer eje, el término “fijar” se refería a promover políticas para retener a la población paraguaya y evitar su desplazamiento interno y externo. En tanto, el segundo punto alentaba la migración selectiva tanto de extranjeros como de inmigrantes internos paraguayos, mientras el siguiente proponía políticas de regulación para restringir, canalizar o facilitar ciertos desplazamientos. El

pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte; la convención internacional contra la toma de rehenes; el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; los artículos 21 y 22 de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

- 11 Estaba integrado por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio del Interior - Dirección General de Migraciones; Ministerio de Justicia y Trabajo; Ministerio de Agricultura y Ganadería; Ministerio de Educación y Cultura; Ministerio de Industria y Comercio; Secretaría del Ambiente; Secretaría Técnica de Planificación; y del Instituto de Bienestar Rural (Decreto n.º 11.484 de 2000).
- 12 Por el mismo decreto, también se incluyeron el Ministerio de Defensa Nacional y la Secretaría de Desarrollo para Repatriados y Refugiados Connacionales.
- 13 Véase Domenech (2013).
- 14 Véase Santi (2017).
- 15 Véase Clavijo Padilla (2014).

cuarto eje, promovía medidas para impulsar el retorno de paraguayos. En tanto, el último apuntaba a medidas para la inserción de inmigrantes regulares y la regularización de aquellos considerados “ilegales”. Alineada con los preceptos de la gobernabilidad migratoria, la “Política Nacional de Migraciones” alentaba el control (in)migratorio, promoviendo la inmigración selectiva (regulando, restringiendo, canalizando o facilitando cierto tipo de inmigrantes) y la regularidad.

La “Política Nacional de Migraciones” señalaba como problemas a los “migrantes indocumentados”, cuya cifra desconocida era percibida como “alta”; la doble nacionalidad de los paraguayos; la naturalización y nacionalización de extranjeros en Paraguay; la extensión de nacionalidad vía *ius-sanguinis* para paraguayos; la falta de una base de datos sobre visados; el “vacío legal” que había que subsanar para poder cancelar la radicación a los migrantes que no cumplían la ley; la falta de regulación para casos de trata y tráfico de migrantes, entre otros (MRE, 2003 *et al.*, pp. 41-42). Además, enfocaba a la migración como una amenaza explícita, afirmando que: “es evidente que los problemas referidos a la migración tienen directa vinculación con aquellos referidos a la defensa y seguridad internas” (MRE, 2003 *et al.*, p. 50). En términos generales, los lineamientos de la política migratoria paraguaya dejaban entrever una asociación de la inmigración con la seguridad; una preocupación por los derechos humanos, sobre todo al momento de hablar de los paraguayos en el exterior; y una perspectiva utilitaria de la inmigración y la emigración como factores de contribución al desarrollo, ponderando a aquellos que provean capital de inversión y/o fuerza de trabajo. En varios pasajes del informe prevalecía una mirada negativa sobre los inmigrantes, llamando a que la renovación de la normativa migratoria prestase atención a “(...) [el] cumplimiento de las normas referidas a los delitos ambientales, en los cuales incurren reiterada y masivamente ciertas corrientes migratorias” (MRE, 2003. *et al.*, p. 42); la preferencia de mano de obra extranjera en detrimento de la nacional, al expresar que “el empresario extranjero debe demostrar que no existe mano de obra nacional capacitada para tal tarea para justificar la contratación de extranjeros” (MRE *et al.*, 2003, p. 44); y la preocupación por ciertos flujos asegurar que “hay (...) una resistencia cultural de los migrantes brasileños hacia la cultura nacional paraguaya” (MRE, 2003 *et al.*, p. 54). Si bien este informe resaltaba cuestiones de derechos, lo cual representaba una novedad en materia migratoria, persistía en representar a la inmigración como una amenaza para la seguridad, el medio ambiente, el trabajo y la cultura del Paraguay, construyendo al extranjero como una alteridad destructiva sobre la que había que tener control.

No obstante, de acuerdo con OIM estos lineamientos no se replicaron en políticas oficiales y fueron casi inexistentes las acciones programáticas estatales para incidir en los procesos migratorios:

(...) tanto para promover y facilitar migraciones ordenadas, como para fomentar el arraigo, mejorar la condición jurídica, laboral y social de

las personas migrantes; vigilar y bregar por el estricto cumplimiento de los convenios internacionales que garantizan el pleno ejercicio de los derechos del migrante (...), entre otros aspectos propios de una política migratoria. (OIM, 2014, p. 16)

Aunque, como veremos más adelante, varias de las sugerencias sobre política migratoria se plasmaron años después en medidas específicas que hilvanaban la migración, la seguridad, la regularidad migratoria y los derechos humanos.

La “Política Nacional de Migraciones” recomendaba atender la irregularidad migratoria y los acuerdos regionales en el marco del Mercosur y la CSM. Utilizando el principio de reciprocidad, Paraguay impulsó por Decreto n.º 9.032 de 2007 una regularización extraordinaria para ciudadanos argentinos en correspondencia con el Programa Nacional de Normalización Documentaria (conocido como “Patria Grande”), implementado por Argentina un año antes. Acerca de los acuerdos de integración regional, Paraguay ratificó en 2009 el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur y también el Acuerdo sobre Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del Mercosur. Otro paso en este sentido, fue la sanción de Ley n.º 4.429 de 2011 que regularizaba la residencia de extranjeros en situación migratoria irregular. Esta “ley de amnistía”, como se denominó informalmente, fue un reclamo de los grupos de migrantes organizados, los cuales durante 2010 colaboraron en su elaboración junto con la DGM (OIM, 2011). Estas dos últimas acciones se llevaron a cabo durante la gestión presidencial de Fernando Lugo¹⁶, quien había considerado a la migración (sobre todo la emigración) dentro de sus discursos de campaña electoral.

Otro elemento que ayuda a interpretar la política migratoria contemporánea de Paraguay es el lazo que ese Estado ha entretejido con la OIM a través de los años. A mediados de 2008 comenzó a implementarse un “Programa integral para el fortalecimiento de las capacidades institucionales del gobierno de Paraguay en materia migratoria y lucha contra la trata de personas”, dirigido a funcionarios de la DGM y del Ministerio de Relaciones Exteriores (PNU, UNFPA, UNICEF, UNIFEM y OIM, 2009, p. 157). Estos cursos brindaron capacitación a un centenar de personas, con el rol de “formadores de formadores en la temática”, provenientes de sectores de la sociedad civil organizada, entre ellos integrantes de la Mesa Interinstitucional para la Prevención y Combate a la Trata de Personas, de la Red Trinacional (de la Triple Frontera) y miembros de varias ONG de Argentina, Brasil y Paraguay (OIM, 2011, p. 67). Esto abrió paso a la confección de una política nacional para la prevención y combate a la trata de personas para el periodo 2010-2019.

16 Fue mandatario entre 2008 y 2012. Lugo representó una coalición integrada por movimientos políticos y sociales que rompió con 61 años ininterrumpidos de gobiernos del Partido Colorado en Paraguay (López, 2010).

Este tipo de formación constituye una línea histórica de trabajo de la OIM como institución. Desde la década de los sesenta hasta hoy, este organismo se ha especializado en el asesoramiento a gobiernos (particularmente del hemisferio sur) y la capacitación de actores públicos y privados en políticas migratorias con un enfoque preponderante de control o gobernabilidad/gestión migratoria. El asesoramiento y la capacitación han sido los *mecanismos reproductivos* centrales utilizados por la OIM para promover la idea de la “migración ordenada”, alentando políticas y prácticas de control migratorio. Como ejemplo de políticas, se pueden citar las de regularización, mientras que la incidencia de OIM en la tecnificación de los sistemas de control migratorio y sus procedimientos han tenido impacto sobre las prácticas. En este sentido, Paraguay no ha sido la excepción, según se verá en las próximas páginas.

Este paneo de antecedentes políticos-normativos sirve para iluminar y comprender los cambios acelerados de la política migratoria paraguaya, sobre todo a partir de 2014, como se detallará seguidamente.

Hacia la “Política Nacional de Migraciones”: ¿Disyuntiva entre derechos humanos y seguridad?

La política sobre inmigración de Paraguay había pivotado entre un fuerte sesgo *securitario* y una incorporación escalonada de varios instrumentos jurídicos en favor de los derechos humanos de los migrantes. En el año 2014 se produjo el lanzamiento de una nueva etapa de formulación de la misma por medio de varios proyectos de cooperación interinstitucional entre la DGM y la OIM. Bajo el leísmo de “modernización migratoria”, ambos actores trabajaron con el objetivo de construir una nueva política migratoria nacional que fuese la base para revisar la ley de migraciones de 1996. Según la OIM (2014), algunos de los ámbitos a atender eran: la reforma tecnológica, el mejoramiento de la gestión operativa y de la situación migratoria en Paraguay y la actualización de los sistemas de ingreso y egreso del país.

En 2015 con el apoyo técnico de OIM, representantes de la academia, organizaciones de la sociedad civil y migrantes, el Estado paraguayo aprobó formalmente la “Política Nacional de Migraciones”. Por Decreto n.º 4.483 de 2015 se definieron las orientaciones de una política pública para las migraciones, que comprendían: elevar la calidad de la gestión migratoria, garantizar el respeto a los derechos humanos, y asegurar la gobernabilidad migratoria. A lo largo de este instrumento jurídico, la inclusión de la perspectiva de derechos humanos¹⁷ se presentaba

17 Hay una incorporación general del foco de derechos que permean los once principios generales de la “Política Nacional de Migraciones”: principio de igualdad; principio de equidad social; principio de no discriminación; principio de equidad de género; principio de equidad intergeneracional; principio de protección integral e interés superior de

como una de las principales justificaciones para este cambio político y además como un elemento de crítica a la ley migratoria de 1996 que no los invocabía. Ese documento reconoce como derechos fundamentales el derecho a no migrar y el derecho a migrar.

Las estrategias planteadas por el Estado paraguayo para llevar a cabo su nueva política migratoria se concentraban en: renovar la normativa migratoria en base a los principios de protección de los derechos humanos; reformar y adecuar la DGM; establecer una instancia de coordinación institucional sobre la temática; mejorar la información, datos e investigación vinculada a la migración; reconocer el derecho a la migración ordenada y a procesar solicitudes de refugio y asilo; prevenir y combatir delitos asociados al movimiento fronterizo, como la trata y tráfico de personas; dar mayor transparencia a la gestión pública de las migraciones; profesionalizar a los funcionarios migratorios; e implementar la política migratoria considerando la inserción de Paraguay en ámbitos especializados regionales e internacionales sobre migraciones (Presidente de la República de Paraguay, 2015, p. 17).

Las acciones a emprender por Paraguay sobre la inmigración dan cuenta del reconocimiento de los derechos humanos a los migrantes, al considerar que “la manifestación del interés en residir en el país es condición necesaria para adquirir el estatus de inmigrante y gestionar la residencia temporal o permanente” (Presidente de la República de Paraguay, 2015, p. 24). En esta dirección, también se reconoce discursivamente la facilitación de ingreso a personas desplazadas, el apoyo a la asociatividad migrante y al retorno. Sin embargo, otras de las acciones requeridas para alcanzar la “Política Nacional de Migraciones” viran hacia una óptica de seguridad, como el refuerzo de la vigilancia cuando se trate de asuntos de salud pública, el contacto con autoridades de otros países “con el fin de obtener información precisa sobre la intención de determinados grupos o familias que deseen radicarse en el territorio nacional, sea de manera temporal o permanente, o gestionar la reunificación familiar (...)” (Presidente de la República de Paraguay, 2015, p. 25), así como de los inmigrantes que lleguen a título individual.

Estos extractos muestran que Paraguay apela al discurso de derechos humanos al mismo tiempo que refuerza su lógica de control migratorio, extendiendo su alcance ya no solo a individuos sino a familias migrantes y utilizando la vía de la cooperación con otros Estados para cercar esa vigilancia. Esto podría encajar con las dinámicas de “control cooperativo” o externalización que Alvites Baiadera (2019, p. 136) menciona como parte del régimen de frontera sudamericano. Esa

los derechos de niños, niñas y adolescentes; principio de respeto a la diversidad cultural; principio de integración social; principio de respeto/reconocimiento a los derechos laborales; principio de reciprocidad; y principio de la congruencia (Anexo del Decreto n.º 4.483 de 2015).

autora refiere que para ello son necesarios acuerdos regionales o bilaterales. Sin embargo, atendiendo al texto del decreto paraguayo mencionado, las consultas entre autoridades migratorias o consulares que no conlleven la formalidad de un acuerdo explícito también pueden integrar ese “control cooperativo”.

También se vislumbra la adopción por parte de Paraguay de la perspectiva de “migración ordenada”, famosa por haber sido el eslogan de la OIM desde sus inicios y que ha sido popularizada actualmente a raíz del Pacto Global sobre Migraciones o *Global Compact* de 2018. Se expresa que:

La autoridad migratoria acogerá la *inmigración ordenada y segura* de familias y grupos humanos de acuerdo a los tratados y convenios internacionales suscritos por el Paraguay, priorizando la *inmigración planificada* conforme a convenios bilaterales. En este sentido, se estudiarán las mejores condiciones para *canalizar los flujos de inmigración* y su localización en áreas territoriales que permitan su asentamiento en condiciones dignas y su participación en la actividad económica y social de su elección, sin que ello impida el libre ejercicio de sus ocupaciones y profesiones habituales conforme con la legislación pertinente y las potencialidades del desarrollo económico y social, ambiental y ecológicamente sostenible del Paraguay. (Presidente de la República de Paraguay, 2015, p. 25)

El nexo entre migración, seguridad y derechos humanos que Pereira (2019) resalta del caso argentino, en Paraguay es posible compatible con la vinculación entre las mismas categorías y la idea de “migración ordenada” que se apoya en criterios de control y selectividad. En este ámbito, la selectividad en torno a la inmigración apela a criterios de seguridad y de utilidad para el Estado paraguayo. En tanto, los derechos humanos se subordinan a la “migración ordenada” delimitada por el Estado.

Otra muestra de ello es que la “migración ordenada” también se replicó en un título específico del proyecto de la nueva ley de migraciones, presentado ante la Cámara de Diputados paraguaya en 2016, que contó con asistencia técnica de la OIM. Allí se afirmaba que el Poder Ejecutivo regulará la “migración ordenada”, priorizando para ello la firma de acuerdos bilaterales donde se fijen el número de inmigrantes y las actividades requeridas y una distribución territorial designada (Congreso Nacional de Paraguay 2016, art. 30, art. 31, art. 33). Este tipo de acuerdos no son nuevos en América Latina, numerosos fueron motorizados por la OIM y se llevaron a cabo bilateralmente para garantizar mano de obra migrante con dirección Sur-Norte, suscitando una verdadera “migración a la carta” que reproduce designidades¹⁸. La “migración ordenada” hace que la migración “ilegal” o “irregu-

18 Por ejemplo, se pueden mencionar los acuerdos de regulación y ordenación de flujos migratorios entre España con Colombia, Ecuador y República Dominicana. Algunos de estos se analizan en Santi y Clavijo (en prensa).

lar" sea vista como un problema mundial que conlleva múltiples riesgos, haciendo de su "prevención" y "combate" una estrategia de intervención (Domenech 2017, p. 24). Al tener a la seguridad como meta, la "migración ordenada" propuesta por la OIM tiene como objetivo restringir la migración considerada inconveniente, entendiendo que para ello es necesario vigilar todo el trayecto migratorio de los flujos (Santi, 2019). Por ello, la firma de convenios migratorios es esencial para hacer efectivo el control perseguido y la selectividad deseada.

El Proyecto de Ley de migraciones de Paraguay, cuya discusión legislativa se encuentra postergada¹⁹, sigue las tendencias marcadas por la "Política Nacional de Migraciones": da atención a los derechos humanos, la "migración ordenada", pone un marcado énfasis en el control migratorio y posee articulado específico sobre trata y tráfico de personas. Estos temas integran la agenda política de la OIM y son una muestra de las sinergias compartidas con Paraguay.

Todos estos cambios en la política migratoria paraguaya han modificado la visión institucional contemporánea de la DGM, que se ha asentado sobre dos pilares interconectados: los derechos humanos acompañados por el control migratorio. Como se expresa oficialmente, la DGM ha pasado a "ser una institución comprometida con la integración de las personas y el respeto a los derechos humanos", pero además, a "estar a la vanguardia en el campo del Control Migratorio que contribuya a la seguridad de la población, mediante la adopción de tecnología moderna" (DGM, s.f.). Tomando estos nuevos pilares constitutivos, seguidamente se rastrean acciones y espacios de formación en los que la DGM ha participado²⁰, para dar cuenta si efectivamente ha primado el interés de los derechos humanos por sobre la seguridad o viceversa.

Acciones de la DGM referidas a los derechos de los inmigrantes

La gobernabilidad migratoria impulsa a que los Estados muestren voluntad en dar cumplimiento a los compromisos internacionales de derechos humanos, como un paso esencial para lograr la legitimidad de sus políticas migratorias (Domenech, 2009). La necesidad de adaptar la normativa a las nuevas perspectivas internacionales en materia de política migratoria, así como alinearla a los compromisos de derechos humanos, fueron dos de los argumentos que se esgrimieron como motivación del proyecto de la nueva Ley de migraciones paraguaya. No obstante, en la agenda política de Paraguay el tema de los derechos humanos de los migran-

19 De acuerdo con la página web del Congreso paraguayo, véase Sistema de Información Legislativa (2019).

20 Se han considerado solo los ámbitos de cooperación oficial con otras instituciones del Estado, espacios multilaterales y países, sin considerar aquellos lazos establecidos con instituciones académicas u otras asociaciones civiles.

tes ha estado presente en reuniones regionales como las de Mercosur y la CSM. También el asunto se ha tratado en espacios como los de la Red Iberoamericana de Autoridades Migratorias (RIAM), donde el país participa. Por ejemplo, en su reunión de 2015, a la que concurrió la DGM, se habló de desarrollar competencias para los oficiales de migración acerca de marcos legales y protocolos para la protección de los derechos humanos de los migrantes, a la par de avanzar en capacitaciones, gestión de información migratoria, herramientas tecnológicas y biométricas, entre otras (DGM, 2015, 14 de mayo). Este escenario replicaba la asociación derechos humanos-seguridad afín a la nueva política migratoria paraguaya. No hay que perder de vista que la legitimidad otorgada por el discurso de derechos humanos quita del foco de atención central, en el discurso público, de la seguridad y el endurecimiento del control migratorio. Es lo que Domenech (2013) ha acuñado como política de “control con rostro humano” (p. 2), que hace interesar la legitimidad del discurso de los derechos humanos para instrumentalizar el control sobre la inmigración irregular.

Justamente, una política que enlazaba la irregularidad administrativa y el acceso a derechos de los migrantes fue abordada por la DGM y otras instituciones públicas en el marco del Plan Nacional de Derecho a la Identidad. Se plantearon como objetivo erradicar el subregistro de personas en localidades fronterizas paraguayas que, según estimaban, alcanzaba alrededor de un 10 % de la población (DGM, 2016, 24 de junio). En 2016, la institución migratoria propuso promover el acceso a la documentación a extranjeros como paso previo al ejercicio de sus derechos, lo cual supone una declaración de prioridades por parte del Estado paraguayo. Esto no solo representaba una continuación de los programas de regularización que se llevaban adelante a partir de los acuerdos del Mercosur y de la perspectiva adquirida con la llamada Ley de amnistía de 2011²¹, sino que también se planteaba como un asunto de control sobre la población extranjera. Este enfoque expresa la tensión entre el binomio seguridad y derechos humanos en el contexto paraguayo. Los inmigrantes luego de ser sujetos del control de identificación podían ser considerados sujetos de derechos, planteándose así los derechos como una alternativa condicionada. Si bien, el Estado posee la *monopolización de los medios legítimos de movimiento* que hace depender a las personas de su autorización para desplazarse legítimamente (Torpey, 2006), se puede añadir que la permanencia de los inmigrantes también se ata a la autorización del Estado para que sea considerada legítima y los habilite como poseedores de derechos.

Los derechos humanos también fueron un tema de adiestramiento al interior de la DGM. En 2014, la OIM llevó adelante un ciclo de capacitación donde ese tema fue uno de los ejes (DGM, 2014, 1 de abril). El nexo derechos humanos y seguridad

21 En los años sucesivos, la DGM desplegó campañas y jornadas informativas sobre acceso a documentación y derechos, dirigidas a migrantes en distintos territorios de Paraguay.

también estuvo dentro de la agenda. Gracias al apoyo de la Embajada de Estados Unidos en Paraguay, el encargado de seguridad de la DGM participó ese mismo año del curso internacional de derechos humanos, dictado por la Academia Internacional para el Cumplimiento de la Ley (ILEA, por su sigla en inglés), con sede en El Salvador. Los contenidos fueron relativos a derechos humanos en el ámbito de la seguridad (DGM, 2014, 16 de julio). Este enfoque no es sorprendente, siendo que la ILEA, institución creada por iniciativa estadounidense, se dedica a dar instrucción sobre el combate del crimen transnacional.

Otra capacitación sobre derechos humanos de la que formaron parte funcionarios de la DGM fue el taller “Iniciativas regionales para la identificación y atención de niños, niñas y adolescentes migrantes”, que buscaba la promoción de recomendaciones de protección de derechos humanos. Este evento fue organizado en 20016 por la OIM y por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH), con el apoyo de Brasil (DGM, 2016, 14 de julio).

Estos puenteos dan cuenta de que Paraguay ha hecho algunos pasos formales recientes en cuestión de derechos de la población inmigrante. Aunque, pasar de una doctrina de seguridad nacional a una visión de derechos humanos conlleva a reparar en el camino las nuevas prácticas, que implican formas más sofisticadas de compatibilizar las viejas y las nuevas visiones. Como se precisa a continuación, este discurso estatal sobre los derechos humanos migrantes no puede soslayar el gran vuelco que Paraguay ha hecho en términos de *securitización* en tiempos de la nueva “Política Nacional de Migraciones”. La renovación de su política migratoria le ha permitido a Paraguay ser percibido con mayor interés por parte de otros países y organismos internacionales, presentándose como un mercado potencial para la implantación de enfoques políticos y nuevos saberes técnicos para encarar el fenómeno migratorio.

Acciones de la DGM referidas al nexo seguridad y migración

Tanto la vieja política migratoria paraguaya como la nueva, proyectan fuertemente a la migración como un asunto de seguridad. Si bien se pretende dejar atrás la histórica perspectiva de doctrina de seguridad nacional que ha seguido Paraguay desde los años setenta, a inicios de esta década el país ha presentado una versión modernizada de seguridad que afina en cuestiones de vigilancia y control migratorio a la vanguardia de las tendencias globales. Como se reconoce en el borrador del Proyecto de Ley de migraciones de 2016, los cambios en las dinámicas migratorias en las últimas dos décadas llevaron al aumento de la migración interna, la emigración y del retorno de los paraguayos, y a un decrecimiento de la inmigración. Es decir, la emigración sigue siendo el principal fenómeno en Paraguay, lo que contradice el énfasis puesto en el desarrollo de políticas y prácticas vinculadas a la inmigración como tópico de seguridad.

Esto sirve de puntapié para relevar que en Paraguay se ha propagado lo que Bigo (2006) llama una idea de *(in)seguridad global*²², que se alimenta de amenazas potenciales y es apuntalada por un campo de profesionales que “gestionan” ese “malestar” y que están en el centro de las transformaciones relativas a la vigilancia global. Esto ha provocado, de manera paradójica, que el mantenimiento del control soberano de las fronteras requiera de la cooperación con otros Estados y organismos internacionales a los que es inevitable ceder una parte de la soberanía (Torpey, 2018). Gracias a su “modernización migratoria”, Paraguay se ha convertido en un campo de acción y atracción para los “servicios” de seguridad brindados por diversos actores internacionales. Esto ha conllevado a la incipiente constitución y desenvolvimiento de una *cooperación securitaria sobre migraciones*, que implica el establecimiento de lazos de colaboración con países y organismos internacionales con fines de control migratorio y fronterizo para la formación (capacitación en contenidos políticos y tecnológicos), provisión de servicios, y adquisición de sistemas tecnológicos y equipamientos; lo que impacta directamente en las prácticas a través del cambio de concepciones y procedimientos. Existe un pronunciado interés de *cooperación securitaria sobre migraciones* entre Paraguay y varios países y organismos internacionales en lo que se refiere a asuntos de seguridad, control migratorio y vigilancia fronteriza, que concentran mayor atención que las prácticas y capacitaciones sobre derechos humanos. Sobre estos ejes de seguridad, de acuerdo con la información oficial relevada, entre 2014 y 2019²³ Paraguay estableció lazos con once países²⁴ y, además, recibió apoyo de la OIM, la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Interpol. En este sentido, a partir de la *securitización* de su política migratoria, Paraguay ha fortalecido ciertas relaciones bilaterales y multilaterales con países y organizaciones interesadas en proveer servicios, capacitaciones, y equipos para tal fin.

En diciembre de 2014, la DGM y el Servicio de Inmigración de la República de Corea firmaron un Memorándum de Entendimiento para cooperar en materia migratoria en lo relativo a tecnología, seguridad, procedimientos y capacitación del personal. El objetivo de este documento fue evaluar el funcionamiento actual del control migratorio paraguayo para poder identificar las “necesidades urgentes en el aspecto tecnológico” sobre las cuales brindar asistencia, considerando a Corea como un actor clave en el proceso de “modernización” encarado por Paraguay (DGM, 2014, 15 de diciembre). En el ámbito de la capacitación migratoria, ese memorándum y otros instrumentos bilaterales²⁵, posibilitaron que, en 2015, un grupo de funcionarios

22 En adelante cuando se hace referencia al término de *(in)seguridad* se remite esa idea de Bigo (2006).

23 Se consideró hasta el mes de septiembre inclusive.

24 Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, China-Taiwán, Colombia, Corea del Sur, Estados Unidos, Perú y Reino Unido.

25 Por ejemplo, el acuerdo de cooperación bilateral entre Paraguay y la Agencia de Cooperación Internacional de Corea (KOICA) suscrito en 2013 (DGM, 1 de diciembre de 2015).

viajara a Seúl para asistir a un curso de especialización en “Gestión e Inspección de la Inmigración”, visitando incluso varios puestos de control migratorio en ciudades coreanas como parte de las actividades (DGM, 2015, 3 de marzo). La formación impartida a funcionarios paraguayos también implicó circulación de saberes como “(...) nuevas técnicas y habilidades de gerenciamiento migratorio; políticas de inmigración; sistemas de control fronterizo, de refugio y de nacionalidad; mecanismos de verificación de visas e inspección de pasaportes; migración y cooperación internacional, entre otros” (DGM, 2015, 1 de diciembre, párr. 7).

Otro país con el que Paraguay acordó colaboraciones en materia migratoria fue Colombia. Las cancillerías de ambos Estados rubricaron un Memorándum de Entendimiento en 2014, que abarcaba el tratamiento de cuestiones como la prevención, asistencia e investigación sobre la trata de personas, si bien se reconocía que “(...) casi no se han dado casos denunciados de víctimas extranjeras que arriban a Paraguay como país de tránsito o de destino (...)” (DGM, 2015, 19 de marzo, párr. 5). En 2017, Paraguay y Argentina firmaron un acuerdo de cooperación para la prevención, investigación y detección de casos de trata de personas, buscando fortalecer el trabajo en conjunto. Este acuerdo bilateral contempló puntos más amplios “(...) relacionados a la seguridad migratoria, como el intercambio de información, coordinación y fortalecimiento de programas fronterizos para prevenir, reprimir y sancionar (...) la trata de personas y delitos conexos” (DGM, 2017, 17 de marzo, párr. 2). Sobre la misma temática, una delegación paraguaya asistió a un taller impartido ese año por la OIM e instituciones del Mercosur (DGM, 2017, 31 de octubre). En 2019, otro país que ha dispuesto capacitación sobre trata y tráfico de personas a funcionarios estatales paraguayos ha sido Chile (DGM, 2019, 31 de julio).

Referido a la seguridad en temas migratorios, Estados Unidos ha impartido un taller para servidores públicos del área jurídica y de seguridad migratoria de la DGM, relativo al tráfico de personas, lavado de dinero y técnicas de entrevista para extranjeros que quieran radicarse en Paraguay, englobando estas actividades en la lucha contra crímenes transnacionales (DGM, 2018, 14 de junio). La DGM también recibió en 2016 y 2017 visitas oficiales de autoridades diplomáticas y de la Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (CBSA, por su sigla en inglés), que se mostraron con intenciones de establecer canales de cooperación bilaterales para colaborar en la gestión migratoria y las estrategias de control fronterizo del país sudamericano, que a su vez “(...) redunden en beneficio de la seguridad regional” (DGM, 2016, 15 de febrero; DGM, 2017, 14 de septiembre). Recientemente, Australia se ha mostrado interesada en la posibilidad de establecer un acuerdo de cooperación con Paraguay sobre seguridad e intercambio de información migratoria (DGM, 2019, 3 de mayo).

Siguiendo la misma senda, la capacitación sobre técnicas de detección de documentos falsos o fraudulentos al personal migratorio paraguayo ha sido un foco constante por parte de la OIM (DGM, 2014, 5 de agosto). Igualmente, el Rei-

no Unido ha desplegado cursos dirigidos a los funcionarios migratorios sobre el tema, con el fin de “(...) proporcionar conciencia sobre el abuso de éstos y la criminalidad asociada, además de discutir las tendencias regionales de falsificación” (DGM, 2017, 6 de marzo, párr. 3). Estados Unidos, como parte de su instrucción sobre procedimientos y técnicas para el control migratorio, ha impartido cursos en 2015 para reconocer documentos fraudulentos en el marco del Programa de Asistencia Antiterrorista (ATA) (DGM, 2015, 30 de junio) y ha reconsiderado el mismo tópico, así como la especialización en técnicas de entrevistas dirigidas a migrantes dentro de sus planes de capacitación para funcionarios paraguayos de 2018 (DGM, 2018, 8 de febrero). Asimismo, Canadá ha brindado capacitación a inspectores de la DGM sobre “identificación de impostores” (DGM, 2018, 30 de noviembre, párr. 2). Como contribución a la gestión migratoria, en 2014 y 2017, la República de China-Taiwán donó equipos²⁶ a la DGM para montar un laboratorio de análisis de documentos de identidad (DGM, 2014, 31 de octubre). Esto se suma a la adquisición en 2017 por parte de la DGM del Software Forensic Studio para la detección de documentación falsa o adulterada (DGM, 2017, 14 de marzo) y a la donación en 2016 de dispositivos informáticos²⁷ para cursos internos de entrenamiento realizada por Estados Unidos (DGM, 2016, 22 de enero).

Los “servicios” profesionales para gestionar la *(in)seguridad* en Paraguay tienen como protagonista principal a la OIM, aliada en la “modernización migratoria” del país, que se ha transformado en la proveedora de adiestramiento, sistemas y equipamientos para el control migratorio y de fronteras. Durante la nueva etapa de la “Política Nacional de Migraciones”, la alianza para la *cooperación securitaria sobre migraciones* más importante ha sido entre Paraguay y la OIM. El organismo ha sido fundamental en los cambios realizados por el país sudamericano. La imbricación entre ambos actores es tan contundente que en 2014 se creó una hoja de ruta por cuatro años denominada “Plan Estratégico Nacional (PEN) de la OIM en el Paraguay”. En ese documento, se advertía que el control fronterizo era poco seguro y se recomendaba mejorar la gestión migratoria a través de capacitación a funcionarios e incorporación de tecnologías de control migratorio (OIM, 2014). Siguiendo esos pasos, Paraguay adoptó en 2015 el Sistema Interconectado de Registro e Identificación de Personas y el Sistema de Información y Análisis de Datos sobre la Migración (PIRS/MIDAS, por su sigla en inglés). El sistema MIDAS diseñado por la OIM es un programa biométrico²⁸ de control migratorio y fronterizo²⁹ que en América Latina funciona solo en Paraguay y Belice, siendo utilizado

26 Compuesto por lámparas ultravioletas para detección de documentos falsos, computadoras, impresoras, pizarra acrílica, lentes y otros materiales de inspección y detección (DGM, 31 de octubre de 2014).

27 Se trató de una computadora, proyectores y tabletas digitales (DGM, 22 de enero de 2016).

28 Recaba impresiones de huellas dactilares y reconocimiento facial.

29 Está interconectado con las bases de datos de Interpol.

también en países asiáticos³⁰ y, sobre todo, africanos³¹. El sistema MIDAS comenzó a implementarse en 2016 en fronteras estratégicas paraguayas con Argentina, Brasil y Bolivia, aunque actualmente está en fase de expansión.

La adquisición de estos sistemas provistos la OIM y, sobre todo, de estas perspectivas de “modernización” de la política migratoria asentadas fuertemente en la seguridad, colocó en pocos años a un país de emigración, como Paraguay, a la vanguardia de un proceso de *securitización* de las migraciones. Este afán por la visión *securitaria* ha llegado a plasmarse incluso en los considerandos del proyecto de la nueva ley de migraciones de 2016, donde se menciona la “(...) modernización de los puestos de control fronterizos por medios digitales biométricos”. Con estos métodos se intentan proyectar construcciones políticas concretas, que asocian la inmigración con la “amenaza”, lo que habilita y legitima una lógica de mayor seguridad. La biometría está construida sobre esa *(in)securitización*, en la que los posibles riesgos de seguridad son creados, alimentados y reproducidos por el propio sistema de Estados y organismos internacionales como la OIM, OACI e Interpol, entre otros³². En esta dirección, se puede encuadrar a la OIM como un actor propagador de esta lógica de *(in)seguridad* en Paraguay y considerarlo, según definen Ashutosh & Mountz (2011), como un actor fundamental dentro del proceso de *securitización* global de las migraciones.

Dentro de este marco, la frontera que se difumina es la que tiene que ver con las labores propias del Estado, en este caso paraguayo, y la “asistencia técnica” de un organismo internacional, como la OIM. Una muestra de ello, que excede un esquema clásico de cooperación, fue la delegación a la OIM del proceso de selección y contratación, bajo la figura de “consultor”, de inspectores migratorios para trabajar en el principal aeropuerto del país en 2018³³. La delegación a la OIM de esta atribución de competencias propia del Estado, puede ser una muestra de cómo operan las dinámicas del “*control cooperativo*” o *externalización* mencionado por Alvites Baiadera (2019) en Sudamérica. No se trata de un caso aislado. De hecho, a nivel global, la OIM actúa en las estrategias de control fronterizo³⁴, operando en nombre de los Estados soberanos, pero más allá de sus límites tradicionales (Ashutosh & Mountz, 2011). Otro ejemplo que se escuda en este apoyo a la *gestión migratoria securitaria*, es el desempeño de la propia OIM (en acuerdo con la empresa VFS

30 Camboya e Islas Marshall.

31 Burkina Faso, Chad, Congo, Guinea, Liberia, Madagascar, Malawi, Malí, Níger, Nigeria, República Democrática del Congo, Somalia, Sudán del Sur, Tanzania, Uganda, y Yibuti.

32 Sobre el papel de estos organismos en la adopción de la biometría dentro del control migratorio, véase Santi Pereyra (2018).

33 Véase OIM (s.f.).

34 Los mismos autores indican que la OIM también ha colaborado con los Estados en tareas de transporte y prácticas de detención, promoviendo la contención de la migración, en lugar de su facilitación (Ashutosh & Mountz, 2011).

Global³⁵) como operadora del Canada Visa Application Centre (CVAC) en Paraguay, que se encarga de procesar los datos migratorios y biométricos de las solicitudes de visas para Canadá. Así, la OIM se configura en Paraguay como un organismo activo en el control migratorio y fronterizo, al que ciertos Estados externalizan sus funciones tradicionales, que exporta y transnacionaliza sus “saberes” de control migratorio, incluso a países de emigración (como Paraguay), abarcando en este camino a actores públicos y privados.

Conclusiones

Paraguay ha reconfigurado recientemente su política migratoria siguiendo las tendencias de otros Estados sudamericanos. La inclusión de una perspectiva de derechos humanos ha fundamentado los cambios iniciados en este siglo, que se han remarcado desde 2014. Aunque continúa siendo un país de emigración, este camino hacia la “modernización” de su política migratoria ha llevado a Paraguay a implementar medidas políticas en las que conviven los derechos humanos con la *securitización* de las migraciones como enfoques para tratar el fenómeno.

Como se ha relevado, en la práctica, la categoría de seguridad ha obtenido mayor atención que la perspectiva de los derechos humanos. La seguridad representa una continuidad entre la vieja y la nueva política migratoria planteada: la seguridad nacional de la Ley de 1996, aún en funciones, actualmente comparte espacios políticos con un enfoque sofisticado y tecnológico del control migratorio y fronterizo. Esto ha impulsado un proceso de *securitización* migratoria en el Estado paraguayo.

El nexo entre migración, seguridad y derechos humanos existente en Argentina (Pereira, 2019), en el contexto paraguayo se compatibiliza con la idea de “migración ordenada”, que se apoya en criterios de control y selectividad. Esta selectividad en torno a la inmigración apela a elementos de seguridad y de utilidad para el Estado paraguayo. A la par, los derechos humanos se subordinan a la “migración ordenada” delimitada por Paraguay, legitimando el proceso de *securitización* en el que están inmersas las políticas migratorias de ese país. Una muestra de ello, es la propuesta de establecer convenios migratorios para hacer efectivo el control perseguido y la selectividad deseada. Justamente, teniendo la seguridad como meta, la “migración ordenada” propuesta por OIM tiene como objetivo restringir la inmigración considerada inconveniente, entendiendo que para ello es necesario vigilar todo el trayecto migratorio de los flujos (Santi, 2019) y los convenios facilitan eso.

35 Esta empresa presta servicios a varios gobiernos del mundo. Para ver su actividad comparativamente en el caso de otro país sudamericano, Ecuador, consultar Gil Araujo, Santi y Jaramillo (2017).

Paraguay ha apelado al discurso de derechos humanos al mismo tiempo que ha reforzado sus lógicas de control migratorio, utilizando la vía de la cooperación con otros Estados para cercar esa vigilancia, integrándose dentro de las dinámicas de “control cooperativo” o externalización que Alvites Baiadera (2019) menciona como parte del régimen de frontera sudamericano. La nueva “Política Nacional de Migraciones” le ha permitido a Paraguay ser percibido con mayor interés por parte de otros países y organismos internacionales, presentándose como un mercado potencial para la implantación de enfoques políticos y nuevos saberes técnicos para encarar el fenómeno migratorio. Paraguay se ha convertido en un campo de acción y atracción para los “servicios” de seguridad brindados por diversos actores internacionales, conllevando a la aparición de una *cooperación securitaria sobre migraciones*. Esta implica el establecimiento de lazos de colaboración con países y organismos internacionales con fines de control migratorio y fronterizo para la formación (capacitación en contenidos políticos y tecnológicos), provisión de servicios, adquisición de sistemas tecnológicos y equipamientos; lo que impacta directamente en las prácticas a través del cambio de concepciones y procedimientos.

La cooperación en seguridad concentra mayor atención que las prácticas y capacitaciones sobre derechos humanos. Existe un pronunciado interés de *cooperación securitaria sobre migraciones* entre Paraguay y varios países y organismos internacionales en lo que se refiere a asuntos de seguridad, control migratorio y vigilancia fronteriza, para fortalecer (aún más, si cabe) su nexo migración-seguridad. Por este motivo, entre 2014 y 2019, Paraguay ha establecido reuniones bilaterales con Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, China-Taiwán, Colombia, Corea del Sur, Estados Unidos, Perú y Reino Unido. Además de contactos con la OEA y la Interpol por los mismos temas, siendo la cooperación con OIM la más importante de acuerdo a lo detallado en este artículo, que ha llegado incluso a superar el rol tradicional de un colaborador.

No se puede analizar la política migratoria paraguaya sin contemplar a la OIM como un actor central del proceso de *securitización* de las migraciones y como un colaborador esencial en la *cooperación securitaria sobre migraciones*. La OIM ha acompañado el camino emprendido por Paraguay en los “Lineamientos para la elaboración de una Política Nacional de Migraciones”, de 2003; el “Programa integral para el fortalecimiento de las capacidades institucionales del gobierno de Paraguay en materia migratoria y lucha contra la trata de personas” de 2008; y la actual “Política Nacional de Migraciones” de 2015.

Históricamente, el asesoramiento y la capacitación han sido *mecanismos reproductivos* centrales a nivel global que ha utilizado la OIM para promover la idea de la “migración ordenada”, alentando la implantación de políticas y prácticas de control migratorio. En las acciones desplegadas por la OIM en colaboración con el gobierno paraguayo, se puede apreciar su injerencia (en menor grado) en cuestiones de derechos humanos, así como su importante impronta en asuntos de

seguridad. Los “servicios” profesionales brindados por la OIM para gestionar la (*in*)seguridad en Paraguay la han transformado en proveedora de adiestramiento, sistemas y equipamientos para el control migratorio y de fronteras. La adopción del sistema biométrico de control migratorio y fronterizo MIDAS, diseñado por OIM, convierte a un país de emigración como Paraguay en el único Estado de referencia que ha aplicado este tipo de tecnología de vigilancia en Sudamérica. Paraguay no es un caso aislado, dado que la OIM aplica con frecuencia el mismo abordaje en otros países del hemisferio sur, como se ha comprobado en Santi (2019). La OIM se configura en Paraguay como un organismo activo en el control migratorio y fronterizo, que exporta y transnacionaliza sus “saberes” de control migratorio hacia ese país. En este sentido, Paraguay se ha transformado en un receptor (y no emisor) de “servicios” de seguridad aplicados a la migración, tornándose dependiente de otros actores internacionales, como la OIM, que actúan como “proveedores” interesados en rentabilizar el control migratorio y fronterizo paraguayo.

Referencias bibliográficas

- Alvites Baiadera, A. (2019). Migraciones internacionales, fronteras y Estados. ¿Cómo interpretar el régimen de frontera desde América del Sur? *Desafíos*, 31(1), 123-156.
- Ashutosh, I. & Mountz, A. (2011). Migration management for the benefit of whom? Interrogating the work of the International Organization for Migration. *Citizenship Studies*, 15(1), 21-38. DOI: 10.1080/13621025.2011.534914
- Bigo, D. (2002). Security and immigration: Toward a critique of the governmentality of unease. *Alternatives*, (27), 63-92. DOI: <https://doi.org/10.1177/03043754020270S105>
- Bigo, D. (2006). Globalized (*in*)security: the field and the ban-opticon. En D. Bigo & A. Tsoukala (eds.), *Illiberal Practices in Liberal Regimes: The (*In*) Security Games* (pp. 5-49). París: L'Harmattan.
- Clavijo Padilla, J. (2014). La política migratoria colombiana en el período 2002-2010: el programa Colombia Nos Une (CNU). Córdoba: Editorial del Centro de Estudios Avanzados/Universidad Nacional de Córdoba.
- Concha Villanueva, S. (2018). Propuestas para regular las migraciones en Chile y la obstinación del securitismo. *URVIO-Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (23), 110-126. DOI: <http://dx.doi.org/10.17141/urvio.23.2018.3571>
- Courtis, C. y Pacecca, M. I. (2007). Migración y derechos humanos: una aproximación crítica al “nuevo paradigma” para el tratamiento de la cuestión migratoria en la Argentina. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 183-200.
- Dirección General de Migraciones (DGM). (s.f.). Misión y visión. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/institucion/mision-y-vision>

Dirección General de Migraciones (DGM). (1 de abril de 2014). La Dirección General de Migraciones dió apertura a nuevo ciclo de Capacitaciones con expertos internacionales de la OIM. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/la-direccion-general-de-migraciones-dio-apertura-nuevo-ciclo-de-capacitaciones-con-expertos-internacionales-de-la-oim>

Dirección General de Migraciones (DGM). (16 de julio de 2014). La DGM apuesta a la capacitación de su personal en todas las áreas. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/la-dgm-apuesta-la-capacitacion-de-su-personal-en-todas-las-areas>

Dirección General de Migraciones (DGM). (5 de agosto de 2014). Migraciones y la OIM oficializan los proyectos de cooperación interinstitucional ante el Presidente de la República. *Dirección General de Migraciones*. <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/migraciones-y-la-oim-oficializan-los-proyectos-de-cooperacion-interinstitucional-ante-el-presidente-de-la-republica>

Dirección General de Migraciones (DGM). (31 de octubre de 2014). Embajador de Taiwán hizo entrega de equipos donados a la DGM. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/embajador-de-taiwan-hizo-entrega-de-equipos-donados-la-dgm>

Dirección General de Migraciones (DGM). (15 de diciembre de 2014). Migraciones de Paraguay y Corea suscribieron acuerdo de cooperación. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/migraciones-de-paraguay-y-corea-suscribieron-acuerdo-de-cooperacion

Dirección General de Migraciones (DGM). (3 de marzo de 2015). Funcionarios se capacitan en Corea sobre gestión de la inmigración. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/funcionarios-se-capacitan-en-corea-sobre-gestion-de-la-inmigracion>

Dirección General de Migraciones (DGM). (19 de marzo de 2015). Paraguay y Colombia coordinan mecanismos de cooperación contra la trata de personas. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/paraguay-y-colombia-coordinan-mecanismos-de-cooperacion-contra-la-trata-de-personas

Dirección General de Migraciones (DGM). (14 de mayo de 2015). La DGM participó en el V Congreso Iberoamericano de Autoridades Migratorias *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/la-dgm-participo-en-el-v-congreso-iberoamericano-de-autoridades-migratorias>

Dirección General de Migraciones (DGM). (30 de junio de 2015). Embajadora de EE.UU. reafirma lazos de cooperación con Migraciones Paraguay. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/embajadora-de-eeuu-reafirma-lazos-de-cooperacion-con-migraciones-paraguay

Dirección General de Migraciones (DGM). (1 de diciembre de 2015). Delegación migratoria de Corea realiza visita oficial a Paraguay. *Dirección General de Migraciones*.

Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/delegacion-migratoria-de-corea-realiza-visita-oficial-paraguay>

Dirección General de Migraciones (DGM). (22 de enero de 2016). Embajada de Estados Unidos realiza donación de equipos para capacitación de funcionarios. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/embajada-de-estados-unidos-realiza-donacion-de-equipos-para-capacitacion-de-funcionarios>

Dirección General de Migraciones (DGM). (15 de febrero de 2016). Representante del Servicio Fronterizo de Canadá realiza visita oficial a la DGM. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/representante-del-servicio-fronterizo-de-canada-realiza-visita-oficial-la-dgm

Dirección General de Migraciones (DGM). (24 de junio de 2016). Comisión de Fronteras inicia coordinación dentro del Plan Nacional de Derecho a la Identidad. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/comision-de-fronteras-inicia-coordinacion-dentro-del-plan-nacional-de-derecho-la-identidad>

Dirección General de Migraciones (DGM). (14 de julio de 2016). Debaten sobre niñez migrante y derechos humanos en importante taller regional. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/debatan-sobre-ninez-migrante-y-derechos-humanos-en-importante-taller-regional>

Dirección General de Migraciones (DGM). (6 de marzo de 2017). Funcionarios migratorios se capacitan en taller ofrecido por la Embajada Británica. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/funcionarios-migratorios-se-capacitan-en-taller-ofrecido-por-la-embajada-britanica

Dirección General de Migraciones (DGM). (14 de marzo de 2017). Migraciones introduce nueva tecnología para la detección de documentos de viaje fraudulentos. Recuperado www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/migraciones-introduce-nueva-tecnologia-para-la-deteccion-de-documentos-de-viaje-fraudulentos

Dirección General de Migraciones (DGM). (17 de marzo de 2017). Organismos de seguridad de Argentina y Paraguay firmaron acuerdo bilateral de cooperación y combate a la trata de personas. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/organismos-de-seguridad-de-argentina-y-paraguay-firmaron-acuerdo-bilateral-de-cooperacion-y-combate-la-trata-de-personas

Dirección General de Migraciones (DGM). (14 de septiembre de 2017). Autoridades de Paraguay y Canadá reafirman cooperación en materia migratoria. *Dirección General de Migraciones*. Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/autoridades-de-paraguay-y-canada-reafirman-cooperacion-en-materia-migratoria>

Dirección General de Migraciones (DGM). (9 de octubre de 2017). Gobierno de Taiwán realiza donación de equipos para entrenamiento de inspectores migratorios.

Dirección General de Migraciones. Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/gobierno-de-taiwan-realiza-donacion-de-equipos-para-entrenamiento-de-inspectores-migratorios

Dirección General de Migraciones (DGM). (31 de octubre de 2017). Representantes de la DGM se capacitan para la identificación y derivación de personas en situación de trata. *Dirección General de Migraciones.* Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/representantes-de-la-dgm-se-capacitan-para-la-identificacion-y-derivacion-de-personas-en-situacion-de-trata

Dirección General de Migraciones (DGM). (8 de febrero de 2018). Migraciones traza planes de cooperación con la Embajada de Estados Unidos para el 2018. *Dirección General de Migraciones.* Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/migraciones-traza-planes-de-cooperacion-con-la-embajada-de-estados-unidos-para-el-2018

Dirección General de Migraciones (DGM). (14 de junio de 2018). Embajada de EE.UU. brindó taller de capacitación a funcionarios del área jurídica y de seguridad migratoria. *Dirección General de Migraciones.* Recuperado de www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/embajada-de-eeuu-brindo-taller-de-capacitacion-funcionarios-del-area-juridica-y-de-seguridad-migratoria

Dirección General de Migraciones (DGM). (30 de noviembre de 2018). Inspectores migratorios del Aeropuerto Silvio Pettrossi se capacitan en detección de documentos de viaje fraudulentos. *Dirección General de Migraciones.* Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/inspectores-migratorios-del-aeropuerto-silvio-pettrossi-se-capacitan-en-deteccion-de-documentos-de-viaje-fraudulentos>

Dirección General de Migraciones (DGM). (3 de mayo de 2019). Titular de Migraciones recibió a representantes migratorios y de seguridad del Gobierno de Australia. *Dirección General de Migraciones.* Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/titular-de-migraciones-recibio-representantes-migratorios-y-de-seguridad-del-gobierno-de-australia>

Dirección General de Migraciones (DGM). (31 de julio de 2019). Funcionarios migratorios son capacitados en curso sobre metodología de investigación de trata de personas. *Dirección General de Migraciones.* Recuperado de <http://www.migraciones.gov.py/index.php/noticias/funcionarios-migratorios-son-capacitados-en-curso-sobre-metodologia-de-investigacion-de-trata-de-personas>

Domenech, E. (2009). La visión estatal sobre las Migraciones en la Argentina reciente. de la retórica de la exclusión a la retórica de la inclusión. En E. Domenech (comp.), *Migración y política: el Estado interrogado. Procesos actuales en Argentina y Sudamérica* (pp. 21-69). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Domenech, E. (2011a). Crónica de una “amenaza” anunciada. Inmigración e ‘ilegalidad’: visiones de Estado en la Argentina contemporánea. En B. Feldman-Bianco, L. Rivera Sánchez, C. Stefoni y M.I. Villa Martínez (comps.) *La Construcción del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, representaciones y categorías* (pp. 31-77). Quito: FLACSO/CLACSO/Universidad Alberto Hurtado.

- Domenech, E. (2011b, mayo). La gobernabilidad migratoria en la Argentina: hacia la instauración de políticas de control con “rostro humano”. Ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo, Quito, FLACSO-Ecuador.
- Domenech, E. (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano”. La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis. Revista Latinoamericana*, (35), 1-16. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682013000200006>
- Domenech, E. (2017). Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociología e Política*, 8(1), 19-48. Recuperado de <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/58156>
- Marques, D., Rodrigues, R., Rezende, D., Soares, W. y Vélez, J. (2013). La circularidad de los “brasiguayos” en las fronteras de Paraguay y Brasil. *Estudios Sociológicos*, 31(93), 865-898. Recuperado de <https://estudiossociologicos.colmex.mx/index.php/es/article/view/110>
- García, L. (2016). Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿Hacia una nueva era en América Latina?. *Colombia Internacional*, (88), 107-133. DOI: <https://doi.org/10.7440/colombiaint88.2016.05>
- Gil Araujo, S., Santi, S. y Jaramillo, V. (2017). Externalización del control migratorio y políticas de migración familiar en Europa: instrumentos para un gobierno deslocalizado de la migración. En R.J. (coord.) *Migración, Estado, y políticas. Cambios y continuidad en América del Sur* (pp. 197-213). La Paz: CELAG.
- López, M. (2010). La democracia en Paraguay. Un breve repaso sobre los partidos políticos tradicionales, el sistema electoral y el triunfo de Fernando Lugo Méndez. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, 8(13), 89-106.
- López, M. (2012). ¿Emigrados, inmigrantes, repatriados o retornados? Un análisis de las leyes vigentes en materia migratoria (n.º 978/96 y n.º 3958) en Paraguay. *Revista Temas de Antropología y Migración*, (4), 98-118.
- Magliano, M. J. y Clavijo, J. (2011). La trata de personas en la agenda política sudamericana sobre migraciones: la securitización del debate migratorio. *Revista Análisis Político*, (71), 149-163. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/apol/article/view/44244>
- MRE, OIM y UNFPA. (2003). Lineamientos para una Política Nacional de Migraciones. Asunción: MRE/OIM/UNFPA.
- Novick, S. (2012). Migraciones en el Cono Sur: políticas, actores y procesos de integración. los casos de Uruguay, Paraguay y Chile. *Perspectivas*, 42, 79-114.
- Oddone, H. (2011). Impactos de la migración en el desarrollo nacional: Una aproximación histórico-social. En G. Halpern (comp.), *Perspectivas (críticas) en torno a los procesos migratorios del Paraguay* (pp. 60-82). Asunción: Ápe Paraguay.

- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (s.f.). Nombre de la Convocatoria: Servicios de inspector migratorio en el Aeropuerto Internacional Silvio Pettirossi. Recuperado de <https://paraguay.iom.int/?q=es/node/937>
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2011). Perfil Migratorio de Paraguay 2011. Buenos Aires: OIM.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2013). Régimen migratorio en la República del Paraguay. Relevamiento jurídico- institucional de la normativa migratoria en la República del Paraguay. Asunción: OIM.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2014). Plan Estratégico Nacional (PEN) de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en el Paraguay 2014 - 2018. Asunción: OIM.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2017). *Tendencias migratorias en América del Sur* (Informe Migratorio Sudamericano n.º 1).
- OIM/DGM/Ministerio del Interior. (2015). Política migratoria. República del Paraguay. Asunción: OIM/DGM/Ministerio del Interior.
- Palau, T. (2011). El marco expulsivo de la migración paraguaya. Migración interna y migración externa. En G. Halpern (Comp.), *Perspectivas (críticas) en torno a los procesos migratorios del Paraguay* (pp. 40-59). Asunción: Ápe Paraguay.
- Presidente de la República de Paraguay. (2015) Anexo del Decreto n.º 4.483 de 2015 (27 de noviembre), por el cual se aprueba la Política Nacional de Migraciones de la República del Paraguay, Asunción.
- Congreso Nacional de Paraguay (Honorable Cámara de Diputados. (17 de agosto de 2016) Proyecto de Ley de migraciones, Asunción.
- Presidente de la República de Paraguay. (28 de agosto de 1997) Decreto n.º 18.295, reglamenta la Ley n.º 978/96 de migraciones, Asunción.
- Presidente de la República de Paraguay Ministerio de Relaciones Exteriores . (12 de diciembre de 2000) Decreto n.º 11.484, por el cual se constituye el grupo de trabajo interinstitucional encargado de consolidar la posición paraguaya que será planteada en el seno del grupo binacional para el estudio de temas de desarrollo de integración transfronteriza, resultante de la reunión de trabajo bilateral Paraguay-Brasil, celebrada en el marco del seminario sobre migración, realizado en la ciudad de Sao Paulo, Brasil., Asunción.
- Presidencia de la República de Paraguay, Ministerio de Relaciones Exteriores (3 de septiembre de 2002) Decreto n.º 18.467, por el cual se amplía y modifica el Decreto n.º 11.484, del 12 de diciembre de 2000, que constituye el grupo de trabajo interinstitucional encargado de consolidar la posición paraguaya en el grupo binacional para el estudio de temas de desarrollo de integración transfronteriza entre Paraguay y Brasil.
- Presidencia de la República de Argentina. (20 de febrero de 2007) Decreto n.º 9.032, por el cual se establecen requisitos migratorios diferenciados para Argentinos

Nativos en reciprocidad al Programa Nacional de Normalización Documentaria desarrollado por la República Argentina, Asunción.

Presidencia de la República de Paraguay. (27 de noviembre de 2015) Decreto n.º 4.483, por el cual se aprueba la Política Nacional de Migraciones de la República del Paraguay, Asunción.

Presidente de la República de Paraguay. (8 de noviembre de 1996) Ley n.º 978 de Migraciones.

Congreso de la República de Paraguay. (9 de abril de 2008) Ley n.º 3452, que aprueba la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Asunción.

Congreso de la República de Paraguay. (4 de octubre de 2011), Ley n.º 4.429 que regulariza la residencia de extranjeros en situación migratoria irregular, Asunción.

Pereira, A. (2019). El nexo entre migración, seguridad y derechos humanos en la política migratoria de Argentina (1990-2015). *Desafíos*, 31(1), 273-309. DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.6031>

PNUD/UNFPA/UNICEF/UNIFEM/OIM. (2009). Ampliando horizontes: emigración internacional paraguaya. Asunción: PNUD/UNFPA/UNICEF/UNIFEM/OIM.

Ruiz Muriel, M. C. y Álvarez Velasco, S. (2019). Excluir para proteger: la “guerra” contra la trata y el tráfico de migrantes y las nuevas lógicas de control migratorio en Ecuador. *Estudios Sociológicos*, 37(111), 689-725. DOI: <http://dx.doi.org/10.24201/es.2019v37n111.1686>

Santi Pereyra, S. (2017). Las implicancias de la UE en la política exterior de España (1996-2004): el tratamiento de las migraciones en las relaciones bilaterales con Ecuador (Tesis de maestría), Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina.

Santi Pereyra, S. (2018). Biometría y vigilancia social en Sudamérica: Argentina como laboratorio regional de control migratorio. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 63(232), 247-268. DOI: <https://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2018.232.56580>

Santi, S. & Clavijo, J. (en prensa). La configuración de las políticas de migración circular en Sudamérica. Los acuerdos de regulación laboral de España con Colombia y Ecuador. *Revista Desafíos*.

Santi, S. (2019, junio). Desde y hacia la migración “ordenada”. *Multilateralismo y capacity-building como motores de las políticas de control migratorio global*. Ponencia presentada en The Migration Conference 2019, Bari, Universidad de Bari.

Congreso de la República de Paraguay. (2019). Proyecto de Ley: “De migraciones”, ficha técnica del expediente. Recuperado de <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/107529>

Souchaud, S. (2008). De los campos agrícolas a los centros financieros. Caracteres de la inmigración internacional en Paraguay a principios del siglo XXI. *Folia Histórica del Nordeste*, (17), 43-62.

- Torpey, J. (2006). Yendo y viniendo. La monopolización estatal de los medios legítimos me movimiento. *Zona Abierta*, (116/117), 59-87.
- Torpey, J. (2018). The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State. Cambridge: Cambridge University Press. DOI:10.1017/9781108664271
- Zubrzycki, B. (2018). Migración no autorizada y procesos de regularización en Argentina: el caso senegalés. *Revista del CESLA. International Latin American Studies Review*, (22), 367-382. Recuperado de <https://www.revistadelcesla.com/index.php/revistadelcesla/article/view/514>



Rescatado de UNICEF-Ecuador. Cuenta en Flickr

Estudios de Derecho

Fundada en 1912



1803
UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

Los discursos, los actores y las prácticas en la atención migratoria en Latinoamérica*

Fernando Neira Orjuela**¹

Resumen

En las últimas décadas términos como gobernanza y gestión migratoria han cobrado fuerza en la elaboración e implementación de políticas públicas por parte de los diferentes países interesados en el tema. Se vuelve relevante mostrar las discusiones, los actores y las prácticas que generan tales conceptos, en la medida que es un hecho el enfrentamiento, político y social entre las ideas institucionales del control de migrantes con las de protección de los derechos de migrantes.

Palabras clave: migración; gobernanza; gobernabilidad; organizaciones sociales; gestión pública.

The discourses, actors and practices in the treatment of migration in Latin America

Summary

In the last decades terms such as migration governance and management have gained momentum in the drafting and implementation of public policies by various countries interested in the subject. It has become relevant to present the discourses, actors and practices that generate these concepts, to the extent that there is clear political and social confrontation between the institutional ideas around controlling migrants and those regarding the protection of migrants' rights.

Key words: migration; governance; governability; social organizations; public management.

Discursos, atores e práticas para a atenção do fenômeno migratório na América Latina

Resumo

Nas últimas décadas, expressões como governança e gestão migratória tomaram força na criação e implementação de políticas públicas em diferentes nações interessadas no assunto. Torna-se relevante mostrar os debates, os atores e as práticas que geram tais conceitos, porque é um fato de confrontação política e social entre as ideias institucionais de controle dos migrantes e as de proteção dos direitos dos expatriados.

Palavras-chave: migração; governança; governabilidade; organizações sociais; gestão pública.

* Artículo de reflexión. Este artículo hace parte de una investigación más amplia titulada: *Migración andina indocumentada en Buenos Aires, Santiago de Chile y São Paulo: política pública y actores sociales*. Proyecto enmarcado en la línea de investigación: Política economía y sociedad en América Latina y el Caribe. Responsable, Fernando Neira Orjuela, Financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) de México. Proyecto terminado en junio de 2019.

** Investigador Titular B definitivo del Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe de la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Doctor en Estudios de Población por el Colegio de México. Línea de investigación; migración latinoamericana. Correo electrónico: ferneira@unam.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8118-4053>

Cómo citar este artículo: Neira, F. (2020). Los discursos, los actores y las prácticas en la atención migratoria en Latinoamérica. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 243-265

Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a10

Fecha de recepción: 23/09/2019 Fecha de aprobación: 16/12/2019



Los discursos, los actores y las prácticas en la atención migratoria en Latinoamérica

Introducción

Con la transformación del Estado en los años ochenta hacia un modelo neoliberal, cambia la manera de atender las problemáticas políticas, económicas y sociales que ya no son vistas como responsabilidad exclusivamente de los Estados. La migración como un fenómeno creciente determinó la generación de discusiones, instituciones y acciones que han sido inspiradas la mayor de las veces en las leyes de mercado y en detrimento de los derechos de los migrantes. Debido a las implicaciones de los modelos de gobernanza y gestión migratoria que han imperado en el ámbito general y, para el caso de los problemas de orden y regulación de la movilidad humana en América Latina y el Caribe en particular, se hace relevante una recapacitación discursiva.

En este sentido, el objetivo del presente artículo es hacer una descripción de la literatura existente para mostrar los discursos, los actores institucionales involucrados, las prácticas desarrolladas, así como los retos que existen en la implementación de los modelos de gobernanza y gestión migratoria.

Para este fin, el documento se encuentra organizado en cuatro partes de la siguiente manera: en un primer momento, se presentan las discusiones relacionadas con los conceptos de gobernanza y gestión migratoria; en un segundo apartado, se da cuenta de los actores institucionales que han jugado un rol protagónico en la elaboración e implementación de estos discursos; en tercer lugar, se describen las prácticas que dichas instituciones han desarrollado para hacer efectivo, adaptarse y defenderse del modelo de gestión migratoria en el nuevo entorno económico; finalmente, se muestran algunos de los retos que implica asumir ese modelo de gestión migratoria a la luz de los derechos de los migrantes.

Los discursos

En las últimas décadas, con el incremento de la dinámica migratoria a nivel internacional, la atención institucional de los flujos migratorios ha determinado discursos que pretenden consolidar la forma como debe ser atendida esta población.

En ese sentido, diversos autores como Guild y Grand (2017), Serna (2010), Rhodes (2007), Sánchez (2012) y Kouman (2005), han discutido dos conceptos que han emergido como elementos explicativos para lo que debería ser el manejo de la migración: gobernanza (*governance*) y gestión (*management*).

En cuanto a la idea de la gestión migratoria, esta surge según Kron (2011) en la época posterior al fin de la Guerra Fría, cuando la migración tenía el potencial de generar una verdadera crisis y era necesario un régimen global y holístico de reglas y normas para enfrentar el fenómeno exitosamente. Para la autora, la gestión migratoria, por tanto, debería convertir la migración internacional en un proceso más ordenado, manejable y previsible; lo cual implicaba, simultáneamente, una apertura regulada en relación con los flujos benéficos y la continuación de las restricciones con respecto de la migración no deseada.

Es a inicios de los años noventa que se usó la categoría de gestión más formalmente en la migración por parte de Bimal Ghosh, para quien es una tercera vía instalada entre los libertarios y los controladores, o sea entre quienes piden migración sin fronteras y los que piden fronteras reguladas. Por eso, según Estupiñán (2013), opta por gestión y no por control, dado que para él la primera expresa de mejor forma la conjunción y/o armonización entre los dos extremos. En cuanto a la gobernanza y su incidencia en el campo de las migraciones, señala Estupiñán que su antecedente principal lo constituye la Comisión sobre Gobernanza Global (1993/94) en la que también tiene injerencia Ghosh. Destaca que gobernanza y gestión son términos cercanos e interdependientes que se han ido afinando entre las áreas de relaciones internacionales y de gestión empresarial. Ambos dispositivos, nos dice, hacen parte de la redefinición de la política, empleando técnicas de la empresa privada en la que participan las agencias internacionales en su calidad de “nuevos” actores. Un hecho preocupante con estas concepciones es que ello:

Implica que es la economía la que pasa a controlar al Estado y no a la inversa. En otras palabras, gestión y gobernanza son formas de gobierno requeridas por la economía neoliberal, esa que ha subsumido lo social bajo su manto, y la gubernamentalidad nombra, por tanto, su implementación. Teniendo en cuenta este punto inicial, notaremos que hay presupuestos, actores y técnicas que son los que permiten la instalación de formas específicas de gobierno de las migraciones (Estupiñán, 2013, p. 10)

Desde esta concepción, Kron (2011) considera que la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) es un organismo determinante de la política y los discursos de gestión, que articula un modelo basado en los tres pilares de Ghosh¹, con lo cual forma parte de un nuevo tipo de gobierno internacional caracterizado por la externalización de la elaboración de políticas hacia agencias “privadas”,

En contraste con el bien definido y legitimado mandato del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la OIM es una organización situada fuera del sistema de las Naciones Unidas y sin un claro mandato. Sin embargo, la OIM juega un papel cada vez más influyente en las decisiones de los gobiernos; por medio de la producción de conocimiento, la asesoría “científica” o “técnica” a los estados y el desarrollo de programas, ya sea por encargo de los gobiernos o en forma directa, mediante la puesta en práctica de políticas. Por tanto, la OIM puede ser más bien descrita como una compañía transnacional privada que suministra servicios migratorios a los gobiernos. Dicho carácter se manifiesta también en su presupuesto, ya que recibe muy poco financiamiento permanente y depende de proyectos financiados, en su mayoría, por los estados metropolitanos receptores de migrantes, en particular Estados Unidos. (Kron, 2011, p. 59)

De esta manera la OIM ha pasado de ser en un organismo operativo logístico a convertirse en la Agencia para las Migraciones. Este nuevo rol adoptado en las últimas décadas le ha implicado, como dice Estupiñán (2013), la producción, o mejor, la adhesión de un modelo de gestión de las migraciones que está diseminando por todo el orbe. Esto es posible gracias a que cuenta con personal y con estrategias para asesorar gobiernos, instituciones y formuladores de políticas públicas.

Por tanto, se hace pertinente la crítica de esta autora para quien:

La gestión entonces es una vía aparentemente menos violenta para lograr la regulación y la contención de las migraciones, pues mientras se insiste en la defensa de los derechos humanos de los migrantes acorde con la normativa internacional, se vehiculizan los intereses de unas agendas y unos estados específicos... la gestión es un vehículo velado del control y la seguridad”. El acento puesto en uno u otro depende de las problemáticas contextuales que se requieran enfrentar

1 Este autor considera necesario armonizar las necesidades e intereses de los países emisores, de tránsito y destino, así como de los propios migrantes, cumpliendo básicamente tres condiciones: la primera sería un compromiso entre países emisores y de entrada para, por un lado, reducir una migración desordenada y, por otro, brindar oportunidades para una entrada legal. En segundo lugar, ambos grupos de países deben adherirse a normas internacionales con parámetros consensuados que guíen su accionar; y, en tercer lugar, atender todos los tipos de flujos migratorios como el laboral, la reunificación familiar, el asilo y el refugio (Ghosh, 2005).

(narcotráfico, terrorismo, trata de personas, etc.). Entonces libertad, seguridad y control es la triada gubernamental que rige las políticas migratorias y que están explícitas en la agenda de la OIM bajo los imperativos de ordenar, regular y predecir. (Estupiñán, 2013, p. 13)

Kron (2011) por su parte, coincide con la anterior crítica por lo que citando a Andrijasevic y Walters (2010), señala que la gestión migratoria está dominada por organizaciones intergubernamentales, en primer lugar, la OIM cuyo objetivo es enseñar estándares tecnocráticos occidentales a los países y a lo que llama los antiguos súbditos imperiales del Sur Global. De esta manera, para Kron (2011) el principal objetivo de la gestión migratoria consiste en alinear las políticas migratorias en regiones como África occidental o América Latina con los marcos normativos de control migratorio y las aspiraciones de ese Norte Global.

Aportando a esta discusión del papel proestatal que tienen en sus discursos de gestión migratoria algunas instituciones como la OIM, Geiger y Pécout (2010), sostienen que el impacto de los organismos intergubernamentales es innegable, ya que a través de reportes e informes dirigen las discusiones internacionales a favor de la gestión y gobernanza migratoria desafiando, según los autores, la distinción entre la investigación académica e institucional respondiendo a modelos e ideas gerenciales donde tiene origen este término, que fue a la par con la aplicación de reformas neoliberales (desregulación, privatización, financiarización y libre comercio); por lo tanto, con una reestructuración productiva y normativa a nivel mundial que impactó multidimensionalmente la movilidad humana.

Existen otras perspectivas que abordan la gobernanza migratoria como una estrategia insuficiente, e incluso, contraproducente para atender las situaciones que surgen como consecuencia de los flujos migratorios. Janneth K. Clavijo y Silvana Santi (2009) consideran que las causas de la migración a gran escala comúnmente son obviadas al momento de negociar tratados internacionales, esto con la intención de controlar los flujos en sí mismos. Ello produce que las desigualdades existentes entre los territorios donde ocurren los fenómenos migratorios sean invisibilizadas, e inclusive, profundizadas. Esta situación hace, a decir de los autores, que los espacios de cooperación se tornen como mecanismos viables para el manejo de las migraciones, en función al ordenamiento y control pretendido, sin problematizar cómo estos espacios pueden ser reproductores de las relaciones de dependencia y dominación, intentando suprimir el conflicto al no cuestionar las asimetrías y desigualdades en el sistema internacional (Clavijo y Santi, 2009).

Por su parte Eduardo Domenech (2013), uno de los autores que más ha discutido el tema, cuestiona también esas ideas de gestión migratoria que desde diversas instituciones ha manejado la migración como vía alternativa para su securitización, pues considera que:

Actúan imbricada o complementariamente en el presente momento histórico del capitalismo global. Es decir, las políticas de control con rostro humano integrarían el actual régimen global de control de las migraciones, cuyo despliegue también supone formas de regulación restrictivas, coercitivas y punitivas. Por otro lado, en términos analíticos, buena parte de la dificultad para dilucidar críticamente la configuración de dicho régimen de control migratorio y su extensión en el mundo radica en que tanto entidades nacionales como supranacionales que proclaman la importancia de la protección y defensa de los derechos de los migrantes justifican y validan al mismo tiempo, por acción u omisión, las medidas selectivas de visado, los rechazos en frontera, el uso de la biometría en los controles de ingreso y permanencia, los centros de internamiento de extranjeros y las deportaciones o expulsiones. (Domenech, 2013, p. 3)

Para el anterior autor, un modelo de gobernanza migratoria no sustentando en la securitización y más centrado en los derechos, debería ser el predominante en la región.

Sara Kalm (2010), aportando en dicho sentido crítico a los modelos imperantes de gestión migratoria, considera clave para lograr la eficiencia en los flujos migratorios tres elementos:

el primero, sería liberalizar pero gestionar movimientos, ya que las libertades producidas bajo el liberalismo deben ser organizadas y supervisadas, así que el interés en mejorar las técnicas de gestión y la cooperación internacional deben verse en este contexto; el segundo elemento, es el discurso político global sobre migración y desarrollo que se inclina por el incremento de un movimiento migratorio circular o temporal en vez de permanente, sobre todo, para migrantes poco calificados. El tercer punto es que esta gestión de la movilidad permite formar agentes de desarrollo donde los migrantes se convierten en un potencial capital humano que puede contribuir al desarrollo en sus países. (Kalm, 2010, p. 37)

La crítica que hace la autora hacia estos planteamientos de gestión migratoria se debe al desvanecimiento de las relaciones de poder que pueden articular de diversa manera los intereses de distintos grupos; muchas veces en detrimento de las personas que encarnan las profundas problemáticas y desafíos que implica migrar y que se relaciona en particular con migrantes en condición irregular, cuya complejidad requiere de una gestión más eficaz, justa y sensible a las condiciones sociales y problemas que presenta esta población.

Independiente de si hablamos de gobernanza o de gestión migratoria, es un hecho que los actuales modelos de manejo de la migración están más centrados

en los intereses de los Estados que en los individuos y en discursos como los de la OIM, que tienen tanta injerencia en nuestra región. En la medida que las relaciones migratorias entre países expulsores y receptores están marcadas por desigualdades de poder, no es de extrañar que las políticas e instituciones internacionales que buscan regular esa relación prioricen los intereses de los segundos y que limiten los de los primeros.

Coincidiendo con esta preocupación, es decir, por la forma cómo a nivel internacional se viene manejando la política migratoria, Mármore (2010), señal que hay una crisis de gobernabilidad migratoria, ya que los Estados no cuentan con respuestas institucionalizadas ante los nuevos retos. Por eso el autor distingue al menos tres modelos de gobernabilidad migratoria que pueden adquirir diversos matices y contradicciones en la práctica: a) el modelo de securitización, donde básicamente el migrante es visto como una amenaza a la seguridad nacional, la irregularidad es sinónimo de ilegalidad criminalizando a este tipo de población; b) el modelo de los beneficios compartidos donde la migración ordenada y regular puede brindar beneficios tanto a países emisores como receptores, por lo que se inclina por las migraciones regulares; c) el modelo del desarrollo humano de las migraciones que coloca los derechos de las personas migrantes como el centro.

Los actores

Cuando se aborda la importancia de los actores de la gestión migratoria, aparecen diversas instituciones intergubernamentales y civiles jugando cada una un rol específico. Hay que comenzar por retomar el papel de la OIM cuya importancia discursiva para la gestión migratoria ya se señaló líneas atrás y, que la vuelve un actor preponderante ya que,

La función principal hasta 1989 fue la de ofrecer asistencia a las y los migrantes y refugiados, mientras que posterior al año 1989 su rol de asistente empieza a diversificarse. Éste incluye hacer las veces de secretaría técnica, para el caso de las Conferencias Regionales; ente capacitador, para los funcionarios públicos; ente consultor y asesor, para los elaboradores de políticas e impulsadores de campañas para el “beneficio de todos”, entre otras tareas. La OIM pasa así de ser un organismo operativo logístico a ser la Agencia para las Migraciones. Este nuevo rol adoptado en las últimas décadas le ha implicado la producción, o mejor, la adhesión de un modelo de gestión de las migraciones que está diseminando por todo el orbe. Hecho posible gracias a que cuenta con personal y con estrategias para asesorar gobiernos, instituciones y formuladores de políticas públicas. Lejos de plantear sus programas como una obligación, su estrategia es la

de agencia recomendadora y usa la bandera humanitaria como elemento incuestionable para lograr el consentimiento no sólo en los gobiernos “tercermundistas” o “en desarrollo”, sino de la “sociedad civil” en general. Esta agencia lleva más de dos décadas instalando el discurso de la gestión y gobernanza de las migraciones a nivel global y por cerca de una década en la región sudamericana. (Estupiñán, 2013, pp. 11-12)

Además de la incidencia de la OIM como ya se vio, existen también otros actores no-estatales como organismos de la ONU, foros de discusión global y regional, el Banco Mundial, la OIT y ACNUR que han ganado una influencia creciente en la gestión migratoria. Otro actor importante que señala Kron (2011) son los “Procesos Consultivos Regionales sobre Migración” (PRCs) que son,

Foros informales o redes de actores gubernamentales y no gubernamentales. Su objetivo es discutir temas relacionados con la migración a un nivel regional o multilateral y crear nuevas alianzas entre los países involucrados en relación con la salida, el tránsito y la llegada de migrantes. Aunque los PRCs son no-vinculantes, la OIM los considera como los “actores” regionales más importantes en el área del “manejo de la migración intrarregional” y como un “instrumento” clave en el establecimiento de un nuevo régimen internacional migratorio.... [constituyen además] arenas decisivas en donde las relaciones entre actores gubernamentales y no gubernamentales son negociadas y las asimetrías, en términos de poder, son conciliadas entre los estados integrantes; de modo tal que las relaciones desiguales entre los estados metropolitanos y los estados del Sur Global, de donde vienen o por donde transitan los migrantes, son puestas en un nuevo marco de diálogo, asociación y cooperación. (p. 59)

Pese a la incidencia de estas instituciones, quizás uno de los actores no gubernamentales de mayor incidencia son las organizaciones civiles.

En América Latina, si bien desde mediados del siglo XX surgieron las primeras organizaciones sociales orientadas a dar respuestas a la temática migratoria, estas se multiplicaron desde los noventa, en un marco de fuertes críticas a la globalización neoliberal.

Esta mayor presencia de la sociedad civil en la discusión política sobre migraciones no ha sido un fenómeno exclusivo de esta región. Tal es así, que a nivel global se advierte un creciente impulso a la intervención de la sociedad civil por parte de diversos actores políticos: desde el Diálogo de Alto Nivel de Naciones Unidas, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), hasta la Comisión Global sobre las Migraciones.

ciones Internacionales (GCIM) y el Foro Global sobre Migraciones y Desarrollo (GFMD), entre otros, quienes destacan la importancia de la participación de la sociedad civil en la discusión y elaboración de respuestas políticas sobre migraciones (Magliano, 2011, p. 10).

En un informe de la Comisión Global sobre las Migraciones Internacionales (CMMI) se indica que si bien los gobiernos siguen siendo los protagonistas principales en el ámbito de las migraciones internacionales, “muchos otros actores, entre ellos las autoridades locales, el sector privado, las ONG, las instituciones de la sociedad civil y las asociaciones de migrantes, están bien ubicadas para contribuir a la formulación y a la aplicación de políticas migratorias” (CMMI, 2005, p. 12).

Pero cuando hablamos de sociedad civil, nos referimos a un organismo no homogéneo donde lo que prevalece es la diversidad ya que se encuentra conformada por aquellas organizaciones y/o redes de organizaciones de migrantes, académicas, de la iglesia, de derechos humanos, vinculadas a la cuestión migratoria.

Un determinante fundamental por la que surgen las organizaciones civiles es a decir de Domenech (2008):

En respuesta a las complejas realidades migratorias contemporáneas y a las políticas instrumentadas por un amplio conjunto de los principales países receptores de población, sobre todo en los denominados países centrales, las cuales se han sustentado en visiones que tienden a restringir los procesos migratorios y criminalizar al migrante. En líneas generales, las organizaciones de la sociedad civil formulan demandas a los Estados y a los organismos internacionales a partir de un enfoque basado en los derechos humanos, reconociendo las asimetrías sociales, apuntando sus críticas a la globalización neoliberal y concibiendo a la migración y al migrante en términos de aporte, promoviendo la protección de los derechos de los y las migrantes, así como condenando las políticas restrictivas, la militarización de las fronteras, la criminalización de los migrantes en condición de irregularidad migratoria, el tráfico y la trata de personas, y la discriminación, xenofobia y racismo. (p. 9)

A principios de la década de 1990, el escenario de la organización de la sociedad civil se expandió y diversificó.

Las entidades autonombadas aparecen como tercer sector (más articulado para empresas y fundaciones), junto con las ONG ciudadanas, las militantes mismas, con un perfil ideológico definido y un proyecto político. Las últimas salen de la sombra, se ponen por delante e incluso en la vanguardia de los movimientos, convirtiéndose, en algunos casos, en instituciones autónomas y desconectadas de los

movimientos. En la segunda mitad de la misma década, la situación económica cambió incluso más la dinámica de los movimientos sociales en general y de la gente en particular, así como de las ONG que repensaron sus planes, planes de acción, estrategias, formas de actuar, elaboración de planes estratégicos, etc. Se introdujeron nuevas directrices, como trabajar con los excluidos en cuestiones de género, etnia, edades, etc. (Gohn, 2013, p. 244).

Conforme la migración crece en el mundo en general y en la región latinoamericana en particular, esta se convirtió en una nueva bandera desde la que emergieron diferentes organizaciones civiles.

Magliano (2011), recuerda que a nivel regional, durante el Simposio sobre Migración Internacional en las Américas en Costa Rica, organizado por la OIM conjuntamente con la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), en el año 2000, comienza a esbozarse la importancia de la participación de la sociedad civil en el ámbito de discusión sobre las migraciones. En ese marco, Magliano (2011) refiere que se constituyó un foro simultáneo denominado “La sociedad civil: hacia nuevas formas de cooperación hemisférica en el tema migratorio”, constituido por la Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones (RROCM), señalando que su objetivo principal era crear un espacio de discusión y concertación sobre políticas y acciones de las organizaciones de la sociedad civil con vistas a construir una agenda común.

El compromiso de las organizaciones civiles con los inmigrantes es muy amplio y serio. No solo les interesa la persona sino toda la complejidad de su situación y sabe articularse con todos los principales actores involucrados, la comunidad y el contexto local, el momento histórico y político.

Dentro de las organizaciones donde se evidencian estos compromisos señalados por la comunidad, se encuentran los denominados por Fox (2005) como organizaciones con membresía de base, que comprenden desde los clubes de oriundos y las asociaciones de migrantes, hasta organizaciones obreras y comunitarias. Considera que los migrantes, citando el caso norteamericano, han formado entre 600 y 2000 clubes o asociaciones en torno a sus comunidades de origen, no solo para realizar actividades sociales sino, también, para contribuir al mejoramiento de su comunidad. Sostiene que cada asociación tiene su núcleo duro, en forma de mesa directiva, compuesto generalmente por unas 10 o 20 personas; algunas disponen de una membresía amplia y de una capacidad para convocar cientos de familias (Fox, 2005). Destaca, asimismo, el hecho que los migrantes colectivos, en el proceso de salir a la luz pública, constituye un paso importante en el proceso de forjar una sociedad civil. Para este autor:

La sociedad civil migrante tiene dos componentes principales. El primero, y más claro, está constituido por las organizaciones de base de los mismos migrantes. El segundo se halla delimitado con menor claridad porque sus fronteras no son tan precisas, pero consiste en organizaciones de la sociedad civil de Estados Unidos que, efectivamente, han sido transformadas por la participación y el liderazgo de los migrantes. Este proceso capta muchas parroquias católicas y congregaciones protestantes. También hay varias campañas para promover la participación de padres de familias en asociaciones escolares. (Fox, 2005, p. 46)

Por otro lado, dentro de las organizaciones civiles vale la pena destacar a las organizaciones religiosas, que desde sus iglesias se ocupan de cuestiones vinculadas a las migraciones en la región. Entre otras sobresalen,

El Consejo Episcopal Latinoamericano (CELAM), organismo de la Iglesia Católica que fue fundado en 1955 a partir de un pedido de los Obispos de América Latina y el Caribe y cuya sede está ubicada en Bogotá. A nivel de los países, en Argentina funciona desde 1951 la Comisión Católica Argentina de Inmigración (FCCAM), también se encuentra el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF), constituido por la iglesia Evangélica del Río de la Plata, la Evangélica Metodista Argentina, la Evangélica Discípulos de Cristo y la Diócesis Anglicana de Argentina, que desde 1973 trabaja por los derechos de los migrantes, refugiados y desplazados en general; en Chile, el Instituto Católico de Migración (INCAMI), creado en 1955, es una de las instituciones que ha promovido la implementación de una política pública explícita en materia de migraciones en ese país; en Bolivia, primero se constituye la Pastoral Migratoria en la década del setenta con el espíritu de atención al migrante y, a partir del 2001, se articula con la actual Pastoral de Movilidad Humana, teniendo como objetivo principal prestar servicio a los migrantes; en Brasil, el Serviço Pastoral dos Migrantes cumple un papel relevante en el tema migratorio, integrando el comité organizador del Foro Social Mundial de las Migraciones. En relación a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en torno la cuestión de los derechos humanos en la región, en 1992 se crea la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PPDHDD) con el objetivo de promover una conciencia integral de derechos. Desde los noventa centra su interés en los derechos de los migrantes y, en relación a esto, se constituyó el grupo de trabajo sobre Migraciones y Derechos Humanos con el propósito de “sistematizar información, contribuir a la formulación de políticas e impulsar acciones y campañas a favor de los derechos de los y las migrantes en el continente. (Magliano, 2011, p. 12)

Como se puede observar la sociedad civil es de gran importancia para una gestión migratoria no institucional, en defensa de las personas, de sus derechos, de sus necesidades.

Las prácticas

Se ha podido observar que la gestión migratoria ha determinado diversos discursos en donde sobresalen actores no estatales como la OIM, pero en particular, debe destacarse a las organizaciones civiles en sus distintas manifestaciones. Ahora es conveniente mostrar las prácticas, entendidas como acciones normativas, sociales y políticas que han desarrollado estas instituciones.

En el caso de la OIM, conviene retomar lo planteado por Kron (2011), para quien desde mediados de los años noventa, la actividad principal de la OIM consiste en la creación y coordinación, alrededor del mundo, de al menos quince denominados "Procesos Regionales Consultivos sobre Migración" (PRCs). Dentro de este contexto, señala que las técnicas propias del paradigma de gestión migratoria tales como el desarrollo de competencias, las campañas de información y los planes de acción contribuyeron a la transformación de los países de salida o de tránsito de migrantes en socios deficientes, pero en proceso de aprendizaje.

Kron (2011), considera a los PRCs como redes en donde la OIM puede alinear sus actividades con proyectos más amplios de gobernabilidad, desarrollo y ayuda regionales. En ese mismo sentido de injerencia regional la OIM, plantea como:

Ha estado presente en las Conferencias y Foros Mundiales así como en los Diálogos de Alto Nivel impulsados por la ONU para garantizar la inclusión del modelo de gestión migratoria en las agendas de trabajo. Es así como, producto de lo dispuesto en el Plan de Acción de la Conferencia sobre Población y Desarrollo que tuvo lugar en el Cairo, nacen los Procesos Consultivos Regionales que con la asistencia técnica de la OIM dan inicio en el subcontinente en 1996 (Proceso de Puebla) y en 1999 con el Encuentro Sudamericano sobre Migraciones, Integración y Desarrollo, que permitió la instalación de la Conferencia Sudamericana de Migraciones desde el año 2000. (Kron, 2011, p. 12)

Las prácticas de esta y otras instituciones, han sido la realización de campañas, de programas de retorno y readmisión de migrantes así como de refugiados, migración circular, vinculación de la diáspora e inversión productiva de las remesas

Un aspecto de incidencia de algunas instituciones es la parte normativa, desde la cual se ha venido trabajando en cuanto al derecho a la libre circulación, pero en donde existe una realidad apremiante, como es el hecho de que las enunciaciones

de la Declaración de Derechos Universales, la ICRMW, o la Convención Internacional de Derechos Políticos y Sociales, no se aplican a cabalidad, con otro agravante y es que no todas las naciones las firman y las respetan. Todas las personas tienen el derecho a salir de cualquier país; sin embargo, las condiciones del trayecto, así como los requisitos y normativas para la entrada varían en cada país (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], 2012). Una de las propuestas de la gobernanza en la migración es de alguna manera estandarizar dichos requerimientos para facilitar y regular la movilidad humana.

En la medida que los lineamientos y las normativas de diversas instituciones internacionales se entrelazan y complementan, es necesario insistir en que el análisis debe detenerse en las formas en las que los Estados traducen e implementan dichas directrices en sus contextos, pero en particular, como ocurre en los contextos que reciben migrantes.

Frente a la complejidad y correlación de fuerzas que implica la relación de gobernanza con migración, acciones como los acuerdos bilaterales y regionales tienen también un peso estratégico importante para el ámbito latinoamericano. En este sentido, se puede mencionar la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (CSM) que tiene como antecedente el Encuentro Sudamericano sobre Migraciones Integración y Desarrollo (1999) que cuenta con la cooperación técnica de la OIM. Dicho encuentro se llevó a cabo en Lima-Perú, donde se reunieron representantes de las naciones suramericanas preocupados por el incremento de los movimientos migratorios de las últimas décadas.

La Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM) es un foro de discusión y diálogo referente en las políticas migratorias de los países de América del Sur. En su Declaración de Principios Migratorios y Lineamiento Generales reconoce que la movilidad de las personas migrantes constituye un fenómeno sustancial de los procesos de integración económica, cultural y social entre los países, cuestión que demanda acuerdos multilaterales, además, presentan como una de sus convicciones:

[...] que se tiene la responsabilidad, en el marco de la reciprocidad histórica, de implementar políticas públicas orientadas a que la decisión de migrar, no migrar y retornar, sea verdaderamente voluntaria, informada y libre, que promueva la participación política, cultural y económica en las sociedades de origen y destino, que garanticen el ejercicio democrático y la inclusión social de nuestros ciudadanos y ciudadanas. (CSM, 2010, p. 3)

Es en este contexto donde se dan procesos, foros y acuerdos bilaterales o regionales que reflexionan e impactan las políticas en temas migratorios como por ejemplo la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), el Mercado Común del Sur (Mercosur) y la Comunidad Andina (CAN).

Del Mercosur hay que señalar su impacto importante en cuestiones de políticas migratorias como el Acuerdo de Residencia de Mercosur y asociados (Chile y Perú), que tiene como objeto la obtención de residencia legal temporal y permanente por parte de nacionales de los Estados parte en territorios de los Estados miembros y asociados del Mercosur. Dicho acuerdo reconoce:

Los derechos de los inmigrantes y de los miembros de sus familias como la igualdad de derechos civiles, la reunión familiar, el trato igualitario con nacionales, compromiso en materia previsional, el derecho a transferir remesas, así como el derecho de los hijos de los inmigrantes. Implícitamente podemos detectar en términos de gobernanza el interés de contar con un marco global de la política migratoria que permita un mayor control y gestión de los flujos que tiene como base el reconocimiento de los derechos humanos. (Zurbriggen y Mondol, 2010, p. 19)

En el caso de la Comunidad Andina de Naciones, sus miembros han facilitado la circulación de los ciudadanos, ya que se reconocen los documentos nacionales de identificación como único requisito para viajar en calidad de turistas. En el 2006 se aprobó el actual formato de la Tarjeta Andina de Migración que es un documento uniforme de control migratorio que permite un seguimiento estadístico de los movimientos entre los países andinos. Otro punto clave son las herramientas enfocadas en los trabajadores migrantes como el Instrumento Andino de Migración Laboral, de Seguridad Social y Seguridad y Salud en el Trabajo buscando la protección y asistencia a los ciudadanos andinos. Los Estados miembros de la CAN, son países emisores, por lo que también hay que prestar atención a los acuerdos bilaterales por ejemplo entre Brasil y Bolivia en 2005, 2006 y 2007 (Zurbriggen y Mondol, 2010).

Estos son algunos ejemplos de los acuerdos regionales para llevar a la práctica los nuevos desafíos de la movilidad humana y de agudas desigualdades económicas y sociales en tiempos de globalización.

De otra parte, hay que señalar la importancia del papel de las organizaciones civiles en la atención y apoyo de la población migrante, ya que terminan cubriendo las carencias de los gobiernos locales, así como regionales y, aunque en algunas ocasiones cuentan con el apoyo de instancias gubernamentales de atención a migrantes, se ven desbordadas por la complejidad el fenómeno migratorio y la falta de recursos.

Un punto indispensable al analizar las prácticas de la gestión migratoria es la falta de información sobre los derechos con los que cuenta dicha población, situación que a decir de Domenech (2008), acentúa el riesgo de caer en redes de explotación; además, hay sociedades que reproducen ideas xenófobas y racistas

que dificultan una inserción digna del inmigrante en el lugar de destino. Para este autor, el trabajo constante y cercano con los inmigrantes da otra mirada sobre el fenómeno de movilidad humana y las consecuencias de la ineficacia operativa de las instituciones gubernamentales. Además, como se revisó a lo largo de este texto, el núcleo que se mantiene en el ámbito de la gobernanza, tiene que ver con un lenguaje de costo-beneficio económico que es matizado con el respeto a los derechos humanos, y contradicho al mismo tiempo, por medidas de securitización en las fronteras y la criminalización de la irregularidad migratoria Domenech (2008), en este sentido destaca que:

El hecho de que diversas agencias internacionales, Estados nacionales u organizaciones de la sociedad civil promuevan o adhieran a un enfoque basado en los derechos humanos de los migrantes en contraposición a una visión de la política migratoria fundamentada en el control y la seguridad nacional que comete la falacia de asociar inmigración y terrorismo, cuya expresión más acabada la constituye la política migratoria estadounidense, no debería confundirnos: a través de fórmulas políticas basadas en la noción de *migration management* se aceptan como dadas las reglas y mecanismos del sistema económico internacional y se legitiman las nuevas formas de exclusión que produce, manteniendo la división entre migrantes "deseables" e "indeseables". (p. 69)

Lo interesante, y poco conocido, es que la acción colectiva se da a pesar de tantos obstáculos y los migrantes organizados están ocupando espacios públicos. Para Fox (2005), quien toma como referencia a Estados Unidos, algunos migrantes, y también algunas organizaciones comunitarias y religiosas, se incorporan en las organizaciones del país del norte de la clase obrera migrante multinacional y multiétnica. Pero quizás el accionar más importante que considera de las organizaciones de migrantes, es la toma de espacios, por lo que para el autor los clubes son solo una de las vertientes de la sociedad civil migrante, en la que también están las organizaciones obreras, religiosas e indígenas. Destaca en California a las Líderes Campesinas, una organización de base de defensa de los derechos de las mujeres jornaleras, principalmente migrantes quienes ocupan los espacios públicos de los pequeños pueblos rurales, con lo cual crean nuevos espacios públicos. De esta forma al tomar las calles, rompen la frontera entre lo público y lo privado, por ejemplo, en su lucha contra la violencia intrafamiliar (Fox, 2005).

Retos

Planteada la incidencia de los discursos, los actores y las prácticas en gestión migratoria regional, conviene ahora plantear los retos que vienen. En primer lugar,

es necesario contar con una gestión migratoria que tenga una mayor preocupación por los migrantes, como personas, como seres humanos, como trabajadores, por lo que hay que:

Prevenir la explotación de los trabajadores migrantes y garantizar su contribución positiva a las sociedades de acogida y de origen exige una gobernanza de la migración laboral equitativa y eficaz en todos los niveles, y las instituciones nacionales del mercado de trabajo desempeñan una función importante en tal sentido. El sistema de gobernanza es más eficaz cuando los servicios públicos de empleo, los ministerios de trabajo, las empresas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores son sólidos y todos los interesados tienen la capacidad para contribuir al diálogo nacional. Esto puede mejorar la confianza pública y apoyar las políticas de migración laboral. (OIT, 2017, p. 27)

De acuerdo a la OIT, la inspección del trabajo y el acceso a la justicia real y efectiva se presenta como un desafío que requiere el diálogo social², de la cooperación internacional y un claro establecimiento de las obligaciones jurídicas de los Estados para lograr consenso y control migratorio eficiente.

Otro ejemplo, en esta preocupación por la gobernanza efectiva, es el informe de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales de Naciones Unidas (CMMI) publicado en octubre del 2005 titulado: *Migración en un mundo interconectado: nuevas direcciones para la acción*, en el cual se indica que existen al menos cuatro desafíos particulares en la gobernanza nacional de las migraciones internacionales;

La primera, sería la falta de coherencia, ya que la migración debe constituir una parte de la economía nacional de cada país y por tanto debe contemplarse dentro de los planes de desarrollo, así que sugiere definir objetivos claros para sus políticas migratorias. Un segundo punto, sería justamente la coordinación entre la formulación de políticas y su implementación, problemática que parte de una comunicación adecuada entre los gobiernos y otros actores como el empresarial y la sociedad civil; el tercer punto, es la capacidad real de los gobiernos en términos administrativos, de conocimientos y

2 “El diálogo social constituye el núcleo del mandato de la OIT y se considera fundamental para «la elaboración de una legislación y unas políticas transparentes y coherentes sobre migración laboral basadas en los derechos, que tengan en cuenta las necesidades del mercado de trabajo» [...] en un Estudio General de 2016, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) reconoció «la función primordial» que desempeñan los interlocutores sociales en la gobernanza eficaz de la migración laboral, entre otras cosas «en relación con la elaboración, la aplicación y la adaptación continua de la legislación y la política en lo que respecta a la regulación de la migración laboral y a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes»” (OIT, 2017, pp. 28-29).

de presupuesto para lograr los objetivos propuestos; el cuarto reto tiene que ver con la cooperación entre estados ya que al tener una migración transnacional, es necesario una legislación y políticas con esta perspectiva. (CMMI, 2005, p. 75)

También, desde instituciones como la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) se recuerda que la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales estuvo integrada por diecinueve miembros y realizó una serie de recomendaciones sobre la migración irregular, el impacto económico de la migración, la integración y la protección de los derechos humanos de los migrantes, todas ellas relacionadas con el interés de un mejor funcionamiento y coherencia de la gobernanza de la migración internacional. Estas reflexiones se retomaron en el primer Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo realizada en el 2006, que fue la antesala del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (FMMMD) celebrado anualmente hasta la fecha y que,

representa uno de los principales espacios de interlocución y establecimiento de líneas generales entre los Estados y las organizaciones civiles sobre el fenómeno migratorio. El FMMMD tiene un estrecho vínculo con el Grupo Mundial de Migración que aglutina a diversas figuras relacionadas con este tema como ACNUR, la Organización Internacional sobre Migraciones, Organización Internacional del Trabajo, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, entre otras. (ACNUDH, 2012, p. 25)

Frente a estos esfuerzos de organización y transversalidad, recientemente el Bloque Latinoamericano emitió siete recomendaciones al FMMMD, ya que, de acuerdo a este documento la sociedad civil de la región latinoamericana se encuentra aún muy al margen de las discusiones globales respecto a los marcos de referencia mundiales para sentar las bases de la política migratoria global. Dichas recomendaciones tienen que ver en términos generales con una participación coherente y transparente por parte de los Estados, ampliar los espacios de reflexión y discusión sobre este fenómeno, así como incentivar una participación real de la sociedad civil. Además, afirman que el FMMMD debe guardar una estrecha relación con los Objetivos del Desarrollo Sostenible³, así como reconocer la importancia de fortalecer la gestión y legislación de los gobiernos locales para asegurar el acceso a derechos e integración de los migrantes, ya que como mencionan, es el primer rostro con el que se encuentra dicha población (Estudios Fronterizos, 2017).

3 Aprobada en 2015 encabezada por la ONU, los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, se establecen con el interés de, a través de alianzas, reducir la pobreza, el hambre, la desigualdad económica, laboral, educativa y de género; así como luchar contra el cambio climático a través de acciones en la producción, consumo y reducción de contaminantes. Aunque no son jurídicamente obligatorios, sí intentan ser un referente en los marcos nacionales.

Ramos (2015), por su parte, señala que el problema es la ausencia de una gobernanza eficaz, nacional y transfronteriza, así como las limitaciones de la interpretación institucional y jurídica. Plantea que un proceso de gobernanza sería el marco para integrar las demandas de los actores y las dimensiones del fenómeno migratorio. Por lo tanto, según este autor, lo que hace falta es un modelo de gestión, un esquema de cooperación y eficacia institucional con un enfoque de respeto a la legalidad orientado hacia la seguridad y el desarrollo, entrelazando las reglamentaciones a través del consenso, la operatividad y capacidad de negociar los aspectos sociales con una visión a largo plazo. Además, reitera que el Estado requiere mayor cooperación y coordinación con las organizaciones de la sociedad civil para desarrollar modelos de intervención pública y mecanismos de vigilancia y contraloría social. En este sentido, se coincide con el autor cuando refiere que se debe profundizar en el papel del Estado y la gestión en beneficio de la población migrante en general y los que presentan condición de irregularidad en particular, en jurisdicciones concretas como las ciudades, donde se hace necesario lograr el alcance real de todo este aparato discursivo e intersectorial sobre la gobernanza.

Recientemente, gran parte de los países adscritos a la ONU han firmado el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018), el cual pretende crear un marco de acción que permita abordar los movimientos migratorios transnacionales desde una perspectiva no restrictiva, sino que tome en cuenta la multidimensionalidad del fenómeno y la responsabilidad internacional para atender dichos flujos. Este acuerdo pretende evitar que la migración sea tratada como un problema que debe eliminarse o reducirse, sino que debe ser encausada y protegida para inhibir la vulnerabilidad de quienes se trasladan de un territorio a otro. Por lo valioso de este instrumento jurídico internacional, el reto sigue siendo el que se pueda aplicar y hacer respetar, pero en especial, que los derechos humanos de los migrantes no estén por debajo de los intereses de los estados receptores.

Conclusiones

El objetivo del presente artículo fue hacer una descripción de la literatura existente para mostrar los discursos, los actores institucionales involucrados, las prácticas desarrolladas, así como los retos que existen en la implementación de los modelos de gobernanza y gestión migratoria. En ese sentido es pertinente destacar algunos elementos planteados.

El incremento de los flujos migratorios en el mundo ocurre en el marco de la implementación del modelo neoliberal que da prioridad a los intereses económicos, lo cual conlleva a una preocupación por el control de los flujos poblacionales. Surgen entonces conceptos como gobernanza y gestión migratoria, que serán determinantes en los planteamientos de regulaciones y normas que se siguieron.

Independiente de la prevalencia de un concepto sobre otro, lo cierto es que han sustentado el establecimiento de controles y regulaciones de las migraciones en beneficio de los intereses económicos de las naciones desarrolladas, quedando en un segundo plano la defensa de los derechos sociales de los migrantes de los países expulsores. De esta manera, prevalecen las ideas asociadas a la seguridad y el control, desde las cuales se construye gran parte de las políticas migratorias que tienen como propósito el sometimiento, la conducción y el gobierno discrecional institucional de la movilidad. Son diversas las críticas de autores sobre las concepciones de gobernanza y gestión migratoria, por considerar que tienen un carácter técnico y económico que las alejan de la realidad social del fenómeno migratorio y que se establecen desde relaciones desiguales de poder.

Por otra parte, la gestión migratoria ha consolidado la participación de los actores gubernamentales para su promoción y aplicación, como es el caso de la Organización Internacional de la Migraciones (OIM), así como también de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan por los derechos de los migrantes. En primer término, la OIM ha consolidado y difundido de manera influyente el discurso de gestión migratoria en las agendas a nivel mundial, nutriendo esa política sustentada en la relación migración-seguridad, donde se prioriza el interés por la regularización, el ordenamiento y la eficiencia de la gestión migratoria, en especial la irregular, a favor de los países receptores.

No se pueden entender los modos y las lógicas del manejo de la migración internacional y sus manifestaciones regionales y nacionales, si no se considera el papel jugado por la sociedad civil, quien han liderado los procesos de intervención y mediación y defensa de derechos de distintos actores sociales con el Estado, como es el caso de los migrantes. Su compromiso social con los derechos humanos, su vocación crítica a las políticas gubernamentales que afectan los intereses personales de los migrantes y asociaciones, así como la atención de demandas de este sector de la población, los convierte en baluartes indispensables en la búsqueda verdaderas políticas migratorias.

En el caso de las prácticas que determina la gestión migratoria, no las podemos entender fuera de lo que son los discursos y actores involucrados. Los organismos gubernamentales han trabajado en la realización de campañas, programas de retorno y readmisión de migrantes y refugiados, migración circular, vinculación de la diáspora, inversión productiva de las remesas, políticas de control, acuerdos regionales para llevar a la práctica los nuevos desafíos de la movilidad humana y marcos normativos de regulación migratoria. En la sociedad civil siempre ha sido evidente el carácter de intervención directa en programas, acciones y servicios de apoyo a migrantes, así como denuncias contra las redes de explotación, la violación de derechos humanos, y las ideas xenófobas y racistas. Es una militancia activa lo que las caracteriza.

Finalmente, en relación con los retos es claro que, si bien se ha avanzado mucho en cuanto a la construcción de una gestión migratoria, son notorias las carencias que prevalecen, no solo para que sea más propositiva, sino también para dirigirla a relaciones más igualitarias en beneficio de las personas migrantes, y no hacia las economías y los países.

Otro punto de discusión está en el alcance real de todo este aparato discursivo e intersectorial que se ha construido en los últimos tiempos sobre la gestión migratoria, siendo necesario preguntarse ¿A qué niveles se presenta? ¿Con qué grado de independencia de los apoyos estatales y de sectores económicos? ¿A qué nivel de respeto con los derechos humanos? Es la condición de “autonomía”, de independencia institucional y política de la gestión migratoria, lo que sigue siendo parte de esa discusión, sobre lo cual la literatura existente no ha agotado las respuestas y, por el contrario, invitan como es el caso de este documento, a formular nuevas explicaciones, en particular desde el tema de los derechos humanos.

En un momento en el que los flujos migratorios se incrementan y diversifican constantemente, donde en muchas regiones la migración irregular ha desbordado la capacidad política y social de atender esta población, configurando una crisis de gobernabilidad migratoria, el tema de la gestión efectiva, no discursiva y de derechos humanos aparece como elemento clave en los diálogos a futuro de la política pública en este campo.

Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (2005). *Observación General Nº 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Ginebra: ONU. Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2005%2f6&Lang=en
- Clavijo, J y Santi, S. (2009). El Estado argentino y la emigración: cooperación, gobernabilidad y reciprocidad. En Domenech, E. (comp.), *Migración y política: el Estado interrogado. Procesos actuales en Argentina y Sudamérica*. (pp.167-199). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales (CMMI). (2005). *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*. Recuperado de <https://www.unav.edu/documents/4889803/4445a271-b02a-44d4-b0e5-887dc5ab516f>
- Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM). (2010). *Plan Sudamericano de Desarrollo Humano de las Migraciones, Contexto y Perspectivas*. Bolivia. Décima Conferencia Sudamericana de Migraciones. Recuperado de: <https://www.iom.int/>

<files/live/sites/iom/files/What-We-Do/docs/Plan-Sudamericano-de-Desarrollo-Humano-de-las-Migraciones-PSDHM-2010.pdf>

Domenech, E. (2008, septiembre). *Migraciones internacionales y Estado nacional en la Argentina reciente. De la retórica de la exclusión a la retórica de la inclusión.* Trabajo presentado en el III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, ALAP, Córdoba, Argentina.

Domenech, E. (2013). "Las migraciones son como el agua": Hacia la instauración de políticas de "control con rostro humano". La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis. Revista Latinoamericana*, (35), 1-16. Recuperado de <https://journals.openedition.org/polis/9280>

Estudios Fronterizos. (2017). *Recomendaciones del Bloque Latinoamericano al Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo 2017.* Grupo de Investigación sobre Fronteras y Migraciones UACM. Recuperado de <https://estudiosfronterizos.org/2017/06/29/recomendaciones-del-bloque-latinoamericano-al-foro-mundial-sobre-migracion-y-desarrollo-2017/>

Estupiñán, M.L. (2013). *Acerca de la gobernanza y la gestión migratoria. Crítica del papel de la OIM en el gobierno de la migración internacional y regional.* Buenos Aires: CLACSO.

Fox, J. (2005). Repensar lo rural ante la globalización: la sociedad civil migrante. *Migración y Desarrollo*, (5), 35-58.

Geiger, M. y Pécout, A. (2010). The Politics of International Migration Management. En Geiger, M. y Pécout, A. (eds.), *The Politics of International Migration Management* (pp. 1-20). UK: Palgrave Macmillan.

Ghosh, B. (2005). *Managing Migration: Whither the Missing Regime?* Ginebra: UNESCO.

Global Commission on International Migration. (2005). *Immigration in an interconnected world: new directions for action. Report of the global commission on international migration.* Switzerland: The Global Commission on International Migration. Recuperado de: <https://www.unitar.org/ny/sites/unitar.org.ny/files/GCIMReport%20>

Gohn, M. da G. (2013). Sociedade Civil no Brasil: movimentos sociais e ONGs. *Revista Meta: Avaliação*, 5(14), 238-253. Recuperado de <http://revistas.cesgranrio.org.br/index.php/metaavaliacao/article/view/145>

Guild, E. y Grant, S. (2017). Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What does it mean?. *School of Law Legal Studies Research Paper*, 252, 1-16.

Kalm, S. (2010). Liberalizing Movements? The Political Rationality of Global Migration Management. En Geiger, M. y Pécout, A. (eds.), *The Politics of International Migration Management* (pp. 21-44). UK: Palgrave Macmillan.

Kalm, S. (2012). Global Migration Management, Order and Access to Mobility. En Geiger, M. y Pécout, A. (eds.), *The New Politics of International Mobility. Migration Management and its Discontents* (pp. 49-73). Alemania: Universität Osnabrück.

- Kron, S. (2011). Gestión migratoria en norte y Centroamérica: manifestaciones y contestaciones. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, 37, 53-85.
- Magliano, M.J. (2011, agosto). *Sociedad civil, migraciones internacionales y gobernabilidad. En la agenda política sudamericana*. Ponencia presentada en el XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires, ALAS, Buenos Aires.
- Mármora, L. (2010). Modelos de Gobernabilidad Migratoria. La perspectiva política de América del Sur. *REMHU - Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, 18(35), 71-92.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2012). *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*. Ginebra: ONU.
- Oficina Internacional del Trabajo (OIT). (2017). *Informe IV Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza*. Ginebra: OIT.
- Ramos, J.M. (2015). La política migratoria mexicana y la seguridad fronteriza con Estados Unidos: cambio y continuidad, 2012-2014. *Región y sociedad*, (64), 351-382.
- Rhodes, R. (2007). Understanding Governance: Ten Years On. *Organization Studies*, 8(8), 1243-1264.
- Sánchez, J.J. (2012). Usos de los conceptos de gobernabilidad y gobernanza (una manera de diferenciarlos). En Lerner, B., Uvalle, R. y Moreno, R. (coords.), *Gobernabilidad y gobernanza en los albores del siglo XXI y reflexiones sobre el México contemporáneo* (pp. 217-265). México: Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM; Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C.
- Serna, J.M. (2010). *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM
- Zurbriggen, C. y Mondol, L. (coords.). (2010). *Estado actual y perspectivas de las políticas migratorias en el MERCOSUR*. Montevideo: FLACSO Uruguay.



Rescatado de UNHCR. Cuenta en Flickr -Photo Unit-

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Les Droits de l'Homme dans les politiques migratoires brésiliennes : droits des migrants au regard d'un changement de paradigme législatif *

Marine Lila-Corde**

Résumé

En 2017, le Brésil a promulgué la Loi n.º 13.445/2017, qui régit les politiques migratoires du pays à partir du paradigme des Droits de l'Homme. Les promoteurs de cette nouvelle législation ont voulu s'inscrire à contre-courant de politiques migratoires qui, à travers le monde, criminalisent les migrants. Cependant, les avancées portées par la Loi n.º 13.445/2017 en matière de garantie des droits fondamentaux des migrants sont aujourd'hui menacées. De nouveaux textes juridiques (la Portaria 770/2019 et le Projet de Loi n.º 1928) sont défendus par des courants conservateurs qui souhaitent voir l'approche pénale des politiques migratoires brésiliennes renforcée. Cet article propose de réaliser une étude socio-anthropologique sur la mise en œuvre d'une politique migratoire fondée sur les piliers des Droits de l'Homme: ses avancées, ses limites et les débats qui l'entourent. A partir des notions de «ordre national» et de «nationalisme méthodologique», il analyse la résurgence d'idéologies nationalistes qui remettent à l'ordre du jour des politiques migratoires sécuritaires, fondées sur la représentation des migrations comme menace. En toile de fond, l'article développe une réflexion en faveur des mouvements de défense des Droits de l'Homme au Brésil, à l'heure où ceux-ci sont remis en cause par un gouvernement populiste d'extrême-droite récemment élu.

Mots clés: politiques migratoires; Brésil; Ordre national; Droits des migrants; Criminalisation des migrations.

Los derechos humanos en las políticas migratorias brasileñas: los derechos de los migrantes en el marco de un cambio de paradigma legislativo

Resumen

En 2017, Brasil promulgó la Ley n.º 13.445/2017, que rige las políticas migratorias del país con base en el paradigma de los derechos humanos. Los promotores de esta nueva legislación querían ir en contra de las actuales políticas migratorias que criminalizan a los migrantes alrededor del mundo. Sin embargo, los avances conquistados por la Ley n.º 13.445/2017 para la defensa de los derechos fundamentales de los migrantes, se ven ahora amenazados por nuevos textos jurídicos (Portaria 770/2019 y Proyecto de Ley n.º 1928). Estos son impulsados por tendencias conservadoras que desean consolidar el abordaje penal de las migraciones. Este artículo propone realizar un estudio socio-antropológico sobre la implantación de una política migratoria basada en los pilares de los derechos humanos: sus avances, sus límites y debates que la rodean. Basándose en los conceptos de "orden nacional" y "nacionalismo metodológico", analiza el resurgimiento de ideologías nacionalistas que vuelven a priorizar las políticas asentadas en el principio securitario y en la representación de la migración como una amenaza. En el fondo, el artículo desarrolla una reflexión a favor de los movimientos de derechos humanos en Brasil que han sido desafiados por un gobierno populista y de extrema derecha recientemente elegido.

Palabras clave: políticas migratorias; Brasil; orden nacional; derechos de los migrantes; criminalización de la migración.

Human rights in Brazilian migration policies: migrants' rights in the framework of a legislative paradigm shift

Summary

In 2017, Brazil enacted Law No. 13.445/2017, which governs the country's migration policies country based on the paradigm of human rights. The promoters of this new legislation sought to oppose current immigration policies that criminalize migrants around the world. However, the progress made by Law No. 13.445/2017 for the defense of migrants' fundamental rights are now being threatened by new legal texts (Portaria 770/2019 and Draft Law No. 1928). These are driven by conservative trends that seek to consolidate the criminal approach to migration. This article proposes a socio-anthropological study on the implementation of an immigration policy based on the pillars of human rights: its advances, its limits and the debates that surround it. Based on the concepts of "national order" and "methodological nationalism", the study examines the resurgence of nationalist ideologies that revert to prioritizing policies based on the principle of security and the representation of migration as a threat. Finally, the article reflects in favor of human rights movements in Brazil that have been challenged by a recently elected populist and far right-wing government.

Key words: migratory policies; Brazil; national order; migrant rights; criminalization of migration.

Direitos humanos nas políticas migratórias brasileiras: os direitos dos exiliados no marco de uma transformação de padrão legislativo

Resumo

No ano 2017, o Brasil promulgou a Lei n.º 13.445 / 2017, que rege as políticas migratórias desse país com base no paradigma de direitos humanos. Os incentivadores dessa nova legislação queriam ir contra as atuais políticas migratórias que criminalizam os exiliados em todo o mundo. No entanto, os avanços atingidos pela Lei n.º 13.445 / 2017 na defesa dos direitos fundamentais dos exiliados estão agora ameaçados por novos documentos legais (Portaria 770/2019 e Projeto de Lei n.º 1928). Eles são impulsados por tendências conservadoras que aspiram consolidar uma abordagem criminosa da migração. Este artigo propõe a realização de um estudo sócio antropológico sobre a implementação de uma política migratória cimentada nos pilares dos direitos humanos: seus progressos, seus limites e os debates que a envolvem. Com base nos conceitos de "ordem nacional" e "nacionalismo metodológico", analisa-se o renascimento das ideologias nacionalistas que, novamente, priorizam políticas enraizadas no princípio da segurança e na representação da migração como um perigo. No fundo, este artigo desenvolve uma reflexão em favor dos movimentos de direitos humanos no Brasil que foram desafiados pelo governo populista e de extrema-direita recentemente eleito.

Palavras-chave: políticas de migração; Brasil; ordem nacional; direitos dos migrantes; criminalização da migração.

* Artículo de reflexión.

** Doctora en Antropología Social por el PPGAS/Museu Nacional/UFRJ (Rio de Janeiro, Brasil). Professora contratada en el GRETA - Nord Isère (Éducation Nationale, Francia) y Coordinadora de la ONG Ensemble Vers l'Alpha (EVA) (Francia). Correo electrónico: marine.corde@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7419-0500>

Cómo citar este artículo: Corde, M. L (2020). Les Droits de l'Homme dans les politiques migratoires brésiliennes: droits des migrants au regard d'un changement de paradigme législatif. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 267-291
Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a11

Fecha de recepción: 23/09/2019 Fecha de aprobación: 28 / 11 / 2019



Les Droits de l'Homme dans les politiques migratoires brésiliennes : droits des migrants au regard d'un changement de paradigme législatif

Introduction

En mai 2017, après trois décennies de débats législatifs, sociaux et politiques qui ont mobilisé les instances officielles de l'appareil étatique brésilien et divers groupes de militants de la société civile, le Parlement du Brésil a adopté la Loi n.º 13.445/2017, la «*Nova Lei da Migração*». Le texte juridique se présente comme régi par des principes humanistes : les migrations sont conçues comme un phénomène humain et les Droits de l'Homme sont érigés en paradigme central de la législation. Il révoque la Loi n.º 6.815/80 (ou «*Estatuto do Estrangeiro*») instituée durant la Dictature Militaire (1964-1985) et qui régissait les politiques migratoires brésiliennes à partir du paradigme de la «sécurité nationale».

Pour les acteurs ayant contribué à son entrée en vigueur, cette loi représente une grande avancée sur la scène internationale des politiques migratoires, en s'inscrivant à contre-courant de mesures sécuritaires qui appréhendent les mouvements migratoires comme un problème à résoudre à l'aide de dispositifs rigides et répressifs. Avec l'adoption de la Loi n.º 13.445/2017, le Brésil intègre le cadre de gouvernance migratoire de l'Organisation Internationale des Migrations (OIM) qui affiche un idéal de gestion «à visage humain» des phénomènes migratoires (Domenech, 2011).

Contexte de la discussion

Les promoteurs de la Loi n.º 13.445/2017 proposent donc un tournant juridique dans l'histoire des politiques migratoires brésiliennes. Cette histoire, amplement documentée par les travaux de Giralda Seyferth (1990), Seyferth (1993), Seyferth (1997), Seyferth (2000a), Seyferth (2000 b), Seyferth (2001) et Seyferth (2014)

est marquée par des violences institutionnelles qui établissaient des frontières discriminatoires entre les «bons immigrés» et les «mauvais immigrés». La présence sur le territoire national de tout migrant ne correspondant pas aux catégories de l'«immigré désirable» était criminalisée. Quant aux «bons immigrés»¹, ils étaient plus perçus comme objets de politiques servant les intérêts de l'État et de la nation que sujets de droits. Ils devaient se restreindre aux stricts rôle et place pour lesquels leur présence était autorisée: ainsi les étudiants ne pouvaient pas endosser l'habit de travailleurs, les travailleurs étaient enjoins de demeurer dans l'entreprise et dans la ville au sein desquelles ils avaient obtenu leur visa de travail et surtout, chaque migrant, quel que soit son statut, se voyait interdit de pratiquer une activité politique. Tout écart aux limites fixées par la catégorie dans laquelle était consigné le migrant était perçu comme une atteinte au pouvoir d'auto-détermination de l'État et à la souveraineté nationale. Cette histoire des politiques migratoires brésiliennes est loin d'être un cas isolé.

A travers le monde, de nombreux pays - avec en tête de liste les démocraties dites «occidentales» comme les Etats-Unis, le Canada et les pays membres de l'Union Européenne - se présentent comme de fervents défenseurs des Droits de l'Homme et comme protecteurs des droits des migrants. Cependant, pour l'ample majorité de ces États nationaux, de tels droits sont appliqués dans la limite de ce que chacun reconnaît comme relevant de son droit et pouvoir d'auto-détermination. En d'autres termes, ces Etats se sont engagés d'un côté à garantir les droits fondamentaux des personnes quelle(s) que soi(en)t leur(s) origine(s) nationale(s). D'un autre côté, ces droits sont concédés aux migrants dans le strict cadre de la souveraineté nationale (et restreints par des principes tels que la protection de la sécurité nationale ou de la main d'œuvre nationale).

Un élément révélateur de ce dernier point se retrouve dans la comparaison des pays ayant ratifié le Pacte mondial sur les migrations (PMM) et ceux ayant ratifié la Convention Internationale sur la Protection des Droits de tous les Travailleurs Migrants et des Membres de leur famille. Tous deux sont des textes internationaux adoptés après de longs cycles de débats orchestrés par l'Organisation des Nations Unis (ONU). Le premier, également appelé «Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières» est un texte non contraignant en termes juridiques pour les Etats signataires. Il reconnaît la dimension humaine des phénomènes migratoires et l'importance des Droits de l'Homme, mais accorde également une grande centralité à la souveraineté nationale des Etats. Il a été adopté suite au vote

1 Défini au gré des époques à partir de divers critères sociaux de race, de classe, de genre, de situation familiale, de bagage scolaire, de statut professionnel, etc. La figure de l'«immigré idéal» (pour reprendre une expression de Koifman (2012)) a ainsi successivement désigné les colons européens devant occuper un territoire étatique en voie de consolidation, les migrants conçus comme rouage dans un projet eugéniste de blanchiment de la population, une main d'œuvre qualifiée et docile répondant aux projets de développement capitaliste, etc.

de 152 pays qui lui ont été favorables. Le second est un texte international qui a une valeur juridique contraignante pour les Etats signataires. La souveraineté nationale y est réaffirmée, mais de manière secondaire face à la primauté des droits fondamentaux des migrants. Il a été adopté suite au vote de 38 pays qui lui ont été favorables (dont aucun des Etats démocratiques occidentaux de l'Union Européenne).

Souveraineté nationale et Droits de l'Homme : deux paradigmes pour les politiques migratoires

Suivant la perspective socio-anthropologique, la scène mondiale des politiques migratoires, caractérisée par la primauté du paradigme de la «souveraineté nationale», peut être analysée à partir de la notion de «nationalisme méthodologique» (Glick Schiller & Wimmer 2002). Pour les chercheurs en Sciences Sociales Nina Glick Schiller et Andréas Wimmer, le «nationalisme méthodologique» désigne une compréhension du monde moderne à partir de la forme État/Nation/Société (les trois étant intrinsèquement liés). Il s'agit d'une représentation «naturalisée» (bien que socialement, culturellement et politiquement construite) d'un monde géopolitique organisé autour de l'Etat-nation comme «unité de base». Selon les auteurs, cette conception du monde est au fondement de formes hégémoniques de penser la société et d'agir en société. Elle est reproduite au sein de toutes les formes de connaissance du monde moderne, d'action sur ce monde ainsi que des formes d'être au monde (des sciences occidentales à l'institution de politiques étatiques en passant par des sentiments d'appartenance (nationale)).

Si l'isomorphisme entre citoyenneté, souveraineté et peuple se présente comme un opérateur basique dans un vaste système mondial de classifications sociales (Verdery, 2000), on comprend que les frontières étatiques nationales et l'idée de souveraineté nationale soient investies de fortes charges politiques et symboliques. Or, les phénomènes migratoires viennent questionner cet agencement du monde en une «collection de pays» (Ferguson & Guptal, 2000, p. 32). Les projets et les parcours de vie des migrants débordent des catégories sociales fondées sur les postulats du «nationalisme méthodologique».

Ainsi, élaborer des politiques de contrôle des migrations à partir du paradigme de la souveraineté nationale, voire celui de la défense de la sécurité nationale et des intérêts nationaux, permet de réitérer l'équation État/Nation/Société mise en branle par les phénomènes migratoires (à la fois présence de non nationaux et absence de nationaux sur le territoire de l'Etat national). De telles politiques sont instituées pour contrôler la présence, sur le territoire national, de citoyens d'autres Etats, grâce à des catégories juridiques qui les consignent à des espaces et des actions bien définis au sein de la société nationale. Tout manquement au

cadre imposé est puni par la loi pour entrave au pouvoir d'autodétermination de l'Etat et aux règles établies pour protéger les citoyens nationaux (leur sécurité, leur travail, leur santé...). L'idée d'un Etat organisateur de la vie sociale au sein d'une communauté nationale dont il garantit le bon fonctionnement et la protection est ainsi réaffirmée.

Au cours des dernières décennies, de nouvelles appréhensions des phénomènes migratoires, mettant en avant les droits et la protection des migrants, ont conduit plusieurs Etats nations à défendre une gestion dite ordonnée et humaine des migrations humaines. Dans cette optique, nous retrouvons des Organismes Intergouvernementaux (OIG), tels que l'OIM, qui mettent à l'ordre du jour des politiques internationalisées fondées sur les droits de l'homme des migrants. Ces OIG constituent un cadre de gouvernance des migrations complexe (défini par divers accords et traités nationaux et internationaux) dans lequel les Etats adhérents définissent des politiques migratoires mêlant paradigmes humanitaires et logiques sécuritaires (Dias & Vieira, 2019).

C'est dans ce cadre que se situe l'État brésilien et sa politique migratoire régie par la Loi n.º 13.445/2017 et ses principes inspirés des Droits de l'Homme. Si, d'un côté, cette politique ne cesse de réitérer la logique «estatocentrale» de la souveraineté nationale dans la gestion des phénomènes migratoires, l'adoption du paradigme des Droits de l'Homme permet, d'un autre côté, d'aborder différemment les droits des migrants et la hiérarchisation entre les citoyens nationaux et les étrangers.

Objectif et Perspectives théoriques et méthodologiques

A partir de l'étude de cas brésilien et de l'adoption de la Nouvelle Loi de la Migration, cet article propose donc de réfléchir aux Droits de l'Homme comme paradigme central d'une politique migratoire nationale. Il s'intéresse aux débats sur la Loi n.º 13.445/2017 et considère d'un côté les avancées promises pour les droits des migrants ainsi que les limites de cette législation. D'un autre côté, il se penche sur l'émergence de nouveaux textes législatifs qui menacent de saper les fondements de cette nouvelle politique migratoire brésilienne.

Les réflexions développées dans cet article prendront appui sur un travail d'analyse bibliographique des discussions développées par des parlementaires et des spécialistes autour des politiques migratoires brésiliennes. Il s'agit d'un corpus de documents publiés suite aux sessions plénières analysant la Nouvelle Loi de la Migration, d'interventions de parlementaires débattant sur des textes législatifs relatifs à la migration ainsi que d'entretiens dans la presse. L'analyse socio-anthropologique se développera à partir d'un regard ethnographique sur ce corpus. L'étude ethnographique a ici été choisie car elle permet de faire ressortir

les représentations et mondes symboliques d'agents sociaux qui interviennent au sein de contextes institutionnels étatiques, lesquels confèrent tout le sens et toute la légitimité à leurs actions. En adoptant une perspective analytique socio-anthropologique qui met en évidence ces représentations et mondes symboliques, l'article cherche à appréhender la dynamique de structures cognitives relatives au contrôle étatique des phénomènes migratoires après l'introduction des principes des Droits de l'Homme au sein des politiques migratoires.

Pour analyser une telle dynamique, je m'appuierai principalement sur la notion d'«ordre national» développée par le sociologue Abdelmalek Sayad (1999). L'ordre national désigne les structures cognitives au fondement de ce que d'autres chercheurs en sciences sociales comme Nina Glick Schiller et Andréas Wimmer nomment le «nationalisme méthodologique». En d'autres termes, ce sont les structures cognitives à partir desquelles l'ordonnance du monde en un ensemble de communautés nationales administrées par un appareil étatique est conçue comme l'ordre «naturel» du monde. Sayad explique ainsi que toutes les catégories sociales, culturelles, économiques, politiques à partir desquels nous pensons le monde et la vie en société sont des catégories nationales («voire nationalistes», souligne-t-il (Sayad, 1999, p. 1)) structurées par la «pensée d'Etat» (Sayad, 1999).

Les phénomènes migratoires sont pensés à travers ces catégories perçues comme «universelles». La séparation entre les nationaux et les non-nationaux, entre les citoyens d'un Etat et les non-ressortissants, est conçue comme naturelle. L'appareil étatique définit les critères fondamentaux d'une telle distinction, c'est ce que Sayad nomme la «fonction diacritique de l'Etat» (Sayad, 1999) et qu'il présente comme constitutive de l' «ordre national» :

Il est comme dans la nature même de l'Etat de discriminer et, pour cela, de se doter préalablement de tous les critères de pertinence nécessaires pour précéder à cette discrimination sans laquelle il n'y a pas d'Etat national, entre les 'nationaux' qu'il reconnaît comme tels et en lesquels il se reconnaît aussi, comme eux-mêmes se reconnaissent en lui (cet effet de double reconnaissance mutuelle est indispensable pour l'existence et pour la fonction de l'Etat), et les 'autres' dont il n'a à connaître que 'matériellement' ou instrumentalement, en raison du seul fait qu'ils sont présents dans le champ de sa souveraineté nationale et sur le territoire nation couvert par cette souveraineté. (Sayad, 1999, p. 6)

Ainsi, la mise en place d'institutions étatiques dont l'objectif est d'établir les politiques relatives à la gestion des frontières nationales (géographiques, sociales, symboliques, politiques, identitaires, culturelles, économiques, etc.), confère à cette distinction entre national et non national un caractère concret et appréhensible.

Sayad défend qu'il est impossible de penser les migrations hors du cadre de l'Etat-nation. Les phénomènes migratoires - à la fois présence de non-nationaux dans un territoire étatique national et absence de citoyens nationaux du territoire d'un autre Etat national - sont une «hérésie» pour l'ordre national, un problème, voire un crime potentiel, à résoudre par des mesures politiques (Sayad (1991), Sayad (1999), Sayad (2014). L'insertion du paradigme des Droits de l'Homme, mettant en avant les droits octroyés aux migrants de par leur qualité d'être humain (au-delà de leur qualité de nationaux ou non nationaux), annonce certains changements au sein des catégories de la pensée d'Etat relatives aux migrations (sans pour autant en modifier les structures).

Plan

Cet écrit se divise en deux grandes parties. Dans une première partie, il se penchera sur la Nouvelle Loi de la Migration au Brésil, sur son processus d'approbation et sur les avancées annoncées par cette loi pour les droits des migrants. Il les présentera simultanément comme reflets de changements au sein de catégories du nationalisme méthodologique et comme réitération des structures de l'ordre national. Il se penchera également sur les limites de ces avancées. Dans une seconde partie, la démonstration défendra que si l'on ne peut pas attendre une «révolution structurelle» de la part des nouvelles politiques migratoires brésiliennes, il reste important de sauvegarder les avancées qu'elles représentent. Elle montrera en effet que des mouvements nationalistes conservateurs présentent une nouvelle ordonnance (Brésil. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019), des vetos et des amendements à la Loi n.º 13.445/2017 visant à en saper les fondements, en remettant notamment à l'ordre du jour la prééminence des logiques politiques de criminalisation des phénomènes migratoires.

Partie I. La Loi n.º 13.445/2017 : politique migratoire et Droits de l'Homme

L'émergence du paradigme des Droits de l'Homme dans le paysage des politiques migratoires brésiliennes

La Loi n.º 13.445/2017 vient substituer la Loi n.º 6.815/80 (*Estatuto do Estrangeiro*) qui régissait les politiques migratoires brésiliennes suivant une logique héritée de l'époque de la dictature militaire. Celle-ci discriminait les migrants en distinguant ceux qui étaient considérés comme répondant aux intérêts nationaux des autres, perçus comme une menace potentielle pour la société nationale. Pour les défenseurs de la Nouvelle Loi de la Migration, il était urgent de révoquer le *Estatuto do Estrangeiro* et de substituer une logique de protection et de droits humains aux migrants.

tuto do Estrangeiro qui n'était plus en adéquation avec les réalités sociopolitiques survenues au cours des trente dernières décennies. Depuis la fin des années 80, cette ancienne loi était également entrée en contradiction avec la Constitution de la République Fédérative du Brésil, promulguée postérieurement.

L'adoption de la Nouvelle Loi est donc présentée comme une mise en adéquation des politiques migratoires avec la Constitution du Brésil, proclamée en 1988 durant la période de redémocratisation du Brésil. En effet, le texte constitutionnel défend la centralité des Droits de l'Homme dans son abord des relations internationales (art. 4) et donc, par extension, dans son administration des phénomènes migratoires (c'est-à-dire des non ressortissants et non nationaux présents sur le territoire national et des citoyens brésiliens qui ont émigré dans un autre Etat national). De plus, l'article 5 de la Constitution Brésilienne décrète que tous sont égaux devant la loi, brésiliens et étrangers résidents, sans distinction de quelque nature que ce soit (Brasil, Presidência da República 1988). En d'autres termes, la Constitution brésilienne réfute, en théorie, toute législation discriminatoire et favorise une vision que les défenseurs de la Loi n°13.445/2017 définissent comme «humaniste» (Brasil, Senado Federal, 2015). La promulgation de la Constitution Brésilienne quelques années après l'approbation de la Loi n.º 6.815/80 a ainsi plongé ce dernier texte législatif dans l'inconstitutionnalité. Cette contradiction a permis l'ouverture d'enquêtes aberrantes comme ce cas récent d'une professeure universitaire étrangère qui a fait l'objet d'une investigation policière en 2016 pour participer à des activités syndicales et politiques. Si les accusations prononcées contre la professeure trouvaient leur fondement dans le *Estatuto do Estrangeiro*, qui interdisait toute activité politique et syndicale aux étrangers, elles portaient atteintes aux principes constitutionnels énoncés dans l'article 5 de la Constitution (libre manifestation de la pensée, liberté de conviction, droit de réunion, liberté d'association, entre autres). Suite à l'intervention du Ministère Public Fédéral, la Justice Fédérale a ordonné la clôture de l'enquête, mais le cas est révélateur du contexte législatif ambivalent et contradictoire dans lequel se sont développés les débats pour une Nouvelle Loi de la Migration.

En second lieu, le *Estatuto do Estrangeiro*, dépassé par de nouvelles réalités migratoires traversant le Brésil et le monde, n'était plus à même de régir les politiques migratoires brésiliennes. Face à ces carences, le Conseil National de l'Immigration (CNIg), en charge de telles politiques migratoires, a dû légiférer en multipliant les résolutions normatives au cours des dernières décennies. Ces dernières ont pourtant révélé leurs limites face à des parcours migratoires comme ceux vécus par les Haïtiens arrivés dans le nord du Brésil au début des années 2010. Selon plusieurs observateurs des politiques migratoires brésiliennes (voir par exemple Guerra, 2017 et Oliveira, 2017), la crise humanitaire de l'Haïti et le (non-)accueil des ressortissants de ce pays ont mis en évidence des failles dans un appareil légal qui n'était plus à même de faire face à la diversité et à la complexité des nouvelles réalités migratoires. Ces éléments

ont eu de grandes répercussions dans les débats autour de l'institution d'une nouvelle politique, notamment dans les discussions sur la notion d'accueil humanitaire qui a été intégrée à l'actuel Loi n.º 13.445/2017.

C'est dans ce contexte croisé, entre un appareil légal nébuleux et anachronique en matière de politiques migratoires et un Etat brésilien qui, en ce début des années 2010, se trouve en plein développement économique et social et se présente comme un pays attractif (Brésil, Senado Federal, 2015), qu'est promulguée la Nouvelle Loi de la Migration.

Selon Tarcísio Dal Maso, consultant législatif du Sénat Fédéral, cette loi se concentre sur de nouveaux préceptes prenant appui sur la Constitution de la République Fédérative du Brésil de 1988 et sur de nombreux traités internationaux ratifiés par le Brésil² qui trouvent leur fondement dans les Droits de l'Homme et dans le principe de la «dignité humaine» (Jardim, 2017, p. 35). Ces concepts juridiques ont été transposés dans la Loi n.º 13.445/2017 avec le principe de «non-criminalisation de la migration» (*Seção II Art. 3 - III*) et tous les autres principes énoncés dans l'article 3, reconnaissant et protégeant les droits des immigrés et des émigrés au même titre que les citoyens brésiliens présents sur le territoire national (accès à la justice, à l'éducation, à la santé, droits des travailleurs, droit à la sécurité sociale, à la réunion familiale, droit d'association, entre autres). Pour garantir ces droits, plusieurs mesures sont prévues par la loi qui associe politiques migratoires, lutte contre les discriminations et accueil humanitaire des migrants définis comme les plus vulnérables (apatriides, ressortissants de pays traversés par une crise écologique, un conflit armé, etc.) Nous pouvons citer, entre autres, une simplification des démarches administratives entreprises par les migrants (débureaucratisation des formalités pour les émigrés ainsi que des procédures pour certains visas pour les étrangers - comme le visa de travail - ou encore exonération des taxes administratives pour les migrants qui ont des faibles revenus). Enfin, la loi mise sur la coopération internationale entre les Etats pour que les droits fondamentaux des migrants soient garantis tout au long de leur parcours.

La Nouvelle Loi de la Migration et la ressignification des catégories du nationalisme méthodologique

Venons-en à l'analyse de cette nouvelle législation ou plus exactement de ce qui amène ces défenseurs, comme Tarcísio Dal Maso, à la définir comme un texte clé qui vient

2 Par exemple: la *Convention de 1954 relative au statut des apatrides*, promulguée par le Décret n.º 4.246/2002; la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, promulguée par le Décret n.º 50.125/1961, et la Loi n.º 9.474/1997; la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, dite Convention de Palerme, promulguée par le Décret n.º 5.015/2004 ; la Convention n.º 108 (185 à son entrée en vigueur) de l'Organisation Internationale du Travail – OIT.

chambouler toute l'histoire législative du Brésil (Senado Notícias, 2017). Comment interpréter l'approbation d'une loi qui régit les politiques migratoires à partir des préceptes des Droits de l'Homme (et non plus du seul principe de souveraineté nationale) au regard de l'ordre national et du nationalisme méthodologique qu'il structure?

Il ne s'agit pas ici d'un chamboulement des structures même de l'ordre national, ces «structures de notre entendement politique le plus ordinaire» (Sayad, 1999, p. 5) qui organisent notre monde social. Comme Sayad le rappelle, ces structures «prédéterminent et [...] organisent toute notre représentation du monde et, par suite, ce monde lui-même» (Sayad, 1999). Si l'ordre national est conçu comme l'ordre «naturel» du monde social, il est difficile de concevoir qu'un «simple» changement de paradigme législatif puisse mettre en branle ses fondements. D'autant plus que la sphère juridique constitue le domaine de prédilection de l'objectivation de l'appareil étatique (Bourdieu, 1993, p. 54) au sein duquel sont reproduits les «mécanismes internes de structuration et de fonctionnement» de l'ordre national (Sayad, 1999, p. 5).

Toutefois, la mise en place d'une politique migratoire régie par les principes des Droits de l'Homme implique une rupture avec certains préceptes du nationalisme méthodologique que l'on retrouve habituellement à la base des institutions juridiques nationales. Ces principes remettent en question l'équation État/Nation/Société lorsqu'elle mène à concevoir comme des anomalies et des indésirables les individus qui ne peuvent être associés à un État-Nation (Arendt, 1973, p. 283). Ils s'inscrivent également à contre-courant de ce qui, dans cette même équation, naturalise le fait qu'un migrant (national hors du territoire national, non national sur le territoire d'un Etat national tiers) soit privé en partie ou en totalité de ses droits civiques fondamentaux.

Dans un premier temps, une loi qui régit les politiques migratoires à partir des préceptes des Droits de l'Homme implique la reconnaissance du caractère discriminatoire des catégories sociales enracinées dans le nationalisme méthodologique. Ces dernières peuvent prendre diverses formes selon les époques, mais toutes désignent les migrants sous les traits de «the paradigmatic Other» (Töölöyan, 1991 *apud* Schnapper, 2001, p. 13). Loin de relever du seul domaine des représentations, ces catégories, reportant à une altérité négative, ont des conséquences sociales et politiques concrètes dans la vie quotidienne des étrangers vivant au Brésil. Il s'agit par exemple de l'image des étrangers comme menace sanitaire qui a mené la Police Fédérale à nier le renouvellement du titre de séjour de Congolais, en 2014, alors que l'épidémie de Ebola au Congo faisait la une des journaux brésiliens³. Il s'agit encore de l'image des migrants qui menaceraient les

3 Et ce bien que ces migrants ne se soient pas rendus dans leur pays d'origine depuis des années (et qu'ils l'aient quitté bien avant le développement du virus).

emplois des nationaux accompagnant des mesures qui restreignent l'emploi des étrangers (favorisant l'insertion de ces derniers dans des emplois non déclarés et précaires). On pourrait également citer les représentations négatives des migrants qui, reproduites dans les médias brésiliens et renforcées par des préjugés de classe, de race, de religion, d'origine, etc., ont provoqué des attaques contre des migrants, du Nord au Sud du Brésil⁴.

Au cours des débats pour l'approbation de la Loi n.º 13.445/2017, plusieurs parlementaires ont reconnu que les politiques migratoires brésiliennes régies par le *Estatuto do Estrangeiro* avaient contribué à alimenter une image négative des mobilités humaines et à rendre plus difficile l'intégration de populations de migrants dans la société nationale (Brésil, Senado Federal, 2015). Mais ce qui est plus intéressant encore au regard de notre analyse, c'est la volonté affichée par les défenseurs de la Nouvelle Loi de la Migration de mettre en valeur une représentation des migrants comme partie intégrante de la société brésilienne, de son développement et de son histoire (Brésil, Senado Federal, 2015).

Ce dernier point vient ajouter une certaine nuance à la distinction entre les citoyens nationaux et les non-ressortissants qui se trouve à la base du nationalisme méthodologique. Selon Brubaker (1994), cette distinction relève de la fonction diacritique de l'Etat, chargé d'instituer les catégories juridiques de "citoyen" et de "étranger" comme mutuellement exclusive. Sayad (1999) analyse cette fonction diacritique comme étant constitutive de l'ordre national et de l'appareil étatique lui-même. En ce sens, en minimisant certaines distinctions juridiquement et socialement établies entre les citoyens nationaux et les étrangers, la Loi n.º 13.445/2017 s'appuie sur des catégories de pensée qui reproduisent le nationalisme méthodologique sous une forme moins rigide et orthodoxe. Les migrants ne sont plus perçus comme une distorsion au sein de l'isomorphisme entre le peuple, la souveraineté et la citoyenneté. Les défenseurs de la Nouvelle Loi de la Migration leur concèdent, en grande partie, les mêmes droits fondamentaux que les citoyens et défendent un discours public dans lequel les étrangers sont représentés comme appartenant à l'histoire et à la société brésilienne.

Pour terminer sur la Loi n.º 13.445/2017 comme reflet de changements au sein des catégories du nationalisme méthodologique, citons l'idée de vulnérabilité des migrants réitérée plusieurs fois dans les discours des concepteurs de la Nouvelle Loi de la Migration. Nombre d'entre eux ont soulevé le fait que les migrants

4 Voir par exemple Puff, J. (2015, 26 août). Racismo contra imigrantes no Brasil é constante, diz pesquisador. *BBC News Brasil*. Recuperado de https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150819_racismo_imigrantes_jp_rm; Viana, G. (2017, 03 août). Refugiado sírio é atacado em Copacabana: 'Saia do meu país!'. *O Globo*. Recuperado de <https://oglobo.globo.com/rio/refugiado-sirio-atacado-em-copacabana-saia-do-meu-pais-21665327>; Carneiro, J. D. (2018, 12 septembre). 'Estamos todos aterrorizados', diz amiga de venezuelano linchado em Boa Vista. *BBC News Brasil*. Recuperado de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492018>

se trouvent privés de leurs droits civiques dès qu'ils quittent leur pays d'origine. Ainsi, Tarcísio Dal Maso, consultant législatif du Sénat Fédéral explique:

A vulnerabilidade dos migrantes, aqui entendidos amplamente (imigrantes e emigrantes), corresponde a impotência de quem sai de sua comunidade de origem para exercer plenamente seus direitos. Estará o migrante vulnerável quando entra em um espaço onde é um estrangeiro, seja este lugar próximo ou distante de seu Estado de nacionalidade. Não é a distância de seu País de origem o fator predominante, mas o grau de desproteção social e jurídica. (Brésil. Presidência da República, 2017, p. 42)

Nous pouvons voir ressortir entre les lignes la contestation d'une vision du monde social construite sur l'isomorphisme entre le peuple, la souveraineté et la citoyenneté et qui est représentée ici comme violente. Ce discours met donc en avant une critique des relations de domination impliquant les appareils étatiques nationaux, les ressortissants nationaux et les étrangers.

Toutefois, ce discours n'aboutit pas à une critique globale des structures des États nationaux, de leurs pouvoirs discrétionnaires et de leur fonction diacritique. Il s'agit avant tout d'un « réquisitoire » contre une logique d'État dont les démocraties occidentales, comme les Etats-Unis et de nombreux membres de l'Union Européenne, promotrices d'un principe de souveraineté national janséniste, sont présentées comme les principales représentantes. Par figure d'opposition, cette contestation permet de faire ressortir l'image d'un Etat brésilien bienveillant et de renforcer le mythe de l'État comme une entité accueillante (Vieira, *apud* Dias & Vieira, 2019, p. 156).

Un changement de paradigme législatif contenu: les cadres des «intérêts nationaux» et de la «gouvernance mondiale des migrations»

Toutefois le Nouvelle Loi de la Migration brésilienne n'est pas un manifeste pour la libre circulation des individus. L'entrée et la permanence des migrants sur le territoire national restent soumises au pouvoir discrétionnaire d'un État brésilien qui s'insère dans une scène géopolitique mondiale aux enjeux complexes, tout en continuant à protéger ses intérêts nationaux.

En premier lieu, si l'on se penche sur les débats parlementaires autour du texte final de la Loi n.º 13.445/2017, il apparaît clairement que les phénomènes migratoires sont toujours appréhendés au prisme de l'ordre national. Les catégories nationales (voire nationalistes) hégémoniques y sont sous-jacentes et toujours prêtes à émerger. Ainsi, si les défenseurs de la loi ont rejeté l'ajout d'ar-

ticles remettant la notion de «intérêt national» à l'ordre du jour⁵, cette dernière se retrouve exprimée implicitement au fil du texte juridique où les migrations sont associées au développement économique, social, scientifique, technologique et culturel du pays. De même, la centralité du pouvoir souverain de l'Etat national est tacitement réaffirmée en plusieurs points du texte, lorsqu'il s'agit des frontières nationales, de la protection de la flotte maritime brésilienne, de l'embauche des marins nationaux⁶, etc.

De plus, bien que les principes des Droits de l'Homme mobilisés tout au long de la Nouvelle Loi de la Migration permettent de contrecarrer les préceptes les plus rigides de la souveraineté nationale, il ne s'agit pas de les concevoir comme une opposition directe à cette dernière. Les principes des Droits de l'Homme sont composés dans les cadres fixés par l'idée d'un pouvoir d'autorité supérieur émanant de l'Etat national brésilien.

Enfin, l'un des principaux marqueurs de la persistance de l'ordre national au sein des nouvelles politiques migratoires brésiliennes réside dans le maintien du droit pénal dans la Nouvelle Loi de la Migration. En effet, les parlementaires qui ont promulgué le texte fondateur des nouvelles politiques migratoires ont délibérément refusé que soit retiré tout contenu pénal de la Nouvelle Loi Migratoire et ce, malgré la proposition avancée par le Sénateur José Agripino (DEM/RN) qui voyait dans ce caractère pénal du texte juridique une reproduction de la criminalisation des migrations⁷.

Les parlementaires brésiliens ont justifié la conservation du caractère pénal du texte législatif par un argument juridique. En effet, en abandonnant la logique de criminalisation des migrations, la Loi n.º 13.445/2017 risquait à son tour de devenir anticonstitutionnelle : dans l'article 106 de la Constitution brésilienne, l'entrée et la permanence «irrégulières» (Brésil. Presidência da República, 1988) d'un étranger sont définies comme un crime dans la mesure où elles sont conçues comme une atteinte à la souveraineté de l'État national. Les parlementaires ont résolu cette contradiction juridique en criminalisant non pas les migrants, mais toute personne cherchant à promouvoir l'entrée illégale d'étrangers en échange d'avantages économiques (Art. 115 de la Loi n.º 13.445, Brésil. Presidência da República, 2017)⁸.

5 Cf. Emenda 4 de Romero Jucá (MDB/RR) - rejetée (Brésil, 2015)

6 Cf. Emenda 7 de Romero Jucá (MDB/RR) qui exempte du visa maritime les porteurs d'une «pièce d'identité des gens de mer» - rejetée (Brésil, 2015)

7 Cf. Emenda 13 de José Agripino - rejetée (Brésil, 2015).

8 Nous pourrions soulever ici la question des migrations dites "illégales" ou "irrégulières" bien souvent favorisées par les propres politiques migratoires nationales et des catégories étatique restrictives qui ne correspondent pas à la complexité et la densité des projets de vie et des parcours des migrants (même lorsque ces catégories sont élargies, comme dans le cas brésilien). Sur cet (apparent) paradoxe des politiques migratoires comme socle des migrations

Cette lutte de l'État brésilien contre la «promotion de la migration illégale» (Art. 115 de la Loi n.º 13.445, Brésil. Presidência da República. 2017) s'inscrit dans un nouveau programme international de gouvernance des migrations coordonné, entre autres, par l'OIM et axé sur la lutte contre la traite des personnes et le trafic de migrants. Ce programme reflète la complexité du paysage des politiques migratoires des États membres de l'OIM. D'un côté, cette lutte contre le trafic des migrants relève d'une gouvernance des migrations présentée comme ayant «un visage plus humain» (Dias & Vieira, 2019 ; Domenech, 2011), avec la protection des «victimes» du trafic des personnes, entre autres populations de migrants définies comme «vulnérables». Elle mêle coopérations internationales, mobilisations de valeurs tenues pour universelles (comme les Droits de l'Homme) et défense des migrations comme phénomènes bénéfiques. D'un autre côté, la lutte contre le trafic des personnes - associée à la défense des droits humains des migrants - adopte des pratiques sécuritaires et criminalisantes derrière un discours humanitaire (Dias & Vieira, 2019). Pour Domenech (2011):

Bajo la cobertura ideológica de esta nueva perspectiva tecnicopolitica se desarrolla una politica de control con rostro humano: amparado en el discurso de los derechos humanos para obtener la legitimidad necesaria para su instrumentación, el control sobre la inmigración irregular desplaza (no elimina) formas restrictivas o coercitivas, pero no con el propósito de hacer efectivos los derechos humanos de los inmigrantes, sino para obtener mayores resultados en la administración eficaz de los flujos migratorios. (p. 121)

Il s'agit de jeux de pouvoir à partir desquels les catégories des migrations «désirables» («légales») et «non désirables» («illégales») sont reproduites (souvent suivant une logique de gouvernance néo-libérale). Des politiques nationales et internationales sont mises en place à partir de la définition de «problèmes» liés aux phénomènes migratoires et de la conception de programmes de résolution de ces problèmes (qui impliquent rarement les acteurs sociaux que sont les propres migrants) (Estupiñán Serrano, 2014).

L'État brésilien participe à la complexité de ce cadre mondial de la gouvernance des migrations. Au cours des dernières années, il a adopté plusieurs politiques dont l'objectif affiché est la défense des droits humains de migrants (la Loi n.º 9.474/97 et le *Programa de Reassentamento Solidário* de 1999 pour les Réfugiés et la Loi n.º 13.445/2017 pour les nouvelles politiques migratoires). Ces actions lui ont permis de se faire une place prééminente sur la scène diplomatique mondiale. Ces stratégies diplomatiques ont mené les agents de l'État brésilien à configurer leurs

dites irrégulières, voire Baraldi (2014), Lochak (2018) et Palidda (1999). Sur la production légale de la catégorie de la «migration illégale», voire Fernandes (2005).

politiques migratoires suivant la complexité des normes imposées par le cadre de la gouvernance mondiale des migrations. Comme nous l'avons vu, celles-ci sont élaborées entre mise en avant des Droits de l'Homme et mesures restrictives qui se fondent autant sur des catégories cognitives structurées par l'ordre national que sur des jeux de pouvoir répondant à une logique néolibérale. Selon Dias & Vieira (2019), ces normes limitent surtout toute autre possibilité d'interprétation et de gestion des phénomènes migratoires que celles orientées par le croisement de l'humanitarisme et le sécuritarisme des traités internationaux (p. 164).

Cette première partie de notre analyse des politiques migratoires brésiliennes visait à présenter la Loi n.º 13.445/2017, ses avancées et ses limites. En parallèle, notre première discussion cherchait à démontrer que ce nouveau texte législatif continue à trouver son fondement dans les structures cognitives, sociales et politiques d'un ordre national «naturalisé» (il n'a pas vocation à remettre en cause le socle de notre inconscient social) et dans des logiques politiques et économiques néo-libérales de la gestion des phénomènes migratoires mondiaux (incitant les «bons» mouvements migratoires et criminalisant les «mauvais»).

Dans ce contexte, les avancées pour les droits des migrants au Brésil restent fragiles. Ainsi loin d'être promus d'une manière durable, de tels droits se retrouvent au cœur des critiques de courants politiques conservateurs qui considèrent les principes de la nouvelle politique migratoire comme dangereux (ils leur apparaissent comme contre-nature, l'ordre naturel étant l'ordre national évoqué antérieurement). En effet, la Nouvelle Loi de la Migration a été amputée par plusieurs vetos présidentiels freinant ses propositions les plus progressistes quant à la protection des migrants. Elle est également attaquée par un nouveau projet de loi qui vise à la réformer (Projeto de Lei n.º 1928, de 2019 (Brésil. Senado Federal ,2019), ainsi que par un texte réglementaire qui cherche à renforcer le caractère pénal des politiques migratoires brésiliennes (Brésil. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019).

Partie 2 Politique migratoire brésilienne et Droits de l'Homme : des avancées fragiles

Un retour aux préceptes sécuritaires des politiques migratoires brésiliennes

L'approbation de la Loi n.º 13.445/2017 a jeté les bases d'un processus de changement au sein des catégories mobilisées pour la constitution des politiques migratoires brésiliennes. Nous avons vu que concevoir les phénomènes migratoires à partir de droits fondamentaux garantis au-delà de l'équation Etat/Nation/Société est une avancée qui reste encadrée par la logique de l'ordre national. Cette der-

nière est reproduite de manière plus ou moins consciente à travers des discours et des pratiques nationalistes (internationalisées) plus ou moins marqués. Dans l'expression la plus véhémente et explicite de ces derniers, nous retrouvons ceux que Sayad (1999) nomme les «puristes de l'ordre national» (p. 6) et qui composent les mouvements conservateurs brésiliens qui se sont opposés aux aspects les plus progressistes du projet de loi qui a mené à l'adoption de la Loi 13.445/2017. Ces mouvements conservateurs défendent que la primauté de la souveraineté nationale doit rester explicite dans la gestion des phénomènes migratoires. Ils soutiennent la prééminence du caractère sécuritaire des politiques instituées pour gérer les migrations. Ils se sont alignés sur les prises de position corporatives du Ministère de la Défense, du Cabinet de la Sécurité Nationale et de la Police Fédérale pour lesquels les politiques migratoires demeurent une question de «sécurité nationale» impliquant le rôle central de la Police Fédérale (Feldman-Bianco, 2018, p. 20). Ils se sont ainsi mobilisés pour renforcer le contenu pénal de la Nouvelle Loi de Migration avec le soutien du pouvoir exécutif qui a opposé des vetos aux articles les plus progressistes de la législation (Brésil, Presidência da República, 2017b).

Ces abrogations du texte final de la loi sont justifiées par une série d'arguments qui réitèrent le nationalisme méthodologique dans ses versions les plus rigides et orthodoxes. Ainsi, l'extension des droits fondamentaux à tous les migrants, étrangers non-résidents inclus, a été invalidée et décrétée anti-constitutionnelle, l'article sur l'égalité des étrangers et des nationaux dans l'accès à la fonction publique a été abrogé au nom des intérêts nationaux, les facilités d'accès à la citoyenneté pour certains étrangers ont été abrogées au nom de la protection de la démocratie et du processus électoral national, le pouvoir policier a été renforcé au nom de la protection du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, le débat sur les droits politiques des étrangers n'a pas eu lieu, au nom de la défense de la souveraineté nationale, etc. Dès lors, bien que la notion de «sécurité nationale» ait été retirée de la Nouvelle Loi de la Migration, on en retrouve les soubassements entre les lignes du texte législatif. En toile de fond, la représentation des phénomènes migratoires comme potentiellement perturbateurs de l'ordre national est renforcée. Les vetos opposés par le pouvoir exécutif ont ainsi fait de la Loi n.º 13.445/2017 un texte complexe et contradictoire.

Mais les débats entre les partisans d'une politique migratoire brésilienne présentées comme plus humaniste et ceux défendant la primauté de la sécurité nationale sur l'universalité des Droits de l'Homme se prolongent bien au-delà de la publication du texte final de la Loi n°13.445/2017. Comme évoqué plus haut, un nouveau projet de loi visant à la modifier a été déposé auprès du Congrès National en février 2019. Sa proposition initiale était simple. Il s'agissait de créer une nouvelle catégorie de visa permettant à des jeunes étrangers de 18 à 29 ans de venir travailler ou étudier au Brésil durant plusieurs mois. Elle a pourtant ouvert un espace pour la reprise des débats entre les défenseurs des droits fondamentaux des migrants et les «puristes de l'ordre national».

Les Sénateurs de centre gauche Rogério Carvalho (PT/SE) et Humberto Costa (PT/PE) se sont emparés du projet de loi pour renforcer l'accès aux droits des migrants, mais également pour contrecarrer les vetos du pouvoir exécutif et remettre à l'ordre du jour certaines mesures supprimées par ces derniers. Dans leurs propositions ils cherchent par exemple à rétablir la possibilité (pour les ressortissants d'un pays lusophone ou membre du Mercosul) de demander la naturalisation au bout d'un an de résidence au Brésil (mesure annulée au nom de la protection du processus électoral national). Ils défendent également l'institution d'un visa de réunion familiale pour les parents ou dépendants affectifs de résidents étrangers (cette mesure ayant été abolie au nom du risque d'enlèvement international de mineurs qu'elle était censée comporter).

A l'inverse, les Sénateurs de droite Mecias de Jesus (REPUBLICANOS/RR) et de centre gauche Paulo Paim (PT/RS), ont soumis au Congrès deux propositions cherchant à renforcer le contrôle et les mesures sécuritaires à l'égard des migrants qui sollicitent le statut de réfugié.

Toutefois, il existe un autre point autour duquel les débats deviennent plus véhéments : il s'agit du statut et des mesures définis pour les migrants ayant commis un crime avant ou durant leur établissement au Brésil. Cette question n'est pas nouvelle, elle a été évoquée lors des sessions plénières examinant le PLS 288/2013 ayant abouti à l'adoption de la Loi n.º 13.445/2017. Ces derniers mois, elle est réapparue au cœur des discussions sur les politiques migratoires brésiliennes suite à la publication d'un texte réglementaire signé par le Ministre de la Justice Sérgio Moro (la Portaria 770, nouvelle version d'un ancien texte portant la référence cynique de «Portaria 666»).

Ce texte «dispose sur l'interdiction d'entrée, le rapatriement et la déportation de personnes dangereuses ou qui ont pratiqué un acte contraire aux principes et objectifs de la Constitution Fédérale» (Brésil, Senado Federal, 2019). Il établit une série de mesures légales à l'encontre de personnes désignées comme «dangereuses» du fait qu'il existe «de sérieuses raisons» de penser qu'elles aient été impliquées dans l'un des crimes ou délits énumérés dans le texte. Ainsi la Portaria renforce l'idée que les phénomènes migratoires sont une question relevant de la sécurité publique nationale. Elle nie surtout le plein accès des migrants à une justice de qualité. Elle restreint en effet certains principes que l'on retrouve à la base de tout système judiciaire démocratique puisque les accusations peuvent être fondées sur des énoncés peu précis («de sérieuses raisons de penser que... ») et puisqu'elle limite la possibilité des étrangers accusés de présenter une défense de qualité (la défense n'ayant que 5 jours pour s'organiser). Le texte élargit et durcit certaines mesures pénales de la Loi n.º 13.445/2017 en prévoyant par exemple la détention préventive des personnes avant leur déportation (peine inexistant dans la Nouvelle Loi de la Migration).

La publication d'un tel texte réglementaire était déjà préfigurée par le veto de l'incisif § 4º de l'art. 113 de la Nouvelle Loi de la Migration (Brésil, Secretaria Legislativa do Congresso Nacional, 2017b). Par ce veto, le pouvoir exécutif a retiré les migrants qui purgent une peine au Brésil de la liste des personnes considérées comme vulnérables (et donc sujettes à une protection légale spécifique). Or dans un monde géopolitiquement pensé à partir de l'isomorphisme entre l'Etat, la Nation et la Société, les migrants (nationaux hors du territoire national) sont généralement privés d'une partie de leurs droits civiques et de la protection de leur Etat d'origine. Aussi, il semble légitime de penser que les migrants faisant l'objet d'une procédure judiciaire et qui se trouvent souvent dans une condition juridique précaire de par leur statut d'étranger, représentent une population vulnérable⁹.

Mais les représentations suspicieuses des étrangers restent fortement ancrées dans les systèmes de valeurs défendus par les «puristes de l'ordre national». On retrouve ainsi dans le PL 1928/2019 une autre proposition qui enjoint les personnes sollicitant un visa humanitaire à présenter un casier judiciaire vierge. Cela sous-entend par exemple que les ressortissants d'un pays traversé par des conflits armés, des désastres environnementaux, par des atteintes graves aux droits de l'homme, etc. ne pourraient pas obtenir un visa d'accueil humanitaire s'ils ont déjà purgé une peine judiciaire (fut-ce cette peine prononcée par un Etat caractérisé par de sérieuses instabilités institutionnelles).

Portaria 770 : la «double peine» des migrants

Ces liens établis entre migration, criminalité (et suspicion de crime) et sécurité nationale se trouvent aux antipodes des propositions initiales de la nouvelle politique migratoire brésilienne qui se fondent sur la garantie des droits fondamentaux des étrangers, quelle que soit leur situation. Ici nous retrouvons le nationalisme méthodologique dans ses versions les plus radicales où l'étranger, élément perturbateur de l'équation Etat/Nation/Société, est doublement suspect. Suspect de crimes présents dans le Code Pénal et suspect également du seul fait d'être étranger (et ce, bien que le principe de non-criminalisation des migrations ait été placé au cœur du système législatif brésilien).

La situation sociopolitique des migrants ayant commis de fait un crime ou un délit a été analysée par Sayad (1999) à partir de la notion de «double peine». Le sociologue explique que ces migrants sont condamnés une première fois pour ne pas avoir respecté ce qui est établi par la loi. Mais ils sont parallèlement condamnés

9 A noter qu'il existe toutefois une proposition ajoutée au PL 1928/2019 qui cherche à contourner ce veto en réintroduisant dans la liste des personnes vulnérables les migrants purgeant une peine ou en liberté conditionnelle au Brésil.

une seconde fois pour leur statut de migrants tenus à l'hypercorrection sociale et morale (Sayad, 1999, p. 10): ils n'ont pas droit au délit (Sayad, 1999, p. 13). Cette injonction à la bienséance faite aux migrants est caractéristique d'un monde social pensé au prisme de l'ordre national, prompt à qualifier d'hérétique la présence de non-nationaux au sein de l'espace national.

La Portaria 770 représente une atteinte institutionnalisée aux droits des migrants les plus fondamentaux en matière d'accès à la justice. La publication d'un tel texte reflète la persistance des postulats du nationalisme méthodologique le plus strict. Elle démontre surtout que si l'adoption de la Nouvelle Loi de la Migration annonce de grandes avancées en matière de garantie des droits fondamentaux des migrants, un long chemin reste encore à parcourir pour remodeler durablement les catégories de l'inconscient social qui représentent les phénomènes migratoires comme un trouble potentiel à l'ordre établi.

Considérations Finales

Dans un monde globalisé, il existe plusieurs perspectives de compréhension, d'organisation et de contrôle des flux géopolitiques. La circulation des personnes, les phénomènes migratoires, sont encore appréhendés sous la perspective hégémonique de l'ordre national. Ces flux sont donc gérés par des appareils étatiques souverains administrant une population nationale et un territoire national. Ainsi les droits des migrants dépendent de leur rattachement à leur Etat d'origine et de la situation qui leur a été attribuée par l'Etat d'«accueil». Ces droits peuvent être grandement limités lorsque les émigrés (nationaux hors du territoire national) sont considérés comme étant hors de la portée de la juridiction de leur Etat et que l'existence des immigrés (non nationaux présents sur le territoire national) n'est reconnue que de manière instrumentale et pragmatique (du seul fait de leur présence au sein du territoire d'un Etat souverain) (Sayad, 1999, p. 6).

L'émergence de politiques migratoires qui se fondent sur des préceptes présentés comme relevant des Droits de l'Homme, reflète le développement d'un mouvement au sein duquel les droits des migrants ne sont plus reconnus en fonction de leur attachement à un Etat d'origine et/ou en fonction d'un statut concédé par un Etat d'«accueil». Ce mouvement défend que les droits des migrants doivent être garantis par leur seule nature d'êtres humains. L'étude de cas brésilien nous montre les avancées annoncées par ce changement de paradigme législatif. Toutefois, elle nous en montre aussi toutes les limites et tous les défis. Premièrement, à l'échelle de l'État nation brésilien, le système de valeurs associé aux Droits de l'Homme ne déconstruit que partiellement celui du nationalisme méthodologique hégémonique qui conçoit les migrations comme une problématique au sein de l'équation Citoyenneté/Souveraineté/Peuple. Dans les faits (les

pratiques, les discours, les représentations) il compose avec lui. La transition des politiques migratoires régies par le paradigme de la sécurité nationale vers des politiques migratoires régies par le paradigme des Droits de l'Homme est longue et délicate. Ainsi, bien que défendant la primauté des valeurs humanistes, les politiques migratoires, comme celles instituées au Brésil, demeurent traversées par une logique d'État défendant un principe phare de souveraineté nationale et des intérêts définis comme nationaux. C'est donc une fois de plus dans les limites fixées par cette logique d'État que les droits des migrants demeureront considérés et garantis.

Deuxièmement, les débats des parlementaires brésiliens n'ont pas vocation à se faire l'écho de discussions soulevées à l'échelle planétaire par des Organismes Non Gouvernementaux (ONG), des Organismes Intergouvernementaux (OIG) et des mouvements sociaux pour questionner la pertinence et la légitimité mêmes des appareils étatiques nationaux dans la gestion des flux migratoires. Ces discussions restent d'ailleurs largement minoritaires au sein d'une scène mondiale de gouvernance des migrations orchestrée par l'OIM et traversée par des logiques contradictoires au sein d'un contexte néo-libéral complexe, avec ses jeux de pouvoirs politiques et économiques. Ces mouvements de contestation n'en restent pas moins intéressants en ce qu'ils mettent en lumière la violence des politiques migratoires étatiques qui considèrent les migrants comme des citoyens de seconde zone (ne jouissant pas des mêmes droits que les nationaux) voire comme des êtres humains de seconde zone (comme les migrants qui meurent en Méditerranée). Ils sont relayés par des études scientifiques (voir par exemple Cornelius, 2001 et Castles, 2004) soulignant la faible capacité des politiques migratoires sécuritaires et répressives à atteindre leurs objectifs de contention des flux migratoires. La légitimité des politiques migratoires tiendrait donc plus dans leur force symbolique que dans leur efficacité réelle. D'autres mouvements (plus minoritaires encore) se font les porte-voix d'un nouvel ordre social émancipé des perspectives étatiques et nationales. Il s'agit par exemple des positions du juriste Hans Kelsen (évoquées par Sayad (1999, p.7)) défendant que l'appareil étatique en tant que «expression juridique d'une communauté» n'est ni pertinent ni légitime puisque la distinction entre nationaux et non-nationaux est purement «accidentelle» et «non essentielle» (Sayad, 1999, p. 7).

Etant données les charges symboliques sociales et politiques des structures cognitives de l'ordre national naturalisé, l'avènement d'un monde émancipé du nationalisme méthodologique relève encore de l'utopie. Toutefois, le cas brésilien nous dévoile que des mouvements de remise en cause de certaines catégories nationalistes des politiques migratoires sécuritaires peuvent être engagés au profit de la protection des droits fondamentaux des migrants. Il nous montre également que de tels mouvements - même timides - sont perçus comme un danger par les «puristes de l'ordre national» qui s'opposent à leur développement (et

l'élection d'un gouvernement d'extrême-droite au Brésil représente un obstacle supplémentaire au développement de la nouvelle politique migratoire du pays). Aussi, malgré les limites de la Loi n.º 13.445/2017 (limites imposées par les tenants de la «sécurité nationale» ou limites structurelles de l'ordre national), il est important d'en sauvegarder les fondements. Une politique migratoire adoptant les Droits de l'Homme comme paradigme central est en effet un premier pas vers le questionnement des frontières nationales et des catégories de l'ordre national lorsque celles-ci servent de point d'appui pour restreindre les droits fondamentaux des migrants. Elle représente surtout un mouvement de résistance au sein d'une société qui vient d'élire un gouvernement populiste d'extrême-droite remettant en cause les fondements même des Droits de l'Homme par le slogan: *Direitos Humanos para Humanos Direitos*¹⁰. Elle reflète ainsi un combat pour que les Droits de l'Homme restent un espace de promotion de l'égalité des droits et non pas un outil pour ériger des frontières séparant un idéal (fantasmagorique) de civilisation (désignant les nationaux, les «cidadãos do bem»¹¹ et les «hommes droits») d'un idéal, non moins fantasmagorique, de barbarie (désignant les non nationaux, les «mauvais citoyens» et les individus suspectés de crime).

Références bibliographiques

- Arendt, H. (1973). *The Origins of Totalitarism*. New York: H. Brace.
- Baraldi, C. B. F. (2014). *Migrações internacionais, Direitos Humanos e cidadania sul-americana: o prisma do Brasil e da integração sul-americana* (tese de Doutorado Relações Internacionais), Universidade de São Paulo, São Paulo, Brésil. DOI: 10.11606/T.101.2014.tde-08102014-171457
- Bourdieu, P. (1976). Le champ scientifique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2(2-3), 88-104. DOI: <https://doi.org/10.3406/arss.1976.3454>
- Bourdieu, P. (1993). Esprits d'Etat: Genèse et structure du champ bureaucratique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 96-97, 49-62. DOI: <https://doi.org/10.3406/arss.1993.3040>
- Brésil. Presidência da República. (1980). Lei n.º 6.815. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional da Imigração. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1993. n°21.8.1980, p. 16533. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm

10 Les Droits de l'Homme pour les Hommes Droits.

11 Les citoyens du bien.

- Brésil. Presidência da República. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Brésil. Senado Federal. (2013). Projeto de Lei do Senado nº288. Brasília, DF, 2017. Recuperado de <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113700>
- Brésil. Senado Federal. (2015). Pareceres nºs 398 a 400. Sobre o Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013, do Senador Aloysio Nunes Ferreira, que institui a Lei de Migração e regula a entrada e estada de estrangeiros no Brasil. Brasília, DF, 2015. Recuperado de <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113700>
- Brésil. Presidência da República. (2017a). Lei nº13.445. Institui a Lei de Migração. Lei nº 13.445/2017. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2017. nº 25.5.2017, p.1. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm
- Brésil. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. (2017b). Estudo do Veto nº12/2017. Brasília, DF, 2017. Recuperado de <https://legis.senado.leg.br/sdle-g-getter/documento?dm=5311541&disposition=inline>
- Brésil. Senado Federal. (2019). Projeto de Lei nº1928. Altera a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, para criar o visto temporário de trabalho simplificado para jovens. Brasília, DF, 2019. Recuperado de <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136094>
- Brésil. Ministério da Justiça e Segurança Pública. (2019). Portaria nº770. Dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2019. nº 199, p. 34. Recuperado de <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-770-de-11-de-outubro-de-2019-221565769>
- Brubaker, R. (1994). *Citizenship and Nationhood in France and Germany*. Cambridge: Harvard University Press.
- Carneiro, J. D. (2018, 12 septembre). 'Estamos todos aterrorizados', diz amiga de venezuelano linchado em Boa Vista. *BBC News Brasil*. Recuperado de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492018>
- Castles, S. (2004). Why migration policies fail. *Ethnic and Racial Studies*, 27(2). DOI 10.1080/0141987042000177306
- Cornelius, W.A. (2001). Death at the Border: Efficacy and Unintended Consequences of US Immigration Control Policy. *Population and Development Review*, 27(4), 661-685. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/2695182>
- Dias, G. & Vieira, R. (2019). Os limites da apropriação de um léxico migratório internacional no Brasil. *Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, 151-172. Recuperado de <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/23874>

- Domenech, E. (2011, mayo). *La governabilidad migratoria en la Argentina: hacia la instauración de políticas de control con 'rostro humano'*. Trabajo presentado en *IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, Ecuador.
- Estupián Serrano, M.L. (2014). Migration management: a propósito del gobierno de las migraciones a escala global. *Sociológica (México)*, 29(81), 263-281. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732014000100008&lng=es&tlng=es
- Feldman-Bianco, B. (2018). O Brasil frente ao regime global de controle das migrações: Direitos humanos, securitização e violências. *Travessia*, (83), 11-36.
- Ferguson, J. & Gupta, A. (2000). 'Mais além da cultura': espaço, identidade e política da diferença. En A.A. Arantes (ed.), *O espaço da diferença* (pp. 30-49). Campinas: Papirus.
- Fernandes, P. (2005). A produção legal da ilegalidade: os direitos humanos e a cultura jurídica brasileira (tesis inédita). Universidade de São Paulo, São Paulo, Brésil. Recuperado en https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Direito/A_producao_legal_da_%20ilegalidade.pdf
- Glick Schiller, N. & Wimmer, A. (2002). Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences. *Global Networks*, 2(4), pp. 301-334. Recuperado de <http://www.columbia.edu/~aw2951/B52.pdf>
- Guerra, S. (2017). A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. *Revista de Direito da Cidade*, 9 (4), 1717-1737. DOI: 10.12957
- Jardim, T. D. M. (2017). A Lei Migratória e a Inovação de Paradigmas. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, 12(12), 17-46. Recuperado de https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%BAes-e-Cidadania.pdf
- Koifman, F. (2012). Imigrante Ideal. O Ministério da Justiça e a entrada de estrangeiros no Brasil (1941-1945). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Lochak, D. (2018). Le Droit d'Asile à l'épreuve des Politiques Migratoires. *Colloque de rentrée du Collège de France : Migrations, réfugiés, exil*. [Transmisión de Radio]. Recuperado de [https://www.franceculture.fr/emissions/les-cours-du-college-de-france-du-mercredi-05-decembre-2018](https://www.franceculture.fr/emissions/les-cours-du-college-de-france/les-cours-du-college-de-france-du-mercredi-05-decembre-2018)
- Oliveira, A. T. R. de. (2017). Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira De Estudos De População*, 34(1), 171-179. DOI: 10.20947.
- ONU. (1948). Convention des Droits de l'Homme. Recuperado de <https://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>
- Palidda, S. (1999). La criminalisation des migrants. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 129 (Débats d'immigration), 39-49. DOI : 10.3406/arss.1999.3302

- Puff, J. (2015, 26 août). Racismo contra imigrantes no Brasil é constante, diz pesquisador. *BBC News Brasil*. Recuperado de: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150819_racismo_imigrantes_jp_rm
- Sayad, A. (1999). Immigration et «pensée d'État». *Actes de la recherche en sciences sociales*, 129, 5-14. DOI :10.3406
- Schnapper, D. (2001). De l'État-nation au monde transnational: Du sens et de l'utilité du concept de diaspora. *Revue européenne de migrations internationales*, 17(2), pp. 9-36. DOI: 10.3406
- Senado Notícias. (2017). Senado aprova Nova Lei de Migração [Archivo de video]. Recuperado de <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/migracao-nova-lei-assegura-direitos-e-combate-a-discriminacao/migracao-nova-lei-assegura-direitos-e-combate-a-discriminacao>
- Seyferth, G. (1990). Imigração e Cultura no Brasil. Brasília: Ed. Universidade de Brasília.
- Seyferth, G. (1993). Identidade étnica, assimilação e cidadania: a imigração alemã e o Estado Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 9(26), 103-122. Recuperado de <https://imigracaohistoricablog.files.wordpress.com/2017/07/seyferth-giralda-identidade-c3a9tnica-assimilac3a7c3a3o-e-cidadania-a-imigracao-c3a7c3a3o-alemc3a3-e-o-estado-braasileiro.pdf>
- Seyferth, G. (1997). A assimilação dos imigrantes como questão nacional. *Mana*, 3(1), pp. 95-131. DOI: 10.1590/S0104-93131999000200003
- Seyferth, G. (2000a). As identidades dos imigrantes e o melting pot nacional. *Horizontes Antropológicos*, 6(14), 143-176. DOI/ 10.1590/S0104-71832000001400007
- Seyferth, G. (2000b). A assimilação dos Imigrantes no Brasil: Inconstâncias de um Conceito Problemático. *Travessia*, 36, 44-50. DOI: 10.1590/S0104-93131997000100004
- Seyferth, G. (2001). Imigração e Nacionalismo: o discurso da exclusão e a política imigratória no Brasil. En M.G. Castro (ed.). *Migrações Internacionais: Contribuições para Políticas*. Brasília: CNPD.
- Seyferth, G. (2014). O Estado brasileiro e a imigração. En H. Póvoa Neto *et al.* (Ed.), *Caminhos da migração: memória, integração e conflitos* (pp. 109-133). Rio de Janeiro: Léo Christiano Editorial.
- Verdery, K. (2000). Para onde vão a “nação” e o “nacionalismo”? En G. Balakrishnan (Ed.), *Uma mapa da questão nacional* (pp. 239-247). Rio de Janeiro: Contraponto.
- Viana, G. (2017, 03 août). Refugiado sírio é atacado em Copacabana: ‘Saia do meu país!’. *O Globo*. Recuperado de <https://oglobo.globo.com/rio/refugiado-sirio-atacado-em-copacabana-saia-do-meu-pais-21665327>



Fotografía de María Elisa Ramírez Toro

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



1803

**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites materiales y formales*

Diego Andrés Molina Conzue**

Resumen

Los Estados cuentan con la facultad de expulsar a extranjeros que se encuentren en su territorio, limitándose de esta forma su libertad de circulación. No obstante, e independiente de la naturaleza jurídica del acto de expulsión, el Estado está sujeto a un conjunto de límites materiales y formales para el ejercicio de dichas atribuciones.

Palabras clave: expulsión; límites; derechos; libertad de circulación.

Administrative expulsion of foreigners in Chilean Law: material and formal limits

Summary

States have the power to expel foreigners within their territory, limiting their freedom of movement. However, regardless of the legal nature of the act of expulsion, the State is subject to a set of material and formal limits on the exercise of those powers.

Keywords: expulsion; limits; rights; freedom of movement.

A norma de expulsão administrativa dos estrangeiros na lei chilena: limites materiais e formais

Resumo

Os Estados possuem a faculdade de expulsar estrangeiros que estejam na sua jurisdição, com o qual limita-se a sua liberdade de circulação. Contudo, e independentemente da natureza jurídica do ato de expulsão, o Estado está sob um conjunto de limites materiais e formais para o exercício dos mencionados poderes.

Palavras-chave: expulsão; limites; direitos; liberdade de circulação.

Artículo de reflexión. El cual forma parte de la línea investigativa del autor, relativa a un análisis jurídico del estatuto y práctica jurídica existente en Chile respecto a la población migrante.

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Diplomado en Derecho Administrativo e Infracciones y Delitos Económicos por la misma casa de estudios. Cuenta con curso de especialización en Derecho Migratorio por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Coordinador académico del Diplomado en Contratación Pública, Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesor del curso las normas y el género, Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: diego.molina@pucv.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8312-4863>

Cómo citar este artículo: Molina, D. A. (2020). La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites materiales y formales. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 293-321

Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a2

Fecha de recepción: 18/09/2019 Fecha de aprobación: 29/11/2019



La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites materiales y formales

1. Introducción

Chile en los últimos años ha experimentado un gran aumento en su población extranjera¹. En efecto, mientras que en 2010 los extranjeros alcanzaban las 305.212 personas (Departamento de Extranjería e Inmigración, 2016, p. 21), menos de diez años después su número se cuadriplicó, alcanzando a fines del año 2018 las 1.251.225 personas (Instituto Nacional de Estadísticas, 2019). Esta nueva realidad, unida a la existencia de una normativa antigua y anclada en el paradigma de la seguridad del Estado², ha llevado a que este disponga la salida forzosa de los migrantes mediante su expulsión. Así, entre 2010 y julio de 2018, la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2019) da cuenta que el máximo tribunal conoció de un total de “118 recursos de reclamación del decreto de expulsión” (p. 28), como de “37 recursos de apelación a la acción de protección” (p. 39) y 300 “recursos de apelación a la acción de amparo constitucional” (p. 46) tendientes a impedir dicha medida”.

El presente artículo tiene por objetivo exponer, de forma ordenada y sistemática, aquellos límites a los cuales se encuentra sujeta la autoridad administrativa y que guardan relación específica con el derecho migratorio. De esta forma, la necesidad de estudiar los límites con que cuenta el Estado para disponer la expulsión de una persona resulta ser un asunto de primordial importancia, toda vez que dicha

1 Cabe aclarar que a lo largo del presente escrito utilizaremos la voz extranjeros para hacer referencia a los inmigrantes, salvo que se realice la correspondiente precisión, toda vez que al hablar de extranjeros nos estamos refiriendo a un grupo de personas que, independiente del motivo de su movilidad, carece de la nacionalidad del Estado receptor. Dentro de la categoría extranjeros encontramos a los migrantes, cuyo desplazamiento transfronterizo es voluntario, y los refugiados, en cuyo caso el desplazamiento transfronterizo no es voluntario. La adecuada identificación de la categoría en la que el sujeto se encuentre permite no solo asignarle un rótulo, sino que le vuelve aplicable todo un estatuto jurídico a su respecto, pudiendo predicarse respecto de él ciertos derechos, como deberes de parte de los Estado que les reciban” (Molina Conzué, 2019a, pp. 4-5).

2 En virtud de dicha doctrina se pretende implícitamente impedir el ingreso de agitadores (Stang, 2016, p. 86).

medida, con independencia de su naturaleza jurídica, constituye una afectación a la libertad de circulación de que goza cualquier individuo. Al mismo tiempo, tales límites, constitutivos de resguardos que el ordenamiento jurídico granjea a las personas, permiten evaluar la legalidad y legitimidad de la actuación estatal, transformándose en verdaderos criterios de control, que no solo encuentran su fuente en el derecho nacional, sino que, y de forma muy especial, en el derecho internacional de los derechos humanos.

De esta forma, el artículo parte con un marco conceptual en el que se contextualizará la medida de expulsión como acto administrativo, dando cuenta de su alcance y naturaleza jurídica. Acto seguido, analizaremos los límites específicos relativos a la medida de expulsión, atendiendo tanto a la normativa constitucional chilena como a la normativa internacional, especialmente, aquella proveniente de los instrumentos internacionales de mayor alcance en Chile, debido al desarrollo y generalidad de la temática que nos convoca: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto) y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención). Dicho estudio principiará con los límites materiales (aquellos que atienen con el objeto, fin y motivos del acto de expulsión), para continuar con los límites formales (aquellos que atienden a los requisitos externos del acto de expulsión: forma y procedimiento). En cada apartado se realizará, en la medida que corresponda, la referencia a aquella norma de derecho interno o derecho internacional que recoge el límite, y a su eventual desarrollo jurisprudencial, a efectos de evidenciar cómo la normativa chilena plantea varias deficiencias que han sido suplidas por la regulación internacional, pasando a integrar el sistema migratorio chileno. Por último, expondremos las conclusiones a las cuales hemos arribado.

Cabe agregar que el presente trabajo ha tenido a la vista tanto a la doctrina chilena y latinoamericana relativa al derecho migratorio en general, como a la medida de expulsión en particular, además, de la jurisprudencia relevante a nivel interamericano y a nivel nacional.

2. Concepto y naturaleza jurídica de la medida de expulsión administrativa

La expulsión de extranjeros puede ser definida como “Un acto formal o conducta atribuible a un Estado por el cual un no nacional es compelido a dejar el territorio de aquel Estado” (International Organization for Migration, 2019, p. 66), pudiendo ser dispuesta por una decisión emanada de la autoridad administrativa, o bien, de la autoridad judicial.

La expulsión de extranjeros en el derecho chileno puede provenir de una decisión adoptada por la autoridad administrativa en conformidad a lo dispues-

to por el Decreto Ley n.º 1.094, de 1975, conocido extendidamente como Ley de Extranjería e Inmigración³ (en adelante LE), o bien provenir de parte de la autoridad judicial bajo la modalidad de pena sustitutiva conforme a la Ley n.º 18.216⁴ (normativa que regula las penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de la libertad) o como pena directa conforme al artículo 472 de nuestro Código Penal⁵. En las siguientes líneas solo nos referiremos a la expulsión en cuanto medida administrativa, toda vez que es la modalidad empleada dentro del contexto de las normas propiamente migratorias, a diferencia de la expulsión judicial, la cual actúa con ocasión de la comisión de ilícitos penales.

Como punto de partida de cualquier estudio que se pretenda en torno a la expulsión como medida administrativa, debe partirse de la premisa que dicha medida es un acto administrativo, esto es, una decisión formal que adopta un órgano de la Administración del Estado en la que se contiene su voluntad, y es realizada en el ejercicio de una potestad pública (artículo 3º de la Ley n.º 19.880, que establece con base en los procedimientos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado en Chile, en adelante LBPA)⁶. La importancia de tener presente lo anterior radicará en que, como acto administrativo que es, la medida de expulsión, en primer lugar, deberá cumplir con los requisitos generales previsto por el derecho administrativo común.

Luego, dicho acto deberá cumplir con un conjunto de exigencias específicas, las que encuentran su origen en diversos derechos consagrados tanto en el texto constitucional y normas legales, así como en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, y cuyo conocimiento y aplicación son exigidos a los órganos de la Administración del Estado. Dichos límites, en lo relativo a la expulsión de extranjeros, serán tratados en las siguientes páginas del presente escrito.

3 Dicha normativa, gestada durante la dictadura militar, busca el establecimiento de mayores controles migratorios, toda vez que mira la inmigración desde el lente de la seguridad nacional, buscando principalmente evitar la entrada de personas catalogables de elementos peligrosos o terroristas (Doña-Reveco y Levison, 2013, p. 72).

4 En general, la pena sustitutiva es una modalidad de cumplimiento de una pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por el tribunal con competencia en lo penal. Para disponer la expulsión de un extranjero como pena sustitutiva a la pena privativa de libertad, se requiere que el imputado, que debe residir irregularmente en el país, sea condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo. Puede ser dispuesta de oficio a petición de interviniente.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que “Se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derecho o alternaciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno” (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 2.273, 2013, cons. 7º).

5 “Condenado por usura un extranjero, será expulsado del país; y condenado como reincidente en delito de usura un nacionalizado, se le cancelará su nacionalización y se le expulsará del país” (Código Penal, artículo 472).

6 En términos de Bermúdez Soto (2014), el acto administrativo “[...] puede ser definido como la decisión de la Administración Pública con la que concluye el procedimiento administrativo, y que resuelve, con carácter imperativo y unilateral sobre la aplicación del ordenamiento jurídico respecto de uno o varios casos concreto” (p. 141).

De esta forma, y en caso de haberse transgredido los límites comunes a todo acto administrativo, o bien aquellos previstos en específico para la medida de expulsión, dicha actuación será susceptible de ser invalidada por la autoridad administrativa, o bien declarada nula por los tribunales de justicia, toda vez que su infracción devendrá en que el acto adolecerá de vicios de ilegalidad del objeto, falta o ilegalidad de motivos, desviación o abuso de poder, vicios de forma o procedimiento⁷.

En cuanto a la naturaleza jurídica del acto administrativo de expulsión, estimamos que esta poseerá un carácter mixto. En efecto, dependiendo de sus causales, la expulsión podrá ser estudiada como medida de restablecimiento de la legalidad (acto administrativo desfavorable pero no sancionador) o bien como sanción administrativa. Pues, como señala Nieto (2016):

[...] en el ordenamiento jurídico están previstas diversas consecuencias jurídicas muy parecidas, e incluso idénticas, a las sanciones administrativas y es el caso que importa distinguirlas con absoluta precisión habida cuenta de que el régimen jurídico de las sanciones es exclusivo de ellas. (p. 156)⁸

Los actos desfavorables se diferencian de las sanciones administrativas ya que:

[...] a) la sanción administrativa es consecuencia de una conducta ilícita o infracción; y b) la sanción administrativa tiene una finalidad esencialmente represiva o de castigo. De esta forma, la sanción administrativa es un acto desfavorable que afecta la esfera jurídica de un particular con una finalidad represora frente a una infracción o conducta ilícita. (Cordero Quinzacara, 2013a, p. 84)⁹

En otras palabras, en el caso de los actos administrativos desfavorables no constitutivos de sanciones administrativas, encontramos que el particular no comete una infracción administrativa, sino que, por ejemplo, inobserva los requisitos establecidos para acceder a un cierto estatuto jurídico o la obtención de un

7 Sobre el particular, Cordero Quinzacara (2013b) señala que son vicios del acto administrativo: investidura irregular de los integrantes del órgano administrativo, incompetencia de dicho órgano, ausencia o ilegalidad de motivos, ilegalidad del objeto, desviación de poder, vicios de forma y procedimiento (pp. 197-203).

8 Agrega Nieto (2016) que, “[...] las consecuencias de esta distinción son tan graves que aconsejan seguir insistiendo sobre ello. Para castigar las infracciones debe seguir un procedimiento especial con garantías más intensas que las que se aplican cuando el resultado no es una sanción produciéndose la paradoja [...] de que para la imposición de ciertas medidas no se respeten las garantías propias de las sanciones siendo así que aquéllas pueden ser más graves y dolorosas que éstas” (p. 160).

9 Para Osorio Vargas (2017), los elementos de la sanción administrativa son: a) existencia de una vinculación a una infracción administrativa (característica más importante), b) la sanción administrativa debe estar consagrada en el ordenamiento jurídico administrativo constitucional y legal, c) se requiere previamente la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador y d) que el infractor pueda ser considerado jurídicamente como responsable ante la ley (pp. 30-31).

beneficio; de ello, además, es que en estos no existe una finalidad castigadora. En las sanciones administrativas, por su parte, nos encontramos frente a la comisión de una infracción administrativa; por lo que el acto que se adopte sí importará una medida castigadora.

Dicha distinción, aplicada a materia migratoria, encuentra su origen en la existencia de dos tipos de normas jurídicas que regulan la situación de un migrante: un estatuto jurídico de entrada y un estatuto jurídico de permanencia.

En lo que a control de ingreso se refiere, el Estado cuenta con amplias facultades para el diseño de su política de control migratorio, toda vez que se ha estimado que dicha materia es integrante de la esfera de sus atribuciones soberanas. Ello se debe, en parte, a que en el derecho internacional de los derechos humanos no se ha reconocido que el llamado derecho a inmigrar, como manifestación de la libertad de desplazamiento transfronteriza (derecho subyacente en el tema migratorio), sea un derecho humano¹⁰. Dichas normas establecen un conjunto de condiciones que el extranjero ha de cumplir para ingresar al Estado de destino. Con todo, dichas normas no generan un deber jurídico respecto al extranjero, pues, en la medida que este no ingrese a territorio del Estado, aun fictamente para efectos migratorios¹¹, no le será aplicable el derecho del mismo, al no tener su ordenamiento jurídico una vigencia extraterritorial. En otras palabras, toda vez que el extranjero no ha cruzado la frontera del Estado al cual desea ingresar, por el ámbito espacial de aplicación del derecho de este, dichas normas no le han impuesto deber alguno, ya que al no ser nacional escapa de su aplicación. De esta forma, las normas relativas al control de ingreso vienen a constituir una invitación condicionada para el extranjero que desea ingresar a un determinado país, pues en la medida que desee ingresar a su territorio, debe cumplir ciertas condiciones que le serán exigibles en la frontera que, en caso de no cumplir, conllevarán a denegar su entrada.

Así, la expulsión que se disponga frente a los casos en que el migrante entra al territorio de un Estado, pese a no cumplir con los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico para ingresar a este, no tendrá una finalidad sancionadora, ya que no nos encontramos frente a la infracción de un deber, sino a la simple inobservancia de las condiciones prefijadas para la obtención de una autorización. De ello, el ordenamiento jurídico no reclama una medida castigadora, sino que una medida que permita restablecer lo que en derecho corresponda, es decir,

10 Ahora bien, pese a constatar la inexistencia del reconocimiento internacional de tal derecho, ello no implica que los Estados sean absolutamente autónomos para determinar el ingreso de personas, existiendo parámetros que debiesen actuar de guía y orientación, sobre todo en los estados parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos (Díaz Tolosa, 2016, p. 183).

11 El particular que se encuentre en el control de ingreso en un aeropuerto situado en suelo nacional, si bien se encuentra en su territorio, para efecto migratorios aún no ha ingresado a él.

que el extranjero se encuentre fuera de las fronteras del Estado. Tal es el caso de la expulsión motivada en la ocurrencia de alguna prohibición de ingreso¹².

Distinta es la situación una vez que ingresa al territorio estatal. Una vez haya ingresado al espacio físico en el que el derecho del país de destino tiene vigencia espacial, el extranjero será sometido a un conjunto de deberes, obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento devendrá en la adopción de medidas destinadas a castigar al particular infractor, como lo es la expulsión motivada por actos acaecidos en Chile, la residencia irregular o la infracción grave y reiterada de los deberes de registro.

Sobre el particular, Huergo Lora (2007) ha señalado que la expulsión:

Puede tratarse de una medida de restablecimiento de la legalidad, cuando el extranjero ha entrado careciendo de los requisitos exigidos por la normativa y, una vez descubierto, se le expulsa. En este sentido la expulsión es la otra cara de la autorización para entrar en territorio nacional y está sometida a algunos requisitos de tipo objetivo o que, en todo caso, no se refieren a conductas ilícitas, como por ejemplo la carencia de medios de subsistencia, por lo que en cierto modo se parece más a una medida de restablecimiento de la legalidad o de protección de los intereses públicos que a una sanción en sentido estricto. (pp. 353-354)

Por último, la importancia de identificar la naturaleza de la expulsión se encuentra en que, en caso de encontrarnos frente a sanciones administrativas, es procedente aplicar los límites propios del derecho administrativo sancionador. Ellos constituirán, junto con los límites comunes a todo acto administrativo y los previstos en específico respecto del acto de expulsión, el marco de actuación de la autoridad administrativa.

De esta forma, y conforme a lo dicho precedentemente, podemos definir la medida de expulsión de extranjeros practicada por la Administración del Estado como aquel acto administrativo dictado por la autoridad competente mediante el cual se dispone la salida obligatoria e inmediata de un extranjero del territorio del Estado¹³, ya sea como medida de restablecimiento de la legalidad, o bien como sanción administrativa.

12 Con todo, en aquellos casos en que la medida reclamada por el ordenamiento jurídico no sea directamente la expulsión, sino otra, como el abandono, la expulsión que se disponga por el incumplimiento de dicha medida de abandono será sanción administrativa, toda vez que el particular infringió el deber impuesto por la orden de abandono, configurándose la infracción administrativa.

13 Es importante diferenciar la medida de expulsión de la medida de abandono, debido a que la segunda, si bien importa una orden de la autoridad administrativa dirigida al extranjero, en orden a salir del país, “[...] confiere al particular el derecho a permanecer en el país durante el lapso de tiempo que se fije en la correspondiente resolución donde se disponga el abandono del país” (Dellacasa Aldunate y Hurtado Fernández, 2015, p. 161).

La siguiente tabla da cuenta de los supuestos de expulsión de extranjeros en la LE, así como de su naturaleza jurídica.

Tabla 1. *Medida de expulsión: su procedencia y naturaleza*

	Naturaleza	Infracción	Medida que le antecede	Discrecionalidad de aplicación
Artículo 17 (en relación con el artículo 15)	Medida de restablecimiento de la legalidad	N/A	N/A	Discrecional
Artículo 17 (en relación con el artículo 15 n.º 1, 2 y 4 cometido en Chile)	Sanción	Actos del artículo 15 n.º 1, 2 y 4	N/A	Discrecional
Artículo 67	Sanción	Incumplir orden de abandono	Rechazo o revocación con la correspondiente orden de abandono	Imperativa
Artículo 68 (solo en lo referente al ingreso al país)	Medida de restablecimiento de la legalidad	N/A	Penas por comisión del delito	Imperativa
Artículo 68 (solo en lo referente al intento de egreso del país)	Sanción accesoria	Intentar egresar del país valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedido a nombre de otra persona, o hacer uso durante la residencia	Penas por comisión del delito	Imperativa
Artículo 69 (solo en lo referente al ingreso clandestino)	Medida de restablecimiento de la legalidad	N/A	Penas por comisión del delito	Imperativa
Artículo 69 (solo en lo referente al intento de egreso clandestino)	Sanción accesoria	Intentar egresar clandestinamente	Penas por comisión del delito	Imperativa
Artículo 71	Sanción	Residencia irregular	N/A	Discrecional
Artículo 72	Sanción	Incumplimiento de obligaciones de registro	Multa	Discrecional (infracción de la medida debe ser grave y reiterada)

La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno:

	Naturaleza	Infracción	Medida que le antecede	Discrecionalidad de aplicación
Artículo 75	Sanción	Simulación o fraude en la celebración del contrato de trabajo con un extranjero para que le otorgue la respectiva visación	N/A	Imperativa
Artículo 80	Sanción	No pago de la multa en un plazo de 15 días	Multa	Discrecional

Fuente: autoría propia

3. Límites para el ejercicio de la potestad de expulsión

La expulsión administrativa de un extranjero constituye un acto estatal en cuya conformidad se impide de forma absoluta el derecho de un particular para poder salir libremente el territorio de un Estado, imposibilitándole, además, el derecho transitar y residir en el interior de dicho territorio y, en la medida que dicha orden de expulsión no sea dejada sin efecto, para poder ingresar nuevamente al país expulsante, es decir, inmigrar.

De esta forma, mediante el acto de expulsión, el Estado chileno afecta regulatoriamente e interviene en sentido estricto las posibilidades de actuación de la libertad de circulación. Unido a la anterior, cabe tener presente que la noción de un Estado en que la soberanía reconoce como límite el respeto de los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, no solo garantizados en su Constitución, sino que también en los tratados internacionales ratificados por él y que se encuentren vigentes, da cuenta que el estudio de la normativa interna, tanto constitucional como legal, no resulta suficiente¹⁴.

En las siguientes líneas deseamos analizar aquellos límites contemplados por el orden jurídico nacional e internacional que restringen la potestad administrativa

14 “Ni la Constitución ni la ley ni ninguna otra norma agotan el Derecho. Más claro debe aparecer esta afirmación si se considera el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos, que ha significado que hoy en día se está asentando con fuerza la idea de que por sobre los Estados están los derechos humanos, al punto que se han creado sistemas internacionales de garantía y resguardo de éstos. Entre otras cosas ello se traduce en que los órganos estatales deben tomar en consideración no sólo el Derecho nacional, sino que también el internacional, contenido en tratados ratificados por los Estados. Aún más, éstos podrán ser condenados por órganos internacionales en caso de infracción a los derechos y libertades fundamentales” (Bronfman Vargas, Martínez Estay y Núñez Poblete, 2012, p. 19).

de expulsión que detenta la autoridad migratoria chilena (Ministro del Interior e Intendente Regional¹⁵).

3.1. Límites materiales

Los límites materiales son aquellos que restringen las posibilidades que tiene la autoridad administrativa para fundar un acto. Ello encuentra sostén en que no es lícito para la Administración recurrir a fundamentos (motivos) o fines que sean contrarios al ordenamiento jurídico, así como adoptar decisiones (objeto del acto) que no se sostienen o enmarcan en este.

a. Causal establecida por la ley

En el sistema chileno la posibilidad de que el Estado afecte la libertad de circulación de los particulares mediante el establecimiento de supuestos en que se puede expulsar a un extranjero encuentra su fundamento en el artículo 19 n.º 7 letra a) del texto constitucional, el que expresa que el ejercicio de tal derecho en sus diferentes manifestaciones debe hacerse conforme a la ley¹⁶.

La referencia a la ley como limitación a la libertad de circulación se encuentra consagrada a nivel internacional en los artículos 12.3¹⁷ y 13¹⁸ del Pacto y los artículos 22.3¹⁹ y 22.6²⁰ de la Convención.

i. En el derecho chileno

-
- 15 La regla general es que la medida de expulsión sea dispuesta por el Ministro del Interior. No obstante, en el caso de la expulsión de los turistas, de aquellos que hayan ingresado clandestinamente, o bien que se encuentren regidos por el Convenio Arica-Tacna, la expulsión será dispuesta por el Intendente Regional.
- 16 “La Constitución asegura a todas las personas: 7º. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros” (Constitución Política de la República, artículo 19 n.º 7, letra a)).
- 17 “Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto” (Pacto, artículo 12.3).
- 18 “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas” (Pacto, artículo 13).
- 19 “El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás” (Convención, artículo 22.3).
- 20 “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” (Convención, artículo 22.6).

En el derecho chileno, toda ley que constituya una limitación a los derechos fundamentales debe cumplir con los requisitos fijados por el artículo 19 n.º 26 del texto constitucional: reserva legal, no afectación al contenido esencial del derecho limitado y proporcionalidad (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida limitadora del derecho).

Conforme al citado artículo, en primer lugar, existe una reserva legal absoluta en la limitación de los derechos fundamentales, ya que “[...] es principio general y básico del derecho constitucional chileno la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto” (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 239, 1996, cons. 9º). Además, ello debe entenderse como ley en sentido estricto, es decir, no debe tratarse de normas de rango legal dictadas en virtud de una delegación legislativa o por parte del presidente de la República mediante decretos leyes²¹.

En segundo lugar, no debe existir una afectación al contenido esencial del derecho. En torno al mismo, si bien la doctrina ha discurrido respecto al alcance del límite del contenido esencial entre una concepción absoluta y una concepción relativa del mismo, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, ya desde su temprana jurisprudencia, que:

[...] debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entrabán más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica. (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 43, 1987, cons. 21)²²

En tercer y último lugar, una limitación legítima de los derechos fundamentales requiere que el legislador cumpla el principio de proporcionalidad, a efectos que la lesividad de la limitación sea acorde al fin perseguido. En efecto, dicho principio:

21 Cabe señalar la LE fue dictada por decreto presidencial con rango de ley, sin una tramitación parlamentaria, de lo que carece de mínimos democráticos y del control efectivo de un Congreso con una amplia representación (Acevedo Menanteau, Cobos Fontana y von der Hundt, 2018, p. 7). Con todo, y pese a dicho origen, el sistema chileno, en la medida que no se hayan dictado las normas legales respectivas, admite como normas vigentes los decretos leyes dictados en dicho periodo de anormalidad constitucional existente entre 1973 y 1981 en Chile.

22 Con todo, parte de la doctrina nacional ha optado por reducir el contenido del contenido esencial al contenido protegido por el tipo *ius fundamental*. Así, Nogueira Alcalá (2005) señaló que: “Consideramos que el contenido esencial se identifica con el derecho mismo tal como este queda delimitado en la Carta Fundamental, el cual hay que inferirlo del sistema coordinado y armonizado del todo constitucional. No hay parámetro objetivo alguno que permita precisar que es esencial y que es periférico en un derecho fundamental. Lo coherente nos parece que es identificar el contenido esencial con la delimitación constitucional del derecho mismo” (p. 56).

[...] es uno de los estándares normativos empleado por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho. (García Pino y Contreras Vásquez, 2014, p. 752)

El principio de proporcionalidad, a su vez, comprende tres elementos: la necesidad de la medida, es decir, que existan motivos que justifican la limitación; la idoneidad de la medida, esto es que la medida adoptada es la más óptima para el cumplimiento de la legítima finalidad perseguida; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, conforme a la cual “[...] se tienen a establecer en concreto, si el grado en que se afecta un derecho fundamental se encuentra justificado por el fin perseguido” (Aldunate Lizana, 2008, p. 265).

ii. En el derecho internacional

En el derecho internacional, por su parte, los tratados referidos dan cuenta, además de la exigencia de una ley en sentido estricto²³, que para la afectación de la libertad de circulación deben concurrir ciertas causales que la justifiquen. En primer lugar, nos referiremos a la regulación del Pacto para, acto seguido, atender a la regulación de la Convención.

Regulación del Pacto

El Pacto exige, como criterios justificadores de una limitación, la necesidad de proteger: 1) la seguridad nacional, 2) el orden público, 3) la salud, 4) la moral pública o 5) los derechos y libertades de las personas; siempre que dicha limitación sea compatible con los demás derechos reconocidos en el Pacto. Asimismo, en una norma relativa solo a la expulsión de extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio del Estado que les expulsa, el Pacto exige, en atención a la regular situación en que el foráneo se encuentra, razones imperiosas de seguridad nacional. Todos estos criterios deben ser desarrollados de forma precisa por la normativa legal interna de los Estados, debiéndose evitar amplias esferas de discrecionalidad (Comité de Derechos Humanos, 1999, párr. 13)²⁴.

23 “Este requisito formal es en sí mismo de gran importancia, pues ampara a los ciudadanos contra limitaciones a sus derechos humanos por parte de autoridades administrativas. Debe ser la ley, expresión del principio democrático y garantía de seguridad jurídica, la que defina con claridad los casos en los cuales cabe restringir” (Uprimny Yepes y Sánchez Duque, 2019, p. 651).

24 La discrecionalidad administrativa en materia migratoria es “[...] una de las mayores críticas que surge en torno a la actual normativa migratoria chilena, y que, a la postre, constituye uno de los espacios en que es más factible vulnerar el adecuado

A lo anterior, como bien precisa el Comité de Derechos Humanos (1999) relativo al contenido del Pacto:

El párrafo 3 del artículo 12 indica claramente que no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. (párr. 14)

Por ello, se exige especial cuidado de parte de los Estados al consagrarse ciertas limitaciones, tanto en cuanto los efectos de las mismas no deben ser vistos de forma aislada.

Regulación de la Convención

En lo concerniente al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la Convención, al igual que el Pacto, establece causales fundantes de la limitación de la libertad de circulación. En particular, exige que las limitaciones sean indispensables para una sociedad democrática, en la medida que: 1) prevengan infracciones penales, 2) protejan la seguridad nacional, 3) protejan la seguridad pública, 4) protejan el orden público, 5) protejan la moral pública, 6) protejan la salud pública, 7) protejan los derechos de los particulares o 8) protejan las libertades de los particulares.

Este doble condicionamiento nos “[...] remite a un análisis de proporcionalidad” (Uprimny Yépes y Sánchez Duque, 2019, p. 651), toda vez que “[...] es preciso efectuar un análisis detallado y estricto para determinar que existe una relación de adecuación entre la restricción y el fin perseguido y que no hay una medida menos gravosa para cumplir el propósito” (Uprimny Yépes y Sánchez Duque, 2019, p. 652).

Lo dicho, además, justifica que, en la expulsión administrativa de extranjeros, la autoridad cuente con escaso margen de discrecionalidad²⁵, ya que un margen de apreciación demasiado amplio supondría dar lugar a eventuales arbitrariedades y desproporciones.

trato que, en base al principio de igualdad” (Molina Conzué, 2018, p. 6). Especialmente debido a que “[...] pone en riesgo el objetivo de garantizar los derechos humanos de los inmigrantes” (Aninat y Sierra, 2019, pp. 36-37).

25 En el caso chileno, “Si bien ha habido decisiones [jurisprudenciales] que en ciertos casos confirmar el ejercicio de las amplias facultades que el DL n.º 1.094 [LE] da a la autoridad competente en materias de inmigración, otras han resultado críticas y las han invalidado, configurando una jurisprudencia relevante, pues es coherente con la misma crítica que hace la literatura sobre la excesiva discrecionalidad. Y, más importante aún, es coherente con los compromisos internacionales que el Estado de Chile ha contraído a este respecto” (Aninat y Sierra, 2019, pp. 41-42).

b. Trato igualitario y no discriminación arbitraria

Si bien es lícito que los Estados adopten distinciones respecto de diversos grupos de personas, las mismas no deben ser arbitrarias, es decir, no pueden tratarse de distinciones caprichosas, contrarias a la equidad o éticas elementales, irrationales o injustificables (Díaz de Valdés Juliá, 2019, p. 174)²⁶. Es más:

[...] la igualdad ante la ley no supone una identidad de las posiciones jurídicas particulares de los sujetos que integran las categorías en cuestión; por el contrario, pretende garantizar que las razones esgrimida para establecer dichas diferencias serán razonables, es decir, compatibles con el estándar de protección de los derechos fundamentales. (Bassa Mercado y Torres Villarrubia, 2015, pp. 112-113)

En el ordenamiento jurídico chileno, nuestra Carta Fundamental consagra en su artículo 19 n.º 2 el principio de igualdad ante la ley, no pudiendo ella, así como ninguna autoridad, realizar diferencias arbitrarias. En términos del Tribunal Constitucional:

[...] la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Es decir, la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias. (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 811, 2007, cons. 18º)

Del mismo modo, la exigencia de igualdad ante la ley y no discriminación encuentran consagración en el artículo 26 del Pacto²⁷ y en el artículo 24 de la Convención²⁸.

26 Es más, el Tribunal Constitucional chileno nos indica, a propósito de la definición legal de discriminación arbitraria dada por la Ley n.º 20.609: “Que esta normativa califica discriminación arbitraria la realización de distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable. Parte de esta justificación no puede encontrarse en distinciones odiosas o sospechosas de ver vulneradoras de derechos fundamentales, dentro de las cuales se encuentran tres categorías que usualmente se presentan en la persona del extranjero y específicamente en el caso de esta causa: raza, nacionalidad e idioma” (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 2.273, 2013, cons. 30º).

27 “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Pacto, artículo 26).

28 “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Convención, artículo 24).

En lo que a materia migratoria respecta, es posible observar un conjunto de discriminaciones *de facto* y *de iure*²⁹ respecto a la población extranjera. Ello se traduce en la existencia de un estatus legal precario, esto es, aquel estado en que los migrantes se encuentren impedidos o condicionados en el acceso a un conjunto de derechos³⁰, lo que resulta altamente criticable pues, en el caso chileno, el Tribunal Constitucional ha reconocido que, si bien la “[...] distinción extranjero - chileno puede realizarse y el texto fundamental no la prohíbe [...], se trata de una distinción sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla” (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 2.273, 2013, cons. 30º). Ello aún más si entendemos que la Constitución, al señalar que garantiza derechos a todas las personas, incluye a las personas migrantes (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 2.273, 2013, cons. 29º). Del mismo modo, la discriminación para con la población migrante evidencia la existencia de prejuicios, estereotipos, preferencias y convenciones sociales.

A lo dicho, es menester precisar que, si bien:

[...] los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes [...] el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los indocumentados [...], siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010, caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 248)

Conforme a lo dicho, cualquier diferenciación que se formule respecto de la población migrante con ocasión de la disposición de una medida de expulsión, tal como disponer la salida de un determinado colectivo o personas, sin que dicho proceder tenga la debida fundamentación y justificación, redundará en una arbitrariedad que no podrá prosperar. Del mismo modo, resultarán arbitrarias aquellas medidas que carezcan de una suficiente razonabilidad (carga argumentativa de la decisión), de una debida motivación del acto, así como de una proporcionalidad de la medida de expulsión en relación con el supuesto que le da lugar.

29 “Una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, caso Nadage Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas, párr. 235).

30 Es más, “[...] la precariedad en el estatus legal de los migrantes se define por la institucionalización de la negación total o parcial de los derechos reconocidos a los ciudadanos nacionales” (Thayer Correa, Stang y Abarca, 2016, p. 14).

c. Protección de la familia

La Constitución chilena no define que se entiende por familia. Con todo, debido a que esta constituye aquella agrupación humana más íntima y básica, así como lugar de formación de la personalidad de los sujetos, ha recogido en su artículo 1º inciso 2º que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Además, el inciso quinto del mismo precepto da cuenta que es deber del Estado dar protección a la familia, propendiendo a su fortalecimiento. No obstante, a nivel legal, con ocasión de la creación del Ministerio de la Familia y Desarrollo Social, el nuevo artículo 2º n.º 1) de la Ley n.º 20.530 define a familia como: “Núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”.

Por su parte, a nivel internacional ha existido una consagración normativa de un deber de protección de la familia por parte de la sociedad como por el Estado, tanto en el Pacto (artículo 23.1³¹) como en la Convención (artículo 17.1³²).

En materia migratoria, la importancia de la existencia de un deber de protección de parte del Estado hacia la familia ha tenido ocasión con posibles casos de separación de sus miembros, sea por impedir el ingreso o expulsar a alguno de ellos pues, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) “[...] una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia” (caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas, párr. 116). Es más, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) estima que:

[...] la separación de niños y niñas de sus padres, pueden en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de los mismos, los cuales deben ser garantizados por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. (Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 227)

Como señala Arlettaz (2016), a propósito del Pacto (pese a que también es predicable de la Convención, ya que su redacción es igual): “[...] una expulsión será

31 “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Pacto, artículo 23.1).

32 “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (Convención, artículo 17.1).

La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno:

ilícita en la medida en que implique una *injerencia arbitraria* en la vida familiar [...]. Dos elementos resultan pues de relevancia: que haya una injerencia y que la misma no pueda ser justificada" (p. 29). Para ello, debe aplicarse:

[...] un *test de equilibrio* entre la vida familiar, por un lado, y el interés del Estado en expulsar al extranjero por otro. Así, cuanto más fuertes sean los lazos familiares más potentes habrán de ser las razones del Estado para justificar la expulsión. Razones de expulsión *débiles* (por ejemplo, la mera irregularidad migratoria) frente a los lazos familiares *fuertes* (por ejemplo, hijos residentes en o nacionales del Estado que expulsa) hacen que sea una injerencia arbitraria en la vida familiar. (Arlettaz, 2016, p. 32)³³

Por último, es menester anotar que, "La Corte Suprema [de Chile] se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la protección de la familia es un elemento que debe ponderar la Administración al resolver la permanencia o expulsión de un extranjero" (Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 2019, p. 169).

d. Interés superior del niño

Muy ligado con la protección de la familia, la primacía del interés superior del niño constituye uno de los elementos limitantes de la potestad del Estado para expulsar extranjeros de su territorio, y que se encuentra relacionada con los lazos personales existentes entre el expulsado y terceros.

El interés superior del niño:

[...] hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño o niña en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña -de acuerdo con su edad y madurez- y de las necesidades físicas, emocionales y educativas de los niños, niñas o adolescentes. (López-Contreras, 2015, p. 55)

Dicho principio se encuentra contenido en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual reza que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una

33 En el Sistema Interamericano de protección de derecho humano, es posible apreciar que la Comisión Interamericana ha propiciado la aplicación del test de equilibrio cualquiera sea la causa de la expulsión de los familiares del menor (Arlettaz, 2015, p. 31).

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Por su parte, la Convención, pese a que no emplee los mismos términos, asegura la protección de los niños en su artículo 19³⁴.

Normalmente, los estudios relativos a los criterios empleados por los tribunales para analizar las causas de expulsión tratan conjuntamente el interés superior del niño y la protección de la familia. A vía ejemplar, Henríquez Viñas (2018) señala que el interés superior del niño, como razón para acoger los amparos frente a las órdenes de expulsión, es complementario al criterio de protección de la familia, toda vez que la separación de los menores de sus padres perturba la identidad familiar (p. 10). Con todo, somos de la idea que se diferencian pues, si bien la afectación de la unidad familiar puede resultar perjudicial para el interés superior del niño, este último principio pone el énfasis en el menor y no en la familia. De ello, es posible incluso que el interés superior del niño justifique la sanción y posterior expulsión de alguno de los padres, *v. gr.* si uno de los padres ha cometido graves actos delictuales, puede que en el caso sea más beneficioso que su presencia salga de la esfera de cercanía del hijo. Además, el interés superior del niño opera únicamente en beneficio del menor, mientras que en caso de la unidad familiar se mira en beneficio de todos sus integrantes.

El interés superior del niño ocupa el rol de límite ante la expulsión que se trate, debido a que:

[...] cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 70)

"Por consiguiente, las separaciones legales de la niña o el niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, caso de las personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 416), debiendo ser "una medida idónea, necesaria y proporcionada" (Olea Rodríguez, 2016, p. 258).

34 "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (Convención, artículo 19).

La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno:

e. Falta de proporcionalidad en el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración

Si bien, las leyes en cuya virtud se realiza una limitación a la libertad de circulación requieren superar un *test* de proporcionalidad, la Administración, al dar aplicación a dichos preceptos, también debe ponderar la proporcionalidad entre la lesividad de la medida de expulsión y los fines perseguidos por esta. Superar dicho *test* cobra especial relevancia en los casos en que la autoridad administrativa cuente con facultades discrecionales, ya sea que el acto que se adopte en ejercicio de tales facultades sea o no una sanción administrativa.

Para Cassagne (2016):

El supraconcepto de discrecionalidad, [es] concebido como el margen de maniobra que tiene el órgano administrativo para adoptar una decisión entre dos o más variantes, ya sean éstas parcialmente regladas o libradas a la decisión más o menos discrecional del agente público. (p. 260)

Por medio del ejercicio de potestades discrecionales, la Administración, previo examen de los antecedentes que dispone, puede adoptar razonablemente, de entre varias opciones de actuación, la decisión que resulte más adecuada al caso concreto, no quedando restringida a los rígidos lineamientos generales prestablecidos por el legislador. Empero, ello no supone que este no deba establecer criterios que orienten la actividad del órgano administrativo, especialmente por motivos de igualdad y seguridad jurídica, en general, y en materia migratoria por un enfoque de derechos humanos³⁵.

En virtud de lo dicho, al ejercer sus facultades, la Administración no solo debe apreciar si el hecho es susceptible de ser subsumido en la norma que le habilita para disponer la expulsión, sino que, además, ponderar los eventuales efectos que la misma pueda tener para la vida y desarrollo personal del sujeto, su arraigo social y laboral (Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 1.546-2015, 2015). Asimismo, debe considerarse el tiempo transcurrido desde la concurrencia de la causal que habilita a expulsar (Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 16.664-2015, 2015), su gravedad (Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 6.660-2014, 2014) y reiteración (Corte Suprema, sentencia Rol n.º 33.257-2016, 2016). Solo en la medida que se supere el *test* de proporcionalidad entre la procedencia de la medida de expulsión y los efectos de la misma, la autoridad podrá disponer que el migrante sea expulsado.

35 “El enfoque de derechos constituye [...] un marco conceptual que ésta basado normativamente en principios y estándares internacionales de derechos humanos y operacionalmente dirigido a respetarlos, protegerlos y satisfacerlos” (Poblete Melis y Galaz Valderrama, 2018, p. 98).

Por último, cabe destacar que una desproporción en la medida de expulsión adoptada, conforme a su intensidad, puede dar lugar a una arbitrariedad, toda vez que, atendida la magnitud del yerro jurídico, no resulta justificable la adaptación de la medida en relación con otros extranjeros en la misma situación.

f. Principio de no devolución

El principio de no devolución es “La prohibición para los Estados de extraditar, deportar, expulsar o regresar a una persona a un país donde su vida o libertad podrán ser amenazadas, o donde hay sustanciales motivos para creer que él o ella correrán el riesgo de ser sometidos a torturas u otros tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes, o podrían estar en peligro de ser sujetos a desaparición forzosa o sufrir otro daño irreparable” (International Organization for Migration, 2019, p. 147).

Dicho derecho, “[...] está implícito en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]. En lo que se refiere a la prohibición de tortura y otros tratos análogos del artículo 7º” (Arlettaz, 2016, p. 24). Por su parte, la Convención le consagra expresamente en su artículo 22.8³⁶.

A su respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humano (2018) señaló que:

[...] la devolución, como concepto autónomo y englobante, puede abarcar diversas conductas estatales que impliquen poner a la persona en manos de un Estado en donde su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometida a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviada a uno en el cual pueda correr dichos riesgos (devolución indirecta). Tales conductas incluyen, entre otras, la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o ‘entrega’. (Opinión Consultiva OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección, párr. 190)

En otras palabras, la Corte reconoce que el principio de no devolución, si bien es integrante del derecho a buscar y recibir asilo, no es exclusivo de él. Puede, en-

36 “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (Convención, artículo 22.8).

La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno:

tonces, existir la obligación de no devolución, sin que se deba asilar a una persona (Molina Conzué, 2019b, p. 37).

Conforme a lo expuesto, al momento de analizar los antecedentes que se dispongan respecto del extranjero cuya expulsión se persigue, es menester no solo atender a las consecuencias que la expulsión pueda generar en el territorio del cual se pretende disponer su salida, sino que también deben ponderarse el eventual perjuicio que puede suponer el retorno del particular al territorio de origen, o de aquellas que sigan a su entrada al país al que se le expulsa.

3.2. Límites formales

Los límites formales de la potestad de expulsión de extranjeros atienen a las formas y ritualidades que debe observar el procedimiento y acto administrativo que dispone dicha medida, más no al objeto, motivos y fin de la misma.

a. Motivación del acto

Todo acto administrativo debe encontrarse debidamente fundado. Dicha fundamentación se traduce en una exigencia formal, esto es, la expresión en el acto administrativo del razonamiento seguido por la Administración para arribar a la decisión de expulsar a un extranjero, invocando y desarrollando los motivos que le dan lugar, ya sea este un acto administrativo desfavorable no sancionatorio o bien una sanción administrativa.

Para tal efecto, la Administración deberá contar con los antecedentes que sean suficientes para fundar debidamente el acto administrativo de expulsión, especialmente habida cuenta de las amplias esferas de decisión con que se ha dotado a la autoridad en materia migratoria³⁷.

Es más, al tratarse de un acto emitido en el ejercicio de facultades discrecionales, cobra especial importancia dicha fundamentación, pues permite distinguir la discrecionalidad de la arbitrariedad, así como hace efectivo el ejercicio del derecho de defensa del particular (Cassagne y Fernández, 2017, pp. 171-172).

Lo dicho es de suma importancia, pues solo en la medida que dicho razonamiento sea contenido en el acto de expulsión, el particular podrá, por un lado, conocer los motivos que dieron lugar a la medida y poder optar por alguna vía impugnatoria en su contra, ejerciendo su derecho a defensa. Del mismo modo,

37 En otras palabras, y como señala Huepe Artigas (2018), para encontrarnos frente a una decisión administrativa razonable, esta debe ser racional (procedimiento) y razonable en sentido estricto (resultado) (p. 233). Así, además, la discrecionalidad administrativa, que es muy amplia en el derecho migratorio chileno, cumplirá tanto con su límite de legalidad externo como interno (p. 235).

permite impedir la legitimación de actos respecto de los que existe una fundada presunción de arbitrariedad, ya que, al desconocerse los motivos, se desconocen aquellos argumentos justificantes de una medida tan levisa, debido a que no evi-dencia los antecedentes existentes.

En el derecho chileno la exigencia de fundamentación de los actos adminis-trativos se encuentra en los artículos 11 y 41 de la LBPA. Mientras el primero esta-blece en su inciso 2º que: "Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos", el inciso 4º del segundo nos indica que: "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada". Con base en ello, y por constituir un requisito cuya infracción deviene en la anulabilidad del acto, en caso de que el acto carezca de fundamentación, es posible solicitar dejar sin efecto el acto de expulsión.

Esta causal ha sido ampliamente desarrollada por parte de la jurisprudencia. Así, y a vía ejemplar, nuestra Corte Suprema (2013) señaló que las decisiones de expulsión del país: "[...] demandan un pronunciamiento del funcionario compe-tente con una carga argumentativa superior a la meramente formal expuesta en la decisión atacada, que se funda únicamente en las disposiciones legales y regla-mentarias que cita" (Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 2.314-2013, 2013, cons. 4º). Es más, la Corte Suprema ha dicho que la falta de fundamentos de la decisión administrativa que adoptó la medida de expulsión la tornan en un actuar arbitrario (Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 2.314-2013, 2013, cons. 5º).

b. Debido procedimiento administrativo

La noción de debido procedimiento administrativo hace referencia a aquel conjunto de garantías específicas que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares que figuran como interesados en un procedimiento seguido por la Administración del Estado.

Si bien la Constitución chilena consagra la garantía del debido proceso bajo la expresión de un justo y racional procedimiento e investigación (artículo 19 n.º 3, inciso 5º) entre las garantías relativas al *ius puniendi* del Estado, ello no quiere decir que se circunscriba únicamente al ejercicio de las potestades sancionatorias de la Administración. De este modo, el Tribunal Constitucional ha dicho que las garantías de dicho procedimiento no serán las mismas que aquellas aplicables a los tribunales de justicia, así como las que procedan no se aplicarán con la misma intensidad (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 513, 2007, cons. 16º). Es decir, existirá una aplicación modular del contenido del debido proceso al pro-cedimiento administrativo común, sin la intensidad ni modalidades judiciales

(Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 513, 2007, cons. 17º), satisfaciendo la LBPA las exigencias de racionalidad y justicia (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 771, 2007, cons. 16º)³⁸.

Por su parte, el Pacto en su artículo 13³⁹ establece un conjunto de garantías⁴⁰ para el ejercicio de la facultad de expulsar a los extranjeros que, no obstante, “[...] sólo corresponden a extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado” (Arlettaz, 2016, p. 35). Con todo, “[...] las garantías del artículo 13 deben interpretarse a la luz de las garantías procesales generales reconocidas en el artículo 14.1 del Pacto” (Arlettaz, 2016, p. 39). Por su parte, el artículo 22.6 de la Convención⁴¹ establece que la expulsión debe realizarse en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. De ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado por garantías en caso de expulsión: “respeto a la legalidad, derecho a ser informado de los motivos de la expulsión, derecho a la debida notificación de la decisión de expulsión, derecho a someter el caso a revisión ante la autoridad competente, derecho a asistencia letrada, derecho a un traductor o intérprete y derecho al respeto de las normas que garantizan la intervención consular” (Arlettaz, 2015, p. 27).

En la actual LE chilena nos encontramos con “[...] la inexistencia absoluta del reconocimiento de los estándares internacionales en materia de debido proceso, que han sido expresamente reconocidos como una exigencia” (Lawson y Rodríguez, 2016, p. 237).

38 En lo que respecta a la Convención, la Corte Interamericana hace aplicable al procedimiento administrativo las garantías del artículo 8.1 de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010, sentencia caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 108).

39 “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas” (Pacto, artículo 13).

40 “El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones ‘en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley’, su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por ‘razones imperiosas de seguridad nacional’. En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros” (Comité de Derechos Humanos, 1986, párr. 10).

41 “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” (Convención, artículo 22.6).

Por último, cabe mencionar que las eventuales limitaciones o privaciones de libertad que se adopten con fin de llevar a cabo la expulsión, además de ser necesarias, no pueden suponer la afectación de otros derechos del particular, debiendo siempre realizarse en lugares destinados para tal efecto (sin mezclar con los condenados por delitos) y ser idóneas y proporcionales.

c. Prohibición de expulsión colectiva

Finalmente, la Convención impone a sus Estados miembros que las expulsiones deban ser individuales, pues el artículo 22.9 proscribe las expulsiones colectivas. Se entiende que hay expulsiones colectivas en caso que exista una decisión que no desarrolle un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, deviniendo en arbitraria (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, caso Nadage Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas, párr. 171).

4. Conclusiones

Como acto administrativo que es, la medida de expulsión administrativa se encuentra sujeta a un conjunto de límites, y que, a la postre, constituyen requisitos para el actuar de la autoridad.

De ello, existen límites comunes a todo acto administrativo, a los que pueden añadirse, dependiendo de su naturaleza, aquellos comunes al derecho administrativo sancionador. Sin embargo, atendiendo la especificidad del contexto en el que se encuentra inserta la medida de expulsión, existen límites específicos, provenientes tanto del derecho constitucional, como del derecho internacional de los derechos humanos.

Dichos límites, que pueden atender al objeto, fin o motivos del acto (límites materiales), o bien a la forma y procedimiento en la adaptación del mismo (ritualidades externas, límites formales), constituyen verdaderos parámetros de valoración de la decisión estatal, y cuyo cumplimiento satisface al mismo tiempo derechos a ellos asociados, resulta de vital importancia para la concreción de un sistema migratorio respetuoso de los derechos de los extranjeros y con un enfoque centrado en la posibilidad de realización de la persona.

Si bien del análisis realizado es dable anotar que las normas migratorias chilenas presentan amplios espacios de discrecionalidad, no cumpliéndose adecuadamente los estándares constitucionales e internacionales exigidos para la limitación de la libertad ambulatoria, dejando abierta la puerta a decisiones administrativas carentes de una debida fundamentación y proporcionalidad -dando lugar a arbitrariedades-, la inclusión en el ordenamiento jurídico chileno de diversos instrumentos internacionales, así como una revisión y control jurisdiccional de

La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno:

los actos de expulsión, permite poner coto a decisiones administrativas alejadas del cumplimiento de los límites estudiados.

Por último, es menester advertir que el creciente aumento de migrantes en Chile hace necesaria una revisión de la normativa actualmente vigente, dando lugar a una regulación que, en lo que a expulsiones se refiere, incluya, para una mayor certeza en la Administración, los límites materiales y formales estudiados.

Referencias bibliográficas

- Acevedo Menanteau, P., Cobos Fontana, M. y von der Hundt, M. (2018). *Derechos de las y los trabajadores migrantes: estándares internacionales, legislación comparada y perspectivas en Chile*. Santiago de Chile: Observatorio Ciudadano.
- Aldunate Lizana, E. (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Aninat, I. y Sierra, L. (2019). Regulación inmigratoria: propuestas para una mejor reforma. En Aninat, I. y Vergara, R. (eds.), *Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional* (pp. 31-63). Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Arlettaz, F. (2015). *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano*. Ciudad de México: CNDH.
- Arlettaz, F. (2016). La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49(145), 13-45.
- Bassa Mercado, J. y Torres Villarrubia, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento de los flujos migratorios, *Estudios Constitucionales*, 13(2), 103-124.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo general*. Santiago de Chile: Legal Publishing - Thomson Reuters.
- Bronfman Vargas, A., Martínez Estay, J. y Núñez Poblete, M. (2012). *Constitución Política comentada. Parte dogmática*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot - Legal Publishing.
- Cassagne, J. (2016). *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Cassagne, J. y Fernández T. -R. (2017). *Temas del Derecho Público*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Chile. (1975). Decreto Ley n.º 1.094. Establece normas sobre extranjeros en Chile.
- Chile. (1980). Constitución Política de la República.
- Chile. (1983). Ley n.º 18.216. Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.
- Chile. (2003). Ley n.º 19.880. Establece bases de los procedimientos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

- Chile. (2011). Ley n.º 20.530. Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y modifica cuerplos legales que indica.
- Chile. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 43 (1987).
- Chile. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 239 (1996).
- Chile. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 513 (2007).
- Chile. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 771 (2007).
- Chile. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 811 (2007).
- Chile. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol n.º 2.273 (2013).
- Chile. Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 2.314-2013 (2013)
- Chile. Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 6.660-2014 (2014).
- Chile. Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 1.546-2015 (2015).
- Chile. Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 16.664-2015 (2015).
- Chile. Corte Suprema, Sentencia Rol n.º 33.257-2016 (2016).
- Comité de Derechos Humanos. (1986). *Observación general n.º 15*, 1986. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN27
- Comité de Derechos Humanos. (1999). *Observación general n.º 27*, 1999. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN27
- Cordero Quinzacara, E. (2013a). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(1), 79-113.
- Cordero Quinzacara, E. (2013b). La nulidad de los actos administrativos y sus causales. En Ferrada Bórquez, J. (ed.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno* (pp. 189-207). Santiago de Chile: Legal Publishing - Thomson Reuters.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010), caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012), caso Nadage Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013), caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014), caso de las personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *opinión Consultiva OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección.*
- Dellacasa Aldunate, F. J. y Hurtado Fernández, J. M. (2015). *Derecho migratorio chileno.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Departamento de Extranjería e Inmigración (DEM). (2016). *Migración en Chile: 2005-2014.* Santiago de Chile: DEM.
- Díaz de Valdés Juliá, J. (2019). *Igualdad constitucional y no discriminación.* Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Díaz Tolosa, R. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales, *Estudios Constitucionales*, 14(1), 179-220.
- Dirección de Estudios de la Corte Suprema. (2019). *Migrantes. Revista Colecciones Jurídicas.* Santiago de Chile: Poder Judicial.
- Doña-Reveco, C. y Levinson, A. (2013): The Chilean State and the search for a new migration policy. *Discusiones Públicas*, 4(1), 67-89.
- García Pino, G. y Contreras Vásquez, P. (2014). *Diccionario de Derecho constitucional chileno.* Santiago de Chile: Tribunal Constitucional.
- Henríquez Viñas, L. (2018). El *habeas corpus* contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 1. Doi: 10.7764/rda.0.1.115.
- Huepe Artigas, F. (2018). *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad.* Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Huergo Lora, A. (2007). *Las sanciones administrativas.* Madrid: Iustel.
- International Organization for Migration. (2019). *Glossary on Migration.* Ginebra: IOM.
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2019). *Estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2018.* Recuperado de https://www.ine.cl/docs/default-source/default-document-library/estimaci%C3%B3n-de-personas-extranjeras-residentes-en-chile-al-31-de-diciembre-de-2018.pdf?sfvrsn=69145bd2_0
- Lawson, D. y Rodríguez, M. (2016). El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa: situación actual y alternativas. En Vial, T. (ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016* (pp. 217-238). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos UDP.
- López-Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70.

- Molina Conzué, D. (2018). Discrecionalidad administrativa e igualdad ante la ley en materia migratoria. *Actas de la I Bienal Latinoamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://bienaldidh.org/wp-content/uploads/2019/04/Acta-Molina.pdf>
- Molina Conzué, D. (2019a). *Estatutos jurídicos diferenciados de movilidad humana: migrante y asilado/refugiado*. Recuperado de https://www.academia.edu/39320646/Estatutos_Jur%C3%ADcicos_diferenciados_de_movilidad_humana_migrantes_y_asilados_refugiados
- Molina Conzué, D. (2019b). Reconocimiento normativo y diferencias entre el asilo diplomático, asilo territorial y refugio en la opinión consultiva OC-25/18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Precedente*, 15, pp. 15-43.
- Nieto, A. (2016). *Derecho Administrativo sancionador* (5º ed.). Madrid: Tecnos.
- Nogueira Alcalá, H. (2005). Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales, *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64.
- Olea Rodríguez, H. (2016). Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 9, 249-272.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Organización de Estados Americanos. Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Osorio Vargas, C. (2017). *Manual de procedimiento administrativo sancionador* (2º ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Poblete Melis, R. y Galaz Valderrama, C. (2018). Políticas públicas y migración: reflexiones para avanzar hacia la inclusión. *Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios*, 18, 91-101.
- Silva Bascuñán, A. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Stang, M. (2016). De la doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975, *Polis. Revista Latinoamericana*, 15 (44), 83-107.
- Thayer Correa, L., Stang, F. y Abarca, C. (2016). Estatus legal precario y condicionalidad en el acceso a derechos. Una aproximación a la regulación migratoria en Argentina y Canadá. *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, 16(2), pp. 11-43.
- Uprimny Yepes, R. y Sánchez Duque, L. M. (2019). Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia. En Steiner, C. y Fuchs, M-C. (ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (2º edición) (pp. 645-670). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.



Rescatado de Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cuenta en Flickr

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Desde la influencia del darwinismo social hasta el imperio de los derechos humanos. Inmigración en Chile entre 1907 y 2018*

José Antonio González-Pizarro**

Resumen

Se analizan las políticas migratorias implementadas por el Estado de Chile entre dos hitos de la explosión migratoria cuyos censos nacionales de población, 1907 y 2018, marcaron los mayores porcentajes de extranjeros en el país. Para ello se estudia la normativa migratoria chilena, con sus correspondientes contextos, el de 1907, con la influencia del denominado darwinismo social que influyó en el racismo, la xenofobia de la sociedad y, el de 2018, con la incidencia de los derechos humanos en la legislación nacional y con la persistencia de elementos percibidos en 1907. Esta convergencia de ideas en la sociedad y acciones estatales, se aplica a segmentos inmigratorios extracontinentales en 1907 y a contingentes inmigratorios continentales en 2018.

Palabras claves: inmigración; leyes; Chile; darwinismo; derechos humanos.

From the influence of social darwinism to the reign of human rights. Immigration in chile between 1907 and 2018

Summary

We analyze the migration policies implemented by the State of Chile between two milestones in the migratory explosion, 1907 and 2018, at which the national population censuses recorded the highest percentages of foreigners in the country. To do this, we study Chilean immigration regulations, with their corresponding contexts: the context in 1907, with the influence of so-called social Darwinism that influenced racism, society's xenophobia, and in 2018, with the incidence of human rights in national legislation and with the persistence of elements perceived in 1907. This convergence of ideas in society and State actions applies to extra-continental immigration segments in 1907 and continental immigration groups in 2018.

Keywords: immigration; laws; Chile; darwinism; human rights.

Da a influência do darwinismo social até o império dos direitos humanos. Imigração no chile entre 1907 e 2018

Resumo

Analisa-se as políticas migratórias implementadas pelo Estado Chileno entre dois momentos importantes da explosão migratória, como censos nacionais de população, 1907 e 2018, que registraram as maiores percentagens de expatriados na nação. Consequentemente, estuda-se a normatividade da migração no Chile, com a sua contextualização mais atinente, a de 1907, com a influência do denominado darwinismo social que afetou o racismo, a xenofobia da sociedade, e no 2018, com a incidência dos direitos humanos na Legislação nacional e com a prevalência dos elementos detectados em 1907. Essa convergência de ideias na sociedade e nas ações do Estado se aplica aos segmentos da imigração extracontinental em 1907 e aos grupos de imigração continental em 2018.

Palavras-chave: imigração; leis; Chile; darwinismo; direitos humanos.

* Artículo de investigación. El trabajo es parte del proyecto Fondecyt 1180319: "Estudio comparado sobre la migración asiática y la del Medio Oriente en Antofagasta y Valparaíso entre 1880 a 1930", año 2019 (término año 2020), y del proyecto IMI-UCN, Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo Tecnológico, de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile, (término año 2019).

** Investigador José Antonio González Pizarro, Escuela de Derecho-Antofagasta, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Chile. Doctor en Historia por la Universidad de Navarra. Director del Centro de Estudios Histórico-Jurídicos de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Chile. Líneas de Investigación Migración- Estado-Sociedad- Derecho en el Norte de Chile. Correo electrónico: jagonzal@ucn.cl. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4030-0353>

Cómo citar este artículo: González, J. A. (2020). Desde la influencia del darwinismo social hasta el imperio de los derechos humanos. Inmigración en Chile entre 1907 y 2018. *Estudios de Derecho*, 77 (169), 323-348
Doi: 10.17533/udea.esde.v77n169a13

Fecha de recepción: 22/09/2019 Fecha de aprobación: 13/11/2019



Desde la influencia del darwinismo social hasta el imperio de los derechos humanos. Inmigración en Chile entre 1907 y 2018

Introducción

En el devenir de Chile en materias migratorias durante los siglos XX y XXI, puede indicarse que el país vivió sujeto a las ideologías imperantes, avances en materias de derechos en pos de una sociedad más democrática y a las sensibilidades que la ciudadanía manifestó mediante variados escritos, desde tesinas, artículos de prensa hasta ensayos. En tal sentido, se debe puntualizar que lo aseverado nunca fue neutro en sus propósitos. Y esto tiene que ser apreciado en sus contextos históricos, donde ideas puntuales y sus presupuestos pudieron discurrir libremente alimentando prejuicios contra segmentos humanos o bien estas ideas fueron constreñidas por bienes jurídicos que se estimaron superiores, bajo otras circunstancias. En cada uno de estos marcos, las normativas nacionales, los instrumentos jurídicos internacionales y el moldeamiento de la sociedad respondieron a sus épocas y a determinados referentes para fijar cuáles flujos inmigratorios iban a ser tipificados como aceptables o indeseables. Esto nos lleva a ponderar de qué modo ideas, prejuicios y actitudes de antaño pudieron ser constatados en años recientes en el imaginario social nacional en específicos sectores sociales o en determinados lugares geográficos. De igual modo, interrogarse de qué manera han cristalizado los valores del canon de los derechos humanos en la legislación nacional y las formas con que han abordado los medios de comunicación social el fenómeno de la inmigración masiva.

Nuestra finalidad comparativa apunta a establecer la evolución en materias inmigratorias en los niveles del Estado y sus agencias, la legislación nacional y la incidencia en ella de las convenciones y tratados en materias de migración y derechos humanos y, por último, las prácticas que realiza el Estado y la opinión pública en el tratamiento de la inmigración.

El censo de población de 1907 señaló un ingreso inmigratorio (el más alto en el siglo XX) desde países vecinos, europeos y procedentes de Asia y del Medio

Oriente que se acrecentó en el censo de 1920. En el censo de población de 2017 surgió el primer indicio que el porcentaje de extranjeros en el país había excedido el 4,1 % del total establecido en 1907, superado con creces en la actualización demográfica del año 2018.

Dos realidades sobre los habitantes que nos muestran ideas antitéticas sobre las “razas”, la inmigración, las trabas para su ingreso hasta revelar acciones contradictorias ante los flujos inmigratorios por medio de leyes de distinta naturaleza para, finalmente, acatar en los primeros quinquenios del siglo actual, los diversos instrumentos internacionales que han orientado al Estado y las conductas sociales en asuntos inmigratorios.

Nuestra hipótesis es que entre fines del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX confluyeron las ideas darwinistas y su aplicación al mundo social con la visión estatal chilena en pro de una política inmigratoria selectiva, a favor del europeo, que posibilitaron sentar una orientación gubernamental hacia la finalidad de acoger una inmigración que sirviera de ocupación/colonización de su prolongado territorio y pudiese contribuir al mejoramiento de las cualidades de su población actual. Empero, estas ideas y prácticas moldearon un imaginario social nacional de superioridad de corte esencialista que ha chocado con el canon de los derechos humanos suscrito por el Estado en el siglo XXI.

Metodología

El estudio combina la metodología histórica, con el análisis de los datos estadísticos demográficos en la evolución de Chile. Esto con relación a las ideologías imperantes, posturas del Estado y la opinión pública respecto al proceso de inmigración. Y la técnica jurídica en cuanto al análisis dogmático de la legislación internacional y nacional en materias del fenómeno migratorio. En esta perspectiva, el trabajo en cuestión entretejía los datos empíricos demográficos con el análisis de la opinión pública recogida en la prensa, el abordamiento de iniciativas legales con los juicios emanados de los despachos diplomáticos.

Para tal finalidad, nos hemos basado en los cuerpos normativos, los censos nacionales de población, la documentación diplomática y regional depositada en el Archivo Nacional (Fondos de la Intendencia de Antofagasta y del Ministerio del Interior) y en el Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

La situación migratoria de Chile en las primeras décadas del siglo XX

Chile ha sido a lo largo de su historia un país expulsor de población, hasta el cambio en la segunda década del siglo XXI. Durante los siglos XIX y XX ejecutó una inmi-

gración selectiva. Esto con la necesidad de poblar las tierras extremas del sur y el centro del país. Incorporados a Chile los territorios de Tarapacá y de Antofagasta, a consecuencia de la Guerra del Pacífico (1879-1884), se abrió un gran mercado laboral en las ciudades de Iquique y Antofagasta, derivado del monopolio mundial de la producción del nitrato de sodio-salitre, con sus respectivos *hinterlands* donde estaban las instalaciones industriales y campamentos respectivos. Esto significó que entre 1885 y 1925 hubo una versión acotada de la teoría del *push and pull*, pues atrajo población desde los países vecinos: Bolivia, Perú y Argentina. Y, gracias, a la globalización del liberalismo entre 1870 y 1920, donde la conectividad marítima y fuertes inversiones en la industria salitrera, posibilitó el arribo de importantes segmentos europeos al norte chileno.

Si se observan los censos de 1885 a 1930 tenemos una población nacional que aumenta muy poco entre 1885 a 1895 y de modo significativo entre 1895 a 1907. Se mantuvo estable en el lapso de 1907 a 1920 y continuó con menor intensidad entre 1920 y 1930, como se aprecia en la tabla 1.

Tabla 1. *Crecimiento de la población según censos nacionales*

Censo año	1885	1895	1907	1920	1930
Población	2.507.380	2.695.911	3.231.496	3.731.573	4.287.445

Fuente: Dirección General de Estadística, 1931, p. 40.

La llegada del contingente europeo, en general, a las principales ciudades chilenas, ha sido ponderada por su aporte al incremento de la capacidad empresarial nacional, al fortalecimiento de la clase media y al espíritu de trabajo y orden (Cano y Soffia, 2009).

Si apreciamos al contingente europeo más caracterizado y al latinoamericano más preponderante, encontramos en los censos en estudio los datos que refieren de su evolución, que se muestran en la Tabla 2.

No obstante, la inmigración europea se distribuyó entre las ciudades principales de Chile: Santiago, Valparaíso y Concepción; aunque hubo un número importante de ingleses en Iquique y Antofagasta; los latinoamericanos se concentraron en su mayoría en las provincias de Tarapacá y Antofagasta.

La presencia asiática se dispersó en las ciudades del norte de Chile, Iquique y Antofagasta. La china, en la antigua provincia peruana de Tarapacá, mezcló la originaria del tráfico de los culíes con otra reciente. Los súbditos procedentes desde Japón nunca fueron significativos en términos cuantitativos.

Después de la Primera Guerra Mundial se hizo notar otro segmento migratorio: los procedentes desde el Medio Oriente, súbditos del ex Imperio otomano.

Desde la influencia del darwinismo social hasta el imperio...

Tabla 2. Población de Extranjeros según los censos nacionales de Chile

Censo Año	1885	1895	1907	1920	1930
Nacionalidad	6.808	7.560	10.724	8.950	10.861
Alemania					
Nacionalidad	5.310	6.838	9.845	7.220	5.292
Inglaterra					
Nacionalidad	4.114	7.797	13.023	12.358	11.070
Italia					
Nacionalidad	2.508	8.494	18.755	25.962	23.439
España					
Nacionalidad	9.835	7.507	6.956	7.362	7.048
Argentina					
Nacionalidad	13.146	8.669	21.968	15.552	10.366
Bolivia					
Nacionalidad	34.901	15.999	27.140	12.991	6.223
Perú					

Fuente: Dirección General de Estadística, 1933, vol. II, p. X.

Para sopesar la cuantía de los nacionales de China, Japón y del Medio Oriente, reparemos en el registro de la Tabla 3.

Tabla 3. Ciudadanos asiáticos y del Medio Oriente en Chile según censos nacionales

Año Censo	1885	1895	1907	1920	1930
Nacionales	1.164	999	1.920	1.954	1.605
China					
Nacionales	51	20	209	557	670
Japón					
Nacionales	29 Turcos	76 Turcos	1.729 Turcos	1.282 Turcos	526 Turcos
Árabes				1.204 Sirios	1.345 Sirios
				1.164 Palestinos	3.156 Palestinos

Fuente: Dirección General de Estadística, 1933, vol. II, p. X.

Empero, la realidad nortina exhibió para el año 1907 una interesante concentración de la denominada inmigración no deseable, pues en Tarapacá había 1.335 chinos, 98 japoneses y 90 turcos y en Antofagasta 287 chinos, 55 japoneses y 279 turcos (Comisión Central del Censo, 1907).

Para tener un panorama más amplio de los porcentajes de extranjeros a nivel nacional y entre las principales provincias del país, puede inferirse de los datos reunidos en la Tabla 4, la gravitación porcentual en la zona norte y en el sur magallánico.

Tabla 4. Extranjeros según censos nacionales y su proporción con la población, por provincia

Provincias	1885	%	1895	%	1907	%	1920	%
Tarapacá	23.284	51.6	25.544	28.5	43.774	39.7	15.422	15.3
Antofagasta	6.519	5.1	6.210	14.0	17.800	15.7	15.722	9.1
Valparaíso	8.623	4.2	11.299	5.1	15.068	5.6	15.445	4.8
Magallanes	781	37.5	1.858	35.9	6.499	37.5	6.246	21.5
Total Nacional	87.077	3.4	79.056	2.9	134.524	4.1	120.436	3.2

Fuente: Dirección General de Estadística, 1925, p. 277.

Estos antecedentes aportaron la base empírica para dar fundamento a la política estatal y a diversas expresiones discriminatorias cuando no racistas habidas en el norte de Chile.

Ideologías de discriminación. Racismo y xenofobia contra la inmigración china y turca

Apuntaba Hanna Arendt que la ideología era una “la lógica de una idea” (Arendt, 2004, p. 569) y en el curso del siglo XIX se estructuró una que afectó a las sociedades nacionales y moldeó las actitudes estatales frente al extranjero. Nos referimos a la convergencia de las ideas científicas de Charles Darwin, con otras derivadas de sus presupuestos fomentadas por Francis Galton, las aplicadas en el campo social por Herbert Spencer y otras que, sin rigor científico, aprovecharon las de Darwin para hacer planteamientos que prendieron en determinados círculos políticos, como fueron las sostenidas por Joseph Arthur de Gobineau y Houston S. Chamberlain. Gobineau, escribió *Essai sur l'inegalité des races humaines* en 1853 y, a su vez, Chamberlain, redactó su *Die Grundlagen des neunzehnten Jarhunderts* en 1890, o en su versión española *Los Fundamentos del siglo XIX*. Si el primero justificó la división de la humanidad entre razas superiores e inferiores, el segundo circunscribió la superioridad racial a lo germánico-nórdico. Esta combinación de

ideas ayudó a alimentar manifestaciones racistas, segregacionistas y xenófobas en diversos círculos políticos y de la opinión pública, que dieron lugar a concreciones de políticas que fomentaron la eugenésia, la selectividad de la inmigración, la discriminación y prohibición sobre determinados segmentos inmigratorios. Fueron ideas que surgieron en Europa y tuvieron sus divulgadores e incluso fueron caldos de cultivos para ideologías totalitarias (Gurwitsch, 2010; La Placa, 2017; Weikart, 2013).

Nos interesa remarcar el cúmulo de premisas que dieron lugar a las reflexiones de los autores citados (y de otros). Y también, de qué manera afectaron a una clasificación artificial de la humanidad y arribaron en suelo latinoamericano influyendo en las orientaciones nacionales sobre la inmigración.

Los planteamientos de Charles Darwin expuestas en *On the Origin of Species by Means of Natural Selection or the Preservation of Favoured Races on the Struggle for Life* en 1859, y en *Descent of Man and Selection in Relation to Sex* en 1871, expusieron un cambio copernicano en el campo de las ciencias naturales, clausurando las apelaciones a lo sobrenatural en la evolución humana. Empero, como ha sostenido Jean Marc Bernardini, en el trabajo científico de Darwin podemos distinguir, “entre le discours expérimentalement sanctionné par la science et le discours idéologique véhiculé par le chercheur lui-même” (Bernardini, 2013, par. 5). El tópico entre el crecimiento demográfico y la producción de alimentos, sostenido en 1793 por R. T. Malthus, fue decisivo en la idea darwinista de la selección natural. La coincidencia o bien la complementación de las ideas de Herbert Spencer (la “equilibración directa”) con las de Darwin (la “teoría de la selección natural”), aunaron un plano ideológico entre las ciencias naturales y las sociales (Caponi, 2014; Holmes, 1994), donde fueron consolidándose la sociología por Spencer y la antropología por Edward B. Tylor, y de modo recíproco estuvieron al tanto estos autores de los avances del otro (Rodríguez, 2009). Estas ideas darwinistas, como advirtió Hofstadter (1994), impactaron en las maneras de pensar y creer en una sociedad que era moldeada por el espíritu burgués-industrial y con ansias imperialistas, como era la Inglaterra victoriana. El campo del denominado darwinismo social comenzó a irradiarse, con base en los ejes de la “selección natural” y “la supervivencia del más apto”, donde lo verificado por la ciencia en la naturaleza fue trasladado al plano de la sociedad, teniendo en Spencer un baluarte fundamental (Buganza, 2010).

La idea de la superioridad de las razas nórdicas condujo a estimar inferiores a las razas amarilla y negra. El propio Darwin, al destinar un capítulo de su libro *The Descendent of Man* a la extinción de las razas (“On the Extinction of the Races of Man), había planteado que era un hecho histórico que muchas razas y “sub-razas humanas” habían desaparecido de modo parcial o completa, lo cual realzaba el orgullo de la raza caucásica e hizo que el imaginario social racial fuese alimentado por la interpretación que aportaba la biología evolutiva humana (Sánchez Artea-

ga, 2007a, 2007b). En el despliegue de las razas, la “derrota” de la degeneración evolutiva de las razas no caucásicas, del poligenismo o del hibridismo de las razas humanas (según Paul Broca, o mestizaje), fue el triunfo del hombre blanco (Sánchez Arteaga, 2008). El racismo fue aplicado hacia el interior de los propios países. El primo de Darwin, Francis Galton estableció en 1865 la eugenesia, con su obra *Hereditary Genius: An Inquiry into Its Laws and Consequences*, una vieja idea en la antigua Grecia que excluía de modo letal a los humanos con deformidades físicas. En Francia, sus seguidores fundaron la “Antroposociología” y en 1912 la Sociedad Francesa de Eugenesia.

Concluyamos que el darwinismo social constituyó una ideología que abarcó a distintos sectores, como refiere Bernardini (2013):

Synonyme d'une vision libérale et cynique de l'humanité ou d'une politique conservatrice et réactionnaire. La «lutte pour l'existence» avantageuse aux «plus aptes», interprétés comme, les meilleurs ou les plus forts, est donc censée légitimer un ordre élitiste, conservateur et socialement hiérarchisé. (par.1)¹

Los proyectos biopolíticos no solamente se aplicaron en Europa (Sánchez Arteaga, 2008), sino que alcanzaron al continente latinoamericano (Pinho, 2017). El darwinismo en su incidencia racial en Brasil fue conducido por Raimundo Nina Rodrigues, considerado el padre de la antropología médica brasileña y el primer teórico racial importante en la comunidad científica de su país (Glick, Ruiz y Puig-Samper, 1999; Sánchez Arteaga, 2017). El darwinismo social se propagó en Bolivia, Argentina y en México (Juárez-Barrera y Bueno-Hernández, 2017; Puig-Samper, Ruiz y Galera, 2002; Urías Horcasitas, 1996; Vallejo y Miranda, 2005).

La biopolítica se aplicó en varios ciclos de acciones sobre poblaciones indígenas y afrodescendientes en territorios de América. Más tarde, se vio afectada la inmigración asiática, primero los chinos y posteriormente los japoneses, después de 1930. También hubo discriminaciones contra los árabes.

La influencia práctica de estas ideas condujo a reacciones populares anti-extranjeros.

La sinofobia se verificó por diversos motivos. En *Méjico por vincularse* a los comerciantes chinos con el porfiriato y, por ende, perseguidos y masacrados por los revolucionarios; en Perú, por rebelarse los culíes en las haciendas y apoyar al ejército chileno en la Guerra del Pacífico (Hu-Dehart, 1980, 1989; Look Tai & Chee Beng, 2010; Narváez, 2010).

1 Como nos basamos en la versión en línea del libro, citamos por el párrafo donde se encuentra la cita en vez de la página.

En el caso de Chile, las ideas científicas y pseudocientíficas de los autores europeos que hemos mencionado, produjeron corrientes de opinión que exacerbaron el nacionalismo en momentos en que todavía no se finiquitaban los tratados internacionales fronterizos, en 1889 con Argentina con relación a la Puna de Atacama, en 1904 con la República de Bolivia y en 1929 con Perú, donde las expresiones se canalizaron en un número de escritores nacionalistas que cuestionaron la decadencia de la nación. En la pluma destacó Nicolás Palacios con su libro *Raza Chilena* (Alvarado-Borgoño, 2004; González Pizarro, 2009) y, en las calles, las manifestaciones populares y mesocráticas de las acciones de las Ligas Patrióticas, en las provincias de Tarapacá y Antofagasta, en 1910 y con rebrotos en 1918 y 1925, con persecuciones contra peruanos y bolivianos (González, Maldonado y McGee Deutsh, 1993).

El darwinismo en Chile enfrentó al clero y al conservadurismo con la intelectualidad liberal, que tampoco exhibió una aceptación completa del evolucionismo, pero divulgó su ideario (Medel y Veloso, 2009; Tamayo Hurtado, 2009;). La eugenesia ganó adeptos en el país, puesto que la inmigración no había acrecentado la población nacional de manera estimable; se procuró que la inmigración “ayudara a mejorar la raza nacional”, como lo sostuvo Félix del Campo, en 1911. El rechazo al aporte de los pueblos indígenas y a razas no europeas, fue para no ahondar en males existentes y encontrarse con “una raza debilitada en sus facultades mentales, por el alcoholismo y otras enfermedades”, planteó en 1929 Alberto Mackenna Subercaseaux. El control de la inmigración llevó a plantear que hubiese médicos en los puertos para rechazar a los inmigrantes que padecieran enfermedades contagiosas o tuvieran grandes defectos físicos. En la Cámara de Diputados, en 1905, se declamó con recelo la inmigración japonesa, por representar un peligro amarillo y los negros podían debilitar la raza. La xenofobia (el odio a los extranjeros), se encauzó hacia los asiáticos, y con Nicolás Palacios contra los “latinos”, especialmente hacia los italianos (Ortíz Valenzuela, 2006). Se ha estudiado que en la década de 1920 los médicos tuvieron un protagonismo en el tratamiento del problema racial chileno, barajándose el aborto para impedir el nacimiento de “seres degenerados” y en la década de 1920 se planteó el Decreto Ley N° 355 denominado “En Defensa de la raza” para atacar, con medidas represivas, males como las enfermedades venéreas, tuberculosis y alcoholismo. La influencia germana hizo que en Chile (en la década de 1930) se barajara la esterilización como opción contra estas enfermedades. Hubo una serie de proyectos de ley en tal sentido y un buen número de tesis de grado de Licenciatura en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas en la Universidad de Chile, que abogaron por tales planteamientos. La relación entre eugenesia y Estado constituyó una relación compleja (Letelier Carvajal, 2009).

Las ideas racistas confundidas con la eugenesia tuvieron una gravitación en la formación de la higiene sexual nacional en la década de 1920, divulgadas por

Waldemar Coutts (Sánchez Delgado, 2018a), Otto Aichel y Erwin Baur (Sánchez Delgado, 2018b). El caso de Aischel fue paradigmático. Nacido en Chile, se destacó en Alemania como hombre de ciencia nazi y formó parte de los Tribunales de Salud Hereditaria del régimen de Hitler. Vinculado también a la colonia germana, estuvo la Botica Daube y Cía, que publicitó gratuitamente el conocido *Almanaque 18*, con tiraje de 150.000 ejemplares, donde los tónicos farmacéuticos alimentaron “el imaginario sociodarwinista del cuerpo deportivizado, vitalizado y poderoso” (Sánchez, 2009, p. 10).

Este ambiente y las ideas que la sustentaba hizo que los ciudadanos chinos, japoneses (en menor medida) y los provenientes del Medio Oriente sufrieran el racismo, la xenofobia y la discriminación por parte de los sectores populares y mesocráticos nacionales y también, por los sectores políticos de distinto espectro ideológico.

El racismo se manifestó en la vida cotidiana de las ciudades chilenas, donde se radicaron los inmigrantes procedentes del Asia [principalmente en ciudades del norte chileno (Calle Recabarren, 2014; Díaz Aguad, Díaz Araya y Sánchez Espinoza, 2014; González, Lufin & Llanos 2019b) y del Medio Oriente, en urbes del centro del país. A los procedentes desde Palestina, Siria y el Líbano se les llamó despectivamente “turcos” sin discriminación de su riqueza, encontrando hostilidad en la calle, en sus tiendas o en la prensa (Olgún y Peña, 1990; Rebolledo Hernández, 1994; Samamé, 2003).

Los sectores mayoritarios de la sociedad nortina tuvieron una mirada dual sobre la presencia china. Se les consideraba trabajadores y pacíficos, pero la costumbre culinaria del uso de condimentos y las muestras de adicción a los opiáceos (González, Lufin & Llanos, 2019a; Fernández Labbé, 2011, 2013), fundamentaron la percepción de su escasa higiene y la degeneración en las drogas. Aquello dio pábulo al racismo ventilado en los medios de prensa vinculados a Agustín Edwards y en la novelística de la generación literaria de 1938 ideológicamente cercana al marxismo-leninismo (Guerrero, 1997).

La política de Estado sobre la inmigración. Entre la selección racial y el recelo

La Constitución Política de 1833 no señalaba ningún obstáculo al extranjero y aseguraba a este las mismas garantías que al nacional, igualdad ante la ley, la absoluta libertad de movimiento en el territorio, la inviolabilidad de su propiedad, el acceso a la nacionalidad, “que profesando alguna ciencia, arte o industria, o poseyendo alguna propiedad raíz, o capital en giro”, se le exigiría seis años de permanencia si era casado y tuviese familia en Chile y “tres años sin ser casados con chilena”, rezaba el artículo 6, inciso 3 (Valencia, 1968, p. 174).

Una mirada sucinta a las directrices que tuvo el Estado de Chile en el siglo XIX permite comprender de qué manera se privilegió el elemento europeo en desmedro de otros contingentes demográficos, atendidas las circunstancias por la que pasaba el Estado nación en formación. Se apostaba por la inmigración extranjera para resolver innumerables cuestiones, desde la propiedad nacional, la incorporación del territorio de Arauco y las fronterizas, que “están llamadas a ser sanjadas (sic) más por el hecho de la población, que por las prescripciones escritas de los pactos internacionales” (Durán Migliardi y Thayer, 2017, p. 432).

La inclinación por una política estatal a favor de la inmigración alemana, abrió la trayectoria de una política “selectiva”. El Estado desde 1883 hasta principios del siglo XX, buscó procurar atraer suizos, franceses, alemanes e italianos del norte de su península, mediante la Agencia de Colonización. En tiempos de la administración de José Manuel Balmaceda (1886-1891) se prohibió la entrada de “individuos que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio que los habilite para ganarse la vida y que puedan constituir una carga para el Estado” (Bravo Acevedo y Norambuena Carrasco, 2018, p. 50).

El prejuicio y la discriminación hacia los chinos fue alimentado por los informes de diversos cónsules, v.gr. el de Francisco Segundo Casanueva, ex cónsul chileno en San Francisco, EE.UU. (Jara Fernández, 2002).

El peligro de perder las fuentes de trabajo en sectores populares a manos de los chinos, hizo que el político y líder del Partido Demócrata Malaquías Concha, llegase a proponer un proyecto de ley en 1906: “Artículo Único: Queda prohibida la inmigración en el país de individuos de raza amarilla o mongólica y de raza negra o etíopica” (Díaz Aguad, 2006, p. 63).

La política estatal sobre inmigración abordó cuatro niveles, a nuestro entender, uno, la normativa oficial sobre acciones a llevar a cabo; dos, los convenios a nivel policial para controlar el flujo migratorio; tres, las acciones de las autoridades provinciales y municipales y cuatro, las instrucciones confidenciales emanadas desde el Ministerio de Relaciones Exteriores a las distintas representaciones diplomáticas y consulares.

El 24 de junio de 1905 se estableció el Reglamento de Inmigración Libre que acogió las ideas del darwinismo social en gran medida, pues estimaba que toda persona, “agricultor, minero o capaz de ejercer un oficio, comercio o industria, que siendo menor de cincuenta años; acreditando su moralidad y aptitudes” (Norambuena, Navarrete y Matamoros, 2018, p. 225). Nuevamente, en septiembre de 1907 hubo otro Reglamento de Inmigración Libre para fiscalizar la traída de europeos. Aparte de la documentación se asignó lugares de hospedaje en Talcahuano, Valparaíso y Antofagasta. Así llegaron boers, holandeses y canarios al sur de Chile

Puntualicemos que en 1907 se creó la Inspección General de Colonización e Inmigración que reemplazó a la Agencia General de Inmigración. La búsqueda de inmigrantes europeos no disminuyó, pero, simultáneamente se procuró fiscalizar a los que se sospechaba estaban imbuidos de ideas contra el orden establecido.

Esta norma de 26 de septiembre de 1907 fue complementada por un par de convenios suscritos en el marco de la cooperación policial. Incluso uno anterior, de 1906, “Convenio celebrado entre las Policías de La Plata i Buenos Aires (Argentina), de Río de Janeiro (Brasil), de Santiago de Chile, de Montevideo (República Oriental del Uruguay), n.º 180, Santiago 18 de enero de 1906” (Anuario del Ministerio del Interior correspondiente al año 1906, 1909, p. 239). Posteriormente, hubo una ampliación mediante el Convenio entre las Policías de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay de 20 de octubre de 1910 (González, Lufin & Llanos, 2019b). Esto significó controlar la llegada de inmigrantes vinculados al anarquismo, principalmente italianos, y también permitió un catastro completo de todo extranjero en el norte, a través de los prontuarios extranjeros. Esto llevó a dictar la denominada Ley 3.446 de Residencia en 1918 para que ningún inmigrante pudiese entrar sin la visa, no tener prontuario penal, no ser de ideas subversivas ni revoltoso, contar con un oficio u profesión, tuviese buena salud (Bravo Acevedo y Norambuena Carrasco, 2018, p. 65). Se vislumbraba, al decir de los autores citados, una mirada policial y de seguridad nacional al fenómeno migratorio. Pero, apostillaríamos, que esta mirada comenzaba en 1906 donde las circunstancias de las huelgas de obreros, principalmente la de la carne de 1905 en Santiago, representó para la clase dirigente el grave peligro de la convulsión y la necesidad de controlar a los extranjeros. Las huelgas y masacres de 1906 en Antofagasta y 1907 en Iquique, refrendaron tal percepción y extremar el control en las zonas salitreras, donde estaba el eje de la economía nacional.

Tales fueron los delineamientos que se van a heredar en el plano de la legislación nacional.

Los instructivos emanados desde el Ministerio de Relaciones Exteriores hacia las representaciones en Asia y Medio Oriente dieron cuenta de una visión migratoria que, encuadrada en los lineamientos señalados, abona el prejuicio y la discriminación, mezclando juicios desde Santiago y lo apreciado desde las destinasiones diplomáticas y consulares. Es un cúmulo de notas que van conformando una acción, una práctica que se correlaciona con lo estimado desde Santiago de Chile.

Las directrices emanadas desde Santiago, en materias de seguridad, fueron observadas en relación con el ingreso de inmigrantes, su fiscalización y expulsión (FIA, 1939, Oficio confidencial Intendencia de Antofagasta, 14 de enero) y, en asuntos sanitarios concernientes al tráfico de opio en la colonia china, por ejemplo, la municipalidad de Antofagasta hizo un seguimiento en la década de 1930 (LSM, vol. 34).

En cuanto al cuarto nivel, el de las comunicaciones consulares y diplomáticas, espigaremos los más elocuentes en la orientación migratoria.

Japón mostró interés por su migración hacia Chile en 1913, interesándose por las franquicias que tendría. A juicio del representante chileno en Tokio, su conocimiento de las costumbres niponas, hacían “desaparecer en gran parte los temores y objeciones que se hacen generalmente”, pero mostraba su cautela ante el asunto (AHMRE, 1913, vol. 446: Oficio Tokyo, diciembre 16 al ministro de RR.EE.). Importante en este sentido fue el análisis que realizó el ministro chileno en Japón sobre los prejuicios vertidos sobre su población en los países anglosajones. En 1908 el gobierno nipón se comprometió a reducir el tráfico de migrantes en sus compañías navieras, aun cuando la resistencia de los sindicatos y agricultores norteamericanos contra los japoneses no decayó: los trabajadores asiáticos trabajaban por menor salarios, no hacían huelgas y la amenaza de la capacidad industrial japonesa, eran las razones de esta xenofobia. El tema central fue que la migración japonesa era auspiciada por el gobierno de Tokyo y formaba parte de una estrategia de procurar una expansión de sus áreas de influencia. Concluía que el verdadero peligro era el económico. Austerio, trabajador, que manda remesas de sus ganancias a su país, el japonés se transformó en un peligro/desafío. A su juicio:

En Chile él importaría un factor más de desnacionalización, un factor eficaz de depresión de nuestra economía nacional...La llegada a Chile de esta clase de inmigrantes importa además, una amenaza para los gremios de asalariados nacionales, para los pequeños comerciantes, para todos aquellos que viven dentro de la comunidad ejerciendo industrias intermedias que, aunque satisfacen las necesidades de terceros, no importan, por si (sic) mismo, el aumento, en un solo centavo, de la producción nacional. (AHMRE, 1913, vol. 463: Informe de Tokio, 20 de enero al ministro de Relaciones Exteriores)

El peligro de la presencia japonesa en Tarapacá estribaba que para el gobierno japonés ningún inmigrante debía retornar a su país y por el contrario se le obligaba a quedarse a perpetuidad en el país de destino. Esto debía estipularse con claridad en el convenio entre ambos países si hubiese que traer mano de obra japonesa.

La molestia con la inmigración china se acrecentó por la acción de la empresa naviera japonesa Toyo Kisan Kaisha en Hong-Kong, en connivencia con su representante en Chile la Casa Grace & Co. Esto en 1915. El gobierno chileno clausuró su consulado en la ciudad señalada y restringió la inmigración china. Detrás del tráfico de inmigrantes chinos estaba el gran negocio de la especulación de la trata de personas, que requería de la visa consular chilena para viajar, pero el negocio prosiguió (AHMRE, 1915, vol. 514: Oficio Tokyo, 8 de abril al ministro de RR.EE.). Las restricciones a la inmigración china se incrementaron con otras vallas, a fines de 1915, ordenadas desde Santiago:

“Cobrar diez libras esterlinas por cada pasaporte, previo un estricto examen médico del interesado. Cada emigrante debería, además, presentar un depósito o letra de cambio contra Chile por quince libras esterlinas, para atender sus primeros gastos” (AHMRE, 1915, vol. 514: Oficio Tokyo, 11 de octubre). Se fijó un tope de 15 inmigrantes chinos por viaje de la Toyo Kisan Kaisha. La falsificación de pasaportes refrendó la importancia del negocio del tráfico (AHMRE, 1915, vol. 547: Oficio confidencial, Tokyo, 14 de noviembre). Al parecer determinados cónsules chilenos en Japón desatendieron la orden y concedieron autorización para viajar a 400 chinos por vapor (AHMRE, 1920, vol. 828: Oficio confidencial, Tokio, 27 de mayo; Díaz Aguad, 2006, pp. 69-70).

Los delineamientos respecto a los ciudadanos japoneses y chinos se mantuvieron hasta fines de la década de 1920.

En cuanto a los árabes, el tema fue que Gran Bretaña, asumiendo el Protectorado de Egipto, planteó que los súbditos locales debían gozar de los mismos privilegios (AHMRE, 1920, vol. 1082^a: Oficio del Cónsul General, El Cairo, 8 de marzo).

Bajo la Constitución de 1925 se prosiguió este estatuto de garantías e incluso se amplió a los derechos sociales, sin distinción entre extranjeros y nacionales, “proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización” (Valencia, 1968, p. 217).

Empero, la política oficial de Chile en materias inmigratorias quedó de manifiesta en la Circular n.º 12, de 16 de diciembre de 1927, que recogió y sintetizó la influencia del darwinismo social en las esferas políticas:

Este Gobierno, como se habrá US. Enterado por numerosas declaraciones y publicaciones de prensa, tiene el propósito decidido de conservar, mejorándola en lo posible, la composición de nuestra raza que dio pruebas de vigor y de pujanza...*Un somero estudio* del cruzamiento de diversas razas nos ha probado que los productos de las asiáticas y africanas son a menudo inferiores bajo nuestro clima a cada uno de los componentes, individualmente considerados. Además, *hay nacionalidades que, aparte de sus defectos como troncos de familia, los tiene como simples habitantes del país*. Así, hemos visto que los eslavos que llegan a Chile, *judíos en su mayor parte*, y de escasa cultura, son revoltosos y sembradores de doctrinas malsanas que han sido causa de desórdenes universitarios y de no pocos disturbios populares... Nunca muestran apego a país alguno, ni al de origen...Los sirios y palestinos, además de ser inadaptables a nuestras costumbres, e inadecuados para formar familia entre nosotros, pertenecen a pueblos del más bajo estándar de vida, que les permite competir en forma desleal con las razas superiores...Su falta de honradez en los negocios se ha hecho proverbial... Si las nacionalidades mencionadas llegasen a las

profesiones liberales y particularmente a las relacionadas con la salud pública, creo que las consecuencias serían fatales para el país. Nada diré a US. Acerca de las *nacionalidades china, indostánicas, africanas y otras, ya que el sentimiento* público de los países medianamente avanzados las rechaza con elocuente unanimidad...En cambio el país recibirá con agrado y estudia la manera de impulsar la inmigración de todas aquellas razas de origen europeo que fueron artífices de la nuestra y que formaron la patria vieja... y los ciudadanos que hicieron grande, próspera y respetable a la República...dar cumplimiento estricto a nuestras leyes de Residencia y Sanitarias...para evitarnos las continuas solicitudes de representantes de potencias que tienen protectorados y mandatos sobre *razas inferiores* y para evitarnos el sentimiento de no acogerlas (sic)...individuos que, *considerados indeseables*, pretendan emigrar a la República. (Circular n.º 12, 16 de diciembre de 1927)

La Circular fue enviada a todas las representaciones chilenas en el mundo y firmada por el Ministro de Relaciones Exteriores, Conrado Ríos Gallardo (AHMRE, 1927, vol. 1110B: Oficio confidencial n.º 12, Santiago, 16 de diciembre, sobre visación de pasaportes a indeseables. Destacados son nuestros)

La adecuación de la política migratoria al canon de los derechos humanos y el impacto de la inmigración masiva latinoamericana en la segunda década del siglo XXI

La llegada de flujos migratorios latinoamericanos desde fines de la década del 2000 significó una revisión de la normativa migratoria chilena. Y esto se transformó en urgencia cuando se constató el salto cuantitativo en el 2012 y una explosión migratoria en el bienio 2017-2018. Precisamente, el Instructivo Presidencial de 6 de noviembre de 2015, reconocía a Chile, como “país de migración... un aporte fundamental para la definición de cultura” (Instructivo Presidencial n.º 5, 2015).

Los cómputos de extranjeros evidenciaban la realidad reconocida en el año 2015, pues se pasó de un 0,8 % en 1992 a un 2,3 % en el 2014 (Departamento de Extranjería, 2016, p. 21).

Las cifras demográficas desde el año 2005 iban indicando una tendencia dual, por un lado, una mayor concentración geográfica de la inmigración latinoamericana tradicional (Perú, Bolivia y Argentina) y, por otro, la emergencia fuerte desde otras latitudes de América del Sur (Colombia, Ecuador y Venezuela). La feminización del proceso constataba otra característica, dado que, en el año 2014, el 52,6 % de los inmigrantes fueron mujeres.

El censo de población del 2017 mostró el incremento explosivo de extranjeros en el país, como lo refiere la Tabla 5 y su porcentaje de extranjeros en el país se alzaba en un 4,4 % (Instituto Nacional de Estadística [INE], 2018, p. 17). Y también, un cambio radical de la procedencia geográfica y la presencia afrodescendiente de colombianos y haitianos.

Tabla 5: Principales grupos nacionales extranjeros, cantidad y porcentaje en Chile

Perú	187.756 personas 25,2%
Colombia	105.445 personas, 14,1%
Venezuela (República Bolivariana de)	83.045 personas, 11,1%
Bolivia (Estado Plurinacional de)	73.796 personas, 9,9%
Argentina	66.491 personas, 8,9%
Haití	62.683 personas, 8,4%

Fuente: INE, 2018, p. 24.

La distribución de la población inmigrante volvió a replicar la concentración en las regiones del norte chileno, la antigua provincia de Tarapacá, dividida en dos regiones Arica y Parinacota y Tarapacá, y la región de Antofagasta (con el mismo territorio de la antigua provincia de Antofagasta).

Empero, para el año 2018 el panorama inmigratorio iba a modificarse sensiblemente (Tabla 6), donde la procedencia de los inmigrantes, salvo el caso de peruanos, se alteró con la llegada de venezolanos, haitianos y de los colombianos que quedaban rezagados a un cuarto lugar. Esto incidió en la percepción de la sociedad nacional y regional ante los extranjeros. Al conocido racismo que hemos mentado para el periodo de 1907, contra asiáticos y turcos, ahora se canalizaba contra los afrodescendientes de Colombia, Haití, no faltando rasgos discriminatorios contra otros latinoamericanos.

Tabla 6: Población extranjera en Chile al 31 de diciembre de 2018

Venezuela	288.233 personas
Perú	223.923 personas
Haití	179.338 personas
Colombia	146.582 personas
Bolivia	107.346 personas
Argentina	74.713 personas
Ecuador	36.994 personas

Fuente: INE, 2019, p. 21.

Cabe señalar que las ideas emanadas desde darwinismo social impregnaron incluso a los gobiernos del Frente Popular y además se reforzó nuevamente en el segundo gobierno de Ibáñez del Campo (1952-1958), con la dictación del DFL n.º 69 del 27 de abril de 1953 que, en lo sustantivo en cuanto a la regulación migratoria, tuvo por finalidad el mejoramiento de la raza (art.12). A nuestro entender, las ideas que hemos observado en el periodo anterior a 1930, en materias raciales, condicionaron las orientaciones del Estado durante la vigencia del régimen democrático hasta 1973.

Durante la dictadura militar de Augusto Pinochet se dio una inflexión a la política migratoria. El giro apuntaba a la influencia de la Doctrina de Seguridad Nacional en los contenidos del Decreto Ley n.º 1.094, de 19 de julio de 1975. Lo relevante de esta normativa ha sido que se proyectó hasta la irrupción inmigratoria masiva, dejando una amplia discrecionalidad administrativa a la policía de extranjería, exigiendo a los no nacionales ingresar por los lugares habilitados, tener buenas costumbres, no adherir a ideologías atentatorias al orden político, contar con recursos para su manutención y tener personas conocidas en el país.

La nueva realidad migratoria hizo variar la posición del Estado. Dos Instructivos Presidenciales² fueron fundamentales para observar esta inflexión. El Instructivo Presidencial n.º 9, de 2 septiembre de 2008, se hizo cargo del arribo de “miles de extranjeros cada año” y esta realidad nueva “debe ser observada bajo el prisma de los derechos ciudadanos”, reconociendo a Chile “como país receptor de cuotas significativas de inmigrantes”. En consecuencia, se instruyó a los órganos del Estado, para que “consideren en sus programas...los acuerdos y convenios internacionales firmados por Chile en esta materia”. Dentro de esta política se incluyó a los movimientos de refugiados, personas desplazadas, etc. Se buscaba la integración del inmigrante, “dentro de la sociedad, respetando su especificidad cultural...con el respeto a la institucionalidad democrática, de la lengua nativa y de ciertos modelos culturales propios del país receptor”, haciendo reservas que el Estado no renunciaba a “su rol de orientar el acceso a la residencia, cuando ello sea necesario en beneficio del estado y de las personas que habitan en su territorio” (Instructivo Presidencial n.º 9, 2008).

En el Instructivo Presidencial n.º 5, de 5 de noviembre de 2015, se acoge las características que se han observado de la inmigración, para fortalecer “una mirada más inclusiva”, para promocionar y aplicar los diversos instrumentos internacionales en la materia, que permita el acceso del inmigrante a la salud, trabajo,

2 De acuerdo a la Presidencia de la República, en su sitio “Gobierno Transparente”, estos son documentos emitidos “bajo la firma del Presidente de la República que tienen como objetivo fijar la política de la administración sobre un tema específico, más allá de las normas que rijan el tema de que se trate”. Los Instructivos Presidenciales no son correlativos en su numeración. No se consignan en el Diario Oficial.

<https://www.guiadigital.gob.cl> › articulo › instructivos-presidenciales (Consultado el 22 de octubre de 2019)

vivienda, educación, cultura y justicia “bajo el principio de la no discriminación”. El Instructivo fijaba los ejes de la política migratoria, con base en el enfoque transversal de derechos humanos y de género, la no discriminación, la consideración de grupos vulnerables, la interculturalidad, la regularidad migratoria, etc., para los inmigrantes (Instructivo Presidencial n.º 5, 2015).

En consecuencia, dos temas presentes, el racismo y la discriminación, fueron afrontados de manera decidida. En este sentido, también podemos apreciar distintos niveles legales que han permitido, desde el Estado y sus agencias, ir modificando los condicionantes que hemos apuntado. Un primer nivel, ha sido el cuerpo jurídico que penaliza el racismo y la discriminación. La Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1979, fue promulgada como ley en el último tiempo del régimen de Augusto Pinochet, el 18 de diciembre de 1989.

Con la denominada Ley Zamudio (Ley n.º 20.609, de 12 de julio de 2012), se penalizó toda forma de discriminación. Empero, la mayor dificultad radica en la discriminación práctica, respecto de la intencional, donde la atención no repara en la intención del que discrimina sino en la evaluación del resultado que produce. Un segundo nivel, ha sido el progreso respecto de las principales convenciones internacionales y la adecuación de la legislación nacional en la materia, v.gr. Ley 19.273 de 1993, que regula la salida y entrada a extranjeros en el territorio nacional, la Ley 19.476 de 1996, que en el tópico de asilo y refugio, reconoce el principio de no devolución y despenaliza el ingreso irregular al territorio nacional, Ley 19.581 de 1998, que crea la figura de “habitante de zona fronteriza”, facilitando el ingreso y salida de las personas que cumplan las condiciones entre determinados países, Decreto 2.910 de 2000, que permite a los solicitantes de residencia temporaria y sujeta a contrato, obtener autorización para trabajar mientras se tramita su permiso de residencia, Ley 20.430 de 2010, que establece disposiciones sobre protección de refugiados (Díaz Tolosa, 2016; Galdamez Zelada, Lages de Oliveira y López Garrido, 2016; Biblioteca del Congreso Nacional, 2018). Un tercer nivel, lo ha constituido las diversas instrucciones presidenciales (principalmente por la presidenta Bachelet), en materias de salud, educación, respecto a hijos (as) de inmigrantes (González Pizarro y González Tello, 2019). No obstante, el tema del racismo y la xenofobia ha evidenciado un problema en diversos ámbitos, siendo denunciado el denominado racismo estructural por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). Aun así, el racismo ha asumido máscaras más sutiles. Lo que hemos señalado como fuentes ideológicas modernas del racismo, ha impregnado otras expresiones del racismo en la práctica cotidiana, en las interacciones subjetivas, en las vinculaciones de las agencias estatales con los inmigrantes (Tijoux, 2016; Tijoux y Córdova, 2015) hasta manifestarse en las segregaciones espaciales de determinados barrios en las principales ciudades chilenas, donde los inmigrantes afrodescendientes, colombianos, haitianos y dominicanos, son

visibles (Aguirre, 2018; González, Lufin, Echagüe, González, Cortés & Brizuela, 2019; González Pizarro, 2019a)

La cuestión de la prolongación en la normativa nacional de determinados sesgos selectivos, ha sido asumida de diversas formas. Para algunos (Norambuena *et al.*, 2018), la mayoría de los países tienen modelos inmigratorios selectivos, principalmente en cuanto a su capital social, y la política chilena estaría encuadrada en la teoría de la “Dependencia de la Trayectoria” en cuanto a su institucionalidad; otros como: Steffoni, Lube y Gonzalvez (como se citaron en Tijoux y Córdova, 2015) se plantean la selectividad con relación a la seguridad nacional, protección de derechos humanos y desarrollo de las economías locales, frente a haitianos y venezolanos. La contradicción estriba en la mantención de la normativa de 1975 y los proyectos de nueva ley migratoria de Michelle Bachelet y Sebastián Piñera ajustada al imperio de los derechos humanos.

Aun así, ha habido una disonancia perceptual entre las entidades estatales y la sociedad respecto a la materia migratoria. Determinadas encuestas muestran todavía la persistencia del racismo y la xenofobia en diversos sectores sociales, a pesar que diversas ONG han complementado la labor de mentalización sobre los derechos humanos hacia los nuevos ciudadanos en el territorio nacional y especialmente en el norte chileno, lográndose un cambio en la percepción a favor de los inmigrantes.

Conclusiones

El tópico de la normativa migratoria en Chile durante el siglo XX estuvo dominado por las ideas en boga en Europa en el tema racial. La aplicación de las ideas de Darwin, sobre la “lucha por la vida” y la “supervivencia del más apto” en el campo de las ciencias sociales, orientados por la obra de Spencer, dieron lugar al denominado darwinismo social. Esto se tradujo en un racismo, que valoró a la raza blanca por sobre la no europea, la necesidad de controlar el buen nacer, la eugeniosia, desterrando a los seres con defectos físicos y mentales como inútiles a la sociedad, y apuntando a la plausibilidad de la esterilización para aquellos con enfermedades antisociales, las venéreas, el alcoholismo y los drogadictos.

La importancia de estas ideas arropadas de un pseudo científico, influyeron en sectores dirigentes en cuanto a la toma de decisión en el mundo europeo y latinoamericano. En Chile, la recepción de estas ideas, en momentos que se constataba un frustrado poblamiento del territorio y el surgimiento de una prosa nacionalista que exaltaba el chovinismo, se domesticaron en diversas políticas públicas, especialmente en lo concerniente a materias migratorias. De este modo, la normativa pertinente apuntó hacia una inmigración selectiva, europea,

con displicencia de elementos asiáticos y africanos. Incluso se proyectó hacia las ideologías consideradas disolventes del orden sociopolítico establecido. Y en el plano interno, el mejoramiento de la raza se correlacionó con diversos proyectos y dispositivos a favor de la eugenesia, la esterilización.

La influencia de estas ideas (en la prensa, en la academia, etc.) contribuyó a la construcción de un imaginario social de “superioridad” racial del chileno, que se complementó con diversas normas e instructivos que refrendaron tal óptica.

La llegada de la inmigración latinoamericana masiva en los últimos años de la década de 2010, visibilizó la contradicción entre la recepción formal de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y migratorios con la permanencia de una política selectiva y restrictiva a la vez, dada la vigencia de la norma de 1975 que faculta la amplia discrecionalidad administrativa sobre expulsión. Pero, también, obligó a combatir los rasgos de racismo y xenofobia subyacentes en la sociedad nacional promulgando leyes e instructivos presidenciales a favor de la inclusividad del inmigrante, una vez superado la situación irregular hacia la visa de residencia permanente, en el ejercicio de una ciudadanía plena.

Aun así, como se ha expuesto, el periodo ideológico del darwinismo social anterior a 1930, se ha transformado, como el mito de Sísifo, en la perpetuación de expresiones y conductas racistas y xenófobas hacia determinados segmentos inmigratorios, que eran estimados “indeseables”, los afrodescendientes; de ahí, la importancia de establecer los lineamientos ideológicos y sus ejes, para observar la persistencia de una disonancia perceptual entre la mirada estatal y la sociedad, en distintos ámbitos. Un desafío que muestra la necesidad (y valoración) de la inmigración latinoamericana y la urgencia de desterrar estereotipos sociales sobre esta.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, N. (2018). *¿Es Chile racista? Reflexión en torno a las nuevas migraciones latinoamericanas y el caso particular del barrio Yungay* (tesis de maestría). Santiago de Chile, Instituto de Estudios Urbanos. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Alvarado-Borgoño, M. (2004). La modernidad maldita de Nicolás palacios: Apuntes sobre Raza Chile. *Gaceta de Antropología*, 20, 1-9.
- Anuario del Ministerio del Interior correspondiente al año 1906. (1909). Santiago de Chile: Imprenta Nacional.
- Arendt, H. (2004). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Editorial Taurus.
- Bernardini, J.M. (2013). Le darwinisme social en France (1859-1918). Fascination et rejet d'une ideologie. *C.N.R.S Histoire*. Recuperado de <https://books.openedition.org.editions-cnrs.org>

- Biblioteca del Congreso Nacional. (2018). *Migración en Chile: tres perspectivas de análisis*. Valparaíso: Departamento de Servicios Legislativos y Documentales.
- Bravo Acevedo, G. y Norambuena Carrasco, C. (2018). *Procesos migratorios en Chile: una mirada histórica-normativa*. Santiago de Chile: Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos (ANEPE).
- Buganza, J. (2010). Cuestiones filosóficas acerca del darwinismo. *Stoa*, 1(1), 5-19.
- Calle Recabarren, M.A. (2014). Hijos del Dragón: Inmigrantes chinos y su inserción socioeconómica en la Provincia de Tarapacá, 1860-1940. *Revista de Ciencias Sociales*, (32), 25-62.
- Cano, V. y Soffia, M. (2009). Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada. *Papeles de Población*, 15(61), 129-167.
- Caponi, G. (2014). Herbert Spencer: entre Darwin y Cuvier. *Scientiae Studia*, 12(1) 45-71.
- Chile. Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (AHMRE). (1913). Oficios recibidos de la Legación de Chile en Japón. Vol. 446.
- Chile. Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (AHMRE). (1913). Volumen Irarrázaval. Inmigración japonesa en América. Informes. Vol. 463.
- Chile. Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (AHMRE). (1915). Oficios recibidos de la Legación de Chile en Japón. Vol. 514.
- Chile. Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (AHMRE). (1915). Sección Clave. Telegramas. Cambios con las legaciones en Italia, Japón y Santa Sede. Vol. 547.
- Chile. Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (AHMRE). (1920). Legación de Chile a y de Legaciones. Vol. 828.
- Chile. Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (AHMRE). (1920). Consulado de Chile en América, Europa, Asia y África. Vol. 1082^a.
- Chile. Archivo Histórico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (AHMRE). (1927). Legación de Chile en Francia. Vol. 1110B.
- Chile. Instructivos Presidenciales (s.f.). *Definición*. Recuperado de <https://www.guia-digital.gob.cl/articulo<instructivos-presidenciales>
- Chile. Instructivo Presidencial n.º 9 (2008, 2 de septiembre). Santiago de Chile, "Impar- te Instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria". Recuperado de https://transparenciaactiva.presidencia.cl/normativa_a8.html
- Chile. Instructivo Presidencial n.º 5 (2015, 6 de noviembre). Santiago de Chile, "Li- neamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria". Recuperado de <https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2017/04/6-Instructivo-Presidencial-Migracio%CC%81n.pdf>

- Comisión Central del Censo. (1907). *Memoria Presentada al Supremo Gobierno Censo 1907*. Recuperado de http://historico.ine.cl/canales/usuarios/cedoc_online/censos/pdf/censo_1907.pdf
- Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. (2016). *Migración en Chile 2005-2014*. Santiago de Chile: Sección de Estudios del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
- Díaz Aguad, A. (2006). Los consulados chilenos en oriente y su participación en el proceso de inmigración china al norte de Chile (1910-1929). *Diálogo Andino*, 27, 61-74.
- Díaz Aguad, A., Díaz Araya, A. y Sánchez Espinoza, E. (2014). Comercio local y redes sociales de la población china en Arica y Tarapacá, Chile (1900-1930). *Interciencia*, 39(7), 476-482.
- Díaz Tolosa, R. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, 14, (1), 179-220.
- Dirección General de Estadística. (1925). *Censo de Población de la República de Chile levantado el 15 de diciembre de 1920*. Santiago: Imprenta Universo.
- Dirección General de Estadística. (1931). *Resultados del X Censo de Población efectuado el 27 de noviembre de 1930 (vol. I)*. Santiago: Imprenta Universo.
- Dirección General de Estadística. (1933). *Resultados del X Censo de Población efectuado el 27 de noviembre de 1930 (vol. II)*. Santiago: Imprenta Universo.
- Durán Migliardi, C. y Thayer, L.E. (2017). Los migrantes frente a la ley: continuidades y rupturas en la legislación migratoria del Estado chileno (1824-1975). *Historia* 396, 7(2), 429-461.
- Fernández Labbé, M. (2011). *Drogas en Chile 1900-1970: Mercado, consumo y representación*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Fernández Labbé, M. (2013). Boticas y toxicómanos: origen y reglamentación del control de drogas en Chile, 1900-1940. *Atenea*, 508, 73-89.
- Archivo Nacional (Santiago): Fondo Intendencia de Antofagasta (FIA). Correspondencia con el Ministerio de Relaciones Exteriores (1939).
- Archivo Municipal de Antofagasta: Libro de Sesiones Municipales (LSM). Vol. 34. Noviembre de 1937-Noviembre de 1939.
- Galdamez Zelada, L., Lages de Oliveira, R. y López Garrido, V. (2016). *Migración y derechos humanos. Informe temático*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Centro de Derechos Humanos.
- Glick, T.F., Ruiz, R. y Puig-Samper, M. Á. (Eds.). (1999). *El darwinismo en España e Iberoamérica (Vol. 8)*. Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Ediciones Doce Calles.

- González Pizarro, J. A. (2009). La literatura de ensayo y las imágenes nacionales de Chile y Bolivia a comienzos del siglo XX. *Revista Universum*, 24(1) 82-109.
- González Pizarro, J. A. (2019a). *Los campamentos de inmigrantes de Antofagasta (Chile): laboratorio de la resignificación del género y las políticas públicas*. Ponencia presentada en el II Congreso Internacional “Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género”, Universidad de Salamanca, España.
- González Pizarro, J.A. y González Tello, P. (2019). Migración latinoamericana en situación de marginalidad. Campamentos y educación en Antofagasta, 2012-2018. *Revista Estudios Pedagógicos*.
- González Pizarro, J.A., Lufin Varas, M. & Llanos, C. (2019a). *Notas sobre tres problemáticas de la inmigración china en el norte de Chile. Elementos para una discusión*. Inédito
- González Pizarro, J.A., Lufin Varas, M. & Llanos, C. (2019b). *Chinese Immigration in Antofagasta at the Beginning of the 20th Century. Its insertion in the Nitrate World*. Ms.
- González Pizarro, J. A., Lufin Varas, M., Echagüe, C., González, P., Cortés, C. A. y Brizuela, A. S. (2019). *Una mirada al migrante en Antofagasta. Proyecto IMI-UCN*. Antofagasta: Escondida BHP- Ediciones Universitarias de la Universidad Católica del Norte.
- González, S., Maldonado, C. y McGee Deutsh, S. (1993). Las Ligas Patriotas. *Revista de Ciencias Sociales*, 2(2).
- Guerrero, B. (1997). Los chinos, su identidad y su lugar en la literatura nortina. *Estudios Atacameños*, 13, 95-103.
- Gurwitsch, A. (2010). Algunas raíces filosóficas del nazismo. *Contrastes. Revista Inter-nacional de Filosofía*, 10, 363-376.
- Hofstadter, R. (1994). *Social Darwinism in American Thought*. Boston: Beacon Press.
- Holmes, B. (1994). Herbert Spencer (1820-1903). *Perspectivas: Revista trimestral de educación comparada*, (3), 543-565.
- Hu-Dehart, E. (1980). Immigrants to a developing society: The Chinesse in Northern Mexico: 1872-1932. *The Journal of Arizona History*, 21(3), 275-312.
- Hu-Dehart, E. (1989). Coolies, Shopkeepers, Pioneers: The Chinese of Mexico and Peru (1849-1930). *Amerasia Journal*, 15(2), -116.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (Chile). (2018). *Manifestaciones de discriminación racial en Chile: un estudio de percepción*. Recuperado de https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2018/01/Cap1_Manifestaciones.pdf
- Instituto Nacional de Estadística (INE). (2018). *Características de la Inmigración internacional en Chile. Censo 2017*. Santiago: INE. Recuperado de <https://www.censo2017.cl/descargas/immigracion/181123-documento-migracion.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística (INE). (2019). *Estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2018*. Santiago: INE. Recuperado de <https://www.ine.cl/docs/default-source/default-document-library/estimaci%C3%B3n.pdf>

- de-personas-extranjeras-residentes-en-chile-al-31-de-diciembre-de-2018.pdf?sfvrsn=69145bd2_0
- Jara Fernández, M. (2002). *Chinos en Chile: Política consular y debate parlamentario a comienzos del siglo XX*. Valparaíso: Servicio de Imprenta de la Universidad de Playa Ancha.
- Juárez-Barrera, F. y Bueno-Hernández, A. (2017). La influencia del darwinismo sobre los conceptos raciales en México. *Asclepio. Revista de Historia de la medicina y de la Ciencia*, 69(1). 174-ss.
- La Placa, Ch. (2017). Natural Selection to Neo-Darwinism: Societal Confrontations of Evolutionary Biology. *Emergence*. Recuperado de <https://emergencejournal.english.ucsb.edu/index.php/2017/11/25/801/>
- Look Tai, W. & Chee Beng, T. (eds.). (2010). *The Chinese in Latin America and the Caribbean*. Boston: Editorial Brill.
- Letelier Carvajal, J. (2009). "Gobernar es poblar...seleccionadamente". *Ideas eugenésicas en Chile 1925-1941: una mirada científica y política hacia los intentos por mejorar "la raza chilena"* (tesis de grado). Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, Chile.
- Medel, R. y Veloso, A. (2009). Establecimiento y propagación del darwinismo en Chile: Recepción y elaboración de las ideas. *Gayana*, 73, 7-18.
- Narváez, B. N. (2010). *Chinese Coolies in Cuba and Perú: Race, Labor, and Immigration, 1839-1886*. (doctoral thesis). The University of Texas, Austin, U.S.
- Norambuena, C., Navarrete, B. y Matamoros, R. (2018). Entre continuidades y rupturas, mejor la continuidad. Política migratoria chilena desde comienzo del siglo XX. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (34), 217-237.
- Olgún, M. y Peña, P. (1990). *La inmigración árabe en Chile*. Santiago: Ediciones Instituto Chileno Árabe de Cultura.
- Ortíz Valenzuela, M.G. (2006). *Eugenios en Chile. El camino hacia la manipulación racial de un pueblo mestizo, 1900-1940* (Memoria de licenciatura). Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile, Chile.
- Pinho, O. (2017). Racismo y raza. *Enciclopedia Latinoamericana*. Sao Paulo.Htm.
- Puig-Samper, M. A., Ruiz, R. y Galera, A. (2002). *Evolucionismo y Cultura. Darwinismo en Europa e Iberoamérica*. Madrid: Junta de Extremadura, Universidad Nacional Autónoma de México, Ediciones Doce Calles.
- Rebolledo Hernández, A. (1994). La "Turco Fobia". Discriminación antiárabe en Chile, 1900-1950. *Historia*, 28, 249-272.
- Rodríguez, G. (2009). El legado radical de Charles R. Darwin a las ciencias sociales. *Antípoda*, 9, 267-282.
- Samamé, M. O. (2003) Transculturación, identidad y alteridad en novela de la inmigración árabe hacia Chile. *Revista Signos*, 36 (53), 51-73.

- Sánchez, M. (2009). Tónicos y darwinismo social: imaginario de la salud en el Almanaque 19, Chile, 1920-1930. *Eäd*, 1(2). Recuperado de <https://issu.com/eajournal/docs/tónicos-y-darwinismo-social-almanaque-18>
- Sánchez Arteaga, J. M. (2007a). *La razón salvaje. La lógica del dominio: tecnociencia, racismo y racionalidad*. Madrid: Ed. Lengua de Trapo.
- Sánchez Arteaga, J. M. (2007b). La racionalidad delirante: el racismo científico en la segunda mitad del siglo XIX. *Revista de la Asociación Española Neuropsiquiatría*, 27(2), 111-126.
- Sánchez Arteaga, J. M. (2008). La biología humana como ideología: el racismo biológico y las estructuras simbólicas de dominación racial a fines del siglo XIX. *THEORIA, Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*, 23(1), 107-124.
- Sánchez Arteaga, J. (2017). Biological Discourses on Human Races and Scientific Racism in Brazil (1832-1911). *Journal of the History of Biology*, 50, 267-314.
- Sánchez Delgado, M. (2018a). Sexo, eugenesia y política. Waldemar Coutss (Chile, 1895-1959). *Revista Historia*, 24(1), 109-130.
- Sánchez Delgado, M. (2018b). La higiene racial explicada a los chilenos: las conferencias de Otto Aichel (1927) y Erwin Baur (1930) en Santiago de Chile. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, 22(2), 225-246.
- Tamayo Hurtado, M. (2009). Charles Darwin y el darwinismo en Chile. *Theoria*, 18(1), 19-33.
- Tijoux, M. E. (Ed.). (2016). *Racismo en Chile: la piel como marca de la inmigración*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Tijoux, M. E. y Córdova R. M. (Eds.). (2015). Número dedicado al racismo en Chile. *Revista Polis*, 14(42).
- Weikart, R. (2013). The Role of Darwinism in Nazi Racial Thought. *German Studies Review*, 36 (3), 537-556.
- Valencia, L. (1968). *Anales de la República. Tomos I y II actualizados*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Vallejo, G. y Miranda, M. (2005). *Darwinismo social y Eugenesia en el mundo*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Urías Horcasitas, B. (1996). El determinismo biológico en México: del darwinismo social a la sociología criminal. *Revista Mexicana de Sociología*, 58(4), 99-126.

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho

Convocatoria permanente

La Revista Estudios de Derecho informa que tiene convocatoria permanente para la recepción de artículos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán solo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por Colciencias:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* "Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones".

2- *Artículo de reflexión.* "Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales".

3- *Artículo de revisión.* "Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias".

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará, en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-

edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingrese al sitio web de la revista www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho, allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: "registrarse como autor". Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

Criterios generales:

El texto debe digitarse en letra tipo "Cambria, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben "llamarse" previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.
- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract y Key Words*).
- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.

- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis solo incluye el año. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011)

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si éste lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe solo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde solo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

Libro:

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxxx.xxx>

Apellido, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellido, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Capítulo de libro colectivo:

Apellido, A. A. &Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Artículo De Revista:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (año). Título del artículo. *Título de la publicación, volumen* (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

Documentos institucionales:

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tesis:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

Documento electrónico:

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Jurisprudencia

(Órgano, Sentencia y año)

(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221 de 1994)

Para referenciar:

Legislación

País. Órgano que emite la norma. (Año). Norma. Título. Dónde fue publicada. Lugar. Año. Número.

Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 61. Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y la seguridad privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 40.987.

España. Ministerio de Justicia e Interior. (1994). Real Decreto 2364. Por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1994. no. 8, p. 779-815

Sentencias nacionales e internacionales

País. Órgano, Sentencia nº (año)

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-230 (2010)

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Colombia. Consejo de Estado, Radicación 10009987765555 (2010)

0

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

Periódico:

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-quedo-de-reforma-tributaria>

Derechos de reproducción:

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que solo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Revista Estudios de Derecho

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

<https://www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho>

<https://twitter.com/RevistaEDerecho>

<https://www.facebook.com/RevistaEDerecho>

Edificio de Extensión, Oficina 404

Teléfono: (57-4) 2195855

Medellín-Colombia



Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13

Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co

Impreso en marzo del 2020